



## TÍTULO

**CRIMEN DE AGRESIÓN:  
PROBLEMAS ACTUALES**

## AUTOR

**Luis Ernesto Orozco Torres**

Director

Curso

ISBN

©

©

**Esta edición electrónica ha sido realizada en 2012**

Carmen Márquez Carrasco

Jurisdicción Penal Internacional

978-84-7993-954-0

Luis Ernesto Orozco Torres

Para esta edición, la Universidad Internacional de Andalucía



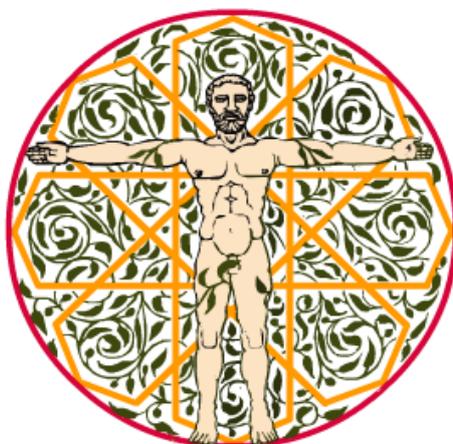
## Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

### Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

### Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
- **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
- **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
  
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
- *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
- *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL  
DE ANDALUCÍA

***CRIMEN DE AGRESIÓN:  
PROBLEMAS ACTUALES***

**LUIS ERNESTO OROZCO TORRES**

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

*“LOS IDEALES SON COMO LAS  
ESTRELLAS: NUNCA LAS ALCANZAREMOS.  
PERO IGUAL QUE LOS MARINEROS EN  
ALTA MAR, TRAZAREMOS NUESTRO  
CAMINO SIGUIÉNDOLAS.” (JEAN PAUL  
SARTRE)*

A BRENDA, REYES Y LUIS ERNESTO  
CON TODO EL AMOR QUE SOY  
CAPAZ DE SENTIR

A MIS PADRES CON AMOR Y  
AGRADECIMIENTO

# *Crimen de agresión: problemas actuales*

## **ÍNDICE**

ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6

### **PRIMERA PARTE**

#### **PERSPECTIVA HISTÓRICA SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN**

CAPITULO I. LA AGRESIÓN Y LA REGULACIÓN DEL RECURSO DE LA GUERRA EN CLAVE HISTÓRICA.....	25
1. LAS APORTACIONES DE LOS PADRES DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	27
2. LA AGRESIÓN Y LA REGULACIÓN DEL RECURSO DE LA GUERRA EN DERECHO INTERNACIONAL TRADICIONAL.....	34
A. Incipientes manifestaciones del proceso de humanización del derecho internacional.....	34
B. El advenimiento de un nuevo orden, la Sociedad de las Naciones.....	42
C. La nueva dinámica, de los viejos problemas, bajo el imperio de nuevos principios.....	47
i. La dinámica intra-institucional.....	48
ii. La dinámica extra-institucional.....	51
CAPITULO II. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA AGRESIÓN PROCESO Y DINÁMICA DE CONSOLIDACIÓN.....	56
1. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA AGRESIÓN: LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE LA POST GUERRA.....	61
A. El tribunal internacional de Nüremberg.....	64
B. Los tribunales creados sobre la ley no. 10.....	70
C. El tribunal internacional de Tokio.....	74
2. LA DINÁMICA DE CONSOLIDACIÓN.....	76

### **SEGUNDA PARTE**

#### **PROBLEMAS ACTUALES SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN**

CAPÍTULO III. EL CRIMEN DE AGRESIÓN Y EL RECURSO A LA FUERZA EN DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO.....	88
1. EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO.....	103
A. Concreción de la prohibición del uso de la fuerza.....	103
i. La guerra fría y el comportamiento congelamiento del crimen de agresión.....	106
B. La institucionalización de la evolución normativa sobre la cuestión de la agresión.....	108
i. La asamblea general, ( <i>consensio omnium gentium lex naturae punanda est?</i> ).....	109
ii. La comisión de derecho internacional.....	112
C. Especial referencia a los ámbitos regionales.....	115
2. ALCANCE JURÍDICO DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA AGRESIÓN.....	122

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

CAPITULO IV. EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN PERSPECTIVA TEÓRICA.....	150
1. EL PROBLEMA DE LA ESPECIFICACIÓN TERMINOLÓGICA.....	152
A. La evolución operada, del crimen contra la paz al crimen de agresión, ¿sólo nominal o también substancial?.....	153
B. Aceptaciones iusinternacionales de “agresión”.....	163
C. ¿El crimen de agresión es crimen o delito internacional ?.....	167
2. EL PROBLEMA DE SU NATURALEZA SUI GENERIS.....	173
A. La responsabilidad individual vs. la responsabilidad estatal .....	174
B. El bien jurídicamente tutelado por el crimen de agresión.....	186
3. EL PROBLEMA DE SU UBICACIÓN EN EL UNIVERSO JURÍDICO.....	191
CAPÍTULO V. LA PROBLEMATICIDAD DEL CRIMEN DE AGRESIÓN DENTRO DEL ESTATUTO DE ROMA.....	200
1. EL CRIMEN DE AGRESIÓN COMO CATEGORÍA JURÍDICO-PENAL INTERNACIONAL.....	201
A. El crimen de agresión como categoría jurídico-penal dentro del derecho internacional general .....	206
B. ... y ¿en el Derecho Internacional Penal de Roma?.....	213
i. <i>La inclusión del crimen de agresión en virtud                 de una solución de compromiso</i> .....	213
ii. <i>La falta de concreción típica-conceptual                 de las provisiones referidas en el artículo 5,2</i> .....	216
C. El crimen de agresión como categoría jurídico-penal dentro del derecho internacional general .....	224
2. CONCRECIÓN TÍPICA-CONCEPTUAL DEL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	238
A. ¿Puede hablarse válidamente de <i>la definición</i> de crimen de agresión?.....	240
B. Concreción típica-conceptual del crimen de agresión en el seno de la asamblea de estados parte de la corte penal internacional.....	242
C. El crimen de agresión en términos típico-conceptuales a través del decurso histórico.....	243
D. La reciente práctica estatal referente a la concreción típico-conceptual del crimen de agresión.....	249
3. EL ESTATUTO DE ROMA: SU EFECTO CODIFICADOR Y DESARROLLO NORMATIVO SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN.....	255
A. Los elementos del tipo.....	260
B. Las condiciones del ejercicio de la competencia.....	281
C. La interacción del crimen de agresión en el entramado del estatuto.....	300
Corolario.....	311
CONCLUSIONES.....	321
BIBLIOGRAFÍA.....	327

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### **ABREVIATURAS**

<b>AEP.</b>	<b>LA ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE DE EL ESTATUTO DE ROMA.</b>
<b>AG.</b>	<b>LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS.</b>
<b>AJIL.</b>	<b>AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW.</b>
<b>BJT.</b>	<b>BIEN JURÍDICAMENTE TUTELADO.</b>
<b>C DE S.</b>	<b>EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS.</b>
<b>CDI.</b>	<b>LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL.</b>
<b>COMPREP.</b>	<b>LA COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CPI.</b>
<b>CIJ</b>	<b>LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.</b>
<b>CPI.</b>	<b>CORTE PENAL INTERNACIONAL.</b>
<b>DI.</b>	<b>DERECHO INTERNACIONAL.</b>
<b>DIP.</b>	<b>DERECHO INTERNACIONAL PENAL.</b>
<b>DIPR.</b>	<b>DERECHO INTERNACIONAL PENAL DE ROMA.</b>
<b>GETCA</b>	<b>GRUPO ESPECIAL DE TRABAJO SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN.</b>
<b>ONU.</b>	<b>LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.</b>
<b>S DE N.</b>	<b>LA SOCIEDAD DE NACIONES.</b>
<b>TMILO.</b>	<b>EL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DEL LEJANO ORIENTE O DE TOKIO.</b>
<b>TMIN.</b>	<b>EL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NÜREMBERG.</b>

# *Crimen de agresión: problemas actuales*

## **INTRODUCCIÓN**

*“hacia lo largo de las orillas de aquella roja espuma, donde lanzaban horribles gritos los ahogados. Los vi sumergirse hasta las cejas, por lo que el gran Centauro dijo: —Esos son los tiranos, que vivieron de sangre y de rapiña. Aquí se lloran las desapiadadas culpas; aquí está Alejandro, y el feroz Dionisio, que tantos años de dolor hizo sufrir a la Sicilia.”<sup>1</sup>*

En el decurso de la historia de la humanidad ha existido el anhelo de conseguir la paz, y esta aspiración humana se ha encaminado por diferentes senderos, unos más acabados que otros, pero siempre con miras a llegar a la proscripción de la guerra<sup>2</sup> entre los seres humanos, y esto —paradójicamente— encuentra su escenario idóneo en el momento en que hace su aparición en la historia el Estado como tal, y decimos paradójicamente (dada la concreción de la paz interna que el Estado logra) por que es precisamente a partir de este momento histórico cuando el fenómeno bélico tiene su acmé y se perfila como una de las más grandes depravaciones de la cultura humana en su conjunto; toda esta dinámica desemboca en una insoslayable conciencia de que la guerra es un mal endémico de —y para— la humanidad<sup>3</sup>, por lo que se opera un fenómeno de *criminalización de la guerra*, tanto en el desarrollo de esta, como en su faceta de agresión, así pues de tratar de regular inicialmente el *ius ad bellum* (para evitarla, en función del valor de la paz), y de establecer el *ius in bello* (para contenerla dentro de parámetros de fines humanos), se asciende gradualmente al *ius contra bellum*<sup>4</sup> (para proscribirla en clave de criminalización de la agresión como norma consuetudinaria y convencional del DI).

---

<sup>1</sup> Dante Alighieri, *La divina comedia*, canto duodécimo.

<sup>2</sup> “Seeing history in its proper perspective should encourage hope that, as we enter the next millennium, the future will be brighter than the past.” FERENÇZ, Benjamin, *The Evolution of International Criminal Law*, Hamburg, S & F Foundation, November 28, 1999.

<sup>3</sup> En el sentido en el que apunta el profesor TRUYOL Y SERRA, “...con el tiempo, se establecieron normas destinadas a atenuar el rigor de la guerra (...) La idea de que las contiendas entre griegos tenían algo de impías fue abriéndose paso”. *Historia del Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 25.

<sup>4</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 19.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Como prueba de lo anterior, tenemos a la reciente Corte Penal Internacional<sup>5</sup>. Advenimiento en Derecho Internacional general (en adelante: DI) de La Corte Penal Internacional (en adelante indistintamente: CPI o la Corte) es sin ningún género de duda un acontecimiento sin precedente, tanto en contenido como en forma, en el acaecer histórico de la humanidad.

Pues bien, el crimen de agresión es parte de este evento y de forma muy especial, pues como se vera en el presente trabajo su propia naturaleza nos permite sostener eso.

En el dialogo misivo que, en el primer cuarto del siglo pasado, sostuvieron Albert EINSTEIN y Sigmund FREUD, el científico planteó al psicólogo una pregunta que...

*“...tal como están las cosas en la actualidad, resulta la más importante de las se le plantean a la civilización: ¿Hay una manera de librar a los seres humanos de la fatalidad de la guerra?”<sup>6</sup>*

Éste último sostiene que parece indudable que la guerra se fundamenta en la propia condición humana; concordamos con él. Y que solo se pueden emprender intentos más o menos sostenibles y funcionales de reprimir ésta humana tendencia a la destrucción en su manifestación de la guerra. La CPI es el intento más acabado de estas medidas paliativas. Y esto encuentra su manifestación jurídica en la tipificación de los diferentes crímenes sobre los cuales la CPI tiene y tendrá competencia<sup>7</sup>. Todos y cada uno de ellos es de indudable importancia y relevancia en el orden de alcanzar ese supremo fin: la paz y la eliminación de la barbarie. El crimen de agresión no escapa de esa misma naturaleza teleológica mas, sin embargo, reviste una importancia que

---

<sup>5</sup> El texto del Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1o de julio de 2002.

<sup>6</sup> EINSTEIN, ALBERT y FREUD, SIGMUND, *¿Por qué la guerra?*, Barcelona, editorial minúscula, 2001, p. 63.

<sup>7</sup> El artículo 5(I) estipula que: La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio,
- b) Los crímenes de lesa humanidad,
- c) Los crímenes de guerra,
- d) El crimen de agresión.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

descuella, no solo por contener en si mismo todas las atrocidades de los demás crímenes, como lo sostuviera el Tribunal de Nüremberg<sup>8</sup>:

*“Por consiguiente, iniciar una guerra de agresión, no es sólo un crimen internacional; es el supremo crimen internacional y sólo difiere de otros crímenes de guerra en que contiene dentro de sí el mal acumulado de todos ellos”*<sup>9</sup>

Sino por que aún se encuentra en estado de incubación positiva, es decir, la importancia de ocuparse del estudio de este crimen radica en la poca o mucha aportación que se pueda allegar para su cristalización dentro el Derecho Internacional penal y DIP de Roma. Es por ello que mi ánimo y apetito científico se inclinó desde el primer momento de mi andadura iusinternacional, por el crimen de agresión y la criminalización de la agresión.

A lo largo del presente trabajo de investigación, haremos una diferenciación dialéctica que creemos oportuna y funcional entre: *la criminalización de la agresión y el crimen de agresión*. Por la primera entendemos el conjunto del proceso —que comprende tanto acontecimientos como instituciones, ya sea de índole política y jurídica— operado en el seno de la sociedad internacional como un todo, que la lleva a proscribir la guerra de agresión en base a la responsabilidad penal individual. Por el segundo entendemos que se refiere a una categoría jurídico-penal propia del universo iusinternacional, con un elemento subjetivo que se identifica con el individuo que se encuentra en *condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado*, y un elemento objetivo que se identifica con un *acto de Estado que comporta una amenaza a paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión*; y que comporta irreductiblemente la responsabilidad internacional del individuo como tal ante la sociedad internacional en su conjunto.

Entendemos también que, respecto de la criminalización de las guerras de agresión, nos encontramos ante una dinámica esparcida en el tiempo y el espacio jurídico

---

<sup>8</sup> El Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, estuvo en operación de noviembre 14 de 1945 a octubre 1 de 1946. El cual tenía como base constitutiva el Estatuto que figuró como anexo al Acuerdo de Londres para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo. Este Tribunal internacional adoptó el nombre de la ciudad en donde se dictaron las leyes más duras en contra de los judíos, al despojarlos de la ciudadanía alemana.

<sup>9</sup> Sentencia de Nüremberg., página 186.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

del derecho internacional, que va desde las primeras manifestaciones de los Estados en el sentido de que las guerras de agresión son un crimen internacional, hasta la creación de la Corte Penal Internacional.

Por otro lado, en cuanto al crimen de agresión propiamente dicho, este no encuentra cabida en el mundo de la realidad jurídica hasta la creación de los Tribunales Internacionales de la segunda posguerra; los cuales implicaron en sus respectivas Sentencias la responsabilidad penal internacional del individuo.

Es de suma importancia que no perdamos el rumbo dialéctico ni metodológico sobre la cuestión, pues debemos recordar y considerar en todo momento de nuestra atención, estudio o análisis, que la CPI es en definitiva una Organización Internacional —*sui generis*, eso sí, y sobre todo respecto del contenido, más que de la forma— más en la constelación de Organizaciones en el sistema internacional contemporáneo; de lo cual se desprenden importantes consecuencias para el estudio relativo al crimen de agresión, pues —*verbi gratia*— del llano y simple hecho de que el crimen de agresión no haya encontrado su espacio y tiempo idóneo para cristalizar su definición y sus condiciones competenciales, no se puede inferir que el crimen como *norma* jurídica del DI no existe, pues la CPI es muestra y expresión del DI general, es decir lo supone, mas no lo crea —y mucho menos lo destruye o desvirtúa—. Además, de entre todos crímenes que tienen y pueden llegar a tener cabida dentro del universo competencial de la Corte Penal Internacional, el que aquí nos ocupa tiene —además de probada relevancia— una importancia doctrinal especial; no sólo en el aspecto práctico jurídico, sino también en su aspecto axiológico. Además, en la esfera de la problematización propia del afán y necesidad de llegar a una *concreción típico-conceptual penal*, como en la eventual aplicación del tipo y sobre todo en la naturaleza integral del crimen de agresión, se debaten —como una expresión más de una ancestral lucha— *el derecho y la política* quedando así desvelada en su forma más austera la tensión dialéctica entre política y derecho. Y esto se desprende en parte del juego de las siguientes consideraciones:

1. Este crimen tiene una naturaleza un tanto diferente, que los distancia sustancialmente, de los demás crímenes contenidos dentro del universo competencial de la Corte, esto en cuanto al aspecto y ámbito internacional de los crímenes en su conjunto; y en términos de la dogmática jurídico-penal también

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

presenta diferencia respecto de los demás, pues el bien jurídicamente tutelado en este crimen es de carácter disímil;

2. La dinámica jurídico-evolutiva que este crimen ha tenido, difiere sustancialmente de la de los demás crímenes con los que comparte la escena iusinternacional;
3. Este crimen es el único que, aunque se encuentra previsto en el Estatuto, no cuenta con una definición o *concreción típica-conceptual*, y sus condiciones para el ejercicio de la competencia por parte de la Corte no están consignadas<sup>10</sup>;
4. En un futuro, espero no muy lejano, el crimen de agresión será el único crimen de creación propiamente del andamiaje estructural de la CPI, y no tendrá el carácter *co-fundacional* que tienen los otros crímenes contenidos en el artículo 5 del Estatuto de Roma; sino que será netamente un producto de la era CPI;
5. Este crimen no tiene el mismo nivel de incorporación en los respectivos derechos nacionales —lo cual no es un elemento legitimador del orden internacional, sino sólo un indicador de efectividad de éste— que los demás crímenes del Derecho Internacional Penal.

En este trabajo se desvelan entre líneas unos objetivos idealistas con *visus* realistas y con contornos propios del pensamiento aporético, en tanto que se pretende

---

<sup>10</sup> Debe notarse que en la jerga de la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma, no se utiliza el término: definición; sino disposición. Esto en consonancia con el tenor del artículo 5, párrafo 2 del propio Estatuto y de su espíritu, pues es obvio que el crimen de agresión en derecho internacional existe, el hecho de que los Estados, convocados a una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios con el fin de dar lugar a la creación de la Corte Penal Internacional, no hayan llegado, por la naturaleza propia del crimen, a su concreción típica-conceptual no priva a éste de su realidad objetiva. Sobre este punto volveremos más adelante en el presente trabajo. He aquí un fragmento de la resolución ICC-ASP/1/Res.1:

“(…) *Decide* establecer un grupo de trabajo especial sobre el crimen de agresión, abierto en condiciones de igualdad a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de los organismos especializados o del Organismo internacional de Energía Atómica, con el propósito de elaborar propuestas relativas a una disposición sobre la agresión de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5 del Estatuto y el párrafo 7 de la resolución F, aprobada el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, (...) 3. *Decide también* que el grupo de trabajo especial presentará esas propuestas a la Asamblea en una conferencia de examen, con miras a llegar a una disposición aceptable sobre el crimen de agresión para su inclusión en el Estatuto de conformidad con las disposiciones pertinentes de éste”.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

siempre sólo plantear unas luces interrogatorias e informadoras no conductoras de los problemas que el crimen de agresión puede representar para el jurista, y no el plantear y sostener juicios apodócticos. Es decir, que se pretende y procura informar de unos caminos relativamente certeros para llegar a entender lo que el crimen de agresión es y su relación con los demás crímenes, comprender la existencia del crimen de agresión como categoría jurídico-penal, así como su función y lugar dentro de la disciplina del DI penal, a través del descubrimiento y planteamiento de una serie no exhaustiva de problemas o aporías puntuales que el crimen presenta expuesto a diversos ángulos. Ésta, he pretendido que sea la línea argumental conductora de mi esfuerzo intelectual y —por qué no— intuitivo.

En cuanto a las ideas antes apuntadas podemos abundar y resaltar en los siguientes términos, respecto a la naturaleza del crimen de agresión, algo que ya el Tribunal de Nüremberg había advertido, que el crimen de agresión presenta un carácter híbrido *lato sensu*, que descompondríamos en dos vertientes, así:

- las cuestiones meramente jurídicas
- las cuestiones de política

Sobre la cuestión del crimen de agresión se presentan dos posibles vertientes: una es la de todos aquellos problemas que se suscitan para llegar a la concreción típica conceptual, de índole exclusivamente jurídica, lo que podríamos llamar en clave de aporía jurídica. Esta vertiente, a su vez, podría albergar dentro de sí dos categorías de distinta envergadura, a saber: una *material* y otra *formal*. Dentro de la primera categoría de problemas estarían contenidos, verbigracia: el tener que resolver la cuestión de adoptar una definición de talante subjetivo u objetivo, enumerativa o ecléctica, etc.; el tener que decidir la cuestión de cómo conjugar la inserción del tipo dentro de la estructura del sistema del Derecho Internacional institucional, en otras palabras, que tipo de función se le dará al juego de la definición y con las funciones del Consejo de Seguridad (en adelante: C de S); el tener que procurar que dicha definición típica encuadre con la esencia y el real desarrollo progresivo del Derecho Internacional general, es decir, que tanto al momento del ejercicio *legislativo* que realice la Asamblea de Estados Parte, al adoptar una definición tipo, este debe ser conforme a la realidad evolutiva del Derecho Internacional; y que al momento de la aplicación funcional del tipo por parte de la Corte

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Internacional Penal, esta no exceda sus funciones a las que fue llamada. Aquí en esta categoría también estarían previstas las cuestiones, más concretas y operativas, referentes y propias de la dogmática jurídica penal; la cual, por ejemplo, se ocupa de ayudarnos a determinar ante que tipo de bien jurídicamente tutelado nos encontramos, y de cómo éste (el bien tutelado) condiciona tanto la concreción típica-conceptual y las condiciones del ejercicio de competencia, como la eventual aplicación e interpretación del tipo penal.

La siguiente categoría, la *formal*, contendría las cuestiones relativas a cuando y como podría incluirse, la definición adoptada, dentro del maderamen de la CPI; así como algunos acuerdos operativos a los que la Asamblea de Estados Parte llegara en función dirigir las conversaciones y negociaciones de la concreción del tipo.

La segunda vertiente de la cuestión del crimen de agresión a la que me referí antes, contiene los problemas que por su naturaleza podemos definir como *extra-jurídicos*, es decir, todos aquellos que aunque condicionen o complementen el quehacer jurídico, no pertenecen propiamente a la dogmática jurídica en sí. Por lo tanto podríamos nombrarla como la vertiente de aporía *extra-jurídica o política*; y en la cual hacinaríamos —sin animo exhaustivo— las siguientes cuestiones de corte predominantemente político: El recelo de los Estados Parte del Estatuto de Roma a, por un lado, las extralimitaciones en el ejercicio de sus funciones del personal de la Corte Internacional Penal y, por otro lado, a verse ellos mismos limitados en el ejercicio de su soberanía (considerada lato sensu) al dotar a la Corte de un tipo más para el ejercicio de su competencia —aun cuando no se extralimite el ejercicio de ésta—; miedo o recelo de el virtual enfrentamiento dialéctico y efectivo con Estados no Partes del Estatuto de Roma. Como podremos advertir, unas cuestiones se encuentran insertas en una dinámica intra-Estatuto, o en una dinámica propia de los Estados Parte del Estatuto; y las otras en una dinámica extra-Estatuto, o en la dinámica propia de la interacción de una organización internacional con Estados ajenos a ella.

En este crimen se entremezclan varias disciplinas de la ciencia jurídica general<sup>11</sup>, y esto no es sólo retórica, sino que, el hecho de que este crimen presente esa naturaleza

---

<sup>11</sup> “Se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional. La idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta (macrocriminal) proviene del *derecho penal*, mientras que las clásicas figuras penales (de Núremberg), en su calidad de normas internacionales, se deben clasificar formalmente como

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

jurídica condiciona de raíz su estudio. Así pues, para la disciplina o dogmática jurídica el crimen de agresión se le presenta como un delito o crimen más, dentro de todo el universo de disposiciones normativas penales, así que la dogmática jurídica se interesará en resolver las cuestiones relativas a la responsabilidad del individuo por ciertas conductas, la determinación del bien jurídicamente tutelado, a la *mens rea*, propias de la *ratione materiae*, de *ratione personae*, etcétera. En cambio, verbigracia, el Derecho Internacional pondrá el énfasis en la determinación de la existencia del crimen de agresión en tanto crimen en Derecho Internacional consuetudinario, asegurar que éste tenga una expresión jurídica operativa en Derecho Internacional convencional general, y en virtud de esta expresión asignar debidamente un papel preponderante al Consejo de Seguridad (órgano material y formalmente político) lo cual provee un elemento extra-jurídico crucial a la cuestión del crimen de agresión, que lo distancia sustancialmente de los demás Crímenes contenidos dentro del Derecho Internacional Penal de Roma. Teniendo como manto cobertor la tensión dialéctica entre el Derecho y la Política.

Las siguientes palabras expresadas por el Tribunal de Nüremberg condensan en su seno la vertiginosa dinámica de evolución en la que, en la pasada centuria, el Derecho Internacional se ha visto inmerso.

*“los crímenes contra el Derecho de Gentes fueron cometidos por hombres y no por entidades abstractas y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las normas del Derecho internacional.”*

Y esto, encarna una de las caras de dicha evolución, pues el individuo es, en un primer momento, objeto de protección —incluso puede llegarse a afirmar que se ha gestado ya una suerte de derecho subjetivo internacional—<sup>12</sup> y luego, destinatario directo

---

*derecho internacional.”* AMBOS, Kai, *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*, traducción de Ezequiel Malariño, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 34.

<sup>12</sup> “...ya no puede haber duda de que el derecho de petición individual ante los Tribunales Internacionales de derechos humanos y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de estos, necesariamente conjugados, constituyen —como siempre hemos sostenido— verdaderas *clausulas petreas* de la protección internacional de los derechos humanos. Son ellas las que hacen viable el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, el cual representa una verdadera *revolución jurídica*, quizás el más importante legado que nos deja la ciencia jurídica del siglo XX.” CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p.17.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

de normas y obligaciones, tanto del Derecho Internacional general, como del convencional.

Pues bien, el crimen de agresión es, en nuestra opinión, de relevancia probada pero de concreción postergada dentro del maderamen jurídico del Derecho Internacional Penal, concebido éste en términos tan simples y llanos, como los propuestos por el profesor CASSESE cuando afirma que:

“International criminal law is a body of international rules designed both to proscribe international crimes and to impose upon States the obligation to prosecute and punish at least some of those crimes. It also regulates international proceeding for prosecuting and trying persons accused of such crimes.(...)”<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> "The first limb of this body make up substantive law. This is the set of rules indicating what acts amount to international crimes, the subjective elements required for such acts to be regarded as prohibited, the possible circumstances under which persons accused of such crimes may nevertheless not be held criminally liable, as well as on what conditions States may or must, under international rules, prosecute or bring to trial persons accused of one of those crimes. The set of rules regulating international proceedings, that is procedural criminal law, governs the action by prosecuting authorities and the various stages of international trials" CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford university Press, 2003, p. 15. Por su parte, Kai AMBOS nos plantea que: "Por derecho penal internacional (volkerstrafrecht) se entiende, tradicionalmente, el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales." AMBOS, Kai, *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*, traducción de Ezequiel Malariño, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 34. Por otro lado encontramos diversas corrientes de planteamiento, así en la doctrina soviética se llegó a sostener que: "El derecho penal internacional es un sistema de normas formadas como resultado de la cooperación entre Estados soberanos u órganos y organizaciones internacionales y tiene como objetivo defender la paz, la seguridad de los pueblos y el orden jurídico internacional, tanto de los crímenes internacionales más graves dirigidos contra la paz y la humanidad como de los delitos de carácter internacional previstos en los tratados y convenciones internacionales y en otros actos jurídicos de índole internacional castigados a tenor con estos reglamentos y convenciones especiales y con acuerdos concertados entre Estados según las normas del derecho penal nacional." KARPETS, IGOR, *Delitos de carácter internacional*, Moscú, editorial progreso, 1983, p.36. En latitudes latino americanas se sostiene que el DI es: "Conjunto de reglas de derecho nacional, sobre la aplicación de la ley en el espacio y las normas de auxilio para asegurar la justicia punitiva que deben prestarse entre sí los Estados." JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La Ley y el Delito*, Caracas, edición Andrés Bello, p. 192. Y como sugiere el autor entre el titulo y lo contenido por este, se ostenta una gran incongruencia, pues para que se diera un DPI sería necesario que este fuera un conjunto de normas contenidas en tratados y que pudieran imponerse a los Estados signatarios.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Por todo ello y, dado el inusitado estado actual del Derecho Internacional, luego del fin de la guerra fría y su comportado orden internacional unipolar; así como las consecuencias —no menos nefastas que sus causas— de los atentados de 11-S, y el nuevo orden de cosas que sugiere, a saber: “la muerte de la acción institucional”<sup>14</sup>. Revitalizando por antonomasia la teoría del unilateralismo y el subjetivismo —con apellido ‘jurídico’— que se antoja lo peor de todo lo resultado. Todos estos acontecimientos, condicionantes del Derecho Internacional contemporáneo, recomiendan no dejar temas tan cruciales como el crimen de agresión a las libres fuerzas de la interpretación unilateral, ni a la acción hegemónica y politizada de un grupúsculo de Estados; a la sazón de las pasiones provocadas discurrir de los acontecimientos momentáneos, en perjuicio de las acciones, objetivos y principios “comunes” de la comunidad internacional en su conjunto y como un todo. Para lograr esta tarea debe primar la necesidad de evitar se deje vacío de contenido y alcance jurídico y meta jurídico al artículo 5 del Estatuto de Roma, dotándolo de las disposiciones referentes a la definición y consignación de las condiciones del ejercicio de la competencia contenidas en el párrafo 2 de dicho artículo.

El objetivo último de este trabajo no es en ningún grado presentar una *ontogénesis* completa del crimen de agresión, sino más bien recopilar, reproducir y desarrollar una serie de aporías características y eficientes que nos sirvan de principios informadores acerca de la existencia, naturaleza, alcance, ubicación y evolución jurídicas del crimen de agresión como categoría jurídica criminal en ---y propio del--- Derecho Internacional. A grandes rasgos lo que vamos a tratar de demostrar en el presente trabajo es que: el crimen de agresión existe en el tiempo y el espacio como categoría jurídico-penal dentro, tanto del Derecho Internacional general como en el sistema jurídico de las Naciones Unidas y, por supuesto, del Derecho Internacional Penal de Roma.

Para tal efecto, nos proponemos a distribuir el trabajo de la siguiente forma: La existencia de una necesidad de la sociedad internacional por regular el fenómeno bélico en general, primeramente tratando de regular la conducción de las hostilidades y, luego, regulando el *ius ad bellum*. Esta dinámica desembarca en una conciencia jurídica sobre el

---

<sup>14</sup> ALCAIDE FERNÁNDEZ, JOAQUÍN, “La “guerra contra el terrorismo”: ¿una “OPA hostil” al derecho de la comunidad internacional?, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 53, Nº 1, 2001, págs. 289-302, p. 298 y ss.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

carácter criminal de las guerras de agresión que, en términos generales, es pretendidamente verificable en el tiempo. Y por ello dividimos el trabajo en dos partes. La primera parte la dedicamos a tratar de analizar la agresión desde una perspectiva histórica, con el fin de ir delineando su naturaleza desde el principio del trabajo, y comprender mejor la naturaleza y alcance de esta categoría jurídico-criminal. En la segunda parte del trabajo, trataremos las cuestiones relativas a los problemas actuales del crimen de agresión.

Así pues en el Capítulo I (La Agresión y La Regulación Del Recurso De La Guerra en clave histórica) nos abocamos a darnos la oportunidad de tener un espacio de reflexión retrospectiva histórica y proveer de cierta base dialéctico-jurídica necesaria para entender y comprender —lo más cabalmente posible— la dimensión aporética del crimen de agresión. Para ello, hemos dividido el capítulo en dos áreas que —más que temporales— son de análisis, de estudio pues, por eso es que vamos a ocuparnos de la agresión *lato sensu* haciendo la aclaración que cualquier intento de trazar una línea divisoria en la historia es de antemano sabido: arbitrario, pero funcional. Así, el primer espacio será dedicado a las aportaciones que los padres del Derecho internacional en su momento realizaron; el segundo al *Derecho Internacional tradicional* y al desarrollo normativo que supuso la creación de la Sociedad de Naciones.

En el Capítulo II (La Criminalización De La Agresión Proceso Y Dinámica De Consolidación), pretendemos ocuparnos del proceso de la criminalización de la agresión como norma de Derecho Internacional. En nuestra visión, en realidad la existencia y pertenencia del crimen de agresión en Derecho Internacional, puede verificarse desde dos ángulos bien determinados; desde la óptica del DI consuetudinario, y desde el DI convencional. Pues, si es cierto que a todo proceso evolutivo jurídico le antecede uno social creador y motor, en consecuencia esto es aplicable al DI como fenómeno jurídico; con la peculiaridad que en esta dimensión del fenómeno jurídico llamado Derecho Internacional los miembros de la sociedad son Estados.

Ahora bien, las normas consuetudinarias tienen una estrecha vinculación con el proceso social motor y por ello, a diferencia de las consuetudinarias, el determinar su existencia y momento exacto de vigencia es sumamente difícil, pero no imposible. Pues si hacemos un ejercicio de retrospectión analítica podremos advertir que, si existe en DI

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

convencional una norma que prohíbe el uso de la fuerza y la amenaza de ésta, que a su vez es fundamento de la prohibición de la agresión y de su carácter criminal (el artículo 2.4 de la Carta de la ONU); *ergo*, ésta es expresión necesaria de una norma consuetudinaria previa, pues ésta norma de carácter convencional no se refiere a una cuestión de pacto entre varios Estados, sino que se refiere a una cuestión de vital importancia para la sociedad en su conjunto. Esta idea se encuentra como sustancia dentro de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la demanda que Nicaragua sometiera a su conocimiento contra los Estados Unidos.

Además, trataremos de demostrar que los Procesos de Nüremberg y Tokio representan un punto de encuentro —y no sólo en términos de historicismo sino también jurídicos—, de dos desarrollos simbióticos pero diferentes del Derecho Internacional, el desarrollo en clave de *norma consuetudinaria* y, a partir de aquí, en clave de *norma convencional*, ambos de orden positivo del DI general. Pero también estaremos reconociendo que a partir de la creación de la Sociedad de Naciones y sobretodo luego de Nüremberg y Tokio y la Carta de San Francisco, nos encontramos ante una sociedad internacional institucionalizada con talante de permanente y de visión o *telos* comunitario; lo que es fundamental para el proceso de criminalización de la agresión en DI contemporáneo. Así las cosas pues, nos ocuparemos del proceso y la dinámica de consolidación de la criminalización de la Agresión, en dos órdenes de ideas que nos servirán como vectores de análisis y reflexión, esto es: como *norma consuetudinaria* y como *norma convencional* general positivas dentro y propias del Derecho Internacional.

La existencia del derecho mismo evidencian por sí mismas la entelequia de un estadio de evolución cultural humano determinado y verificado en el tiempo y el espacio más bien cercano; es decir, estas consideraciones no tendrían ningún sentido —ni fundamento— en el momento histórico en cual la sociedad como tal no existía, y desde una óptica iusinternacional, tampoco serían válidas en tiempos anteriores a la Sociedad de Naciones; sólo ahora es que es posible encontrarle sentido a estas palabras, ahora que el derecho entre las Naciones existe, y un derecho en sentido de un meta-orden jurídico y no un muestrario de acuerdos escasamente generalizados y parcial y unilateralmente sancionado en virtud de un mosaico de soberanías.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

En la segunda parte del trabajo veremos el crimen de agresión y el recurso a la fuerza en derecho internacional contemporáneo (capítulo III). En este capítulo expondremos la concreción que se opera respecto de la prohibición del uso de la fuerza, que a su vez se conforma como el substratum de la criminalización de la agresión; así como los esfuerzos institucionales que tienden a definir el crimen de agresión como necesidad genuina de la sociedad internacional contemporánea (III.1.A y B). También haremos referencia breve a las manifestaciones estatales que en el ámbito regional se ha venido sucediendo (III.1.C.)

Como se desprende de todo lo anterior, nos parece conveniente abordar las cuestiones que se desprenden del alcance jurídico que tiene la prohibición de hacer o emprender una guerra de agresión; por ello, en este mismo Capítulo III.2. (alcance jurídico de la criminalización de la agresión) vamos a ocuparnos brevemente sobre estas cuestiones, realizando para ello, una bifurcación operativa entre el alcance según la dinámica institucional y según lo que la doctrina iusinternacionalista más destacada ha venido informando acerca de el alcance jurídico de la norma contenida en el artículo 2.4 de la Carta de San Francisco, que es la base normativa de la criminalización de la agresión —y por ende— del crimen de agresión.

En todo este trabajo se trasluce una tensión dialéctica entre dos enunciados de un mismo planteamiento: el crimen de agresión como expresión de *lege ferenda* y el crimen de agresión como expresión de *lege lata*. Como veremos más adelante, para algunos tratadistas el crimen de agresión es —a lo sumo— una simple expresión de *lege ferenda*, del derecho que deseamos que sea; en cambio para nosotros el crimen de agresión es —con mucho— algo más que eso, es sobre todo una expresión de *lege lata*, es decir, del derecho que en realidad es, sólo que es cuestión de saber observar.

Sin embargo, creemos que si tomamos un poco más de elevación dialéctica advertiremos que, esta tensión entre las dos concepciones, en realidad es un falso debate pues, ambas, son premisas de un mismo planteamiento, es decir, son parte integrante de una misma dinámica de progreso, es decir, de un proceso de evolución jurídica. Así pues, son la tesis y antítesis de una dinámica de progreso paulatino y constante que a la postre se resolverá en una síntesis del progreso jurídico iusinternacional en donde la expresión de *lege lata* es resultado de la *lege ferenda* y ambas se funden, como resultado

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

irreductible de esa dinámica de progreso, en un orden internacional justo, eficaz y válido<sup>15</sup>.

De aquí que creemos indispensable el abrir un espacio de reflexión teórica respecto del crimen de agresión. Justificado esto, nos ocupamos en desplegar este ejercicio teórico en el Capítulo IV (El crimen de agresión en perspectiva teórica) en el cual nos ocuparemos —verbigracia— del problema que plantea el hecho de que sobre este tema —el crimen de agresión— no se cuente con un patrimonio terminológico estable, pues se comienza con los crímenes contra la paz y se termina con el término crimen de agresión. Además en esta cuestión es necesario hacer algunas reflexiones oportunas para saber distinguir entre agresión *lato sensu*, agresión *stricto sensu*, acto de agresión, guerra de agresión y crimen de agresión propiamente dicho (IV.1. El problema de la especificación Terminológica).

El crimen de agresión posee una naturaleza *sui generis* que lo distancia de los demás crímenes, pues en él conviven dos naturalezas, la política y la jurídica, al respecto hablamos en el apartado IV.2. El problema de su naturaleza *sui generis*. Para acometer un ejercicio de ubicación, con respecto de la categoría jurídica el crimen de agresión, dentro del universo jurídico, es necesario efectuar una bifurcación dialéctica eficiente. Así pues, en primera instancia debemos considerar la aspiración de la humanidad de conseguir la paz, sino *perpetua*, al menos si duradera y efectiva, en el discurrir histórico como una constante; en segunda instancia debemos considerar la faceta de expresión jurídica que se ha venido operando respecto de ésta eterna aspiración humana. De esto nos ocupamos en el apartado IV.3.

---

<sup>15</sup> “El desarrollo dialéctico de la idea jurídica, que se inicia con la afirmación de los ideales de justicia, conduce a la creación de una instancia que si bien tiene como finalidad última la realización de esos ideales, empieza por negarles beligerancia como criterios ultrapositivos de valoración, y pretende reemplazarlos por un criterio nuevo, de índole formal. (...) El dualismo normativo aparece entonces como oposición *transitoria* y *relativa* de los momentos iniciales de un solo desarrollo, que encuentra su culminación en la síntesis superadora de esos momentos. La relación —y oposición pasajera— entre el ideal no realizado y la realidad que para afirmarse niega los principios que le confieren sentido, encuentra su cumplimiento y elimina todo antagonismo cuando la idea se transforma en realidad y esta realiza la idea. La pugna entre los dos criterios queda superada en el tercer estadio del proceso” GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, FONTAMARA, 1996, pp. 175, 176 y 177.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

En el Capítulo V (La problemática del crimen de agresión dentro del Estatuto de Roma) trataremos de trazar unos lineamientos elementales respecto del universo aporético del crimen de agresión. Para ello, trataremos de dar respuesta a cuestiones tan importantes como si ¿existe en DI general una categoría jurídica llamada crimen de agresión? Y más importante aún, de existir esta categoría jurídica, ¿existe una *norma* de DI general en la que se funda esta categoría jurídica llamada crimen de agresión? (V.1. El crimen de agresión como categoría jurídico-penal internacional).

Una de las aporías más emblemáticas del Derecho Internacional, que discurre impregnando lo todo, desde práctica Estatal hasta la doctrina iusinternacionalista especializada es, sin temor al equivoco, el uso de categorías jurídicas determinadas —pero indeterminables— o, al menos de difícil concreción jurídico-conceptual, lo cual por obvias razones dificulta, en ambas esferas el quehacer del jurista interesado en la arena internacional del Derecho. Es por ello que es necesario centrar el análisis y el esfuerzo intelectual en tratar de delimitar, lo más posible, las categorías jurídicas de las que nos servimos para desarrollar el presente trabajo. El estudio y análisis sobre el crimen de agresión se ve especialmente inculcado por la problemática antes expuesta, pues en concreto, no existe una definición jurídica —es decir con los atributos jurídicos necesarios para su validez científica y práctica— propiamente dicha, pues en tiempos pretéritos en realidad no era factible semejante cristalización, y no sólo por cuestiones de geopolítica u otras cuestiones extra-jurídicas, sino en razón del órgano productor de dicha y afortunada definición de esta categoría jurídica *crimen de agresión*.

Empero, este momento histórico ha llegado de la mano de la creación de la Corte Penal Internacional, pues en el seno de la asamblea de Estados Parte en donde la esperada definición y delimitación jurídico-conceptual del crimen de agresión puede y debe tomar forma. En efecto, nos encontramos ante el momento histórico plétórico de oportunidades en términos institucionales, políticos, sociales y jurídicos para llegar a la concreción típica-conceptual jurídica del crimen de agresión; existe una Institución internacional especialmente dotada de competencia para ello, y en la cual no existe ningún derecho de veto que lo impida. En todo caso la política servirá, en el seno de la Asamblea de Estados Parte, para —con su respectivo jaloneo de intereses— como catalizador de la concreción típica-conceptual del crimen. Este tema lo despacharemos en el apartado 2 del capítulo V (Concreción típica-conceptual del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Internacional). El problema de su concreción típica-conceptual. Además, veremos las diferentes definiciones del crimen de agresión que en el decurso histórico se han ensayado; así como la práctica estatal que se desvela ante nosotros en el seno de la preparación, creación e instauración de la Corte Penal Internacional, respecto del crimen de agresión.

En alguna parte de la doctrina internacional especializada en el tema, se aprecia una opinión más o menos generalizada en algún de los dos sentidos siguientes: la inclusión del crimen de agresión es indiferente para el desarrollo de la Corte Penal Internacional, y por ende, prescindible; o la inclusión del crimen es nefasta para la realización de los objetivos de la Corte y, por ello, es necesario y deseable que el crimen de agresión se excluya de la estructura del Estatuto o se deje en la indefinición *ad calendas grecas*.

Para nosotros la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto de Roma es, en ningún grado, identificable con ninguna de las anteriores posturas, pues desde una óptica dialéctica un poco más elevada, nos podremos percatar que dicha inclusión se identifica con un ejercicio de codificación y desarrollo progresivo conjunto o —al menos— tiene esos efectos respecto del crimen en cuestión. Y esto lo advertimos en el hecho de que los problemas actuales que el crimen de agresión plantea tanto para propios como para extraños, ya no se plantea en términos materiales objetivos, es decir, en la determinación del agresor y la verificación del acto de agresión; sino que se ha llevado a un plano más jurídico propio de su dogmática, así pues, la problematicidad del crimen de agresión se plantea en función de su concreción típica-conceptual (o definición) y las condiciones del ejercicio de la competencia por parte de la Corte. Además de que, se ha operado una evolución importante, pues en el Estatuto de Roma solamente se ocupa de la responsabilidad individual, en detrimento de la estatal, y esto también constituye un desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

Además de esto, existen otros problemas que se plantean respecto del crimen de agresión, una vez que se haya llegado a la definición del tipo y que se hayan establecido las condiciones del ejercicio de la competencia por parte de la Corte Penal Internacional, como saber si se el crimen será incorporado al entramado del Estatuto de Roma por una enmienda o sólo una aprobación de las disposiciones de las que habla el artículo 5.2; y si

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

estas disposiciones serán obligatorias o no tanto para los Estados Parte como para aquellos que en un futuro vayan a signar el Estatuto de Roma. Todas estas cuestiones las abordaremos en el apartado 3 del capítulo V.

De todo el esfuerzo intelectual que se realiza para el desarrollo del trabajo se desprende la necesidad de culminar con un corolario en el que se tenga la oportunidad de esbozar una aportación, en términos de propuesta, que contenga una propuesta de concreción típica-conceptual del crimen de agresión.

***PRIMERA PARTE***

***PERSPECTIVA HISTÓRICA SOBRE  
EL CRIMEN DE AGRESIÓN***

***CAPÍTULO I.  
LA AGRESIÓN Y LA  
REGULACIÓN DEL RECURSO  
DE LA GUERRA EN CLAVE HISTÓRICA.***

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### **LA AGRESIÓN Y LA REGULACIÓN DEL RECURSO DE LA GUERRA EN CLAVE HISTÓRICA.**

*“Sun Tzu dijo: La guerra es un asunto muy importante para los gobiernos; es la frontera entre la vida y la muerte el camino que conduce a la supervivencia o al exterminio, por eso es necesario estudiarla a fondo.”<sup>16</sup>*

*“Podemos decir que la historia del derecho internacional no es más, bajo cierto aspecto, que la justificación de la guerra; sin la cual en efecto quedaba fuera de él, como principio antijurídico.”<sup>17</sup>*

El objetivo de este capítulo no es realizar un examen exhaustivo del la criminalización de la agresión y del crimen de agresión<sup>18</sup> en todo el decurso histórico humano, esto rebasaría con mucho los objetivos del capítulo y del trabajo de investigación entero, pues tendríamos que remitirnos al primer hombre y extrapolarnos intuitivamente hasta el último hombre; de hecho esto bien podría constituir un tópico para un trabajo de investigación en especial. No, en realidad lo que se busca con el hecho de abordar un espacio de reflexión retrospectiva histórica, es el proveer de cierta base dialéctico-jurídica necesaria para entender y comprender —lo más cabalmente posible— la dimensión aporética del crimen de agresión.

De lo que resulta que, este capítulo lo haremos lo más breve posible, ya que, la criminalización de la agresión tiene un presupuesto ontológico ineludible: el Estado. Y el Estado como tal, es decir, no un conglomerado humano<sup>19</sup> más o menos organizado,

---

<sup>16</sup> SUN TZU, *El arte de la guerra*, México, ediciones Leyenda, 2001, p. 13.

<sup>17</sup> CALVO, CARLOS, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, Paris, 1868, p. 430, tomo I.

<sup>18</sup> La Real Academia Española nos dice: *crimen*. (Del lat. *crimen*). m. Delito grave. || 2. Acción indebida o reprobable. || 3. Acción voluntaria de matar o herir gravemente a alguien. *agresión*. (Del lat. *agressio*, *-ōnis*). f. Acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño. U. t. en sent. fig. || 2. Acto contrario al derecho de otra persona. || 3. *Der.* Ataque armado de una nación contra otra, sin declaración previa. || ~ sexual. f. *Der.* La que por atentar contra la libertad sexual de las personas y realizarse con violencia o intimidación es constitutiva de delito.

<sup>19</sup> “El momento paroxismal de las sociedades primitivas no es la guerra, es la fiesta. La fiesta constituye el lazo social por excelencia colectiva; su cima de cohesión, de movimiento y de derroche. La fiesta reúne a los individuos, los agita, lleva sus emociones a una especie de incandescencia frenética, invierte sus reglas de vida, agota de un golpe su vigor y sus riquezas. Por el contrario, la guerra apenas si rompe la monotonía de los días; no existe un tiempo de

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

armado y con unos fines comunes, no, sino el Estado puro y duro. Por ello el estudio retrospectivo de la criminalización de la agresión no puede sustraerse de el del Estado, pues por su propia naturaleza este crimen sólo puede efectuarse entre entidades soberanas; ahora bien, la existencia del Estado no conlleva en sí mismo la existencia del crimen (hablando en términos históricos), sino que es necesario que se despierte una conciencia jurídico-social respecto del carácter criminal de la agresión —lo cual no ha de sorprendernos pues es un progreso natural de toda evolución jurídica—, y esta conciencia se opera sólo luego de mucho tiempo después del advenimiento del Estado; en concreto llega de la mano de las nociones de comunidad y normas imperativas y en virtud de un proceso de humanización del Derecho Internacional<sup>20</sup>. En términos generales es necesario advertir que, el crimen de agresión, no puede ser encontrado en un espacio temporal distinto al que ocupa la existencia del Estado, pues por ejemplo en tiempos medievales o anteriores no nos sería posible ubicarlo, pues, —aun cuando los hechos materiales son criminales a vista del lente actual— en aquellos momento no se encontraba configurado el carácter criminal, es decir, la conciencia colectiva respecto de la criminalidad de la guerra, aun cuando si existiera conciencia sobre el carácter deletéreo material.

El presente capítulo, está dividido en áreas que más que temporales son de análisis, de estudio pues, por eso es que vamos a ocuparnos de la agresión *lato sensu* haciendo la aclaración que cualquier intento de trazar una línea divisoria en la historia es de antemano sabido: arbitrario, pero funcional. Así, el primer espacio será dedicado a las aportaciones de los padres del DI; el segundo al Derecho Internacional tradicional en específico. Estos espacios podemos nombrarlos también como *periodo anárquico* y *periodo procesalista o legalista*; esto en función de la respuesta que el DI en cada momento histórico ha venido dando al fenómeno bélico.

En todo caso, hemos tratado de tener en cuenta las palabras del estagirita, cuando dijo que:

---

guerra separado claramente del tiempo de paz. No se pasa de uno a otro con actos solemnes... la guerra y la paz coinciden y las dos son permanentes.” CAILLOIS, ROGER, *La cuesta de la guerra*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 17.

<sup>20</sup> En el siguiente Capítulo nos evocaremos al estudio de esta evolución del carácter de derecho a la guerra —*ius ad bellum*— hacia el carácter criminal de la guerra.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*“la mejor manera de ver las cosas, en esta materia al igual que en las demás, es verlas en su desarrollo natural y desde su principio”<sup>21</sup>*

### ***1. LAS APORTACIONES DE LOS PADRES DEL DERECHO INTERNACIONAL***

Si decidimos adherirnos a la habitual práctica académica iusinternacionalista, luego, cifraremos los orígenes del Derecho Internacional en el Tratado de Paz firmado en Westfalia (1648) que pone fin a la guerra de los treinta años. Esto además de proveernos de cierta certeza histórica, nos revela la naturaleza exacta de lo que hasta entonces era, y seguirá siendo, la quintaesencia de las relaciones entre naciones<sup>22</sup>, y lo que, a partir de ahí serían, las Interestatales.<sup>23</sup>

En este periodo en especial, las cuestiones referentes a *ius ad bellum*<sup>24</sup> y las construcciones filosóficas de la escolástica española en relación a la guerra justa, presiden el quehacer doctrinal. Así pues hablar de la criminalización de la agresión y de crimen de agresión en este periodo es no estar tocando nada en particular. De hecho a la luz de nuestras investigaciones, ningún doctrinario de la época habla de “agresión” en ninguna de sus formas, y mucho menos en su acepción de crimen internacional y limitante del quehacer estatal soberano; lo cual es comprensible pues las relaciones que se regulaban por el incipiente Derecho Internacional (en adelante: DI) eran inter-estatales

---

<sup>21</sup> Citado por: Gómez Robledo, Antonio, *El “ius cogens” internacional (estudio histórico crítico)*, 1º edición, México, UNAM, 1982, 2003. p. 1.

<sup>22</sup> Así pues, por ejemplo al decir de Montesquieu: “Desde el momento en que los hombres se reúnen en sociedad, pierden el sentimiento de su debilidad; la igualdad en que se encontraban antes deja de existir y comienza el estado de guerra. Cada sociedad particular se hace consiente de su fuerza, lo que produce un estado de guerra de nación a nación.” Montesquieu, *De l’Esprit des Lois*, 1750, libro I, capítulo III.

<sup>23</sup> Para un estudio pormenorizado de la evolución de las relaciones internacionales abordado desde una perspectiva científica, véase la obra de BARBE, Esther, *Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003.

<sup>24</sup> *ius ad bellum*: generalmente amplios sectores de la doctrina iusinternacionalista define esta frase conceptual como, el derecho que poseen los Estados para recurrir libremente al recurso de la fuerza o guerra. De igual manera la doctrina iusinternacional ha venido desarrollando otro concepto más: el del *ius in bello*, que se refiere a las normas internacionales que se aplican al desarrollo de las hostilidades entre entidades que se encuentran en un estado de beligerancia.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

en su más puro sentido. Así que la agresión vendría a ser solamente una forma de iniciar las hostilidades a las que relativamente se tenía derecho a recurrir.

No obstante, en este periodo los grandes pensadores se dispusieron a un loable objetivo como es estudiar el fenómeno bélico, contribuyendo así a que en años posteriores se generara un proceso que culminará con la criminalización de la guerra. Nos referimos por supuesto a VITORIA, SUÁREZ, GENTILI, GROCIO Y VATTEL.

El padre del Derecho Internacional<sup>25</sup> —cuyo título le viene de una afortunada evolución que él opera respecto de un texto de Gayo—, Francisco DE VITORIA, entendía que la única causa justa de recurrir a la guerra se basaba en una injuria recibida. Por su parte, el otro exponente de la escolástica española, el jesuita Francisco SUÁREZ (1548-1617), suma otros dos motivos más para la consideración justa de la causa de la guerra: la protección y defensa de inocentes y el castigo de aquel que ha violado un derecho a otro.

En otras latitudes, y no sólo geográficas, sino ya intelectuales, el jurista<sup>26</sup> Alberico GENTILI (1552-1608), en su obra: DE IURE BELLI, nos regala algunas aportaciones valiosas a nuestra disciplina. Para este jurista la guerra en la *societas gentium* era totalmente lícita y sin restricciones siquiera de humanidad, en función de cuestiones religiosas, así pues, se podía guerrear libremente con aquellos pueblos que eran ateos:

*“Et ergo si athei aliqui essent, omnis expertes religiones, bonae, malae, bellum contra eos quoque iustum uideri poterit quasi contra feras. Non enim dici homines merentur, qui exuunt naturam hominum...”*<sup>27</sup>

Para GENTILI la guerra era ante todo —y aquí comienza ya a vislumbrarse el proceso de contención del fenómeno bélico como tal dentro de los causes de la política y del derecho, claro en el ámbito doctrinal— un fenómeno estatal, así lo plasma:

*“Bellum est publicorum armorum iusta contentio”*<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Vitoria se reputa como el padre del Derecho Internacional, sin embargo, según A. NUSSBAUM, esto no debiera ser así, pues para él Vitoria sólo cometió un error al cambiar *homines* por *gentes*. “A CONCISE HISTORY OF THE LAW OF NATIONS, NY, 1954.

<sup>26</sup> Para A. DE LA PRADELLE, Gentili es el primer jurista internacionalista. *Maitres et doctrines du droit des gens*, Paris, 1950.

<sup>27</sup> La cita es de: GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, p. 52.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Algunos doctrinarios ven en la definición de la guerra provista por GENTILI, ya un alejamiento o separación de la escuela escolástica que sostenía la teoría de la guerra justa, pues en GENTILI la justicia se refiere al estricto cumplimiento de formalidades, así verbigracia:

“Debe entenderse, entonces, en el sentido de la justicia extrínseca, de aquella que encontramos ya en Baltasar de Ayala, y que connota simplemente el cumplimiento de ciertas prácticas tradicionalmente convenidas, en la iniciación y conducta de las hostilidades.”<sup>29</sup>

Como ya dijimos antes, en este periodo del DI no encontramos referencia alguna a la cuestión del crimen de agresión, y ni siquiera a la criminalización agresión; por ello sólo nos evocaremos a exponer las cuestiones más relevantes que, para nosotros, el pensador GROCIO aporta, quien tiene el merito de dar un orden a nuestra disciplina. Así pues, es Hugo GROCIO (1583-1645), quien en su obra *iure belli ac pacis* recoge el fruto de todo el quehacer intelectual de estos hombres, y su aportación cultural jurídica no es sólo tributaria de aquellos, sino que sistematiza todo este trabajo y lo lleva a feliz término, como dice él mismo:

“Muchos han acometido la empresa de ilustrar con comentarios o de presentar en compendio el derecho civil, ya el romano, ya el particular de cada pueblo; mas el derecho que rige entre muchos pueblos y sus gobernantes, ya sea que proceda de la naturaleza o que haya sido establecido por las leyes divinas, o introducido por las costumbres o por un aspecto tácito pocos lo han intentado y nadie hasta ahora lo ha tratado en toda su extensión y en forma sistemática; y sin embargo, interesa al genero humano que así se haga.”<sup>30</sup>

Para Grocio la guerra es en realidad un estado de cosas, un *status quo* específico. Y la define en términos materiales así:

“*status per vim certantium, qua tales sunt*”

Ya en Grocio podemos advertir, al menos en el sector doctrinario, la confección de cierto tejido intelectual y ético-jurídico referente al carácter patibulario de la guerra y sobre el cual, al paso inexorable de los años —que serán muchos—, se cimentará la conciencia colectiva jurídica sobre el carácter criminal de la guerra y en especial de las

---

<sup>28</sup> “la guerra es una lucha justa, armada y pública”. *Íbidem*.

<sup>29</sup> *Íbidem*, p. 53.

<sup>30</sup> *Íbidem*, p. 141.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

guerras de agresión; que en sí misma es perjudicial y para la sociedad internacional lo es aun más. Así pues, este tejido del que hablamos, es a la vez aportación y motor de la actividad intelectual del gran Grotius (esto no deja de ser una tautología), pues se advierte en sus escritos:

*“Veía, en efecto, por todo el orbe cristiano, la vergonzosa libertad de hacer la guerra hasta a los pueblos bárbaros; y (entre los cristianos) por leves o ningunas causas recurrir a las armas, y con ellas en la mano, no tener respeto alguno ni del derecho divino ni del humano, como si por virtud de un decreto se disparase el furor a la comisión de todos los crímenes.”<sup>31</sup>*

Uno de los más destacados discípulos de GROCIO es, sin temor al equivoco, VATTEL. Este autor concibió al fenómeno bélico como una institución de DI, es decir, como sanción, noción que más tarde retomará y sostendrá el padre del relativismo axiológico jurídico: Hans Kelsen, y antes de él, lo hará ALBERDI<sup>32</sup>; para VATTEL la guerra es:

*“... aquel estado en el cual se persigue su derecho por la fuerza”<sup>33</sup>*

Como podemos ver, en este periodo comienza a gestarse una concepción jurídica específica respecto de la guerra, es decir, el recurso a la guerra, la guerra misma y sus consecuencias adquieren connotaciones jurídicas relevantes en la esfera iusinternacional. y es aquí en donde encontramos la cristalización del *ius ad bellum*<sup>34</sup>, ligado en su

---

<sup>31</sup> GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Fundadores del Derecho...*, op. cit., p. 143.

<sup>32</sup> Aunque este autor lo hace con un talante crítico: “...el *derecho internacional de la guerra*, no es más que el *derecho penal y criminal de la humanidad*. Pero por la constitución que hoy tiene, más bien que un derecho a la pena, es un derecho al crimen, pues de diez casos, nueve veces la guerra es un crimen judicial, en lugar de ser una pena judicial.” ALBERDI, Juan Bautista, *El crimen de la guerra*, Barcelona, Linkgua Ediciones, 2006, p. 37.

<sup>33</sup> Citado por: PETIT DE GABRIEL, Eulalia: *Las exigencias de humanidad en el Derecho Internacional Tradicional (1789-1939)*, Tecnos, Madrid 2003, p. 115.

<sup>34</sup> Sobre el origen y evolución jurídico-conceptual de los términos: *ius ad bellum* y *ius in bellum*, véase el trabajo de Robert KOLB: *Origen de la pareja terminológica ius ad bellum / ius in bello*, En el sostiene que tal terminología, aunque se exprese en latín, no es en realidad una herencia de la tradición jurídica antigua, sino por el contrario, es de acuñación contemporánea, más aun, la ubica precisamente en la época de la Sociedad de Naciones. Sostiene también que es el cuerpo de normas del *ius contra bellum*, entra en sustitución del recurso absoluto al recurso de la guerra al escenario iusinternacional, y se enrola en una dinámica de oposición frontal al *ius in bello* y, es aquí, en donde nace en realidad la dicotomía dialéctica entre *ius ad bellum* y *ius in bello*, dicotomía que, por otro lado, es fundamental para la concreción jurídico-conceptual de

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

naturaleza y en su fundamento a otra categoría jurídica contemporánea: la soberanía del Estado-nación. En esta tesitura, en este periodo se entendía que la guerra en cualquiera de sus manifestaciones, se encontraba dentro de los límites de las facultades de los Estados, es decir era considerado el *ius ad bellum* como una prerrogativa del Estado. Pero esta cuestión debe ser debidamente entendida, pues al decir de algunos tratadistas —con los cuales coincidimos— este derecho en realidad no era ilimitado, y por otro lado, el considerarlo dentro del muestrario de las prerrogativas del Estado en realidad se estaba tratando de acotar el fenómeno bélico. Primeramente en función de su pertenencia al ámbito mera y exclusivamente estatal, y luego en acotaciones políticas y jurídicas, que por un lado condicionaban su objeto y por otro, su desarrollo.

Esta preocupación por la guerra que sentían aquellos ilustres hombres y sus respectivas aportaciones a la cultura jurídica universal, tiene varias lecturas, así por ejemplo, el profesor CARRILLO SALCEDO nos comenta:

“En la regulación de la guerra, en consecuencia, la preocupación iusnaturalista y ética por la guerra justa, arraigada en la tradición medieval, cederá el paso progresivamente a una concepción en la que la justicia material de la causa justa no importa tanto como las cualidades formales de una guerra jurídico-pública, interestatal, librada *por y entre* soberanos, titulares de la *suprema potestas*.”

Por su parte el profesor PUREZA nos comenta:

---

cada una de las expresiones. Observa también que en la literatura clásica no es posible encontrar las expresiones que nos ocupan, y expone: “*La tradición romanista y escolástica, los canonistas y los civilistas de la Edad Media (glosadores, conciliadores, ultramontanos, doctores iuris utriusque, etc.), así como los grandes clásicos del derecho internacional (Escuela de Salamanca, Ayala, P. Belli, Gentili, Grocio, etc.) no conocían esas expresiones. Aun más, desconocían la dicotomía de los cuerpos de normas ad bellum e in bello.*” Además, ni WOLF, VATTEL O KANT utilizan este binomio de términos. Y concluye: “*Antes de 1930, las expresiones ius ad bellum y ius in bello se utilizan con poca frecuencia. Ninguna de las dos fue utilizada durante las Conferencias para la Paz de 1899 y 1907 referentes, entre otras cosas, a la codificación del derecho de la guerra. (...) Podemos permitirnos concluir que, hasta principios de la década de 1930, las expresiones ius ad bellum y ius in bello no se utilizaban. De hecho, comienzan a ser reconocidas a mediados de la década de los 30, especialmente por influencia de la Escuela de Viena*”. Y atribuye el mérito de la incorporación de estos términos a Josef Kunz, quien, según él, “*fue uno de los primeros en acuñar esos términos y quizás su inventor. Kunz(...) utilizó los términos en cuestión, el año 1934, en un artículo titulado “Plus de lois de la guerre?” y, el año 1935, en su libro “Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*”. Este trabajo de investigación fue publicado en la revista de la Cruz Roja, No. 143, pp.589-598.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

“A regulamentacao e condicionamiento da prática da guerra, consubstanciadas nas teses medievais e modernas da guerra justa, constituem assim um primeiro passo ético-jurídico de relevo para sua restricão.”<sup>35</sup>

En todo caso el merito de los pensadores de la época es algo que, en cierta medida, tratan de hacer los iusinternacionalistas contemporáneos, trataron de poner fuera de la ley las guerras medievales sujetándolas a las entidades soberanas, aminorando con ello el numero y la gravedad de los resultados de las guerras privadas de antaño<sup>36</sup>, así pues, los iusinternacionalistas de hoy, tratan de poner fuera del alcance —jurídicamente al menos— la guerra interestatal, a favor de la institucionalización del recurso de la fuerza por un lado, y por otro, criminalizando las guerras de agresión. El iusinternacionalista mexicano Antonio GÓMEZ ROBLEDO, nos comparte su sentir en este sentido:

“... y por esto son beneméritos de la humanidad los juristas que, como Gentili, se esforzaron, ya que no podían desterrar la guerra, en ponerla por lo menos bajo el control de una autoridad eminente y responsable, es decir, la suprema autoridad del Estado.”<sup>37</sup>

Una postura y argumental por demás interesante —y que además compartimos— es la que sostiene el profesor Max SORENSEN, para él en realidad en ningún momento puede hablarse de un *ius ad bellum* absoluto poseído por los Estados y razona:

“...como resultado del silencio sobre el asunto por parte de la literatura más minuciosa, se dice frecuentemente que, con el abandono de aquella distinción (entre guerras justas e injustas), el derecho internacional vino a admitir el derecho absoluto a la guerra por parte de Estado. Esto es una exageración burda. Si fuera cierto, implicaría que los escritores habían malentendido notablemente la práctica real de los Estados y le habían atribuido

---

<sup>35</sup> La cita es de: MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, op. cit., p. 20.

<sup>36</sup> Los resultados de este afán de someter el fenómeno bélico a los causes estatales, se verá que fueron aún más desastrosos —quizás— que el provocado por las guerras privadas. Así nos comenta PELÁEZ MARÓN: “Desde la consolidación, a partir del inicio del s. XVI, del Estado soberano como último y definitivo centro de atribución del poder político, la guerra comenzará a considerarse como medio al servicio de la *razón de Estado*, último fin y justificación del quehacer estatal. (...) Baste recordar las guerras napoleónicas, la guerra de crimen o las batallas de Magenta y Solferino, para ilustrar el uso abundante que de la fuerza hicieron los Estados, en este periodo, en aras la *razón de Estado*.” CARRILLO SALCEDO, J. A. (COORD.), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 92.

<sup>37</sup> *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, p. 53.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

una licencia que ellos nunca pretendieron tener. Ningún Estado, en ningún tiempo, ha acudido a la guerra sin una ferviente protesta de la justicia de su causa, lo que no habría ocurrido si el derecho a la guerra hubiese sido absoluto.”<sup>38</sup>

Para concluir queremos destacar que el hecho de someter a ciertos parámetros legales, éticos e incluso políticos al fenómeno bélico, labor que en definitiva encararon y emprendieron los incipientes tratadistas y padres todos (en el sentido no de padres biológicos engendrados, sino de educadores y formadores de espíritus y conciencias) del Derecho Internacional, significa un incipiente proceso de humanización, esto no puede tener otra lectura, proceso que comenzará a llegar a su culmen en ocasión de la creación de la Corte Penal Internacional. Por ello, el hecho de no encontrar referencia alguna, en estos periodos del conocimiento iusinternacional, a la agresión ya como hecho simple, ni como crimen, no nos exime de su inclusión en nuestro esfuerzo intelectual e intuitivo de estudiar los problemas actuales —y eternos— del crimen de agresión.

En todo caso, compartimos las palabras y el sentir de Raymond ARON, cuando señala que:

“Antes de 1914, la respuesta, dada por la historia, no era dudosa. El derecho internacional público europeo no había tenido nunca como objetivo, ni por principio, poner fuera de la ley a la guerra. Por el contrario, preveía las formas en las que ésta debía ser declarada, prohibía el empleo de determinados medios, regulaba las modalidades del armisticio o de la firma de la paz e imponía obligaciones a los neutrales con respecto a los beligerantes, y a estos con respecto a las poblaciones civiles, a los prisioneros, etc. En resumidas palabras, legalizaba y limitaba la guerra y no hacía un crimen de ella.

Como quiera que la guerra era legal, los beligerantes podían considerarse como enemigos sin odiarse ni vituperarse recíprocamente.(...) Sin duda, la legalidad de la guerra no solucionaba el problema moral de saber si la guerra era justa o no. Sin embargo, el beligerante responsable de una guerra injusta no dejaba por ello de ser un enemigo legal. ¿Por qué mantenían los juristas clásicos, al lado de los *juicios morales* sobre la conducta

---

<sup>38</sup> SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 75. En otro sentido, el profesor PELÁEZ MARÓN sostiene: “...la concepción de la guerra justa, de inspiración tomista y desarrollada por la doctrina clásica del Derecho internacional —especialmente por la escuela española del s. XVI—, irá decayendo hasta el extremo de ser relegada a la categoría de una teoría moral obsoleta. La práctica de los Estados confirma, a su vez, la valoración que se da al uso de la fuerza en el s. XIX.” CARRILLO SALCEDO, J. A. (COORD.), *La criminalización...*, *op. cit.*, p.92.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

respectiva de los Estados enfrentados, los *juicios jurídicos* que legalizaban el conflicto para ambas partes?(...) Los juristas clásicos no sólo tenían conciencia de los equívocos que hemos analizado anteriormente, de la discriminación necesaria entre la iniciativa de las hostilidades y la agresión, así como entre la responsabilidad de sus orígenes y la responsabilidad de sus resultados, sino que *admitían la legitimidad moral de la acción por las exigencias del equilibrio, aunque esta acción fuese agresiva.*”<sup>39</sup>

Así, ARON al hablar sobre la cuestión de la agresión de Italia a Etiopía, nos dice que a juzgar por las reacciones de los miembros de la Sociedad de Naciones: “Si el derecho internacional que prohíbe las agresiones y las conquistas tiene por origen a la sociedad transnacional, ésta, o no existía o existía débilmente a juzgar por los sentimientos y las voluntades de los hombres.”<sup>40</sup> Sin embargo, la sociedad internacional tiene hoy una estructura más acabada, sobre la base de un Derecho Internacional más completo y complejo, así el profesor CARRILLO SALCEDO nos ilustra:

“Hoy es un lugar común en la doctrina española reconocer que el Derecho Internacional contemporáneo se diferencia del tradicional por una serie de rasgos, entre los que destacan los siguientes: institucionalización, socialización y humanización.”<sup>41</sup>

## ***2. LA AGRESIÓN Y LA REGULACIÓN DEL RECURSO DE LA GUERRA EN DERECHO INTERNACIONAL TRADICIONAL.***

### ***A. INCIPIENTES MANIFESTACIONES DEL PROCESO DE HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.***

A estas alturas del desarrollo de nuestro trabajo, nos encontramos situados más allá, al menos temporalmente, de las incipientes e inconmensurables consideraciones doctrinales de los padres del Derecho Internacional meramente, es decir, en el periodo que vamos a abordar ya no sólo hablaremos de las aportaciones intelectuales y éticas de

---

<sup>39</sup> ARON, Raymond, *Paz y guerra entre las naciones*, Madrid, Revista de Occidente, 1963, p. 150.

<sup>40</sup> *Íbidem.*

<sup>41</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., prólogo a la obra de Eulalia PETITI DE GABRIEL, *Las exigencias de humanidad en el derecho internacional tradicional (1789-1939)*, Madrid, Tecnos, 2003.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

los diferentes doctrinarios, sino además y sobre todo, de cierto desarrollo normativo que ya en estas épocas tempranas del DI se comienzan a vislumbrar. Algo que podemos observar y debemos destacar es que: una constante en el desarrollo integral y el discurrir histórico del Derecho Internacional es, sin duda, la consideración del ser humano como tal, y los fines<sup>42</sup> humanos<sup>43</sup> del poder<sup>44</sup>, y sea directa o indirectamente el individuo, sus intereses y su protección, se encuentran inscritos indeleblemente en la naturaleza misma del Derecho Internacional<sup>45</sup>, ya en clave de enunciación jurídica o en clave ético-teleológica.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> “Cuando la noción del bien común deja de ordenarse a fines humanos, se produce una alteración de los fines del poder. Este queda entonces desviado de su misión —que es servir a los hombres y no esclavizarlos— y los fines extrapersonales que se asigna a sí mismo le llevan al exceso y a veces a la tiranía.” DE VISSCHER, CH., *Teorías y realidades en derecho internacional público*, Barcelona, Bosch, 1962, p. 130.

<sup>43</sup> Mucho antes de que Charles de VISSCHER y PROSPER WEIL nos hablaran de los fines humanos del poder, IHERING nos planteaba la cuestión de los fines humanos con sus palabras: “...hemos encontrado finalmente lo que buscábamos: la forma definitiva de la aplicación de la violencia para los fines humanos, la organización social de la violencia coactiva, es decir el Estado.” IHERING, RUDOLF VON, *El fin en el derecho*, México, editorial Cajica, 1961, p. 218. Y se reafirmaba así: “...el objetivo de la existencia del individuo no se puede realizar en la tierra sin coacción, este es el germen primigenio del *derecho como violencia justa*.” *Ibidem*, p. 229.

<sup>44</sup> “a lo largo de la evolución histórica el Derecho Internacional ha tenido presente que detrás de la vida de los Estados esta la vida de los hombres, y que los fines humanos del poder jamás han estado ausentes del derecho Internacional, incluso en su etapa de ordenamiento jurídico regulador de relaciones predominantemente o casi exclusivamente interestatales.” PROSPER WEIL, citado por CARRILLO SALCEDO J. A., en el prólogo a *Las exigencias de humanidad en el derecho... op. cit.*

<sup>45</sup> “nuestra disciplina, pese a su problematicidad y a la relevancia de la soberanía del Estado, tiende, en definitiva, a la protección de valores de la persona humana”. PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2001.

<sup>46</sup> “Todos los Estados civilizados convienen, acerca de este punto, en que el hombre es una persona, es decir, alguien que posee derechos imprescriptibles que aquellos deben respetar en sus relaciones recíprocas. De aquí que todo individuo, sin distinción de nacionalidad, halle en nuestros días protección para su persona y sus bienes donde quiera que alcance la acción del Derecho Internacional. La misión final del Estado y el objeto de las relaciones internacionales se reducen a la defensa del individuo.” MARTENS, F. DE, *Tratado de Derecho Internacional*, Madrid, La España moderna, 1894, tomo I, pp. 403.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Así pues, uno de los iusinternacionalistas que más hubieron de contribuir al desarrollo del Derecho Internacional, Federico DE MARTENS nos expresaba al hablar sobre “*la ley del desenvolvimiento progresivo de las relaciones internacionales*”:

“*el respeto de la persona humana es el principio único que en ella impera. El desarrollo de las relaciones internacionales y del Derecho guarda proporción siempre con la consideración de que el individuo goza por sí mismo en el Estado. Si esa consideración es grande, si se reconoce a la persona humana como fuente de los derechos civiles y políticos del hombre, también alcanzarán un alto grado de perfección el Derecho y el orden de la vida internacional.*”<sup>47</sup>

En términos parecidos llegan hasta nosotros palabras sapientísimas y progresistas en grado sumo, como las que vertiera el prócer argentino Juan Bautista ALBERDI:

“En último análisis el hombre individual es la unidad elemental de toda sociedad humana, y todo derecho, por colectivo y general que sea, se resuelve al fin en último término en un derecho del hombre.

El derecho internacional, según esto, es un derecho del hombre, como lo es del Estado, y si él puede ser desconocido y violado en detrimento del hombre lo mismo que del Estado, tanto puede invocar su protección el hombre individual, como puede invocarlo el Estado, de que es miembro el hombre.”<sup>48</sup>

En este periodo pues, las consideraciones de los fines del poder, la política y el derecho, se entienden cifrados en términos del ser humano, esto en definitiva representa un gran avance respecto de las primeras etapas de incipiente desarrollo del DI, pues como hemos visto en ese periodo el recurso a la guerra era casi ilimitado<sup>49</sup>; en cambio ya para finales del siglo XIX<sup>50</sup> estas consideraciones han sido objeto de un considerable cambio,

---

<sup>47</sup> MARTENS, F. DE, *Tratado de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>48</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *El crimen de la guerra...*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>49</sup> PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, 1996, p. 647.

<sup>50</sup> “On the eve of the First World War, governments of the world, public opinion, and legal scholars agreed that every sovereign State could have recourse to war whenever it seemed advisable. The motto of Clausewitz’s classic treatise on war was the reality of contemporary thinking: “War is an instrument of policy”. For example, in the Spanish-American War of 1898, the Boer War of 1899-1902, the Balkan Wars of 1912 and 1913 and, finally, the World War of 1914-18, many of the world’s States trusted more in military action than in the instruments of diplomacy or arbitration. According to the prevailing positivist opinion, public international law was indifferent towards the State’s extra-legal decision to go to war.” ROSCHER, Bernhard, “The “Renunciation of War as an Instrument of National Policy”, *Journal of the History of International Law* 4, 293–309, 2002, Kluwer Law International, Netherlands, p. 294.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

pues la inserción de las nociones referentes al *ius in bello* se fundamentan en la conciencia de que la guerra es un mal en sí misma y, por ende, se le debe de contener dentro de ciertos causes legales y políticos —al menos su conducción—, lo que no deja de ser un acotamiento real al fenómeno bélico, y sobre todo, teleológicamente encausado<sup>51</sup>. Así que compartimos el sentir de la profesora Eulalia PETIT de GABRIEL cuando afirma que:

“Hasta el siglo XVIII, por ejemplo, la guerra no era considerada un mal social, sino el medio por antonomasia para alcanzar poder y gloria, pública y privada. Era un modo de vida noble para el particular y un deber y un honor para el reino. Durante el siglo XIX va a producirse una metamorfosis radical, con raíces múltiples (...) Poco a poco va calando la noción de que la guerra es un mal en sí, un problema, y que por ello ha de ser restringido.”<sup>52</sup>

Todo este proceso ya iniciado de humanización del fenómeno bélico, que posteriormente dirigirá su rumbo hacia la criminalización de la agresión y la proscripción de la guerra, encuentra en el DI convencional —por primera vez— cabida y expresión. Lo que en términos generales significa que los actores del DI, esto es, los Estados, estaban reconociendo y operando estas transformaciones con talante de humanización<sup>53</sup>. Obviamente nos referimos a las Conferencias de Paz de la Haya (1899 y 1907), que dieron origen al llamado *Derecho de la Haya*. Estas Conferencias representan un hito en el DI, pues son el primer y significativo esfuerzo convencional por regular la guerra. En ellas no obstante no restringieron el derecho al recurso de la guerra por parte de los Estados, sí lo acotaron en grado significativo, ya que, en ellas se logró un compromiso,

---

<sup>51</sup> En aquellos ayeres se podía leer lo siguiente: “War is recognized in international law at present as, under some circumstances at least, a legal method of enforcing rights. It is not countenanced as legal when prosecuted for plunder or oppression, or except as an ultimate remedy...” AMOS J. PEASLEE, “The Sanction of International Law”, *The American Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2 (Apr., 1916), pp. 328-336, p.329.

<sup>52</sup> PETIT DE GABRIEL, Eulalia, *Las exigencias de humanidad...*, *op. cit.*, p. 114.

<sup>53</sup> “La piedra no cae por caer, sino porque tiene que caer, es decir porque se le ha privado de los sostenes; pero el hombre que obra, no lo hace por un por un “porque”, sino “para” obtener algo. Ese “para” es para la voluntad tan ineludible como el “porque” para la piedra; así como no es posible el movimiento de la piedra sin causa, tampoco lo es el de la voluntad sin fin.” IHERING, RUDOLF VON, *El fin en el derecho...*, *op. cit.*, 1961. Adhiriéndonos a las palabras de IHERING, podemos concluir que en el caso concreto que tratamos supra, ese “fin” o ese “para”, que motiva la sinergia de los Estados es en definitiva los fines humanos del poder, la política y desde luego del derecho, en este caso del Derecho Internacional.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

de talante sustantivo, por parte de los Estados de no recurrir a la guerra teniendo por causal la falta de pago de deudas contractuales internacionales. Otra limitación que podemos llamar procesal, se alcanzó en estos instrumentos referente a la restricción de no dar comienzo a las hostilidades sino mediante declaración formal expresa en clave de ultimátum. El valor de estos instrumentos alcanza épocas muy posteriores a su creación, sino en plena valides, si como basamento de la evolución del DI contemporáneo. Así en los Tribunales de Nüremberg y Tokio estos mismos instrumentos sirvieron de cierta base para cumplir su cometido. Un sector de la doctrina contemporánea iusinternacionalista, representada en las palabras de PELÁEZ MARÓN, valora las Conferencias de la Haya<sup>54</sup> de la siguiente manera:

“Cabe afirmar que constituyen un importante precedente en la materia, sobre todo porque se puso de manifiesto que, en estas Conferencias se regulaban leyes y costumbres bélicas, permitiendo o prohibiendo en nombre de principios ideales, lo que antes no tuvo otro juez que la voluntad o conveniencia del Estado soberano.”<sup>55</sup>

Estas consideraciones son en cuanto al rubro de la disciplina que nos ocupa en este trabajo en particular, sin embargo, estas Conferencias comportan así mismo otras transformaciones para el Derecho Internacional general y para el objeto de su regulación: los Estados, y para su hábitat connatural: la sociedad internacional. Así de nuevo el profesor PELÁEZ MARÓN nos ilustra:

“...las Conferencias de la Paz de la Haya expresan con bastante nitidez el cambio que comienza a experimentar la sociedad internacional (...)se ofreció a las pequeñas potencias un *status* de igualdad respecto del de las medianas y grandes, por lo que cabe afirmar que, a diferencia del Concierto Europeo, de factura esencialmente aristocrática, las Conferencias de la Paz suponen un primer intento de articular democráticamente la vida de relación internacional, al menos desde el punto de vista jurídico.”<sup>56</sup>

En todo caso, según la profesora MÁRQUEZ CARRASCO, en esta etapa histórica se aprecia nítidamente la presencia de “... los dos “mitos fundadores” que

---

<sup>54</sup> La profesora de la Hispalense nos comenta sobre las Conferencias de la Haya: “...la adopción en 1907 de la Convención II (...) representa (...) el primer paso de regulación autónoma del uso de la fuerza. Se prohíbe ésta en un marco convencional, por tanto de eficacia relativa, al mismo tiempo que para un sector específico de cuestiones: las reclamaciones pecuniarias.” PETIT DE GABRIEL, Eulalia, *Las exigencias de humanidad...*, *op. cit.*, p. 129.

<sup>55</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A. (COORD.), *La criminalización...*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>56</sup> *Íbidem*, p. 95.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

marcarán de modo paralelo la evolución de la regulación internacional del recurso a la fuerza; el primero, tratar de sustituir la utilización de la violencia por el recurso a un tercero imparcial, manifestado en la tendencia a favor del arreglo pacífico de las controversias; el segundo, una serie de intentos de restringir progresivamente el *ius ad bellum* de los Estados, consolidándose así la concepción de la guerra como último recurso o forma extrema de arreglo.”<sup>57</sup>

Aquí situados en estas coordenadas de tiempo no se confeccionaba aún la noción criminal de la agresión, ni social, ni jurídicamente hablando. De hecho, lo que hoy en día podríamos considerar como una agresión o crimen de agresión, paradójicamente parece desplegar una función práctica dentro del DI de la época, pues ésta —la agresión— o ataque de un Estado a otro, constituía un infalible método, de entre otros, para saber en que momento se estaba ante un conflicto bélico, y por ende, aplicar el régimen normativo del derecho de la guerra, esto para algunos doctrinarios de la época; mientras que bajo la óptica de otros, si se iniciaba una guerra sin previa declaración de guerra, verbigracia en virtud de una agresión, esto sólo comportaba el hecho de que esa guerra se calificara como ilegal, por carecer de una manifestación formal elemental<sup>58</sup>. Así la profesora PETIT DE GABRIEL en su excelente libro, nos comenta:

“Por una parte, la tesis continental (...) concebía la declaración de guerra como el cumplimiento de una obligación jurídica. Para los autores que se acogían a esta tesis, la función de la declaración era determinar con exactitud, y antes de que existiera certeza absoluta del estado de guerra, cuando las relaciones basadas en el Derecho común o Derecho de la paz han cedido su lugar a las relaciones extraordinarias que implica el Derecho de la guerra. Por otra, las tesis anglosajonas (...) no entendían tal obligación jurídica y hablaban de declaración de guerra tácita, derivada de la existencia de actos concluyentes que implicaran un estado de guerra, como es el caso del cierre desde el mar de un puerto enemigo, seguido de acciones armadas de una y otra parte.”<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> En este elaborado libro la Doctora MÁRQUEZ CARRASCO, nos habla y sostiene que en este rubro del DI es necesario un replanteamiento tanto en la regulación del recurso a la fuerza en el sistema de la ONU en vista de el fin de la guerra fría; y de la necesidad de un “mayor desarrollo y redefinición en el plano normativo. *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>58</sup> “Historically, aggression dealt with breaches of the *ius ad bellum* and therefore addressed the question of legality of war.” MÜLLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression under the Statute of the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, pp. 409-430, p. 417.

<sup>59</sup> *Las exigencias de humanidad...*, *op. cit.*, p. 118 y 119.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Y más adelante sostiene:

“para aquellos que optan por la existencia de tal obligación, es claro que el momento inicial de aplicación del Derecho de la guerra es el mismo de realizar tal acto formal (...) Para aquellos que, en cambio, se inclinaban por la ausencia de la obligación, el momento procesal quedaba a la apreciación de las partes y los terceros, mediante la constatación de la existencia de actos inequívocos de guerra.”

Ya en las postrimerías del siglo XIX se escuchaban voces que llamaban a la proscripción de la guerra como instrumento de política estatal, en 1870 el prócer argentino Juan Bautista ALBERDI (1810-1884), publicaba su famoso y encomiable libro intitulado: *El crimen De La Guerra*. En este trabajo ALBERDI sostiene una postura nada desdeñable aunque controversial respecto del Derecho Internacional en el sentido en que hablábamos supra, así para él:

“El derecho internacional de la guerra, como el de la paz, no es, según esto, el derecho de los beligerantes; sino el derecho común y general del mundo no beligerante, con respecto a ese desorden que se llama la guerra y a esos culpables, que se llaman *beligerantes*: como el derecho penal ordinario no es el derecho de los delincuentes, sino el derecho de la sociedad contra los delincuentes que la ofenden en la persona de uno de sus miembros.”<sup>60</sup>

Una visión radical y con la cual nos identificamos, empero ésta visión no parece tener eco en la literatura de la época ni posterior, pues a la luz de nuestros esfuerzos investigativos no encontramos indicios de doctrinarios que hayan tomado estas afirmaciones en cuenta, ni en pro, ni en contra. Una cosa queda clara, el Derecho internacional tradicional, en ningún caso se constituye en un *corpus iuris gentium* continente de normas jurídicas tendentes a prohibir o *poner fuera de la ley* la guerra, antes al contrario, “... *no limitaba la potestad de los Estados de recurrir a la guerra sino, por el contrario, permitía que éstos apreciaran libremente los criterios jurídicos y políticos que llevaban a su desencadenamiento.*”<sup>61</sup>. Sin embargo lo que también queda claro es que el fenómeno bélico nunca más dejará de ser *quaestio iuris* para el DI general<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *El crimen de la guerra...*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>61</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>62</sup> “Hay por lo menos cuatro modos de considerar la relación entre guerra y derecho: la guerra como antítesis del derecho, como medio para realizar el derecho, como objeto del derecho,

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Otra cuestión por enumerar —sin talante exhaustivo— y que contribuyen al proceso y dinámica de consolidación de la criminalización de la agresión y de la futura prohibición de la guerra, es la aparición de los movimientos pacifistas internacionales, que en gran medida contribuyen a la creación y consolidación de una conciencia internacional generalizada acerca del carácter criminal de la guerra. Estos movimientos pacifistas encuentran su razón de ser al lograr insertar a la agenda internacional tópicos que, en general, quedarán de forma indeleble alojados en la propia estructura de la sociedad internacional institucional posterior a esta época. En este sentido PELÁEZ MARÓN sostiene:

“...estas sociedades evolucionan en el sentido de que su inicial carácter religioso y moral cederá el paso a planteamientos más pragmáticos de orden económico y político, lo que las llevará a perseguir dos objetivos concretos: la reducción del armamento y la necesidad del arbitraje.”<sup>63</sup>

Como un incipiente precedente de lo que vendría a ocurrir en el decurso de la evolución normativa referente al uso de la fuerza y criminalización de la agresión y la prohibición de la guerra, nos encontramos con los Tratados Bryan de 1912. Estos Instrumentos fueron celebrados a instancia de los Estados Unidos de América, con diversos Estados. A grandes rasgos estos Instrumentos pretendían regular el recurso a la

---

como fuente de derecho.(...) Ni siquiera se trata, como incluso podría suponerse, de cuatro puntos de vista diferentes sobre la guerra. Se trata, en cambio, sencillamente, de cuatro modos diferentes de entender el derecho y por tanto del hecho de que en las cuatro relaciones indicadas el término derecho presenta acepciones diversas. (...) llamaremos a estos cuatro de considerar la guerra en relación con el derecho guerra-antítesis, guerra-medio, guerra-objeto, guerra-fuente.” BOBBIO, NORBERTO, *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona, Gedisa, 2000, 1ª reimpresión, p. 95. Es difícil no estar en franco acuerdo con el maestro —y quizá el máximo representante del positivismo contemporáneo— BOBBIO, pero en realidad hoy por hoy, en la era de la Corte Penal Internacional, esto ha cambiado y tal vez para siempre, pues, el Derecho Internacional Penal de Roma (DIPR) ya no tiende a desplegar ninguna de las dinámicas expuestas por el profesor BOBBIO, sino que ha dado un giro inesperado y radical, así, el DIPR sólo se ocupa de un sujeto determinado y sui generis —claro para el DI—, como es el individuo; único sujeto pasivo del Estatuto de Roma. Y además, la guerra esta prohibida por el sistema de las NU, y si se cumple o no esta disposición, la cual está cargada de una molécula elemental de progreso humano ético, en se nada modifica el contenido de ésta. Debemos decirlo: la imperfección del ser humano en sus juicios, actitudes y conductas respecto de los valores, que poco a poco comienza a concebir, no conlleva la imperfección de esos mismos valores a los que genuinamente va aspirando según su propio progreso moral.

<sup>63</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A. (COORD.), *La criminalización...*, *op. cit.*, p. 93.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

fuerza *inter partes*, ya que se comprometían a no recurrir a la guerra mediante la introducción de ciertas disposiciones de carácter procesal las cuales sometían el desencadenamiento de las hostilidades, ya que los Estados Parte no podían romper las hostilidades mientras una comisión creada al efecto estuviera conociendo del entuerto. Los Tratados Bryan no escapan a las críticas que —por parte de la doctrina iusinternacionalista— se hacen a la mayoría de los instrumentos bilaterales o multilaterales que consignan disposiciones sustantivas, así como por ejemplo: que son de aplicación relativa y de alcance muy limitado. No les falta razón a tan agudos razonamientos, empero, nosotros creemos que son relevantes ya que en un momento determinado son expresión jurídica de los anhelos de —al menos— un sector de la sociedad internacional, y que contribuyen indefectiblemente a la evolución del patrimonio jurídico universal en relación al tema que nos ocupa.

Huelga decir que, situados aquí en este punto evolutivo del DI tradicional tampoco podemos esperar encontrar confeccionados ya los elementos de la criminalización de las guerras de agresión, sino sólo los lineamientos de esta criminalización, que encontraran su rudimentaria expresión elaborada —al menos en este periodo— en el Tratado de Versalles<sup>64</sup>.

### ***B. EL ADVENIMIENTO DE UN NUEVO ORDEN, LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES***

Dentro del primer cuarto de siglo de la centuria pasada, acaecieron unos hechos sin precedente ni parangón en la historia de la humanidad, uno como causa del otro. En primer lugar se efectuó la conflagración que, en aquellos días se llamó la Gran Guerra, por el tamaño y envergadura del caos, devastación, mortandad, desolación y desastre provocado, pero que muy pronto —más pronto de lo esperado quizás— perdió el título en favor de la Segunda Gran Guerra. En segundo término —y como corolario de la Gran

---

<sup>64</sup> “Durante el siglo XIX, es cierto que ninguna norma de Derecho positivo —convencional o consuetudinaria— regulaba el recurso a la guerra. Éste se configuraba como un medio más dentro del abanico de aquellos que se encontraban a disposición del Estado para perseguir sus fines. Pues bien, esta situación así planteada va a comenzar a sufrir cambios a partir de 1899.” PETIT DE GABRIEL, Eulalia, *Las exigencias de humanidad...*, *op. cit.*, p. 128.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Guerra— se verifica la creación, a insistencia del presidente Woodrow Wilson, de la Sociedad de Naciones (en adelante indistintamente: S de N), en ocasión de la celebración de la Conferencia de Paz de Paris, que culminaría con la firma del Tratado de Versalles el 28 de junio de 1919.

Durante la primera sesión plenaria de la Conferencia Preliminar de la Paz, el Consejo de los Diez<sup>65</sup> decidió formar una *Comisión de la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Imposición de Castigos*<sup>66</sup> (en adelante la *Comisión de la Responsabilidad*). Esta Comisión creada el 25 de enero de 1919, estaba formada por dos representantes de cada uno de las cinco grandes Potencias, Imperio Británico, Estados Unidos de América, Japón, Francia e Italia, y por cinco representantes que fueron elegidos por las demás Potencias con presencia en la Conferencia de Paz<sup>67</sup>. Esta Comisión debía, entre otras cosas, investigar e informar respecto de las siguientes cuestiones: la responsabilidad de los autores de la guerra; los hechos como las infracciones a las leyes y costumbres de la guerra cometidas por el imperio germano y sus aliados; la posibilidad de la constitución de un tribunal que se ocupara de conocer de tales violaciones.

La Comisión de la Responsabilidad de los Autores de la Guerra, entregó su informe respectivo el 29 de marzo de 1919; en su informe sostuvo que los actos que desencadenaron la guerra no debían engendrar responsabilidad a personas que se entendiera fueran sus autores y tampoco era aconsejable que estas personas fuesen sometidas a un tribunal<sup>68</sup>; esto lo respaldó sobre los argumentos de que... “una guerra de

---

<sup>65</sup> “La Conferencia de Paz se abrió el 18 de enero de 1919 en presencia de de los plenipotenciarios de veintisiete naciones enemigas de Alemania o de sus aliados,(...) en primera fila , los “Cuatro Grandes” —Woodrow Wilson, Lloyd George, Georges Clemenceau y Vittorio Orlando— que dominaban el Consejo de los Diez, órgano director creado al comienzo de la Conferencia.” ZORGBIBE, Charles, *Historia de las relaciones internacionales*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, tomo 1, p. 351.

<sup>66</sup> En total cincuenta y dos comisiones especiales conformaban el concierto de trabajos satelitales a la Conferencia de Paz. Véase, ZORGBIBE, Charles, *Historia de las relaciones...*, *op. cit.*, p. 358.

<sup>67</sup> FINCH, GEO A., “The Peace Conference of Paris”, 1919, *The American Journal of International Law*, Vol. 13, No. 2 (Apr., 1919), pp. 159-186, p.170.

<sup>68</sup> Ya en la época de la Sociedad de Naciones otra Comisión, la temporal mixta, hará un cambio de postura, pues sostendrá que la agresión es muy difícil de determinar *a priori*. Véase mas adelante en este Capítulo el apartado 2 epígrafe C, i.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

agresión no puede ser considerada como un acto directamente contrario al derecho positivo, o que pueda ser llevado con buen resultado ante un tribunal tal como el que la Comisión está autorizada a considerar de acuerdo con sus términos de referencia (...) una investigación sobre los autores de la guerra debe, para ser completa, extenderse a los acontecimientos que han ocurrido durante muchos años en diferentes países europeos, y suscitar muchos problemas difíciles y complejos que podrían ser investigados más apropiadamente por los historiadores y los estadistas que por un tribunal destinado a juzgar a los transgresores de las leyes y costumbres de la guerra”.<sup>69</sup>

No obstante, el informe de la Comisión de la Responsabilidad no encontró eco, así que en la Conferencia de Paz no se tomó en cuenta el informe y se introdujo una serie de artículos que prevenían la responsabilidad de los autores de la guerra y de los autores de las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra.

De lo expuesto resulta que el dato vertebral de la evolución jurídica que en este momento histórico que se opera respecto del DI<sup>70</sup>, está contenido en dos cuestiones puntuales: el intento por ajusticiar al Káiser Guillermo II de Alemania, configurado en el Artículo 227<sup>71</sup>, así como las disposiciones contenidas en los artículos 228<sup>72</sup> y 229

---

<sup>69</sup> KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, Madrid, Trotta, 2003, pp.104-105.

<sup>70</sup> “The penalties clauses and reparations arrangements in Versailles and other peace treaties stimulated a considerable literature on war-guilt and the question of personal responsibility for acts of national policy.(...) The question of responsibility for unjustified resort to war had become an issue which concerned ministries and statesmen; it was no longer the preserve of pacifist and idealist.” BROWNLIE, IAN, *International law and the use of force by states*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1963, p. 54.

<sup>71</sup> “...en el artículo 227 se afirmaba que el *Kaiser* Wilhelm II de Hohenzollern era responsable "de un delito se suma gravedad contra la ética internacional y la inviolabilidad de los tratados". Así pues, para juzgar al acusado las Potencias aliadas aprobaron la conformación de un "tribunal especial" compuesto por jueces designados por Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón. "En su decisión, el tribunal deberá guiarse por los más altos designios de política internacional, con miras a reivindicar las obligaciones solemnes de los compromisos internacionales y la validez de la ética internacional". Las Potencias acordaron someter asimismo al Gobierno de los Países Bajos una solicitud de entrega del Emperador, iniciativa que no tuvo éxito. Como se puede observarse, las disposiciones de este artículo anticipaban la categoría de "crímenes contra la paz", que debía surgir después de la Segunda Guerra Mundial.” GREPPI Eduardo, “La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 835 pp.531 – 554, 30 septiembre, 1999. Para un sector de la doctrina iusinternacional en las disposiciones consagradas en el Tratado de Versalles referentes al posible enjuiciamiento de Guillermo II, no podemos encontrar

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

referentes a la responsabilidad individual<sup>73</sup>; y por otro lado, las importantes limitaciones que se configuraron respecto del recurso de la guerra, contenidas principalmente en el preámbulo, el artículo 10, artículo 11 y en los artículos 12 a 16 del Pacto de la Sociedad de Naciones; en estos últimos artículos se pretende regular el fenómeno bélico de forma adjetiva, es decir, se insertan en el tratado constitutivo de la Sociedad de Naciones ciertas disposiciones procesales (son las que dan pauta al subtítulo de este periodo: procesalista) tendentes —no a la prohibición de la guerra, lo que sería una disposición sustantiva sino— a retrasar lo más posible el rompimiento de las hostilidades, sometiéndolo a plazos. En estos momentos ya nos encontramos ante los esfuerzos más efectivos de la sociedad internacional, hasta entonces, por institucionalizar el recurso de la guerra; el más encomiable y loable esfuerzo por “instaurar la paz” por decirlo en palabras de Kant.<sup>74</sup>

---

una *quaestio iuris*, sino más bien, una cuestión política; así el profesor MARCEL MERLE sostiene que esta disposición era: “*un justment politique appuyé sur une condamnation morale*.” Y que este carácter político es el que da fundamento al rechazo de Holanda sobre su extradición, pues Holanda consideró que ella no se encontraba obligada por ningún instrumento internacional en donde se previeran los conceptos o categorías jurídicas de: “ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad de los tratados”. MERLE, MARCEL, *Le Procés de Nüremberg et le Châtiment des Criminels de Guerre*, París, A. Pédone, 1949, pp. 20-31.

<sup>72</sup> “Tras la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919 - en sus artículos 228 y 229- estableció el derecho de las Potencias aliadas a enjuiciar y castigar a los individuos responsables de “violaciones de las leyes y costumbres de la guerra”. En particular, en el artículo 228 se afirmaba que “el Gobierno alemán reconoce el derecho de las Potencias aliadas y asociadas a someter a los tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de la guerra”. Por lo tanto, el Gobierno alemán tenía la obligación de entregar a “todas las personas acusadas”, a fin de que un tribunal militar aliado pudiera juzgarlas. Se disponía que, en caso de que un individuo fuese declarado “culpable de actos criminales contra nacionales de más de una de las Potencias aliadas y asociadas”, podía constituirse un tribunal internacional. *Íbidem*.

<sup>73</sup> “The idea of an international war crimes trial had been proposed by Lord Curzon at a meeting of the Imperial War Cabinet on 20 November 1918.” SCHABAS, William A., *Genocide in international law (the crimes of crimes)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 17.

<sup>74</sup> “Entre hombres que viven juntos la paz no es un estado natural —*status naturales*—; el estado natural es más bien la guerra, vale decir, un estado en el que, aunque las hostilidades no hayan sido quebradas existe el constante peligro de romperlas. Por tanto, la paz es algo que debe ser “instaurado”; pues abstenerse de romper las hostilidades no basta para asegurar la paz, y si los que viven unidos no se han dado mutuas seguridades —cosa que solamente en el estado “civil” puede acaecer—”. KANT, Emmanuel, *La Paz Perpetua*, Buenos Aires, Araujo, 1938, p. 27.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Dentro de las innovaciones normativas que supuso el Pacto de la S de N, y al margen de las cuestiones pertinentes a la criminalización de la agresión, en concreto el articulado respecto de la responsabilidad del Káiser Guillermo II, como ya vimos, se encuentran aquellas disposiciones de corte adjetivo que pretendieron regular el recurso al uso de la fuerza en las relaciones internacionales. En este sentido la profesora PETIT de GABRIEL, sugiere que esto significó un gran avance respecto de las concepciones y postulados que le son propios al DI clásico, pues se deja detrás los conceptos de guerra justa e injusta, por adoptar unos —que son incluso más jurídicos, ya que la justicia no pertenece al derecho, sino que, en todo caso, el derecho es un medio para lograr la justicia— conceptos que se identifican con: guerras legales e ilegales<sup>75</sup>.

Para el destacado —y probablemente la persona que más sepa sobre el tema de la agresión en el DI— ex fiscal de Núremberg y iusinternacionalista Benjamin FERENÇZ el tratado de Versalles significa la más remota disposición en Derecho Internacional general sobre el proceso de criminalización de la agresión en clave de crimen de agresión, ya que estipula la responsabilidad internacional criminal del individuo; coincidimos pues con él, y nos dice:

“Article 231 of Versailles treaty called for the surrender of the Kaiser for trial by an allied court. Here can be seen the forerunner of which there could be international criminal responsibility of the head of states.(...)”

The first formal consideration of the question of aggression appeared in Art. 10 of the Covenant”.<sup>76</sup>

Obviamente, estas cuestiones deben tomarse con la distancia precautoria necesaria, es decir, una cosa es las disposiciones que se concretan y la evolución jurídico-cultural que se logra y plasma en esas disposiciones, y otra muy diferente la realidad o en que grado estas disposiciones se llevan a feliz realización. El mismo FERENÇZ plantea esta cuestión:

---

<sup>75</sup> “El Pacto comportará un doble condicionamiento para el recurso a la guerra. En primer lugar, lo someterá a condiciones procesales; en segundo lugar, creará supuestos de guerras expresamente legales, que gozan de la garantía institucional del Pacto.” PETIT DE GABRIEL, Eulalia, *Las exigencias de humanidad...*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>76</sup> FERENÇZ, Benjamin, *Defining international aggression. The search for world peace. A documentary history and analysis*, vols. I, New York, Oceana, 1975, p. 7-8.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

“War continued to be a recognized and permissible alternative, despite the general preambular provision of “the obligation not to resort to war”<sup>77</sup>

En todo caso, y el más afortunado por cierto, es innegable que todo avance jurídico es precedido por la dinámica generadora social, y aquel se convierte en expresión de ésta; pero también en regulador idóneo y eficiente de ella; así pues, a partir de ahora la sociedad internacional se moverá para un lado u otro de su propia evolución y con el ritmo de su propia dinámica pero sobre la base de esta importante concreción jurídica y patrimonio cultural universal humano, como lo es: la incipiente consideración del carácter criminal de la guerra en general, como fenómeno social, y de la criminalización de la agresión en clave de crimen de agresión en su *status nascendi* <sup>78</sup>.

### ***C. LA NUEVA DINÁMICA DE LOS VIEJOS PROBLEMAS, BAJO EL IMPERIO DE NUEVOS PRINCIPIOS.***

Dentro de lo que llamaríamos la era de la Sociedad de las Naciones, este incipiente, pero inconmensurable, esfuerzo por regular el fenómeno bélico desde la adjetividad legalista del Derecho Internacional como expresión jurídica de los anhelos de paz de la sociedad internacional ya institucionalizada<sup>79</sup>, da nacimiento a una serie de renovados y novedosos esfuerzos tendentes a la prohibición de la agresión *lato sensu* y a la posterior proscripción de la guerra en general, sobre una base jurídica, política y

---

<sup>77</sup> *Íbidem*, p. 8.

<sup>78</sup> El destacado iusinternacionalista belga nos plantea: “La prevención de la utilización individual de la fuerza militar es el objetivo principal de la organización internacional, y no debe negarse que hay factores morales significativos en este asunto. Pero hay otras fuerzas que actúan en sentido contrario, y ellas se fundamentan en tradiciones seculares de los Estados nacionales. Para lograr un efectivo rechazo de la prerrogativa tan íntimamente ligada con la concepción individual de soberanía, como es el derecho a la guerra, se requiere algo más que la firma de convenciones, aunque éstas sean solemnes, entre los Estados. Esto no es posible conseguirlo sin hacer reformas a la estructura fundamental de la comunidad internacional, que suponen un cambio radical en la mentalidad y exigen, en última instancia, un rechazo a las importantes prerrogativas de la soberanía nacional.” DE VISSCHER, CH., *Theries et realites en Droit...*, *op. cit.* p. 331.

<sup>79</sup> “Hay que procurar evitar la guerra con máximo empeño, pero la guerra no siempre es *contra legem*. los medios jurídicos no son suficientes, por desgracia, para evitar el estallido de una guerra.” FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín Besavé, *Filosofía del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1ª reimpresión 2001, p. 158.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

dialéctica que hasta ahora no había sido posible construir: la renuncia por parte de los Estados, en términos de soberanía, a su libertad de acción más ampliamente entendida, y más extensamente valorada<sup>80</sup>.

En efecto, como corolario y como *leitmotiv* de la actividad de la recién estrenada Organización Internacional de la Sociedad de las Naciones, el tópico de la agresión *lato sensu* comienza a ser estudiado; y no sólo eso sino que, comienza a ser objeto de un significativo desarrollo normativo, el cual, si bien no fue posible que se diera en la dinámica intra-institucional de la S de N, si fue producto de ella, y lo encauzó dialécticamente<sup>81</sup>. En general podemos distinguir dos caminos por donde fluye el quehacer del iusinternacional normativo referente a la agresión *lato sensu*. Por un lado encontramos los esfuerzos intra-institucionales, es decir, el desarrollo —o intento de desarrollo— normativo dentro de la dinámica de la Sociedad de las Naciones. Y por otro, el que se desarrolló con una dinámica extra-institucional. Dentro de los primeros —los intra-institucionales— encontramos dos manifestaciones en concreto: El proyecto Tratado de Asistencia Mutua y el Protocolo para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales de la Sociedad de las Naciones de 1924. Dentro de los esfuerzos de dinámica extra-institucional enmarcaremos a: El Pacto Briand-Kellog, los Acuerdos de Locarno y la Conferencia VI Panamericana. Sendos esfuerzos tuvieron un común denominador: el afán por llenar las lagunas normativas que el Tratado de Versalles tenía desde su creación.

### ***i. LA DINÁMICA INTRA-INSTITUCIONAL.***

Pero comencemos por lo primero, los esfuerzos de emprender un desarrollo normativo respecto de la agresión *lato sensu*, en Derecho Internacional que tuvieron una dinámica intra-institucional, es decir, que se desarrollaron dentro de la Sociedad de las

---

<sup>80</sup> “el camino a la seguridad internacional pasa por la renuncia sin condiciones de los Estados a una parte de su libertad de acción o, mejor dicho, de su soberanía, y parece indudable que no existe otro camino para alcanzar esta seguridad.” EINSTEIN, ALBERT y FREUD, SIGMUND, *¿Por qué la guerra?...*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>81</sup> “Lo que perturba y confunde en una organización mundial es que... su medio-ambiente interno y externo se confunde. Una organización mundial representa una estructura especial que incluye a todos los Estados del mundo. Al mismo tiempo, ella actúa como actor autónomo en los marcos de la comunidad internacional global.” *L'ORGANIZATION MONDIALE*, PARIS, LIBRAIRIE ARMAND COLIN, 1972, p. 30. La cita es de: TUNKIN, G. I., *El Derecho y la Fuerza en el Sistema Internacional*, México, UNAM, 1989, p. 27.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Naciones. A solicitud de R. CECIL<sup>82</sup> se comenzó a desarrollar un proyecto de Tratado que tuviera como objetivo —entre otros— el de referirse a la agresión y en especial a la determinación del agresor que sirviera de base en el hipotético caso de que el Consejo se viera ante la necesidad de determinar cuando había agresión y quien era el agresor; este proyecto le fue encargado a la Comisión Temporal Mixta para la reducción de armamentos, la cual presentó su proyecto con fecha de 8 de agosto de 1923. Este proyecto —que es el primer intento institucionalizado, es decir, producto no de un pensador o grupo de doctrinarios, sino de una institución de la sociedad internacional de la época— desafortunadamente nunca vio la luz de la obligatoriedad, pues sólo tuvo 18 adhesiones lo que le valió su archivo en el cajón de los olvidos. No obstante, es de justicia destacar que, La Comisión Temporal Mixta hizo importantes aportaciones que vale la pena rescatar, así la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (grupo especial de trabajo sobre el crimen de agresión), nos comenta:

*“...La Comisión también llegó a la conclusión de que “no es posible elaborar una definición simple de agresión, y que tampoco es posible idear una prueba sencilla para determinar cuándo ha ocurrido efectivamente un acto de agresión”. La Comisión concluyó asimismo que, por consiguiente, era “necesario dejar al Consejo plena discrecionalidad en la materia” y simplemente indicar los factores que podían servir de elementos para una decisión justa.*

*La Comisión concluyó asimismo que, “en el caso de un ataque por sorpresa, sería relativamente fácil decidir quién es el agresor, pero que en los casos generales, cuando la agresión está precedida por un período de tensión política y movilización general, la determinación del agresor y del momento en que ocurrió la agresión resultaría muy difícil.” Sin embargo, la Comisión señaló también que en tales casos el Consejo habría estado haciendo esfuerzos por evitar la guerra y por consiguiente tal vez estuviera en condiciones de formarse una opinión acerca de cuál de las partes “realmente había actuado movida por intenciones agresivas”.<sup>83</sup>*

Como podremos advertir, la problematicidad del crimen de agresión es profunda y compleja *ab ovo*, pero esta Comisión Temporal Mixta hizo su trabajo bien, tanto que según el ex fiscal de Nüremberg, B. FERENCZ sigue hasta nuestros días haciendo su

---

<sup>82</sup> PELÁEZ MARÓN, J. M. en CARRILLO SALCEDO, J. A. (COORD.), *La criminalización...*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>83</sup> “Comentario sobre la definición de un caso de agresión por el Comité Especial de la Comisión Temporal Mixta para la Reducción de Armamentos, *Diario Oficial de la Sociedad de las Naciones, Suplemento Especial 26, págs. 183 votos contra 185.*” Documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1, pp. 188 y 189.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

aportación, pues Él considera que, el comentario realizado por la Comisión es la base de la teoría de que el primer invasor constituye una presunción de agresión, así nos comenta:

“Here we see the beginnings of the doctrine, which was later to be universally accepted, that the onus rests with the state which is the first to invade, but it only gives rise to a presumption of aggression.”<sup>84</sup>

En todo caso, el merito de todo este incipiente desarrollo normativo tendente a la prohibición de la agresión y la proscripción de las guerras en general, es el haber cortado el listón inaugural de la andadura del proceso por el cual estas cuestiones se convertirán más tarde en principios rectores del Derecho Internacional contemporáneo.

Por otro lado tenemos —y en virtud del fracaso del tratado de Asistencia Mutua— el intento de reforma llevado a cabo por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones, la cual adoptó el Protocolo para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales de la Sociedad de las Naciones con fecha de 20 de octubre de 1924. Este protocolo que fue propuesto por Checoslovaquia a través de su ministro de asuntos exteriores E. Benes, mejor conocido como Protocolo de Ginebra, consignaba de entrada que: “*una guerra de agresión... es un crimen internacional*”. Pues bien, en este Protocolo se trato —de entre lo más destacable— de nuevo de la determinación del agresor, pero esta vez sobre la base de la prohibición del recurso de la fuerza, así la cosa, ya no pretendía someter la guerra a ciertos y relativamente rigurosos e idóneos parámetros procesales, sino prohibirla en realidad. Para ello consignaba ciertas sanciones que resultarían en sanciones de carácter militar, económico y financiero. A grandes rasgos este instrumento consignaba la existencia de una agresión en virtud del uso de la fuerza violando el Convenio, o de rehusarse a aceptar una decisión de la corte y sobre todo si se oponía a una decisión del Consejo de la S de N. Según B. FERENCZ este instrumento tenía una gran virtud que descuella sobre todas las demás:

“ An important point was made that even a state action against an aggressor does not possess entire freedom of action. “The force employed by it must be proportionate to the object in view and must be exercised within the limits and under the conditions recommended by the Council” .”<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> FERENCZ, Benjamin, *Defining international aggression. The search for world peace...*, op. cit., p. 12.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 17.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

En recuento, el también llamado “Protocolo BENES” reconducía la cuestión de la paz internacional por tres senderos: Seguridad, Arbitraje y Desarme<sup>86</sup>. Con todo y todo, el Protocolo para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales de la Sociedad de las Naciones fracasó, pues únicamente diez de los miembros de la S de N lo firmaron, y sólo uno lo ratificó<sup>87</sup>. Pues bien, la instancia institucional en la que se basaba esta dinámica de desarrollo normativo de la criminalización de la agresión *lato sensu* y de la proscripción de la guerra, no prosperó lo cual en ningún modo se debe considerar un fracaso, pues son sólo ensayos históricos más o menos acabados, pero que en todo momento tienden a la realización de valores comunitarios, y eso los hace valiosos.

Existen otros esfuerzos que se enmarcan dentro de la categoría que venimos estudiando, estos son: el Acta general de Arbitraje adoptada por la Asamblea de la Sociedad de Naciones del 28 de septiembre de 1928 y el proyecto de tratado que la misma Asamblea elaboró con el fin de coadyuvar a la prevención del uso de la fuerza de 1931.

### ***ii. LA DINÁMICA EXTRA-INSTITUCIONAL***<sup>88</sup>.

Como resultado de los ensayos institucionales —*non natos*—, se generó una dinámica alterna que, a la postre, cosecharía los frutos de los intentos realizados con anterioridad por el proyecto de Tratado de Asistencia Mutua y el Protocolo de Ginebra, y además los potenciaría. Así las cosas, encontramos aquellos esfuerzos por jalinear el desarrollo normativo de la criminalización de la agresión y de la proscripción de la guerra, que en realidad buscaban los mismos fines que los intentos institucionales anteriores: llenar las lagunas normativas contenidas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones y que los Estados consideraban un óbice para el mantenimiento de la paz. Estos esfuerzos encontraron su expresión jurídica en los acuerdos de Locarno, en el Pacto

---

<sup>86</sup> ZORGBIBE, CHARLES, *Historia de las relaciones...*, *op. cit.*, tomo 1, p. 448.

<sup>87</sup> PELÁEZ MARÓN, J. M., en: CARRILLO SALCEDO, J. A. (COORD.), *La criminalización...*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>88</sup> El iusinternacionalista B. FERENCZ, al tratar sobre los esfuerzos por crear una serie de tratados de seguridad en época de la Sociedad de Naciones, lo hace bajo el título de: *Early Security Plans Outside the League. Defining international aggression. The search for world peace. A documentary history and analysis*, vols. I, New York, Oceana, 1975, p. 18.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Briand-Kellog, y en menor grado jurídico y nulo valor normativo, podemos ocuparnos de la Declaración de la VI Conferencia Panamericana.

Vamos a ocuparnos de ellos según se sucedieron en el tiempo. Los primeros fueron los Acuerdos de Locarno del 1 de diciembre de 1925; estos acuerdos versaban sobre garantías referentes a la no agresión de Alemania hacia Francia y Bélgica, mientras que Reino Unido e Italia fungían como garantes. En este instrumento se preveía un régimen de reacciones o una especie de “sanciones” que se aplicaban según fuera el caso de una violación flagrante o una violación no flagrante de las obligaciones que los Acuerdos contenían.

Aun más importante resulta el estudio y análisis del segundo de los instrumentos a que nos hemos referido. Así pues, al cabo de tres años luego del Acuerdo de Locarno viene la concreción del Tratado General de Renuncia a la Guerra como un instrumento de Política Nacional, mejor conocido como Pacto Briand-Kellog o Pacto de Paris de agosto 27 de 1928. Este Pacto tiene su origen en el discurso pronunciado por Aristide BRIAND al pueblo americano el 2 de abril de 1927; en la idea original se contemplaba un acuerdo bilateral de renuncia a la guerra. Bien acogida la idea por la opinión pública norteamericana, el paso siguiente fue corregir y aumentar la propuesta, así al final Kellogg propuso que se fuera multilateral, de renuncia general e inclusiva para todo el concierto de las naciones. Con el acostumbrado talante de precisión jurídica francesa, se hicieron unas contra-correcciones, así que al final se decide que la renuncia no será general sino segmentada, esto es, que sólo se referirá a las guerras como instrumento de política nacional.

Dicho Instrumento representa un hito en el proceso de criminalización de la barbarie, ya que es en este instrumento donde podemos encontrar la primera norma positiva del Derecho Internacional que consigna el carácter criminal de la agresión en concreto, y de la prohibición de las guerras en general. En opinión de B. FERENÇZ este instrumento no alcanza su amplitud de resultado, en parte, por las interpretaciones que tanto Estados Unidos de América, como el Reino Unido, hicieron de la legítima defensa; así comenta:

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

“The interpretation which the U.S., and Great Britain, put on the treaty destroyed the hope that it could really be effective in achieving its noble goal.”<sup>89</sup>

Y nos sostiene que en realidad el Pacto tenía el propósito de mantener la paz, manteniendo el status quo, prevaleciente en esas coordenadas específicas<sup>90</sup>. Otras críticas que se formulan al Pacto Briand-Kellog, son las referentes a que en el pacto no se incluyó un régimen de sanciones que se activara en caso de las violaciones que los Estados pudieran cometer; en otro lado, además, algunos consideran que existía una incompatibilidad evidente entre el Pacto de Paris y el de la Sociedad de Naciones con respecto al tema de las guerras, pues mientras este las permitía y regulaba procesalmente, aquel las condenaba prohibiéndolas<sup>91</sup>.

Durante la vigencia normativa de el Pacto Briand-Kellog, se sucedieron algunos acontecimientos bélicos, de los cuales, el consejo de la Sociedad de Naciones dio cuenta. Por ejemplo tenemos a los entuertos de Italia- Etiopia, al Japonés-Chino y la invasión soviética a Finlandia. En el primer y tercer entuerto el Consejo los determino como agresión, sin embargo no estableció ningún basamento jurídico<sup>92</sup>.

Por último, mencionaremos otra manifestación de la conciencia colectiva de alcance regional del carácter criminal de la agresión. De hecho sólo así puede ser valorada —pues no tiene valor normativo alguno— la VI Conferencia Panamericana que tuvo su sede en la maravillosa y *gaditana* ciudad de la Habana Cuba. En esa Conferencia Panamericana se produjo una declaración que sostenía que “toda guerra de agresión será considerada como ilegal y, por consiguiente, prohibida.”<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> FERENCZ, Benjamin, *Defining international aggression. The search for world peace...*, op. cit., vol. I, p. 23.

<sup>90</sup> *Ídem*.

<sup>91</sup> La profesora Eulalia PETIT nos regala un dato interesante al respecto, ella comenta las propuestas británica y peruana sometidas a la Asamblea de la Sociedad de Naciones en 1929 que tenían como objetivo reformar el Pacto de la Sociedad de Naciones en virtud de esta incompatibilidad con respecto al Pacto BRIAND-KELLOG. PETIT DE GABRIEL, Eulalia, *Las exigencias de humanidad...*, op. cit., p. 132.

<sup>92</sup> SCHUSTER, Matthias, “The Rome Statute and the crime of aggression: a Gordian knot in search of a sword”, *Criminal Law Forum* Vol. 14, num 1, 2003, pp. 1–57, Kluwer Academic Publishers, p. 5. Véase también a: BROWNLIE, IAN, *International law and...*, op. cit., pp. 77, 78 y ss.

<sup>93</sup> PELÁEZ MARÓN, J. M., en: CARRILLO SALCEDO, J. A. (COORD.), *La criminalización...* op. cit., p. 104.

***Crimen de agresión: problemas actuales***

***CAPÍTULO II.  
LA CRIMINALIZACIÓN DE  
LA AGRESIÓN PROCESO  
Y DINÁMICA DE CONSOLIDACIÓN***

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### **LA CRIMINALIZACIÓN DE LA AGRESIÓN PROCESO Y DINÁMICA DE CONSOLIDACIÓN.**

*“El más fuerte no es nunca lo bastante fuerte para ser siempre el dueño si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber. De ahí el derecho del más fuerte; derecho tomado irónicamente en apariencia y establecido realmente en principio. Pero ¿no se nos explicará nunca esta palabra? La fuerza es un poder físico; no veo que moralidad puede resultar de sus efectos. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; todo lo más, es un acto de prudencia. ¿en qué sentido podría ser esto un deber?”*<sup>94</sup>

Nos parece que el gran pensador francés consigna en sus palabras antes citadas una aporía connatural a la noción misma de Derecho, lo cual se proyecta desde luego sobre la disciplina que ahora atrae nuestros esfuerzos intelectuales; pues, con respecto al crimen de agresión, es muy válido —y necesario— preguntarnos y contestarnos lo siguiente: ¿Los Tribunales internacionales e históricos de Nüremberg y Tokio encarnan una manifestación de fuerza emanada de un poder o de quienes ostentaban el poder en ese momento histórico dado, inoculado por el afán de convertir su *fuerza en derecho* y la *obediencia en deber* ? o por el contrario ¿son en realidad la cristalización de una manifestación positiva *sui generis* y fiel reflejo del Derecho Internacional imperante en esas coordenadas de tiempo y circunstancia?

Y decimos respecto del crimen de agresión por que, este crimen, no es poseedor del desarrollo progresivo y de codificación del que han sido objeto los demás crímenes contenidos en el Derecho Internacional Penal de Roma<sup>95</sup>, pues constituye una de las muchas diferencias que podemos marcar entre los crímenes materia de la competencia de la CPI.

---

<sup>94</sup> Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, libro I, capítulo III.

<sup>95</sup> El artículo 5 del Estatuto señala que: “*La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:*

- a) *El crimen de genocidio;*
- b) *Los crímenes de lesa humanidad;*
- c) *Los crímenes de guerra;*
- d) *El crimen de agresión.”*

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Así que para el estudio del crimen de agresión es en verdad vital contestar esta cuestión<sup>96</sup>, pues, son prácticamente las únicas expresiones del muestrario disponible sobre una práctica internacional referente al crimen de agresión. Si nuestra postura se identifica con una respuesta positiva a la primera interrogante, *ergo* podremos sostener que todo lo que se ha hecho, dicho y escrito sobre el crimen de agresión hasta nuestros días no es más que —*a lo sumo*— un catalogo de intenciones en clave de *desideratum*, basados en una visión de lo que el derecho *debe ser* y no en lo que éste en *realidad es*, según las palabras del celebre jurista anglosajón Austin.

En cambio, si nuestra postura es sobre una respuesta positiva a la segunda cuestión, entonces, estaremos aceptando que los Procesos de Nüremberg y Tokio representan un punto de encuentro —y no sólo en términos de historicismo sino también jurídicos—, de dos desarrollos simbióticos pero diferentes del Derecho Internacional, el desarrollo en clave de *norma consuetudinaria* y, a partir de aquí, en clave de *norma convencional*, ambos de orden positivo del DI general. Pero también estaremos reconociendo que a partir de la creación de la Sociedad de Naciones y sobretudo luego de Nüremberg y Tokio y la Carta de San Francisco, nos encontramos ante una sociedad internacional<sup>97</sup> institucionalizada con talante de permanente y de visión o *telos*

---

<sup>96</sup> Podría pensarse que, en general, el interés sobre una cuestión de esta naturaleza es una actitud Bizantina, ocuparse del *sexo de los ángeles*; pero en realidad no es así ya que al decir de R. DREIER: “ El conflicto entre derecho y moral o entre derecho positivo y justicia justamente *no es un conflicto exclusivamente moral* cuya solución pueda quedar librada a la conciencia individual, sino que es *también un conflicto jurídico*, sobre el que hay que decidir en la discusión jurídica con argumentos jurídicos.” La cita es de: GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *Derecho y Filosofía*, México, Fontamara, 1993, p.23.

<sup>97</sup> La existencia de una sociedad de Estados, una sociedad o una comunidad internacional o interestatal es, para el quehacer iusinternacional, una cuestión secundaria y no muy redituable en términos del análisis jurídico, pero no por ello intrascendente. Por esto me parece importante exponer los motivos por los cuales en el presente trabajo me inclino al uso de cierta terminología. Para tal efecto expondré brevemente lo que al respecto deja traslucir en la doctrina iusinternacionalista y en la ciencia de las relaciones internacionales, de la cual —y por la cual— los juristas deberíamos dejarnos guiar de vez en vez. Por su parte el profesor SORENSEN utiliza el término de *sociedad de Estados* en uno de los sub apartados: *origen histórico del Estado y de la Sociedad de Estados*, de su excelente Manual de Derecho. En otra parte de su manual al relacionar a las teorías positivistas con la cuestión de la existencia de una conciencia sobre un orden jurídico meta-nacional, sostiene: “... del progreso de la idea de que existe una sociedad de Estados con una especie de constitución, sin duda vaga y no desarrollada, pero no por ello menos real.” Luego más adelante expone: “...se ha señalado que los grandes principios

---

constitucionales sobre los que se basa la comunidad de Estados admiten y reconocen, como expresión de la voluntad de una comunidad política, la creación de un nuevo Estado.” Como podremos observar el profesor SORENSEN utiliza indistintamente los vocablos: sociedad, sistema y comunidad de Estados y, al parecer, no introduce en ellos ninguna suerte de gradación cualitativa o cuantitativa como expresión de nivel de desarrollo, y parece que no las concibe y trata como etapas —una previa y la otra posterior necesaria— de un meta-proceso de integración. (SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 63 y ss, p.74, p. 83).

En la literatura iusinternacionalista española podemos encontrar algunas divergencias en cuanto al uso de los términos para referirse a la sociedad internacional, comunidad internacional, etc. Comenzaremos por nombrar al profesor de la Universidad de Sevilla y antiguo magistrado del Tribunal europeo de derechos humanos CARRILLO SALCEDO, quien en uno de sus interesantes obras (el derecho internacional en perspectiva histórica) emplea tanto *sociedad de Estados* (p.29), *sociedad internacional* (p.37), *comunidad internacional*(p30), *comunidad internacional en su conjunto*. El destacado iusinternacionalista español profesor Antonio REMIRO BROTONS al definir lo que él entiende por derecho internacional nos habla de una *sociedad internacional*: “...el conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regulan las relaciones —derechos y obligaciones— de los miembros de la sociedad internacional a los que se reconoce subjetividad en este orden.” y a lo largo de su basto manual sigue utilizando esa terminología. Otro destacado profesor español, Pastor Ridruejo, también utiliza el termino *sociedad internacional*, así por ejemplo nos dice: “Desde el punto de vista de su extensión geográfica, la sociedad internacional ha ido experimentando un aumento progresivo, hasta llegar a la situación actual de universalidad.” La profesora MILLÁN MORO en su libro: *La opinio iuris en el derecho internacional contemporáneo*, se sirve también de la siguiente terminología: “Los factores que han originado la transformación de la sociedad internacional, y que han afectado a la costumbre internacional han tenido también como consecuencia la diversificación de la costumbre, y así ha surgido dos tipos de costumbre internacional,” (p. 185). El profesor Truyol se sirve del término sociedad internacional para desarrollar todo su excelente libro sobre la “sociedad internacional”. Y no utiliza otros términos para tal fin.

Entre los iusinternacionalistas mexicanos, cabe mencionar a Cesar Sepúlveda el cual sostiene: “La comunidad internacional, por si misma, ya presupone valores hacia donde debe orientarse el Derecho, tanto el interno cuanto el internacional.” *Derecho internacional*, Porrúa, México 1979, p.3.

Algunos otros autores de talla internacional y relacionados con la disciplina tratan la cuestión en diferentes sentidos, así, por ejemplo: Raymond ARON se sirve del término *sociedad transnacional, internacional o mundial, o sistema internacional*; y lo hace al exponer su postura sobre la existencia conceptual del termino, en este modo: “Quizá podría denominarse sociedad internacional o sociedad mundial al conjunto que engloba el sistema interestatal, la economía mundial(...), los fenómenos transnacionales y supranacionales, aplicándose el adjetivo internacional a todos los aspectos que he distinguido.(...) No creo que la formula *sociedad internacional* o, preferentemente, mundial constituya un verdadero concepto.” (*Paz y guerra entre las naciones*, Madrid, Revista de occidente, 1963). STANLEY HOFFMANN, por su parte, utiliza el término “sociedad transnacional”. (*L’ordre international*, M. Grawitz y J. Leca, *Traite de science politique*, Paris 1985.) A su vez el profesor Hans KELSEN, habla de “comunidad interestatal”, *La paz por medio del derecho*, Madrid, Trotta, 2003, p. 53.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

comunitario; lo que es fundamental para el proceso de criminalización de la agresión en DI contemporáneo. Así las cosas pues, nos ocuparemos del proceso y la dinámica de

---

*Dentro de la disciplina de las Relaciones Internacionales en la doctrina española encontramos destacados profesores como son ESTHER BARBÉ quien nos proporciona un texto de POCH el cual es de innegable valor para establecer las diferencias entre sociedad y comunidad la cual: “se traduce en los siguientes términos:*

1. La comunidad es una unidad natural y espontánea, mientras que la sociedad es una unidad en cierta manera artificial. En la comunidad, la vida del individuo coincide con la vida conjunta y no se puede pensar en una vivencia plena del individuo, al margen de la convivencia grupal. En la sociedad, aunque hay exigencias pragmáticas, no se da la exigencia lógica de vivir conjunto y, en ese sentido, el vivir individual precede lógicamente al convivir.
2. La comunidad es una manera de “ser” para el individuo en ella incorporado, mientras que la sociedad es una manera de “estar”. Mientras se pertenece a la comunidad, como parte del ser, se participa (reflexiva y concientemente) en la sociedad. En este sentido, siempre es posible separar una de las partes del todo social.
3. La comunidad es integración, mientras que la sociedad es suma de las partes. Así, la forma constitutiva de la primera es una ley jerárquica de distribución mientras que la segunda es una convención conmutativa.
4. En la comunidad priman los valores convergentes, mientras que en la sociedad priman valores divergentes. Si bien en la sociedad los valores pueden converger por necesidad, mientras que en la comunidad se instrumentan por la *virtus*. De ahí que en la comunidad prime lo ético (valores comunes), mientras en la sociedad prima lo jurídico (legislación).”(Relaciones Internacionales, Madrid, Tecnos, 2003, p. 98).

Por otro lado el profesor Celestino del Arenal nos plantea:

“ante la cuestión de si estamos ante una “sociedad” o una “comunidad” internacional, pensamos que la posición más adecuada a las realidades del presente es la que afirma que estamos ante una sociedad internacional inmersa en un proceso de evolución hacia una comunidad internacional, es decir, que estamos ante una sociedad internacional que presenta ya rasgos característicos de una comunidad, aunque ésta no se ha configurado todavía plenamente como tal” (*Introducción a las relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 1990 p. 429.)

Por mi parte, a lo largo del presente trabajo utilizaré el concepto de *sociedad internacional*, para cuando me refiera al conjunto de actores y sujetos del derecho internacional, por parecerme más apropiado aunque sea más una aportación de la disciplina de las relaciones internacionales que de la doctrina iusinternacionalista; y hablaré en términos de comunidad internacional en su conjunto, en el sentido que el iusjurista uruguayo ESPIELL plantea al concebir la comunidad internacional como “un verdadero sujeto de derecho internacional”, y al que le son propias las cuestiones en el sentido de desideratum o de lege ferenda, sobre conceptos indeterminados como ius cogens, erga omnes, etc.; y con el talante que Charles de VISSCHER le imprime a la cuestión de la existencia de una comunidad internacional: “un orden en potencia en el espíritu del hombre”. En definitiva debe entenderse en términos generales a la comunidad internacional como un “sinónimo de la Humanidad en sentido jurídico”. (GROS ESPIELL, H., *No discriminación y libre determinación como normas imperativas de derecho internacional*, anuario 6 del IHLADI, p. 74.)

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

consolidación de la criminalización de la Agresión, en dos órdenes de ideas que nos servirán como vectores de análisis y reflexión, esto es: como norma consuetudinaria y como norma convencional general positivas dentro y propias del Derecho Internacional.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

### ***1. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA AGRESIÓN: LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE LA POST GUERRA.***

*“El crimen de la guerra. Esta palabra nos sorprende, sólo en fuerza del grande hábito que tenemos de esta otra, que es la realmente incomprensible y monstruosa: el derecho de la guerra, es decir, el derecho del homicidio, del robo, del incendio, de la devastación en la más grande escala posible; porque esto es la guerra, y si no es esto, la guerra no es la guerra.”<sup>98</sup>*

En este apartado pretendemos ocuparnos del proceso de la criminalización de la agresión como manifestación emblemática de la *macrocriminalidad política*<sup>99</sup>, y su concreción como norma consuetudinaria en Derecho Internacional, para ello, fijaremos nuestra atención en dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿existe en DI una norma de carácter consuetudinario que prohíba la agresión, criminalizándola así?, ¿de existir ésta norma consuetudinaria, a partir de en que momento se puede fijar su validez?, ¿esta norma consuetudinaria ha sido objeto de desarrollo progresivo en DI?. Trataremos pues de trazar unas líneas e ideas de aportación que den respuesta a las cuestiones planteadas.

Si es cierto que a todo proceso evolutivo jurídico le antecede una dinámica social creadora y motor, entonces esto es aplicable al DI como fenómeno jurídico; con la peculiaridad que en esta dimensión del fenómeno jurídico llamado Derecho Internacional los miembros de la sociedad son Estados. Así pues, retomando algunas irreductibles ideas iusinternacionales diremos que, el DI general se divide —por así decirlo— en razón de su contenido normativo, en DI consuetudinario y DI convencional<sup>100</sup>. El primero se

---

<sup>98</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *El crimen de la guerra...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>99</sup> “La “*Macrocriminalidad*” comprende, fundamentalmente, comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva, macroacontecimientos con relevancia para la guerra y el derecho internacional.” AMBOS, Kai, *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*, traducción de Ezequiel Malarino, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer 2005, pp. 44 y subsecuentes.

<sup>100</sup> “El Derecho Internacional vale como objetivización de la justicia internacional. Es un ensayo mejor o peor logrado de aplicar la justicia internacional a las circunstancias históricas. El Derecho Natural es base y principio fundamentador del Derecho internacional positivo,

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

identifica con una serie de reglas normativas que, aun cuando no tienen una expresión jurídico-positiva, se consideran de observancia obligatoria, y esta observancia se tiene por vital para la convivencia, o en su caso incluso la existencia, de la sociedad internacional en su conjunto. El segundo, DI convencional, es el que los Estados, actores primario pero no exclusivos, van confeccionando conforme ciertas técnicas jurídicas concretas y puntuales como lo son los tratados internacionales, las convenciones, etc.

Pues bien, si retomamos estas ideas es para sostener lo siguiente: las normas consuetudinarias tienen una estrecha vinculación con el proceso social<sup>101</sup> motor y por ello, a diferencia de las convencionales, el determinar su existencia y momento exacto de vigencia es sumamente difícil, pero no imposible. Pues si hacemos un ejercicio de retrospección analítica podremos advertir que, si existe en DI convencional una norma que prohíbe el uso de la fuerza y la amenaza de ésta, que a su vez es fundamento de la prohibición de la agresión y de su carácter criminal<sup>102</sup> (el artículo 2.4 de la Carta de la ONU); *ergo*, ésta es expresión necesaria de una norma consuetudinaria previa<sup>103</sup>, pues ésta norma de carácter convencional no se refiere a una cuestión de pacto entre varios Estados<sup>104</sup>, sino que se refiere a una cuestión de vital importancia para la sociedad en su conjunto. En apoyo a lo antes expuesto podemos citar a la Corte Internacional de Justicia, la cual en ocasión de la demanda que Nicaragua sometiera a su conocimiento contra los Estados Unidos, así la CIJ sostuvo:

---

activador y meta de un derecho perfectible.” FERNÁNDEZ DEL VALLE, AGUSTÍN BASAVE, *Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>101</sup> “El derecho internacional es el producto de la coordinación de la voluntad de los Estados. Entre estos, la moral es una “forma especial de conciencia social”.” TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>102</sup> “el elemento más importante en el contenido del principio de no uso de la fuerza o de la amenaza de fuerza es la prohibición de las guerras de agresión, es decir recurrir a la guerra en las relaciones entre los Estados.” TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>103</sup> “The Crime of Aggression is a child of customary international law and hence the ICC’s definition should be, by and large, a codification of existing law rather than a negotiated creation, at least as far as the substantive law is concerned.” GRIFFITHS, Richard L., ‘International Law, the Crime of Aggression and the Ius ad Bellum’, *International Criminal law review* 2, p. 302, 2002.

<sup>104</sup> “Si aceptásemos la teoría de la auto limitación voluntaria de los Estados, como fundamento primero del Derecho Internacional, aceptaríamos la negación del derecho, puesto que la fuerza sería el único límite. La verdad es, precisamente, lo contrario. El derecho no puede fundarse en la fuerza, sino en pautas racionales válidas objetivamente.” FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín Besavé, *Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p.63.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

“...el hecho de que los principios antes mencionados, reconocidos como tales, han sido codificados o incluidos en convenciones multilaterales no significa que dejen de existir y aplicarse como principios de derecho consuetudinario, aun respecto a países que son partes en dichas convenciones.

Principios tales como los del no uso de la fuerza, la no intervención, el respeto por la independencia e integridad territorial de los estados (sic) y la libertad de navegación continúan siendo obligatorios como parte del derecho internacional consuetudinario, a pesar de la aplicación de las disposiciones del derecho convencional al cual han sido incorporados.”<sup>105</sup>

Así, la CIJ más tarde reiteró su posición en ocasión del mismo asunto, pero sobre el fondo de la cuestión, sosteniendo que:

“...las partes están de acuerdo en considerar que los principios relativos al empleo de la fuerza, que figuran en la Carta de las Naciones Unidas corresponden, en lo esencial, a los que se encuentran en el Derecho internacional consuetudinario. Las partes están pues de acuerdo en que el principio fundamental en esta materia se expresa en los términos utilizados por el artículo 2, párrafo 4, de la Carta”<sup>106</sup>

Ahora bien, cabe destacar que, tanto la disciplina jurídica a la que nos referimos con el nombre de *derecho internacional penal*; como el termino mismo, son —relativamente— de reciente aparición en la ciencia jurídica en general. Y claro, como ya vimos, el derecho y su respectiva actividad doctrinaria van detrás de la dinámica social real e imperante; por ello no debe impactarnos el hecho de que primero se dio en el mundo real la aparición de la practica internacional referente al derecho penal o criminal, y luego vinieron las construcciones jurídico-doctrinales a cerca de su naturaleza, contenido y alcance. Es el caso de los tribunales internacionales de Nüremberg y Tokio<sup>107</sup>, en donde —en definitiva— comenzó la carrera por la criminalización de la barbarie, y marca el nacimiento de la disciplina que nos ocupa.

---

<sup>105</sup> Extracto del fallo del 26 de noviembre de 1984 sobre la admisibilidad de la demanda incoada por Nicaragua; transcrito en: MARION LAUDY, *Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya*, siglo XXI editores, México 1988, p. 190.

<sup>106</sup> Sentencia de 27 de junio de 1986, párrafo 188, la cita es de: CARRILLO SALCEDO, J. A., *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid, 1991, p. 158.

<sup>107</sup> “In accordance with Article 27 of the Charter, the International Military Tribunal will now pronounce the sentences on the defendants convicted on this Indictment. Defendant Hermann Wilhelm Goering, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Por ello vale la pena detenerse a reflexionar sobre el importante desarrollo que supusieron las Sentencias de Nüremberg y Tokio, sin obviar los procesos que se orquestaron en función de la Ley no. 10 del Consejo de Control Aliado.

### ***A. EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NÜREMBERG:***

El 8 de agosto de 1945 las cuatro potencias victoriosas: Reino Unido de Gran Bretaña, Estados Unidos de América, Francia y la Unión de Repúblicas Socialistas

---

International Military Tribunal sentences you to death by hanging. Defendant Rudolf Hess, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to imprisonment for life. Defendant Joachim von Ribbentrop, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to death by hanging. Defendant Wilhelm Keitel, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to death by hanging. Defendant Ernst Kaltenbrunner, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to death by hanging. Defendant Alfred Rosenberg, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to death by hanging. Defendant Hans Frank, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to death by hanging. Defendant Wilhelm Frick, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to death by hanging. Defendant Julius Streicher, on the count of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to death by hanging. Defendant Walther Funk, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences You to imprisonment for life. Defendant Karl Doenitz, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to ten years imprisonment. Defendant Erich Raeder, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to imprisonment for life. Defendant Baldur von Schirach, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to twenty years imprisonment. Defendant Fritz Sauckel, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to death by hanging. Defendant Alfred Jodl, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to death by hanging. Defendant Arthur Seyss-Inquart, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to death by hanging. Defendant Albert Speer, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to twenty years imprisonment. Defendant Konstantin von Neurath, on the counts of the Indictment on which you have been convicted, the Tribunal sentences you to fifteen years imprisonment. The Tribunal sentences the Defendant Martin Bormann, on the counts of the Indictment on which he has been convicted, to death by hanging.” Opinion And Judgment Of Nüremberg International Military Tribunal; obtenido de: <http://www.derechos.org/nizkor/nuremberg/judgment/>

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Soviéticas<sup>108</sup>; firman el Acuerdo de Londres, en este Acuerdo se contenía como anexo el Estatuto de Nüremberg<sup>109</sup>, el cual tenía como finalidad el juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo cuyos crímenes no tuvieran una localización geográfica determinada. Así pues, el Tribunal de Nüremberg que operó del 14 de noviembre de 1945 al 1 de octubre de 1946, entabló procesos contra veinticuatro acusados<sup>110</sup>.

En lo que respecta al crimen que ocupa nuestros esfuerzos, el Tribunal de Nüremberg hizo invaluable aportaciones, sobre las cuales conviene detenernos. En primer lugar, determinó que iniciar una guerra de agresión constituía un crimen internacional:

*“La guerra es esencialmente una cosa mala. Sus consecuencias no se limitan exclusivamente a los Estados beligerantes, sino que afectan a todo el mundo.*

*Por consiguiente, iniciar una guerra de agresión, no es sólo un crimen internacional; es el supremo crimen internacional y sólo difiere de otros crímenes de guerra en que contiene dentro de sí el mal acumulado de todos ellos”<sup>111</sup>*

Este Tribunal también sostuvo una importante línea argumental sobre la cuestión del carácter criminal de la agresión en Derecho Internacional anterior a el Estatuto de Nüremberg<sup>112</sup>, lo que en nuestra opinión, constituye su gran aportación a la cultura

---

<sup>108</sup> Después se unieron al acuerdo: Australia, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Honduras, India, Luxemburgo, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Panamá, Paraguay, Polonia, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia.

<sup>109</sup> Véase el excelente trabajo que la Comisión Preparatoria preparó para contribuir al estudio del crimen de agresión, este documento fue distribuido como: PCNICC/2002/WGCA/L.1. En general este documento ha sido usado para realizar este apartado.

<sup>110</sup> Rudolf Hess, Martin Bormann, Hans Frank, Hermann Wilhelm Göring, Karl Dönitz, Erich Raeder, Joachim von Ribbentrop, Constantin von Neurath, Robert Ley, Wilhelm Keitel, Artur Seyss-Inquart, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Wilhelm Frick, Julius Streicher, Walter Funk, Hjalmar Schacht, Gustav Krupp von Bohlen und Halbach, Baldur von Schirach, Fritz Sauckel, Alfred Jodl, Franz von Papen, Albert Speer, y Hans Fritzsche.

<sup>111</sup> Sentencia de Nüremberg., página. 186.

<sup>112</sup> “El Tribunal de Nüremberg señaló que en la definición de los crímenes contra la paz que figuraba en el Estatuto de Nüremberg estaban comprendidas las guerras de agresión y las guerras en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales. Como ya había determinado que se habían planificado y llevado a cabo guerras de agresión contra 12 países, el Tribunal consideró que era innecesario considerar en detalle si las guerras también constituían violaciones de tratados, acuerdos o garantías internacionales. Refiriéndose a los tratados enumerados en el apéndice C de la acusación, el Tribunal atribuyó importancia principal a las

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

jurídica universal, así dictamino que con apoyo y fundamento en el Pacto Briand-Kellog la guerra como instrumento de política nacional ya era considerada un crimen internacional desde antes de la creación del Tribunal:

*“...la solemne renuncia a la guerra como instrumento de política nacional necesariamente entraña la proposición de que una guerra de esa índole es ilegal en el derecho internacional, y de que quienes planean y hacen una guerra de esa índole, con sus inevitables y terribles consecuencias, están cometiendo un crimen al actuar de tal manera. Entre las guerras encaminadas a lograr la solución de las controversias internacionales emprendidas como instrumento de política nacional indudablemente están comprendidas las guerras de agresión, y por lo tanto las guerras de esa índole están proscritas por el Pacto”<sup>113</sup>*

Además el Tribunal de Nüremberg consideró que esto estaba apoyado por una serie de instrumentos y declaraciones internacionales, que en general proveían de cierta expresión de la conciencia de la comunidad internacional en su conjunto, respecto del carácter criminal de la agresión<sup>114</sup>.

Sobre la base del argumento irreductible de que el la agresión y las guerras de agresión constituyen un crimen internacional, el Tribunal de Nüremberg también nos

---

convenciones de La Haya; al Tratado de Versalles; a los tratados de garantías mutuas, arbitraje y no agresión, y al Pacto Briand-Kellogg. Asimismo determinó concretamente que Alemania había violado varias disposiciones del Tratado de Versalles y que todas las guerras de agresión violaban el Pacto Briand-Kellog.” Documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1, página 39, los datos remiten a la página 216 de la Sentencia de Nüremberg.

<sup>113</sup> Sentencia de Nüremberg, p. 220.

<sup>114</sup> “En apoyo de esta interpretación, el Tribunal de Nüremberg consideró las siguientes expresiones solemnes de opinión formuladas con anterioridad:

- a) El artículo I del proyecto de Tratado de Asistencia Mutua patrocinado por la Sociedad de las Naciones, en el que se declaraba “que la guerra de agresión es un crimen internacional”;
- b) El preámbulo del Protocolo para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales de la Sociedad de las Naciones de 1924 (recomendado por unanimidad por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones a los miembros, pero nunca ratificado), en el que se declaraba que “una guerra de agresión ... es un crimen internacional”;
- c) El preámbulo de la declaración aprobada en 1927 por unanimidad por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones, en la que se decía que “una guerra de agresión jamás podrá servir como medio de resolver las controversias internacionales, y en consecuencia constituye un crimen internacional”;
- d) La resolución adoptada por unanimidad por 21 naciones en la Conferencia Panamericana de 1928 en la que se declaraba que la “guerra de agresión constituye un crimen internacional contra el género humano” Obtenido del documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1, p. 40; que remite a las paginas 221 y 222 de la Sentencia de Nüremberg.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

ofrece material que podríamos calificar de funcional sobre la cuestión de la criminalización de la agresión, ya que entró a considerar las formas que puede revestir la agresión y las guerras de agresión<sup>115</sup>. De ello se desprende que, el Tribunal considero la existencia de cinco formas de crimen contra la paz:

- agresión,
- acto de agresión,
- acto de guerra,
- acto de guerra de agresión,
- guerra de agresión.

Sin embargo, no proveyó de ninguna definición concreta de ninguna de estas formas del crimen contra la paz; pero si podemos estar ante la posibilidad de formarnos una idea mas acabada sobre la base de los actos a los que el Tribunal de Nüremberg dio la calificación de alguna categoría de las mencionadas. Así por ejemplo, sostuvo que el ataque a la URSS se consideraba como “pura y simple agresión”<sup>116</sup>. La invasión, ocupación y anexión de Austria, así como las acciones contra Checoslovaquia, fueron considerados como actos de agresión<sup>117</sup>. En cambio la invasión de Dinamarca, Noruega, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo se consideraron como actos de guerra de agresión<sup>118</sup>. Por último, en los casos de Polonia, Yugoslavia, Grecia, la URSS y Estados Unidos de América el Tribunal determinó que se encontraba ante guerras de agresión<sup>119</sup>. Por otra parte, en cuanto a la cuestión de la responsabilidad penal individual, en cuanto al crimen contra la paz, en Nüremberg se concreto que dicha responsabilidad debía ser fincada y atribuida en razón de los siguientes criterios:

A) del cargo de alto nivel:

Este criterio imponía que sólo las personas que estuvieran en las siguientes categorías podía fincárseles responsabilidad:

---

<sup>115</sup> Para mayor información y abundamiento sobre el trabajo del Tribunal de Nüremberg, véase el documento preparado por la Comisión Preparatoria, PCNICC/2002/WGCA/L.1/Add.1

<sup>116</sup> Párrafo 51 de la sentencia del Tribunal de Nüremberg.

<sup>117</sup> Párrafos 31, 33, 96, 1001 y 105, ídem.

<sup>118</sup> Párrafos 43 y 45, ídem.

<sup>119</sup> Párrafos 24, 35, 48, 51 y 53, ídem.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

- líderes,
- encargados de formular políticas y encargados de adoptar decisiones,
- capacidad de influencia en funcionarios de alto nivel,
- cargos con atributos de: responsabilidad, autoridad y discrecionalidad.

### B) conocimiento:

Este criterio exigía que los acusados cumplieran con los requisitos de conocimiento sobre:

- los planes agresivos,
- intención agresiva de los preparativos de la guerra,
- carácter agresivo de la guerra.

### C) intención:

### D) participación:

La participación que se requería para la atribución de responsabilidad penal, estaba en función del grado de participación:

- planificación,
- preparación,
- intención,
- conducción.

Además, el Tribunal sostuvo que las guerras de agresión pueden ser en forma de:

- amenaza de uso de fuerza,
- ataque armado,
- invasión,
- ocupación,
- anexión o incorporación,
- guerra.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

En general, en la Sentencia de Núremberg<sup>120</sup>, el tribunal sostiene la tesis de que, aunque no exista un derecho *positivo* criminal o penal internacional preexistente a la segunda guerra, es posible fincar la responsabilidad penal internacional de individuo, en función de consideraciones de humanidad y en la atrocidad de los crímenes y su trascendencia<sup>121</sup>. No deja de llamarnos la atención el hecho de que este orden de ideas ya las había expuesto en su momento y lugar por el profesor de la Universidad de Nápoles R. GAROFALO<sup>122</sup>, al sostener su tesis del delito natural, es decir aquel que basa su perjuicio no en la violación de derechos preconcebidos legislativamente, sino en la violación última de los sentimientos de piedad y humanidad. Es de destacar que, todos los demás crímenes internacionales han tenido su correspondiente evolución jurídica normativa en clave de *positivación*<sup>123</sup>; mas el crimen de agresión está aún en ese proceso de concreción jurídica.

---

<sup>120</sup> Para abundar más en el estudio del quehacer del Tribunal de Núremberg, véase a: BROWNLIE, IAN, *International law and...*, *op.cit.* También véase a: FERENÇZ, BENJAMIN, *Defining international aggression. The search for world peace...*, *op. cit.*

<sup>121</sup> Esta idea en particular ha sido defendida —inclusive— por el gran jurista Hans Kelsen, quien en clara contradicción a su más expuesta y defendida teoría (la teoría pura del derecho), sostiene, no sin sorprender, que: “Aunque la decisión de un tribunal internacional no constituya la aplicación estricta de una regla jurídica pre-existente, se supone que está fundada por lo menos en la idea del derecho, es decir, en una disposición que, si bien no es todavía derecho positivo, debe, de acuerdo con la convicción de los jueces independientes, convertirse en derecho y que en realidad se convierte en derecho positivo para el caso resuelto por la decisión judicial particular. Es el sometimiento al derecho, al derecho no como un sistema de valores invariables, sino como un cuerpo de normas que cambian lenta y constantemente, lo que no es incompatible con el principio de igualdad de soberanía, ya que es únicamente este derecho el que garantiza la coexistencia de los Estados como comunidades soberanas e iguales” Kelsen, Hans, *La paz por...*, *op. cit.*, p.74.

<sup>122</sup> “En una palabra, nuestra concepción, del crimen o delito natural puede basarse sobre la violación de los derechos, sino sobre la de los sentimientos.” *La Criminología, Turín 1885*, (Criminología, estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión), traducción al castellano de Pedro Dorado Montero, México, Ángel editor, 1998. “La concepción del delito es vaga, y lo será siempre mientras no se haya determinado la *especie particular de inmoralidad*, que constituye el elemento necesario de lo que la opinión pública considera como delito.” p. 60. “Antes de llegar al criminal, necesitamos tener la noción del crimen... no basta que los actos sean crueles o injustos, sino que es necesario que sean *nocivos* para la sociedad.”, p. 62.

<sup>123</sup> Es de llamar la atención las palabras, que con talante profético, sostuviera GAROFALO: “y más tarde se llegará a formar un *código de los delitos naturales*, que será el mismo para todas las naciones civilizadas, distinto de las *leyes represivas especiales* de cada nación.” *La Criminología, Turín 1885...*, *op. cit.*, p. 61.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

### ***B. LOS TRIBUNALES CREADOS SOBRE LA LEY NO. 10:***

En los momentos en que el ocaso de la guerra se alcanzaba a vislumbrar, tiene lugar una conferencia de Ministros de Asuntos Exteriores en la ciudad de Moscú. Resultado de esta conferencia es la “Declaración de Moscú” del 30 de octubre de 1943; en ella se especificaba que las personas responsables de actos atroces nazis serían juzgados por los países en donde habían tenido lugar tales actos. Esta Declaración de Moscú, así como el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, son la base histórica y jurídica de los tribunales que se crearon por la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado<sup>124</sup>. Con base en esta Ley No. 10 se crearon tribunales en las zonas de ocupación de Alemania. Así Estados Unidos de América y Francia estructuraron un andamiaje judicial con base en la Ley No. 10. En general, los tribunales que se crearon por esta vía y que juzgarían a criminales de guerra nazis que no entraron a la jurisdicción del Tribunal de Nüremberg, entendieron que su actividad se encontraba ligada a la Sentencia de Nüremberg y que les era vinculante en la labor que ellos realizaban.

La Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado determinaba en su artículo II que:

“1. Cada uno de los actos siguientes queda reconocido como un crimen:

a) *Crímenes contra la paz*: La iniciación de invasiones de otros países y guerras de agresión en violación de leyes y tratados internacionales, comprendiendo, sin que la enumeración tenga carácter limitativo, la planificación, la preparación, la iniciación o la realización de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o la participación en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados.”

Así pues, esta Ley se distanciaba de las disposiciones del Estatuto de Nüremberg, pues como podemos ver, se introduce nuevos elementos.

Los Estados Unidos de América organizaron sus juicios de la post guerra dentro de la Alemania ocupada, conforme a la Ordenanza No. 7. Se entablaron cuatro juicios

---

<sup>124</sup> Trials of War Criminals before the Nüremberg Military Tribunals, United States Government Printing Office, 1951, vol. III.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

que contenían cargos por crímenes contra la paz: el caso I.G Farben<sup>125</sup>, el caso Krupp, el caso Altos Mandos<sup>126</sup> y el caso Ministerios.

En el caso I.G. Farben los tribunales de los Estados Unidos de América determinó que los acusados fueran absueltos, para ello argumentó que:

“Según las imputaciones contenidas en el quinto cargo, los actos y la conducta de los acusados comprendidos en el primer cargo y todas las alegaciones formuladas en el primer cargo quedan incorporados en el quinto cargo. Como ya hemos llegado a la conclusión de que ninguno de los acusados participó en la planificación o participó a sabiendas en la preparación y la iniciación o la realización de una guerra de agresión o de guerras de agresión o invasiones de otros países, se infiere que no son culpables de la imputación de haber participado en un plan común o conspiración para realizar esos mismos actos.”<sup>127</sup>

Respecto a la responsabilidad individual criminal por comisión de crímenes contra la paz, el Tribunal de EEUU sostuvo que:

“Apartarse del criterio de que sólo los principales criminales de guerra es decir, las personas que en las esferas política, militar o industrial, por ejemplo, estuviesen encargadas de la formulación y la ejecución de políticas – podrían estar sujetos a responsabilidad por hacer guerras de agresión, llevaría muy lejos. En tales circunstancias no habría ningún límite práctico a la responsabilidad penal que no incluyera, en principio, al soldado raso en el campo de batalla, al agricultor que incrementase su producción de alimentos para mantener a las fuerzas armadas o al ama de casa que conservase la grasa para fabricar pertrechos. Con

---

<sup>125</sup> En este caso se acusó a: Carl Krauch, Hermann Schmitz, Georg von Schnitzler, Fritz Gajewski, Heinrich Hoerlein, August von Knieriem, Fritz ter Meer, Christian Schneider, Otto Ambros, Max Brueggemann, Ernst Buergin, Heinrich Buetefisch, Paul Haefliger, Max Ilgner, Friedrich Jaehne, Hans Kuehne, Carl Lautenschlaeger, Wilhelm Mann, Heinrich Oster, Carl Wurster, Walter Duerrfeld, Heinrich Gattineau, Erich von der Heyde, Hans Kugler.

<sup>126</sup> Generalfeldmarschall Wilhelm von Leeb, Generalfeldmarschall Hugo Sperrle, Generalfeldmarschall Georg Karl Friedrich-Wilhelm von Kuechler, Generaloberst Johannes Blaskowitz, Generaloberst Hermann Hoth, Generaloberst Hans Reinhardt, Generaloberst Hans von Salmuth, Generaloberst Kart Hollidt, Generaladmiral Otto Schniewind, General der Infanterie Karl von Roques, General der Infanterie Hermann Reinecke, General der Artillerie Walter Warlimont, General der Infanterie Otto Woehler, y Generaloberstabsrichter Rudolf Lehmann.

Sentencia, 27, 28 Octubre de 1948, *ibid.*, págs. 482 y 483.

<sup>127</sup> en su Sentencia del 30 de julio de 1948, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, United States Government Printing Office, 1952, vol. VIII, p. 1102. PCNICC/2002/WGCA/L.1, p. 76.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

tal interpretación, toda la fuerza de trabajo de Alemania podría, según la discrecionalidad, no sujeta a control, de las autoridades encargadas de la acusación, ser llamada a responder por haber llevado a cabo guerras de agresión. De hecho, ello crearía la posibilidad de castigos en masa.”<sup>128</sup>

En el caso Krupp igualmente el tribunal decidió la no culpabilidad de los acusados, sin embargo, en este caso el tribunal señaló que:

“No sostenemos que los industriales, en cuanto tales, no puedan en circunstancias algunas ser declarados culpables de tales imputaciones.”<sup>129</sup>

En el caso Altos Mandos de nuevo el tribunal absolvió a los acusados<sup>130</sup>, alegando que estos a pesar de tener un rango considerable dentro de la maquinaria estatal nazi, no se encontraban a nivel de la formulación de políticas de agresión, en esto se apega el tribunal a la Sentencia de Nüremberg.

En el caso Ministerios el tribunal decidió que de los acusados presentados ante él, sólo cinco debían ser considerados como culpables en la sentencia, sin embargo, luego admitió una instancia de revisión y en esos procesos de revisión se determinó que sólo tres sentencias debían ser confirmadas y dos de ellas revocadas<sup>131</sup>. El tribunal al entrar a considerar el carácter criminal de las guerras de agresión sostuvo que:

---

<sup>128</sup> Estados Unidos de América contra Carl Krauch y otros. Sentencia, 29, 30 de julio de 1948, Trials of War Criminals before the Nüremberg Military Tribunals, United States Government, 1952, vol. VIII, pp. 1124 y 1125 Sentencia, 29, 30 de julio de 1948, Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, United States Government, 1952, vol. VIII, pp. 1124 y 1125.

<sup>129</sup> Sentencia, 31 de julio de 1948, p. 393.

<sup>130</sup> Sentencia, 27, 28 Octubre de 1948, *ibíd.*, pp. 482 y 483.

<sup>131</sup> “A continuación se indican los nombres de los 21 altos jefes contra quienes se formularon imputaciones en este caso, en cursiva en el caso de los 17 acusados a quienes se imputaron crímenes contra la paz y en negrita y cursiva en el caso de los 3 acusados respecto de los cuales se dejaron sin efecto dichas imputaciones: *Ernst von Weizsäcker* (Secretario de Estado del Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania desde 1938 hasta 1943); *Gustav Adolf Steengracht von Moyland* (Secretario de Estado del Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania desde 1943 hasta 1945); *Wilhelm Keppler* (Secretario de Estado para Cometidos Especiales en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania desde 1938 hasta 1945); ***Ernst Wilhelm Bohle*** (Secretario de Estado y Jefe de Organización Exterior en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania desde 1937 hasta 1941); *Ernst Wörmann* (Director Ministerial y Jefe de la División Política del Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania desde 1938 hasta 1943); *Karl Ritter* (Embajador para Cometidos Especiales en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania desde 1939 hasta 1945); ***Otto von Erdmannsdorff***

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

“...si las invasiones agresivas y guerras de agresión eran lícitas y no constituían una violación del derecho y de los deberes internacionales, ¿por qué tomarse el trabajo de explicar y justificar? ¿Por qué informar a las naciones neutrales que la guerra era inevitable y excusable y se basaba en elevadas nociones de moralidad, si la guerra de agresión no era esencialmente ilícita y violatoria del derecho internacional? La respuesta es evidente. La iniciación de guerras e invasiones, con el horror y los sufrimientos consiguientes, ha sido universalmente reconocida durante siglos como ilícita por todas las naciones civilizadas, que estimaban que sólo podría recurrirse a ellas como último recurso para reparar agravios ya infligidos o inminentes. Sostenemos que las guerras de agresión y las invasiones han sido, desde tiempos inmemoriales, una violación del derecho internacional, aunque no se hubiesen establecido sanciones concretas.”<sup>132</sup>

Por su parte, Francia creó también un tribunal en base a la Ley No. 10 del Consejo del Control Aliado y en virtud de sus ordenanzas 20 y 36. Este tribunal se llamó: Tribunal General del Gobierno Militar de la Zona Francesa de Ocupación en Alemania. Este tribunal efectuó solamente un juicio: el caso Roehling. En este caso se presentaron cinco acusados, pero luego se decidió dirigir el juicio sólo contra Hermann Roehling. La sentencia sobrevino condenatoria para el acusado, sin embargo, La Corte Suprema del

---

(Dirigente Ministerial y Adjunto del Jefe de la División Política del Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania desde 1941 hasta 1943 (1945)); *Edmund Veessenmayer* (Ministro de Alemania y Plenipotenciario del Reich en Hungría desde 1944 hasta 1945); *Hans Heinrich Lammers* (Reichsminister y Jefe de la Cancillería del Reich desde 1937 hasta 1945); *Wilhelm Stuckart* (Secretario de Estado en el Ministerio del Interior del Reich desde 1935 hasta 1945); *Richard Walther Darré* (Reichsminister de Agricultura y Alimentación desde 1933 hasta 1945); ***Otto Meissner*** (Jefe de la Cancillería Presidencial desde 1934 hasta 1945); *Otto Dietrich* (Secretario de Estado en el Ministerio de Ilustración Pública y Propaganda del Reich desde 1937 hasta 1945); *Gottlob Berger* (Teniente General de las SS); *Walter Schellenberg* (Brigadier General de las SS, Jefe del servicio de inteligencia combinado civil y militar desde 1944 hasta 1945); *Lutz Schwerin von Krosigk* (Reichsminister de Finanzas desde 1932 hasta 1945); Emil Puhl (miembro del Directorio del Reichsbank desde 1935 hasta 1945); Karl Rasche (miembro, y más adelante presidente, del Vorstand del Dresdner Bank desde 1935 hasta 1945); *Paul Koerner* (Alternativo Permanente de Göring en calidad de Plenipotenciario para el Plan Cuatrienal); *Paul Pleiger* (Presidente de la Asociación del Carbón del Reich desde 1941 hasta 1945), y Hans Kehrl (Jefe de la Oficina de Planificación del Ministerio de Armamento y Producción de Guerra del Reich desde 1943 hasta 1945). La lista completa de los puestos ocupados por los acusados en diversas épocas figura en Acusación, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, United States Government Printing Office, [sin fecha de publicación], vol. XII, págs. 13 y 14 a 20. Véase también, Sentencia, 11 a 13 de abril de 1949, *ibid.*, vol. XIV, págs. 308, 314, 323 y 435.” PCNICC/2002/WGCA/L.1, páginas 85 y 86.

<sup>132</sup> En el caso Ministerios, Sentencia, pp. 318 y 319.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Gobierno Militar de la Zona Francesa de Ocupación en Alemania revocó la condena de Hermann Roechling por crímenes contra la paz, en su Sentencia de 25 de enero de 1949.

### ***C. EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE TOKIO:***

En otras latitudes el Comandante Supremo de las Potencias Aliadas en el Lejano Oriente, el General Douglas MacArthur, por medio de una Proclama Especial, crea el Tribunal de Tokio el 19 de enero de 1946<sup>133</sup>. Este tribunal reconocía su basamento jurídico en la Declaración de Postdam del 26 de julio de 1945, la conferencia de Moscú de 26 de diciembre de 1945 y la Declaración del Cairo de 1 de diciembre de 1943. Además, Japón en el Instrumento de Rendición de 2 de septiembre de 1945, aceptó las condiciones estipuladas por las Potencias Aliadas en la Declaración de Postdam, y ello dio más fundamento iusinternacional al Tribunal de Tokio. Sin embargo, la Sentencia de Tokio<sup>134</sup> de noviembre de 1948, no cala en el ánimo internacional de la post guerra, con la misma magnitud con lo que lo hace la Sentencia de Nüremberg.

Este Tribunal disponía en su artículo 5 que:

“Competencia respecto de personas y delitos. El Tribunal tendrá competencia para juzgar y castigar a los criminales de guerra del Lejano Oriente a quienes, en carácter individual o en calidad de miembros de organizaciones, se les imputen delitos que comprendan crímenes contra la paz. Todos y cada uno de los actos siguientes son delitos sobre los que tiene competencia el Tribunal y entrañarán responsabilidad individual:

a) Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra declarada o no declarada de agresión o una guerra que viole el derecho internacional o tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados;”

---

<sup>133</sup> Trial of Japanese War Criminals: Documents, p. 39, Department of State Publication N° 2613, United States Government Printing Office, 1946.

<sup>134</sup> El Tribunal de Tokio dicto sentencia sobre los acusados: Araki, Sadao; Hoshino, Naoki; Dohihara, Kenji; Hashimoto, Kingoro; Hata, Shunroko; Hiranuma, Kiichiro; Hirota, Koki; Itagaki, Seishiro; Kaya, Okinori; Kido, Koichi; Kimura, Heitaro; Koiso, Kuniaki; Matsui, Iwane; Minami, Jiro; Muto, Akira; Oka, Takasumi; Oshima, Hiroshi; Sato, Kenryo; Shigemitsu, Mamoru; Shimada, Shigetaro; Shiratori, Toshio; Suzuki, Teiichi; Togo, Shigenori; Tojo, Hideki; Umezu, Yoshijiro.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

En términos generales el Tribunal de Tokio se refirió a dos tipos de agresión lato sensu, así dictó que las acciones de Japón contra Francia constituían actos de agresión y amenaza de uso de fuerza<sup>135</sup>. Respecto de las demás Potencias que entraron en hostilidades con Japón sostuvo que: las acciones contra China<sup>136</sup>, Estados Unidos de América<sup>137</sup>, el Commonwealth Británico, la URSS<sup>138</sup>, Francia y Países Bajos, eran consideradas guerras de agresión<sup>139</sup>. Además sostuvo que con respecto a Tailandia no se encontraron suficientes pruebas para determinar el carácter agresivo de las acciones de Japón en Tailandia, en conclusión, no se tiene por juzgada la cuestión de Japón en este rubro.

El Tribunal de Tokio se alejó un tanto de las consideraciones de Nüremberg, que en general las rubricó de conformidad, sólo en su consideración de las guerras de agresión como un crimen en Derecho Internacional. En efecto, en ocasión del enjuiciamiento de los criminales de guerra *del Lejano Oriente*, el Tribunal de Tokio concretó, al pronunciarse sobre la validez retrospectiva de la norma jurídica que contenía el carácter criminal de la agresión en Derecho Internacional<sup>140</sup>, que:

---

<sup>135</sup> Sentencia del Tribunal de Tokio, párrafo 318.

<sup>136</sup> Ídem, párrafo 300.

<sup>137</sup> Ídem, párrafo 302.

<sup>138</sup> ídem, párrafo 310.

<sup>139</sup> En general del párrafo 300 al 322 de la Sentencia de Tokio.

<sup>140</sup> “La realización de tales guerras (de agresión) es el crimen principal, pues entraña indecibles matanzas, sufrimientos y miseria. No prestaría utilidad alguna declarar a alguno de los acusados culpable de ese crimen principal y también de “asesinato” *eo nomine*. Consiguientemente, es innecesario que expresemos una opinión acabada acerca del exacto alcance de la obligación impuesta por la Convención III de La Haya de 1907. Dicha Convención impone indudablemente la obligación de dar una previa y explícita advertencia antes del comienzo de las hostilidades, pero no define el período que debe mediar entre la comunicación de esa advertencia y el comienzo de las hostilidades. La cuestión estuvo planteada ante los elaboradores de la Convención y ha sido objeto de controversia entre los juristas internacionales desde que se elaboró la Convención.” El Tribunal señaló que “La Convención N° III de La Haya de 1907, relativa a la ruptura de hostilidades, estipula en su artículo primero que “las potencias signatarias reconocen que las hostilidades no deberán comenzar entre ellas sin un aviso previo e inequívoco, bajo la forma de una declaración de guerra motivada o de un ultimátum con declaración condicional de guerra.” Esa Convención era obligatoria para el Japón en todas las épocas pertinentes.”. *Íbidem*, página 148, los datos remiten a: páginas 986 y 987 de la Sentencia del Tribunal.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

“(a)ggressive war was a crime at international law long prior to the date of the Declaration of Potsdam”<sup>141</sup>

### **2. LA DINÁMICA DE CONSOLIDACIÓN.**

A partir de lo anteriormente expuesto, podemos exponer y sostener que, el nacimiento de una norma consuetudinaria que contiene la prohibición de uso de la fuerza y que se identifica con la criminalización de la agresión<sup>142</sup>, es anterior a la concreción jurídica de una norma convencional conteniendo dicha prohibición. Por otro lado, una cosa es concluir que existe una norma consuetudinaria semejante, y otra cosa muy diferente es, tratar de fijar el momento de su vigencia, a lo que nos dedicaremos ahora.

De entrada es necesario hacer alguna aclaración oportuna, en primer lugar pensamos que sería de extrema dificultad el tratar de dilucidar el momento exacto del nacimiento de la criminalización de la agresión o la prohibición de ésta, como norma consuetudinaria del DI, y tratar de fijar una “*fecha crítica*”<sup>143</sup> al respecto es casi imposible, al final relativa y a la postre innecesaria, pues creemos que lo que importa no es el momento de su nacimiento, para fines prácticos lo que importa en realidad es que exista semejante norma jurídica en Derecho Internacional. En todo caso el afán por dilucidar esta fecha<sup>144</sup>, pensamos que tiene por único valor práctico, el dotar de cierta

---

<sup>141</sup> La cita es de: GAJA, GIORGIO, “The long journey towards repressing aggression”, en: CASSESE, Antonio; Paola GAETA and John R. W. D. JONES (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, p.429, Oxford, Oxford University Press, 2002. Sentencia del Tribunal de Tokio, p. 25 a 27.

<sup>142</sup> “La responsabilidad por la agresión es una importante institución del moderno derecho internacional; ésta deriva del principio de la prohibición de la utilización de la fuerza y de la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. La agresión es una violación jurídica grave, de ahí deriva la severa responsabilidad por tal violación.”. TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 189.

<sup>143</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>144</sup> “Whilst it is difficult to put an exact date of birth upon the concept of the criminality of the aggressive use of force, it is clearly a young doctrine when look at besides the history of warfare and the use of force. Ancient and medieval wars were usually undertaken on a “just war” basis, that is to say, the belligerents alleged some definite cause considered by them as a valid and sufficient justification, albeit merely as a façade in many cases. The consensus among states until comparatively recently was that the use of force was simply one of the legitimate tools available to a sovereign state in bringing its policy to fruition. By contrast, the current position is regulated by the Charter of the United Nations, Article 2, paragraph 4 of which prohibits the

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

calidad de rancia prosapia normativa a la norma en cuestión, pero el derecho en general no por su linaje es más real ni efectivo; de lo que se desprende que, aunque no se tenga oportunidad de precisar el dato correcto de alumbramiento de la norma, no se puede concluir de aquí su inexistencia.

Nosotros nos inclinamos a fijar el inicio de la dinámica y progreso de criminalización de la agresión más que en un momento determinado, en una etapa de desarrollo del DI y de la sociedad internacional en concreto<sup>145</sup>, la cual sería la etapa en que se comenzaron a introducir las nociones de humanidad y comunidad<sup>146</sup>, lo primero condicionó al derecho, lo otro a la sociedad. Y esta incursión de las nociones antes apuntadas, se verifica en época de la Sociedad de Naciones, ni más ni menos. Ahora bien, este proceso que comienza en la era de la S de N, la criminalización de la agresión, no termina de cristalizar aquí, no, en realidad en este punto cardinal del decurso histórico no ha hecho más que comenzar dicho proceso.

Así pues, diremos que, el carácter criminal de la agresión, o en otras palabras, la consideración de la agresión (dejando en término así de general y abierto a propósito) como uno de los crímenes contra la paz, y en sí mismo el más pernicioso, viene a ser corolario de la inclusión de nociones tales como humanidad y comunidad<sup>147</sup> en el Derecho Internacional. Así nos lo sugieren las ideas de GAROFALO al consignar que:

---

use of force save in very limited circumstances. These two opposing positions represent the ends of a timeline stretching from the Congress of Europe to the San Francisco Conference on the United Nations Organisation. Somewhere between these two events the concept of the Crime of Aggression was born.” GRIFFITHS, Richard L., “International law, the crime of aggression and”..., *op. cit.*, p.303.

<sup>145</sup> “Actualmente, a diferencia de lo dispuesto por el antiguo derecho internacional, el agresor no es sólo una parte de un conflicto bélico, es también un violador de la legalidad; sus actos, que representan desde el principio graves delitos” TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 188.

<sup>146</sup> “La cristalización de la noción jurídica de obligaciones *erga omnes* ha traído consigo un cause de superación de uno de los rasgos más característicos del derecho internacional tradicional, ya que aquella noción significa la admisión de la dimensión jurídica de la comunidad internacional y de sus intereses generales.” CARRILLO SALCEDO, J. A., *El derecho internacional...*, *op. cit.*

<sup>147</sup> El destacado iusfilósofo internacionalista AGUSTIN B. FERNANDEZ, considera que la existencia de la idea de comunidad, es en verdad anterior y se ubica no sólo temporal —sino jerárquicamente— superior a la de la sociedad o sistema interestatal, así consigna que: “La comunidad internacional no tiene fundamento contractual, ni es una personalidad colectiva compleja, sino una institución natural, anterior y superior a toda sociedad de naciones. (...) La

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

“...la razón por la cual no tenemos piedad para con el enemigo es siempre la misma: no podemos tener hacia él la simpatía de que proviene la piedad. Sólo debe advertirse que esto depende, no de una sensibilidad refinada, sino, por el contrario, de una especie de regresión histórica, de un salto hacia atrás, verificado bruscamente por nuestros sentimientos, los cuales retroceden al mismo estado en que se hallaban en la época de la vida de rapiña, en la cual no se consideraba como semejante más que a las gentes de la misma horda o del mismo país. *Todos los grados que ha ido conquistando lentamente por espacio de muchos siglos el sentimiento de benevolencia se retroceden de un solo golpe; basta el cañón para hacernos retrogradar a los primitivos odios de razas o de tribus, para hacer desaparecer de nuestros corazones el amor a la humanidad, esta adquisición moral que se ha logrado tan costosamente por medio de una evolución secular.*”<sup>148</sup> (énfasis añadido).

En consecuencia, no se puede hablar de la existencia del carácter criminal de la agresión *lato sensu*, hasta que se incorporaron de lleno las nociones extrajurídicas de humanidad y comunidad<sup>149</sup>, las cuales se encuentran indeleblemente configuradas en términos de moralidad o de lo éticamente funcional<sup>150</sup>. Esta consideración de la agresión como crimen la podemos cifrar en términos cronológicos (desde luego lógicamente arbitrarios) y en forma embrionaria en la época de la Sociedad de Naciones (que a su vez se identifica como la expresión de una norma consuetudinaria), pero de forma definitiva

---

comunidad internacional es una idea objetiva, incorporada a la organización. Idea rectora que establece vínculos orgánicos de los Estados entre sí y de estos con la comunidad internacional.” FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín Besavé, *Filosofía del Derecho...*, op. cit., p. 66. No podemos más que estar de acuerdo con el autor en el sentido en el que él apunta, pero en realidad aquí nos referimos al advenimiento de la noción de comunidad como una institución jurídica y no sólo como un principio rector ecuménico de las relaciones internacionales e interestatales.

<sup>148</sup> GAROFALO, R., *La Criminología...*, op. cit., p. 64.

<sup>149</sup> El profesor KAI AMBOS al hablarnos sobre los trabajos de la CDI referentes a los proyectos de Códigos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, nos comenta: “The substantive criteria for this reduction are that the crime, on the one hand, be recognized by existing customary international law and, on the other hand, that it entails a threat to international peace and security. As to the latter criterion, two of the crimes, aggression and genocide, by their very nature pose such a threat to the international community.” AMBOS, KAI, “Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code Observations from an International Criminal Law viewpoint”, *EJIL*, Vol. 7, No.4, 1996, p.519.

<sup>150</sup> “El deber de obedecer el derecho es un deber moral *hacia* el sistema jurídico, no es un deber jurídico *conforme* al sistema. El deber hacia el sistema no puede derivarse del sistema mismo sino que tiene que surgir de reglas o principios que están fuera del mismo.” ROSS, ALF, *Validity and the conflict between legal positivism and natural law, (El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural)*, FONTAMARA distribuciones, México 1997, p. 16.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

y contundente (en clave de norma convencional) dentro de la era de la ONU; esto es, que el carácter criminal de la agresión es en términos generales una consecuencia más del tránsito del Derecho Internacional *tradicional* hacia el Derecho Internacional *contemporáneo*<sup>151</sup>. Es necesario marcar lo siguiente: el advenimiento de la humanidad<sup>152</sup> y la comunidad no impone el carácter de criminal a las guerras de agresión, en términos tan llanos y simples como los expuestos por Austin, en el sentido de que todo deber deba entenderse como el hecho de estar uno bajo el mandato de otro o de un grupo de individuos o agrupación de grupos, los cuales están en condiciones prácticas, éticas y legales de causarnos un mal —y vierten una amenaza de realización — para el caso de no ver cumplido su genuino deseo o la satisfacción del deber.

Por otra parte, se nos presenta la cuestión a la que ya hacíamos mención al principio del apartado: *¿ésta norma consuetudinaria ha sido objeto de desarrollo progresivo en DI?* Nosotros pensamos que la respuesta es afirmativa, pues en realidad en el decurso de la historia del DI, la cuestión de la criminalización de la agresión y también el crimen de agresión tienen al menos siete momentos que se perfilan como los hitos normativos (ya consuetudinarios, ya convencionales) trascendentales e históricos sobre el tema: El Tratado de Versalles con su artículo 227 y subsecuentes relativos; el Pacto de la Sociedad de Naciones y sus artículos 10 y 11; el Pacto Briand-Kellog; los Estatutos de los Tribunales de Nüremberg y Tokio y sus respectivas Sentencias pronunciadas, (artículos 6<sup>153</sup> y 5<sup>154</sup>, respectivamente); la Carta de las Naciones Unidas con su

---

<sup>151</sup> “the crime of aggression can only be committed in the context of an international armed conflict. Customary international law has certainly not developed to the extent of perceiving aggressive conduct of non-state entities as a punishable offence” MULLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression”..., *op. cit.*, p. 420.

<sup>152</sup> “Las nociones de normas imperativas y de obligaciones *erga omnes* han ido entrando progresivamente en doctrina y en la práctica internacionales ante la necesidad de establecer barreras objetivas, inspiradas en las ideas de humanidad, de justicia y de solidaridad, frente a la pretendida omnipotencia de las voluntades estatales en el plano internacional” CARRILLO SALCEDO, J. A., *El derecho internacional...*, *op. cit.*

<sup>153</sup> “Artículo 6. El Tribunal creado por el acuerdo mencionado en el artículo 1 del presente Estatuto para el juicio y castigo de los principales criminales de guerra de los países del Eje europeo será competente para juzgar y castigar a las personas que, actuando en interés de los países del Eje europeo, a título individual o en carácter de miembros de organizaciones, hayan cometido alguno de los crímenes siguientes.

*Todos y cada uno de los actos siguientes son delitos sobre los que tiene competencia el Tribunal y entrañarán responsabilidad individual:*

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

prohibición del uso de la fuerza consignada en el artículo 2.4; la Resolución 3314(XXIX) de 14 de diciembre de 1974 de la Asamblea General de la ONU y por último la creación de la Corte Penal Internacional y su concreción del crimen de agresión como crimen internacional propio de una norma convencional general en el artículo 5.

Sin olvidarnos de las aportaciones valiosas que la CIJ ha dado, en ocasión de sus fallos a los asuntos de la Barcelona Traction y en el asunto de las Actividades paramilitares en y en contra de Nicaragua. En la primera considera a la proscripción de la agresión como paradigmático de una norma *erga omnes*; y en la segunda sostiene que el principio de prohibición del uso de la fuerza y de no intervención, son de índole consuetudinario y que, su inclusión en convenciones generales no privan a dichos principios de su carácter de normas consuetudinarias, basándose en el argumento de su inclusión en el derecho internacional convencional, es decir, que su incorporación al derecho convencional no convierte a estos principios en patrimonio del universo volitivo estatal.

Así, en el primer esfuerzo normativo se pretendió enjuiciar a Guillermo II dándole así una expresión judicial a la cuestión de la agresión y, por otro lado, en los artículos 10 y 11 del Pacto de la S de N se pretendió regular procesalmente la guerra y la violación de este procedimiento generaba una presunción de agresión; en el segundo se hace una renuncia volitiva unilateral —aunque de forma multilateral— de recurrir al uso de la guerra o fuerza pero, como instrumento de política nacional, es decir, no a todas las guerras en general; en el tercero de estos esfuerzos se realiza una aplicación judicial de las normas consuetudinarias y las incipientes normas convencionales sobre la cuestión de la agresión; en el siguiente, la Carta de la ONU, se concreta una prohibición general

---

a) *Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados; ...* “

<sup>154</sup> “Artículo 5. Competencia respecto de personas y delitos. El Tribunal tendrá competencia para juzgar y castigar a los criminales de guerra del Lejano Oriente a quienes, en carácter individual o en calidad de miembros de organizaciones, se les imputen delitos que comprendan crímenes contra la paz. Todos y cada uno de los actos siguientes son delitos sobre los que tiene competencia el Tribunal y entrañarán responsabilidad individual:

a) Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra declarada o no declarada de agresión o una guerra que viole el derecho internacional o tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados”

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

amplísima sobre el recurso al uso de la fuerza que va más allá de todos los otros esfuerzos hechos con anterioridad; por su parte la Resolución 3314(XXIX) de 14 de diciembre de 1974 se identifica con un esfuerzo *democrático institucional* de la aplicación de la observancia de la prohibición del uso de la fuerza; y por último la creación de la CPI es el culmen de todo el quehacer jurídico sobre la cuestión del crimen de agresión, ya que se fusionan por fin las dos vertientes de desarrollo del DI general, la consuetudinaria y la convencional.

Como hemos venido diciendo, el proceso de criminalización de la agresión como norma consuetudinaria y su dinámica se inician en la época de la S de N, pero este proceso no es ajeno al otro proceso de criminalización de la agresión, es decir, como norma convencional positiva en DI. Así nos comparte la profesora MARQUEZ CARRASCO en este sentido:

“...la disposición convencional y la norma consuetudinaria poseen raíces comunes, existe entre ellas una fuerte imbricación, idea que permitiría justificar que el contenido de ésta última se defina por referencia al establecido en el principio de la Carta.”<sup>155</sup>

Es cierto que las críticas que se hacen por ejemplo al Pacto de Paris en concreto, y que se extrapolan a todos estos esfuerzos normativos por regular al fenómeno bélico, son atinadas, no obstante, todos y cada uno de estos esfuerzos por concretar un desarrollo normativo respecto de la agresión, y en especial el Pacto de Paris, representan un hito en la criminalización de la barbarie y la proscripción de las guerras en general. En este sentido compartimos el sentir de la profesora PETIT DE GABRIEL cuando nos dice que “...si retomamos el punto de partida —la falta de cualquier norma relativa al recurso a la guerra— vemos que el camino recorrido en unos treinta años no es pequeño.”<sup>156</sup> Además —y sobre todo— este Pacto de Paris muy en particular, dio a la humanidad un servicio mayor que el que presto a los Estados mientras duró en vigencia, pues sirvió de base jurídica para el juzgamiento de los criminales de guerra de las Segunda Guerra Mundial en los Tribunales de Nüremberg y Tokio.

Debemos destacar que el salto cualitativo dado por la sociedad internacional en los años que van de 1919 a 1945 es significativo, pues haciendo un recuento de los

---

<sup>155</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, op. cit., p. 29.

<sup>156</sup> PETIT DE GABRIEL, Eulalia, *Las exigencias de humanidad...*, op. cit., pp. 132-133.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

avances<sup>157</sup>, podemos decir que, antes de la Sociedad de Naciones en Derecho Internacional no existe una conciencia jurídica colectiva más o menos generalizada sobre el carácter criminal de la agresión y de las guerras en general, mucho menos existía una norma positiva con semejante contenido. Así, después de la Primera Guerra Mundial —y como consecuencia de ella— se opera y concreta una conciencia jurídica acerca de la criminalidad de la guerra de agresión, más no de las guerras en general, así que la sociedad internacional se lanza a tratar de someter el fenómeno bélico a ciertos parámetros legales de corte predominantemente adjetivo, procesal pues, lo que significa que en este periodo histórico del DI tampoco encontramos una ley positiva ya sea convencional generalizada o particular, ni tampoco una norma general. En cambio luego de la Conferencia de San Francisco en 1945, la sociedad internacional se encuentra ante una conciencia —operativa, funcional y activa— jurídica sobre la criminalidad de la agresión y de las guerras en general, y no sólo eso, sino que ella opera una concreción jurídica sin precedente ni parangón pues logra un desarrollo normativo sobre la cuestión y lo plasma en lo que a partir de ahí será la Carta constitutiva de la nueva Organización Internacional<sup>158</sup>.

Así pues, queremos decir que —como planteamos antes— es en este periodo de evolución del DI en donde el proceso, en particular, de criminalización de las guerras de agresión y de la proscripción de la guerra en general, se comienza a cristalizar; este proceso que tenía ya desde años atrás gestándose en virtud de las consideraciones de humanidad de los fines del derecho y de la política, así como de las consideraciones del *ius in bello*<sup>159</sup>. Y en particular es la Sociedad de Naciones la que, ya en su dinámica intra-

---

<sup>157</sup> “A lo largo del proceso tendente a la eliminación progresiva del empleo de la fuerza en las relaciones internacionales tiene lugar una de las más sensibles transformaciones del ordenamiento jurídico internacional dado que el recurso a la fuerza, de poder ser utilizado discrecionalmente por los Estados como atributo de su soberanía, fue sometido más tarde a limitaciones o condiciones para su ejercicio, para desembocar por último con la *Carta de las Naciones Unidas* en su prohibición con algunas excepciones.” MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>158</sup> “La experiencia del Pacto sirvió para que en San Francisco se estableciera un sistema más desarrollado técnicamente y más centralizado desde el punto de vista jurídico y político.” ALCAIDE FERNANDEZ, JOAQUIN y MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *La legítima defensa y los nuevos...*, *op. cit.*, pp. 253 y ss.

<sup>159</sup> “Independientemente de la escasa relevancia jurídico-formal del individuo ante el Derecho internacional tradicional, consideramos que la persona (y detrás de esta, la noción de dignidad

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

institucional, ya en la extra-institucional —como vimos en el capítulo anterior— preside la construcción y concreción de una conciencia universal, e institucionalizada, sobre el carácter criminal de la agresión y de la necesidad de la prohibición del recurso a la guerra como un atributo más de la soberanía estatal. Así pues, nos servimos de, y compartimos las, ideas y conclusiones que sostiene la profesora de la hispalense MARQUEZ CARRASCO sobre la cuestión esbozada supra; pues ella sostiene que en este periodo de la vigencia de Pacto de la S de N los Estados confeccionan y adquieren una especie de “convicción jurídica” acerca de la idea “de que la guerra estaba prohibida”, lo que a la postre operó “una transformación radical en la regulación jurídica de la fuerza”<sup>160</sup>.

La misma profesora nos informa que de entre algunos sectores de la doctrina iusinternacional de la época, se pueden extraer dos conclusiones en general, que ella considera “esenciales”. Por un lado, —nos comenta— se asevera “la existencia de una norma consuetudinaria relativa a la renuncia de la guerra..”. Y de otro, sigue sosteniendo, se entendía que tanto las sanciones propias del la dinámica legal del Pacto de la S de N, como la legítima defensa eran “excepciones a la ilegitimidad de la guerra generalmente aceptadas por los Estados.”. Así mismo compartimos su inquietud referente a tratar de indicar la “fecha crítica” de la cristalización y “nacimiento de la prohibición del recurso a la fuerza como norma general consuetudinaria”<sup>161</sup>.

Ahora bien, nosotros consideramos —ante todo lo antes expuesto y analizado— que los artífices de la creación de la Sociedad de las Naciones, estuvieron a la altura de lo que ya en su momento ALBERDI había propuesto desde su humilde trinchera de la palabra escrita:

“Bien podréis mejorar, suavizar, civilizar la guerra cuanto queráis; mientras le dejéis su carácter actual, que consiste en la violencia puesta en manos de la parte ofendida, para que se haga juez criminal de su adversario, la guerra será la iniquidad y casi siempre el crimen contra el crimen. No hay más que un medio de transformar la guerra en el sentido de su legalidad: es arrancar el ejercicio de sus violencias de entre las manos de sus

---

humana), es ya desde mitad del siglo XIX uno de los motores de la evolución del Derecho internacional.” PETIT DE GABRIEL, Eulalia, *Las exigencias de humanidad...*, *op. cit.*, p. 219.

<sup>160</sup> *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>161</sup> *Ídem*, todas las citas hechas están en las pp. 27, 28 y 29.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

beligerantes y entregarlo a la humanidad convertida en Corte soberana de justicia internacional y representada para ello por los Estados más civilizados de la tierra.”<sup>162</sup>

Para concluir a modo integral este apartado diremos que en el proceso probatorio inexorable de los años transcurridos desde aquellas fechas hasta hoy, podemos advertir que la sociedad internacional progresivamente más institucionalizada<sup>163</sup>, nunca más ha retrocedido este estadio de evolución iusinternacional por vía de lo jurídico, no así por vía de lo  *fáctico*; en otras palabras, la sociedad internacional en su conjunto no ha dado marcha atrás al proceso de criminalización de la barbarie<sup>164</sup> —en clave de criminalización de la agresión— lo que significaría una involución jurídica trascendental y evidente, sino que todas las retrotracciones realizados a estos procesos han sido sólo por vía de los hechos y siempre agudizando cada vez más los argumentos jurídicos y políticos para su justificación<sup>165</sup>. Así ello, podemos ver que todas las veces que los Estados han recurrido

---

<sup>162</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *El crimen de la guerra...*, *op. cit.*, p. 38-39.

<sup>163</sup> La creación de la CPI debe ser engarzada debidamente al fenómeno de la Organización Internacional y, por lo cual, participe de su misma dinámica evolutiva; así pues, destacar el papel de todo esto en el “profundo proceso de transformación” que se está operando en el Derecho internacional contemporáneo, que —en palabras del profesor CARRILLO SACEDO— “se configura como un orden regulador de las relaciones de coexistencia y de cooperación, frecuentemente institucionalizada, entre Estados de diferentes estructuras políticas, sociales y económicas y distintos Grados de desarrollo, así como de relaciones sociales más complejas, no siempre interestatales, facilitadas por la existencia de Organizaciones Internacionales, universales y regionales.” CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 180.

<sup>164</sup> Así que esta evolución que en DI se ha operado nos sirve como un basamento idóneo para cimentar la constante evolución de la sociedad internacional, así que en definitiva estamos de acuerdo con las palabras de MARAVAL cuando afirma que: “Somos el pasado en la medida en que nos levantamos sobre el sedimento de formas de vida que se han quedado detrás de nosotros, de formas culturales que otros hombres han ido ensayando, y a nivel de las cuales se encuentra cada presente. Somos todo eso porque sobre ello y de ello vivimos. Por eso, existir es para el hombre existir sobre el nivel del tiempo.” MARAVAL, José Antonio, *teoría del saber histórico*, Madrid, Revista de Occidente, 1958, p. 203.

<sup>165</sup> En este punto en particular, en la dinámica justificativa que de la guerra se realiza, estamos de acuerdo con los planteamientos de TUNKIN, cuando afirma: “La violación del derecho internacional no puede ser moralmente justificada. El principio del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales es un principio fundamental del derecho internacional. Cualquier violación del derecho internacional es, sobre todo, violación del principio del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales. Por lo tanto, la violación del derecho internacional implica, al mismo tiempo, la violación de los principios de la moral internacional y, por supuesto, de acuerdo al punto de vista de la moral humana, no puede ser moralmente justificable.” TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 91.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

al recurso de la guerra, estos han tratado de encontrar justificación a ello<sup>166</sup> —ya sea en su justa causa o simplemente en recta legalidad— pero siempre desde una dialéctica dictada por este estadio de evolución jurídica<sup>167</sup> de la sociedad internacional<sup>168</sup>; lo que no deja de ser —por otro lado— una expresión más del ancestral tópico de la tensión dialéctica entre lo político y lo jurídico<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> “Hay dos modos típicos de justificar la guerra en cuanto tal: como *mal aparente* o como *mal necesario*. Contra la teoría de la guerra justa que distingue entre guerras buenas y guerras malas, la filosofía de la historia, aun partiendo de la aceptación común de la guerra como mal, invierte su sentido, procurando demostrar que se trata o de un mal que *esconde* un bien o de un mal del que *deriva* un bien” BOBBIO, NORBERTO, *El problema de la guerra...*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>167</sup> “El tremendo desastre que constituyó la primera guerra mundial (sic), generó en la conciencia popular un clima de rechazo del uso de la fuerza y, en las clases dirigentes, la preocupación por la búsqueda de dispositivos que impidiesen, en el por venir, una tragedia semejante. Las gravísimas infracciones del *ius in bello* cometidas por los beligerantes, provocaron su denuncia por algunas de las voces más autorizadas de la época. Así, en agosto de 1917, S.S. Benedicto XV, en alocución dirigida a los jefes de Estados beligerantes, propuso un plan de paz justa y duradera, que procurase un orden pacífico al tiempo que propuso la conclusión de un tratado de paz que consolidase un sistema de arbitraje generalizado a los efectos de solucionar los contenciosos internacionales. A su vez, el que fuese Presidente de los EE. UU., Woodrow Wilson, propuso la conclusión de un tratado de paz y que, entre otras e importantes medidas, se llegase a la creación de una liga de naciones.” PELÁEZ MARÓN, en: CARRILLO SALCEDO, J. A. (COORD.), *La criminalización...*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>168</sup> “Una y otra vez las naciones escogen la paz y la guerra. Nadie duda que la paz aparezca siempre como un ideal a seguir y la guerra como una calamidad a evitar.” FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín Basavé, *Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p.155.

<sup>169</sup> “La gran mayoría de los miembros de las familias de las naciones que en teorías las guerras de agresión son indeseables. Hay en tiempos resientes alguna excepciones entre ella destaca la doctrina de la Italia fascista de Mussolini según la cual es manifestación necesaria de la virilidad de un país; la injustificada Etiopia por los italianos, en 1935 fue una confirmación de tal doctrina; la Alemania Nazi de Hitler sostuvo que la guerra era la realización de una nación. Pero hasta Alemania, Italia y Japón trataron hipócritamente de describir sus guerras de agresión como guerras “defensivas”.” FRIEDMANN, WOLFGANG, *La nueva estructura del Derecho Internacional*, México, editorial Trillas, 1967, p.305

***SEGUNDA PARTE***

***PROBLEMAS ACTUALES SOBRE  
EL CRIMEN DE AGRESIÓN***

***CAPÍTULO III***  
***LA CRIMEN DE AGRESIÓN Y***  
***EL RECURSO A LA FUERZA EN DERECHO***  
***INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO***

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### ***EL CRIMEN DE AGRESIÓN Y EL RECURSO A LA FUERZA EN DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO***

*“Estos actos son crímenes por las leyes de todas las naciones del mundo. La guerra los sanciona y convierte en actos honestos y legítimos, viniendo a ser en realidad la guerra el derecho del crimen, contrasentido espantoso y sacrílego, que es un sarcasmo contra la civilización.”<sup>170</sup>*

Como vimos en el capítulo anterior inmediato, en época de entre guerras se comienza a confeccionar una suerte de “convicción jurídica” a cargo de los Estados y respecto del carácter criminal de la agresión. También vimos que esta conciencia jurídica concreta se identifica con la configuración de una norma consuetudinaria que contiene una prohibición de emprender una guerra de agresión en Derecho Internacional; así mismo sostuvimos que ésta norma consuetudinaria conteniendo el carácter criminal de la agresión, ha sido objeto de un dinámico desarrollo normativo que ha desembocado en una norma convencional positiva concreta, que en definitiva es expresión de aquella. Visto esto, es ahora pertinente ocuparnos de esta cuestión en particular, el proceso de criminalización de la agresión como norma convencional positiva del Derecho internacional contemporáneo<sup>171</sup>.

Sin duda, los Tribunales de Nüremberg y Tokio fueron parte importante en el proceso de desarrollo normativo que se concreto en la Carta de San Francisco<sup>172</sup>, y también fueron expresión de la “convicción jurídica”<sup>173</sup> de la que ya hablamos antes. Así, estos Tribunales fueron en realidad un punto de encuentro importante entre las dos vías

---

<sup>170</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *El crimen de la guerra...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>171</sup> En un sentido diverso y reverso en el orden de aparición, mas no en contenido, al expresado por nosotros, el profesor SORENSEN expone:

“Puede decirse que el artículo 2º (4) es ahora una norma universalmente obligatoria, no sólo con respecto a los miembros de la Organización. El principio contenido en ese artículo se ha convertido en una norma consuetudinaria del derecho internacional.” SORENSEN, Max, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 685.

<sup>172</sup> “... durante mucho tiempo, los crímenes contra la paz y la humanidad eran sancionados por principios morales. Sin embargo, después de la Primera Guerra Mundial, gradualmente fueron sancionados por principios de derecho internacional, los cuales fueron formulados en forma definitiva en el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg.” TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>173</sup> MARQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 27.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

de desarrollo del DI, la consuetudinario y la convencional<sup>174</sup>. Valoremos un poco la siguiente cuestión referente a los Tribunales Internacionales; el simple y llano *castigo* que, en Derecho Internacional tradicional, se inflige al beligerante agresor —por el beligerante victorioso— no comporta ningún tipo de esencia jurídica, a lo sumo de fuerza y razón, más no necesariamente de justicia; sin embargo, *ajusticiar o juzgar* presupone un orden normativo al cual, tanto el que juzga como el juzgado, se someten; uno se lo impone al otro, sujetándose él mismo a ese orden. Esto en términos generales constituye la diferencia ontológica entre *fuerza* y *derecho*. Esta es la gran evolución operada en y desde los Tribunales Internacionales de Nüremberg y Tokio, dentro del discurrir de las relaciones internacionales<sup>175</sup>.

Ya situándonos dentro de la dinámica que comporta la Carta de San Francisco destacaremos que, existe en la doctrina iusinternacionalista una sana discusión respecto a si la Carta de la Organización de las Naciones Unidas es creadora o codificadora de una norma jurídica internacional que contiene la prohibición del recurso a la fuerza. Nosotros consideramos que en definitiva la Carta de la ONU es de naturaleza dual al respecto, mas si hemos de decantarnos por alguna de las dos cuestiones interpretativas expuestas, lo haremos por la que propugna por considerar a la Carta como una codificación del Derecho Internacional preexistente<sup>176</sup> —tanto del conjunto de normas consuetudinarias como de las convencionales—, y para llegar a tal aseveración nos planteamos la siguiente cuestión: si en derecho internacional tradicional existía y se ejercía el derecho del vencedor como institución jurídica que les era propia y, después de la segunda guerra mundial y ante la creación de la nueva Organización internacional, los Estados vencedores no ejercieron ningún tipo de derecho que derivase de la institución

---

<sup>174</sup> “Finalmente, después de cientos de años, los Estados lograron acuerdos sobre un principio jurídico contra la utilización de la fuerza nacional, a fin de aumentar la influencia del derecho como medio de contención contra la guerra. Seria trágico que los Estados nuevamente permitieran la utilización de la fuerza, de acuerdo a intereses nacionales, y según la apreciación de ellos por cada Estado.”. HENKING, LOUIS, “International Law and Behavior of Nations”, *RdC*, vol, 114 (1965), p. 276. Citado por: TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 186.

<sup>175</sup> “Juzgar los crímenes es más que castigarlos, porque no es el castigo el que arruina al criminal, es la sentencia” ALBERDI, Juan Bautista, *El crimen de la guerra...*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>176</sup> “Los tratados no constituyen al Derecho Internacional, sino que lo suponen. El ámbito jurídico estatal y el ámbito jurídico interestatal no son antitéticos, sino complementarios. Lo nacional y lo internacional no son mundos divorciados, escindidos, sino compenetrados, unidos.” FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín Basavé, *Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p.38.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

del vencedor<sup>177</sup>, al contrario optaron por enjuiciar a los criminales de guerra siendo que ellos mismos lo podían hacer por separado desde la plataforma que se les ofrecía, por ocasión de la victoria, sin necesidad de concretar una evolución del DI general<sup>178</sup> —en particular, en el rubro de prohibición del uso y amenaza de uso de la fuerza y la responsabilidad individual criminal por crímenes internacionales—; de lo que nos surge la pregunta: ¿Por qué los Estados victoriosos hicieron esto de concretar esta etapa que, a la postre, generaría un nuevo orden internacional al que indefectiblemente iban a tener que someterse de alguna forma?. No deja de sorprendernos la visión a futuro y la claridad jurídica de uno de los juristas más olvidados por la doctrina iusinternacionalista contemporánea: Rudolf Von IHERING, quien nos muestra claramente una luz a la respuesta correcta, a la pregunta planteada *supra*:

“¿Qué motivo puede determinar al poder a subordinarse a la ley? El mismo motivo que basta para determinar a los seres humanos al autodomínio: el propio interés.”<sup>179</sup>

Así ello, pensamos que el hecho de que el derecho —en cualquiera de sus manifestaciones y tendencias— este supeditado a los designios de la política, es muestra y propio de un sistema jurídico en los más incipientes estadios de evolución<sup>180</sup>, pues los más avanzados estadios muestran como el derecho, lejos de soslayarse ante la política y

---

<sup>177</sup> “Los derechos de los Estados victoriosos de la Segunda Guerra Mundial no se fundamentaron en el hecho de la victoria sobre el agresor, sino de la institución de la responsabilidad del agresor por la guerra de agresión.” TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 189.

<sup>178</sup> “La aparición en el derecho internacional de los principios generalmente reconocidos: la prohibición de la guerra de agresión, el principio de la no utilización de la fuerza y de la amenaza del uso de la fuerza, significo el fin de tales instituciones del antiguo derecho internacional como “el derecho del vencedor”, la conquista y la *debellatio*. La victoria por sí misma no puede dar derechos a ninguna de las partes. Actualmente, a diferencia de lo dispuesto por el antiguo derecho internacional, el agresor no es sólo una parte de un conflicto bélico, es también un violador de la legalidad; sus actos, que representan desde el principio graves delitos, violaciones delictuosas del derecho internacional, no pueden crear para él tales o cuales derechos, aun en el caso de obtener la victoria. Las acciones del Estado agresor, por ser una violación jurídica que da motivo a una responsabilidad, siguen siendo violatorias, independientemente de los resultados del conflicto bélico.” TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, pp. 188 y 189.

<sup>179</sup> IHERING, RUDOLF VON, *El fin en el Derecho...*, *op. cit.*, p. 275.

<sup>180</sup> La guerra es pues un medio no un fin en sí mismo, y en esta naturaleza se encuentra en compañía del derecho, pues este igualmente es sólo un medio, aquella al servicio directo de la política, el otro al servicio de la colectividad —incluso— como barrera contenedora de la política. Luego entonces, es en esencia un conflicto de *medios* y no de fines, el que se suscita entre el recurso al derecho o a la guerra.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

la razón de la fuerza<sup>181</sup>, mas bien se convierte en lo que está llamado a ser: en su más efectiva barrera de contención.<sup>182</sup>

Sobre la cuestión que nos ocupa, la profesora de la hispalense MÁRQUEZ CARRASCO, nos comenta al respecto:

“La Carta sin duda incorporó de los desarrollos anteriores la prohibición de la guerra de agresión. En este sentido se puede afirmar que la Carta codificó o declaró el Derecho consuetudinario existente en materia hacia 1939, e introdujo importantes innovaciones, contribuyendo con un desarrollo progresivo a la regulación del recurso a la fuerza.”<sup>183</sup>

Ahora bien, si realizamos un incipiente ejercicio analítico-jurídico textual de las disposiciones de las dos Organizaciones —la S de N y la ONU— que versan sobre la cuestión de la agresión y las pereamos sin comparar claro pues corresponden a dos estadios evolutivos distintos y diferenciados, veremos con más claridad el cambio operado. Pues en el Pacto la agresión no constituye un crimen En el Pacto de la S de N en los artículos 10 y 11 estrictamente consignaba el régimen de respuesta o de seguridad que la Sociedad de Naciones desplegaría en caso de agresión. El artículo 10 disponía:

*“Los miembros de la Sociedad se comprometen a respetar y a mantener contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política de todos los miembros de la Sociedad. En caso de agresión, de amenaza o de peligro de agresión, el Consejo determinará los medios para asegurar el cumplimiento de esta obligación.”*

El artículo 11, a su vez dispone:

*“Se declara expresamente que toda guerra de agresión o amenaza de guerra, afecte o no directamente a alguno de los Miembros de la Sociedad, interesa a la Sociedad entera, la cual deberá tomar las medidas necesarias para salvaguardar eficazmente la paz de las naciones.”*

---

<sup>181</sup> “... existe tensión entre la fuerza y el derecho, que son dos poderes antagonistas (y por consiguiente separados). Todo orden jurídico debe resolver un problema esencial, el de someter la fuerza al derecho, y para ello poner por lo menos una parte de las fuerzas sociales al servicio del derecho.” VIRALLY, MICHEL, *El devenir del derecho internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 109.

<sup>182</sup> YASUAKI, ONUMA, “International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society”, *EJIL*, Vol. 14, 2003, N. 1.

<sup>183</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 29.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Por su parte en la Carta de las Naciones Unidas, en los artículos 1 y 39 se refieren a la cuestión de la agresión, así el artículo 1 dice al disponer sobre los propósitos de las NU:

*1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;*

Por otra parte, en el artículo 39 se dice:

*El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.*

Podremos observar que el Pacto en realidad lo que constituía era una suerte de *club elite* de Estados, por ello creemos apropiado el nombre de *Sociedad*. Entonces, como vemos, el Pacto se atiende de tres situaciones en concreto, por un lado de las agresiones que Estados terceros hagan a miembros de la Sociedad, y de otro, las agresiones que se cometan entre terceros y que interesen a la Sociedad, y tercero los entuertos que puedan surgir entre los propios miembros. En cambio, la Carta de la ONU consigna una prohibición general de la fuerza, en este rubro, la Carta trasciende también al Tratado Briand-Kellog, ya que éste sólo se refería a las guerras como instrumento de política nacional, lo que en definitiva restringía sustancialmente el ámbito de aplicación de la prohibición<sup>184</sup>. Además en la Carta se inscriben indeleblemente las nociones de *comunidad* como un principio meta-jurídico rector, y de *humanidad*.<sup>185</sup>

---

<sup>184</sup> En este mismo sentido el profesor VERDROSS explica: “La prohibición de no utilizar la fuerza, contenida en el artículo 2(4) de la Carta de la ONU, dicen ellos, representa un cambio fundamental en la nueva lista de las obligaciones internacionales, ya que significativamente ella va más delante de lo establecido en el Estatuto de la Liga de las Naciones y en el Pacto Brian Kellogg (*sic*).” VERDROSS y SIMMA, la cita es de: TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 185.

<sup>185</sup> Por su parte el profesor SORENSEN considera que el punto de toque esta en la organización de la comunidad internacional; estamos muy de acuerdo con él en cuanto a este sentir, pero ese grado de organización, presupone —a nuestro juicio— la existencia de nociones tales como la

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Por ende, en el pacto de la Sociedad de Naciones no se tiene aún a la agresión como un crimen, es decir aun no se configura el carácter criminal de la agresión<sup>186</sup> como norma convencional positiva, y esto no debe sorprender a nadie, pues en general la guerra, es decir, cualquier guerra no estaba prohibida por el pacto, los estados estaban dispuestos a aceptar ciertos compromisos de no recurrir a la guerra solamente; entonces no es aquí donde podemos encontrar la cristalización del carácter criminal de la agresión en el universo normativo.

No es sino hasta la creación de la ONU que el carácter criminal de la agresión encuentra su expresión como norma convencional positiva del Derecho Internacional general<sup>187</sup>; creando con ello un novísimo orden internacional sobre la base de una prohibición general del uso y amenaza de uso de la fuerza, en el artículo 2.4 de la Carta. Pero destaquemos lo siguiente: desde una óptica antropológico-jurídica el nuevo o reestructurado orden internacional concluye un estadio evolutivo importante<sup>188</sup> pues, a partir de ahora, las relaciones internacionales se desplegarán sobre una cuestión puntual:

---

*totus orbis* vitoriana. “En el curso de la historia durante el presente siglo, la introducción en la comunidad internacional de un mayor grado de organización lo que ha hecho inevitable que el principal objetivo sea prevenir la guerra.” SORENSEN, Max, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>186</sup> “Ahora, la guerra no es un crimen, porque a lo menos tiene la apariencia de un caso de necesidad social, y su fin no es perjudicar a la nación, sino librarla de la destrucción. Bajo un cierto respecto, es lo mismo que si se tratara de una ejecución de pena capital. Mediante una matanza en el campo de batalla, la nación se defiende contra sus enemigos exteriores; mediante una ejecución capital, de sus enemigos interiores.” GAROFALO, R., *La Criminología...*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>187</sup> “In order to undertake this analysis one must begin by considering the concept of the Crime of Aggression and its historical basis in the post-1945 world order. The aim is to build upon that foundation by considering the nature and boundaries of the Crime of Aggression in its current context. Having thus established what we understand by the concept of “aggression”, one is in a position to go on to consider the circumstances in which the use of force will not constitute a Crime of Aggression. I will argue that since the prohibition in the Charter of the United Nations is absolute save for Articles 42 and 51, the acceptable use of force is limited to three sets of circumstances that can conveniently be termed: • Authorisation (by the United Nations) • Invitation (by the territorial state) • Self-defence” GRIFFITHS, Richard L.: “International law, the crime of aggression and...”, *op. cit.*, p.302.

<sup>188</sup> “Siempre que los Estados se han enfrentado entre sí, en la paz como en la guerra, se ha desarrollado entre ellos un grado de relación jurídica. Estas normas de conducta han tomado la forma de acuerdos mutuos del tipo que hoy llamaríamos tratados, o han hallado expresión en usos y costumbres.” SORENSEN, Max: *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 63 y ss, p.74, p. 83, p.59

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

La paz<sup>189</sup>. Y el partir del estado de paz<sup>190</sup> como una condición natural del orden internacional actual, constituye uno de los mayores hitos alcanzados en la evolución del DI como tal, y de la humanidad misma, lo cual encuentra en el *ius in bellum* y el *ius ad bellum* trasmutando hacia un *ius contra bellum*<sup>191</sup>, un catalizador idóneo<sup>192</sup>; pues esto no siempre fue así, en la antigüedad —como hemos podido ver—(que no necesariamente es lejana y, tampoco, superada) la paz<sup>193</sup> se concebía como una suerte de tregua —proyectada largamente en el tiempo o no— al estado natural, anárquico y caótico, de guerra entre los pueblos.<sup>194</sup> Y en esta tesitura, la guerra se concebía como medio eficaz de política y un factor importante de progreso social en general.<sup>195</sup>

---

<sup>189</sup> La palabra “paz” aparece 42 veces en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, mientras que la palabra agresión aparece sólo 3 veces.

<sup>190</sup> “En el marco jurídico de la Carta de las Naciones Unidas relativo al recurso a la fuerza subyacía una preferencia por el valor “paz” frente al valor “justicia”.” MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.* Por su parte el profesor Max SORENSEN nos plantea: “Los casi exhaustos triunfadores, lógicamente no estaban con ánimo de atender a filigranas jurídicas cuando redactaron la Carta. Lo que tenían en mente era, en esencia, un sistema de policía más bien que una carta de justicia y de derecho. En su esquema original colocaron la paz por encima de todos los demás objetivos, incluso la justicia...” *Manual de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>191</sup> “La evolución producida podría sintetizarse en la conversión del tradicional *ius ad bellum* en *ius contra bellum*.” MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>192</sup> “Aceptada la guerra y las demás manifestaciones de la fuerza, como medios a los que legítimamente podían recurrir los Estados para la actuación y modificación del Derecho, la admisión del *ius ad bellum* se compensó con dos limitaciones: una meramente formal, el anuncio al otro contendiente del inicio de las hostilidades mediante una declaración de guerra(...) otra, la sumisión de la guerra a un frondoso cuerpo normativo, el *ius in bello*, regulador de la conducción de las hostilidades y de los derechos y obligaciones de los neutrales y volcado a la humanización de su desarrollo.” REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional*, Madrid, editorial MacGraw-Hill, 1ª edición, 1997, p. 911.

<sup>193</sup> “la historia parece enseñarnos que no es el camino del derecho, sino el de la fuerza, el que conduce a la paz.” KELSEN, Hans, *La paz por...*, *op. cit.*, p.41

<sup>194</sup> TRUYOL Y SERRA, Antonio, “el estado de paz iba asociado a la existencia previa de un pacto, generalmente suscrito por un plazo fijo. Sin embargo, con el tiempo, se establecieron normas destinadas a atenuar el rigor de la guerra (...) La idea de que las contiendas entre griegos tenían algo de impías fue abriéndose paso”. *Historia del Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 25.

<sup>195</sup> “La guerra, sometida a ciertas formalidades, era un medio normal de la política, una institución del Derecho de Gentes, considerado por lo demás como el instrumento por excelencia de adaptación del derecho a las circunstancias del medio internacional.” *Íbidem*, p. 74.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Coincidimos pues con las ideas expresadas por el profesor austriaco Alfred VERDROSS, cuando afirma que:

“La prohibición contenida en el artículo 2(4) del Estatuto de la ONU, considerablemente va más allá de la prohibición de la guerra, contenida en el Estatuto de la Liga de Naciones Unidas y en el Pacto Brian-Kellogg. El Estatuto de la Liga de Naciones, contenía sólo algunas prohibiciones a la guerra. Naturalmente, el Estatuto de la Liga aun explícitamente permitió la guerra como medio de realización del derecho en caso de que el análisis de un asunto en el Consejo de la Liga terminara sin resultado (para la adopción de las resoluciones se exigió unanimidad de los miembros del Consejo: G.T.). Por primera vez se prohibió la guerra en el Pacto Brian-Kellogg, pero sólo “en calidad de instrumento de política nacional”, y no otros medios de auto-ayuda a través del uso de la fuerza. En contraste con esto, el Estatuto de la Carta de Naciones Unidas, establece una prohibición universal del uso de la fuerza.”<sup>196</sup>

No obstante, que en la Carta de la ONU se concreta una evolución positivo-normativa respecto de la agresión *lato sensu*, al configurarse la prohibición del uso y amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales, una cuestión quedó sin resolverse postergándose para tiempos más idóneos y hasta nuestros días: La definición de la agresión, y con ello del agresor, y el régimen de sanción para tal efecto. En la Carta aparece 3 veces la palabra agresión (artículos 1, 39 y 53), pero en ninguno de ellos se hace mención de una definición de ésta, vamos ni siquiera se perfilan unos lineamientos básicos de criterio para ello, esto en realidad se tratará de subsanar en ocasión y en virtud de la resolución 3314(XXIX) de la Asamblea General de 1974.

En efecto, en ocasión de los trabajos preparatorios para la creación de la Organización de las Naciones Unidas, se presentó una cuestión puntual y trascendental: ¿Debe la Carta contener una definición de la agresión, concretando con ello una evolución respecto del Pacto de la Sociedad de las Naciones? O por el contrario ¿Se debe seguir sumiendo a la agresión en la total indefinición, manteniendo con ello la línea de pensamiento del Pacto de la S de N? En realidad en este rubro en particular del universo iusinternacional y de las relaciones internacionales, fue muy poco —en términos jurídicos— lo que en realidad se evolucionó, en el transito del Derecho Internacional tradicional al DI contemporáneo.

La cuestión se presentó en bifurcación dialéctica, se consignaba o no una definición de agresión dentro de la nueva Carta constitucional del mundo, dotando así a

---

<sup>196</sup> cita de: TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 185.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

*priori* de una incalculable garantía jurídica a la cuestión o, por el contrario, se dejaría al sano y libre escrutinio político la determinación a *posteriori* de un acto de agresión y sus connaturales sujetos. Como ha sostenido el profesor Max SORENSEN, sentir que compartimos, al hablar sobre los objetivos últimos visionarios trazados por los padres de la Carta de las Naciones Unidas, “*Lo que tenían en mente era, en esencia, un sistema de policía más bien que una carta de justicia y de derecho. En su esquema original colocaron la paz por encima de todos los demás objetivos, incluso la justicia...*”<sup>197</sup>.

Dentro ya de la Conferencia de San Francisco algunos Estados se pronunciaron a favor de incluir dentro del maderamen jurídico de la ONU la definición de la agresión, entre estos Estados afines a ésta posición se encontraban algunos latinoamericanos<sup>198</sup>. Mientras que, por otro lado, la mayoría aparente prefería dejar al Consejo de Seguridad la responsabilidad de determinar la cuestión de la agresión; obviamente ésta última postura fue la que finalmente prevaleció.

En todo caso la cuestión de la indefinición de la agresión no era —ni mucho menos— similar a la que prevaleció en la era de la Sociedad de Naciones, pues ahora la cuestión de la agresión, su determinación y su régimen de sanciones, estaba encomendada a un Órgano de la nueva Organización con poderes reales de coerción, así pues el Capítulo VII de la Carta<sup>199</sup> y en particular el artículo 39, constituye la gran diferencia operada en el transito institucional de la S de N a la ONU. Es de destacar que la necesidad de proveer de una definición de la agresión en DI ha sido una constante en el desarrollo normativo de la Organización Internacional como fenómeno jurídico, así desde la época de la S de N en donde se comenzó a plantear esta necesidad<sup>200</sup>, hasta las fechas

---

<sup>197</sup> *Manual de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>198</sup> A este respecto remítase al excelente libro de FERENCZ, Benjamin, *Defining international aggression. The search for world peace...*, *op. cit.*, vol. I, pp. 37 y ss.

<sup>199</sup> Artículo 39: *El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.*

<sup>200</sup> “Comentario sobre la definición de un caso de agresión por el Comité Especial de la Comisión Temporal Mixta para la Reducción de Armamentos, *Diario Oficial de la Sociedad de las Naciones, Suplemento Especial 26*” Documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1, pp. 188 y 189.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

recientes en donde, ya sobre la dinámica de una Corte Penal Internacional, se sigue creyendo en la necesaria provisión de la definición de la agresión<sup>201</sup>.

En este punto del desarrollo del presente trabajo de investigación hemos podido ver que el carácter criminal de la agresión y la noción del crimen de agresión no siempre ha estado presente en el pensamiento iusinternacionalista, esto se debe al hecho de que estas concepciones están íntimamente ligadas al natural desarrollo del DI (que como se verá es de tres ejes: institucional, social y humano); así que la conciencia jurídico-criminal respecto del crimen de agresión no hace su aparición en escena hasta en tanto no lo hace el individuo en el plató del DI<sup>202</sup>; esta Asunción del individuo se efectúa en dos ordenes distintos: por un lado en clave *de objeto de protección* por parte del DI; y de otra como *obligaciones individuales* respecto de la sociedad internacional, en clave de *responsabilidad internacional penal*. Actualmente el DI despliega su esfera de acción sobre el individuo de manera directa, por un lado lo protege y por otro lo constriñe. Esta funcionalidad dual del DI encuentra en el Derecho Internacional Penal de Roma<sup>203</sup> (en

---

<sup>201</sup> “Artículo 5 Crímenes de la competencia de la Corte

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: (...) d) El crimen de agresión.
2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.”

<sup>202</sup> “Uno de los medios más eficaces para impedir la guerra y garantizar la paz internacional es la promulgación de reglas que establezcan la responsabilidad individual de las personas que como miembros del gobierno han violado el derecho internacional recurriendo a o provocando la guerra. Es un principio fundamental del derecho internacional general que la guerra es permitida únicamente como una reacción contra una ilicitud sufrida —es decir, como una sanción— y que cualquier guerra que no tenga este carácter un entuerto, es decir, una violación del derecho internacional” KELSEN, Hans, *La paz por...*, *op. cit.*, p.91

<sup>203</sup> Debe recordarse que esencialmente la CPI y su tratado constitutivo, son producto de un ejercicio, material y formalmente, propio de la dinámica interestatal, y que el conjunto de normas jurídica que resultan de tal ejercicio, tanto las adjetivas, las sustantivas como las orgánicas —y que se contienen en el Estatuto—, corresponden a una válida expresión jurídica en un momento dado del decurso histórico, pero que a lo sumo puede ser considerado como un continente de expresión del Derecho Internacional general. Además, debe tenerse en cuenta que, todo el conjunto del fenómeno de la CPI (dicho mal y rápido) se encuentra inserto dentro de lo que los iusinternacionalistas llaman DI convencional y, por ello, es participe pues de la naturaleza del genero al que pertenece. Así pues, podemos plantearnos que: ni todo el Derecho

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

adelante indistintamente: DIPR) su expresión más acabada y refinada, pues todo el maderamen jurídico del Estatuto de Roma va dirigido a la esfera individual, ya como protegido (consagrando sus derechos inalienables), ya como responsable directo de los crímenes más trascendentes para la comunidad internacional en su conjunto. En todo esto se traslucen las cuestiones que ya ilustres juristas denominaban *finés humanos del derecho, del poder o la política*, pero fines humanos *al fin y al cabo*; y se trasluce también una apuesta ---y fuerte--- por el individuo como sujeto del DI, lo cual revoluciona sustancialmente la naturaleza del DI, entendiendo por este un conjunto de normas jurídicas tendientes a regir la conducta de ---y dirigidas al--- Estado como miembro de una sociedad internacional. Véase verbigracia lo que se consigna en los artículos 1 y 25:

*“Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad...”*

*“artículo 25.*

*1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.*

*2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto (...)*

---

Internacional Penal esta contenido en el Estatuto de Roma, ni el DIP contenido en él, es todo el DIP. De esto resulta que al derecho contenido en el Estatuto de Roma en su conjunto, podríamos llamarle el Derecho Internacional Penal de Roma; como en su caso se la denomina —al conjunto de normas de carácter humanitario— derecho de Ginebra, derecho de la Haya y derecho de Nueva York. Que por lo demás corresponden a niveles de desarrollo —o de simple expresión— material y formal, distinto el uno del otro; así pues el “derecho de Ginebra” no es sinónimo de “derecho de la Haya” o del “derecho de Nueva York”; aunque en esencia sendos derechos se refieran al derecho humanitario en general. Una de las consecuencias que podemos desprender de estas consideraciones que anotamos, están en el siguiente orden de ideas: La CPI, su derecho y su actividad en general son tributarias del fenómeno de Organización Internacional y por ello se encuentran sujetas a un meta orden jurídico encarnado por el Derecho Internacional general, el cual por ejemplo impone las siguientes condicionantes y limitaciones a la dinámica jurídica de la CPI en su conjunto: la figura del objeto persistente, el principio inter partes, y en general todos aquellos principios pertenecientes y aplicables a las Organizaciones Internacionales, y de todos los atributos del derecho internacional convencional.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.”*

Piense se en la paradoja que se nos presenta: estamos ante una Organización Internacional, creada por Estados en el seno de una Conferencia Diplomática, y vinculada a un sistema internacional preestablecido (la ONU), los crímenes que son materia de la actividad judicial de la Organización son de índole internacional, todo lo cual arroja como resultado que la CPI es material y formal mente internacional, y sin embargo, no se aplicará a Estados sino al individuo como tal. Además, esta apuesta por el individuo se presenta como un ingrediente indispensable en la consecución de los más loables intereses de la comunidad internacional en su conjunto y viene a reforzar los fines últimos consignados en el Preámbulo del Estatuto:

*“...que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,*

*...poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,*

*...que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”*

En algunos campos de la doctrina iusinternacionalista también se comparte este sentir, así por ejemplo el profesor Yoram DINSTEIN sostiene que:

*“To be effective, sanctions in this context must go beyond the bounds of State responsibility. Only if it dawns on the actual decision-makers that when they carry their country along the path of war in contravention of international law they expose themselves to individual criminal liability, are they likely to hesitate before taking the fateful step.”<sup>204</sup>  
(...)*

*...the banning of war is devoid of any practical significance, unless international law is prepared to mete out real penalties to flesh-and-blood offenders acting on behalf of the artificial legal person that is the State.”<sup>205</sup>*

---

<sup>204</sup> *War, aggression and self-defence*, Cambridge, Cambridge Grotius 1994, p.117.

<sup>205</sup> *Íbidem*, p. 121.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Así las cosas estamos en condiciones de decir que la criminalización de la agresión en Derecho Internacional no comienza hasta en tanto no se pone en marcha una dinámica progresista del DI que tiene sus ejes en la institucionalización, socialización y humanización; según los explica el profesor CARRILLO SALCEDO:

*“...institucionalización de la comunidad internacional, en primer lugar, como consecuencia del desarrollo de las Organizaciones Internacionales, tanto universales como regionales, en especial desde la aparición tras la Primera Guerra Mundial de la Sociedad de Naciones, la primer Organización Internacional de vocación general para la cooperación permanente e institucionalizada entre los Estados en materias políticas y no sólo técnicas.*

*...socialización del Derecho internacional, en un segundo lugar, en la medida en que éste comenzó a regular relaciones sociales y humanas más complejas y amplias que las tradicionales relaciones políticas entre Estados soberanos, con lo que el Derecho internacional dejaba de ser un Derecho de la paz y de la guerra...*

*...humanización del orden internacional, por último, debido a que el Derecho internacional comenzó a dar entrada a la persona y a los pueblos, rompiendo así progresivamente el exclusivismo de los Estados como únicos sujetos del Derecho internacional.”<sup>206</sup>*

Pues bien, con respecto al crimen de agresión estas consideraciones se tornan un poco más especiales, ya que en el crimen de agresión no se ha podido desvincular del todo lo que implica la noción de lo estatal de la noción de lo individual. En nuestra opinión, esto responde no a las consecuencias deletéreas del crimen, ni a la naturaleza material de este, sino que las razones para ello se encuentran inscritas en la naturaleza de los individuos a quienes el crimen de agresión va dirigido, esto es a los dirigentes del Estado. Que por lo demás, esto no sería raro que, un ojo clínico del marxismo en el fondo, lo viera como una manifestación más de la lucha de clases, pues no es lo mismo prever y prescribir leyes para el ajusticiamiento de soldados (peones pues, del tablero de ajedrez internacional), que para el ajusticiamiento de Estadistas (Reyes de ese tablero, que por cierto, en ese juego que nos sirve de parábola también las reglas son diferentes según el linaje de las piezas). Esto no escapó al análisis de una prodigiosa mente como la de Einstein:

---

<sup>206</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 13-14.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

“La necesidad de poder del sector dominante se resiste en todos los Estados a una limitación de sus derechos de soberanía.”<sup>207</sup>

Ya para finalizar este capítulo concluiremos de forma sucinta e integral que no se puede hablar de la existencia del carácter criminal de la agresión *lato sensu*, hasta que se incorporaron de lleno las nociones extrajurídicas de humanidad o dignidad humana y comunidad, las cuales se encuentran indeleblemente configuradas en términos de moralidad o de lo éticamente funcional. Esta consideración de la agresión como crimen la podemos cifrar en términos cronológicos (por supuesto lógicamente arbitrarios) y en forma embrionaria en la época de la Sociedad de Naciones (que a su vez se identifica como la expresión de una norma consuetudinaria), pero de forma definitiva y contundente (en clave de norma convencional) dentro de la era de la ONU; esto es, que la criminalización de la agresión es en términos generales una consecuencia más del tránsito del Derecho Internacional tradicional hacia el Derecho Internacional contemporáneo. Por ende, sostenemos que en Derecho Internacional general existe una norma jurídica que contiene criminalización de la agresión en clave de prohibición de emprender una guerra de agresión; y que esta norma tiene dos simbióticas expresiones iusinternacionales, una consuetudinaria y otra, convencional.

La norma consuetudinaria que consigna el carácter criminal de la agresión *lato sensu*, se forma a partir de una “convicción jurídica” estatal al respecto que, en términos generales, se confecciona en la época de entre guerras. Nosotros nos inclinamos a fijar el inicio de la dinámica y progreso de criminalización de la agresión más que en un momento determinado, en una etapa de desarrollo del DI y de la sociedad internacional en concreto, la cual sería la etapa en que se comenzaron a introducir las nociones de humanidad y comunidad, lo primero condicionó al derecho, lo otro a la sociedad. Y esta inserción de las nociones antes apuntadas, se verifica en época de la Sociedad de Naciones, ni más ni menos. Ahora bien, este proceso que comienza en la era de la S de N, la criminalización de la agresión, no termina de cristalizar aquí, no, en realidad en este punto cardinal del decurso histórico no ha hecho más que comenzar dicho proceso. Así que, a partir de lo expuesto, podemos exponer y sostener que, el nacimiento de una norma consuetudinaria que contiene la prohibición de uso de la fuerza y que se identifica

---

<sup>207</sup> EINSTEIN, ALBERT y FREUD, SIGMUND, *¿Por qué la guerra?...*, op. cit., p. 66.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

con la criminalización de la agresión, es anterior a la concreción jurídica de una norma convencional conteniendo dicha prohibición.

Además, Los Procesos de Nüremberg y Tokio representan un punto de encuentro —y no sólo en términos de historicismo sino también jurídicos—, de dos desarrollos simbióticos pero diferentes del Derecho Internacional, el desarrollo en clave de norma consuetudinaria y, a partir de aquí, en clave de norma convencional, ambos de orden positivo del DI general.

La necesidad de proveer de una definición de la agresión en DI ha sido una constante en el desarrollo normativo de la Organización Internacional como fenómeno jurídico, así desde la época de la S de N en donde se comenzó a plantear esta necesidad, hasta las fechas recientes en donde, ya sobre la dinámica de una Corte Penal Internacional, se sigue creyendo en la necesaria provisión de la definición de la agresión como elemento connatural al propósito fundamental de la comunidad internacional en su conjunto de mantener la paz.

Y esta necesidad de definir la agresión tiene como complemento la necesidad de concretar una definición típico-conceptual operativa del crimen de agresión; lo cual a su vez, se apoya en cierta conciencia jurídica respecto de la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional. La conciencia jurídico-criminal respecto del crimen de agresión no hace su aparición en escena hasta en tanto no lo hace el individuo en el plató del DI; esta asunción del individuo se efectúa en dos ordenes distintos: por un lado en clave de objeto de protección por parte del DI; y de otra como obligaciones individuales respecto de la sociedad internacional, en clave de responsabilidad internacional penal. Actualmente el DI despliega su esfera de acción sobre el individuo de manera directa, por un lado lo protege y por otro lo constriñe. Esta funcionalidad dual del DI encuentra en el Derecho Internacional Penal de Roma (en adelante indistintamente: DIPR) su expresión más acabada y refinada, pues todo el maderamen jurídico del Estatuto de Roma va dirigido a la esfera individual, ya como protegido (consagrando sus derechos inalienables), ya como responsable directo de los crímenes más trascendentes para la comunidad internacional en su conjunto.

## **1. EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO**

### **A. CONCRECIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA.**

Como decíamos cuando hablábamos de la agresión en DI tradicional, muy pronto la Gran Guerra de principios de siglo, perdió el calificativo de *grande* a favor de la Segunda Guerra, pues esta fue —como siempre el ser humano, en lo bueno y en lo malo se supera a sí mismo— aún más deletérea, en todos los sentidos, que la anterior<sup>208</sup>. Este espíritu de superación del que hablamos lo podemos advertir también en las medidas que se emplearon —ahora— luego de la Segunda Conflagración, para “*preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles*”<sup>209</sup>.

No nos detendremos en la exposición y análisis de las causas de la Segunda Guerra Mundial, que comportan el consabido fracaso del orden internacional confeccionado por la Sociedad de Naciones.

Como podemos ver la sociedad internacional opera un cambio jurídico-evolutivo muy importante respecto de la consideración y regulación del fenómeno bélico y en concreto de las guerras de agresión; que comienza a darse desde principios del siglo XX y que encuentra su expresión jurídica —y como norma convencional positiva— en la Carta de San Francisco que inaugura un nuevo y reestructurado orden internacional.

Efectivamente, en el artículo 2.4 de la Carta de San Francisco queda configurada la prohibición del uso de la fuerza en DI, como expresión jurídica de esa conciencia de que hemos venido hablando<sup>210</sup>. Así ésta nueva dinámica axiológica del Derecho Internacional se configura de la siguiente manera:

---

<sup>208</sup> “The system of security which had been envisioned by the Covenant had failed Not having learned the lessons of history, and not being ready to take the steps required to identify aggression and to repel it, the world was doomed to redouble and relive the horrors of the past.” FERENCZ, Benjamin, *Defining international aggression. The search for world peace...*, op. cit., p. 36, vol. I.

<sup>209</sup> Preámbulo de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

<sup>210</sup> “Consensio omnium gentium lex naturae punanda est” (el consenso de todas las naciones debe interpretarse como una ley de la naturaleza). CICERON

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*“Artículo 2 Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:*

*(...)*

*3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.*

*4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”*

En el anterior articulado podemos cifrar la concreción evolutiva del DI, que respecto de la criminalización de la agresión, se opera, desde el DI tradicional hacia el DI contemporáneo<sup>211</sup>. Esto lo podemos llamar como el lado sustantivo de la cuestión de la prohibición del uso y amenaza de uso de la fuerza<sup>212</sup>. Por otro lado tenemos, lo que identificamos como el lado o dimensión adjetiva o procesal garante de la prohibición del uso de la fuerza. Esta dimensión procesal garante se condensa en el articulado siguiente: 24, 25, 34, 39, 41, 42 y 51. Así verbigracia el artículo 24 dice:

*“ 1. A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad. “*

Al estudiar estas cuestiones los profesores ALCAIDE FERNÁNDEZ y MARQUEZ CARRASCO, nos comentan:

---

<sup>211</sup> “La situación de conflicto entre dos o más Estados llega en ocasiones a una circunstancia extrema de empleo de la fuerza armada, que es la guerra. Y el Derecho Internacional no ha permanecido mudo ante esta realidad, sino que, por el contrario, ha sentado criterios ante una serie de problemas que plantea el fenómeno bélico, a saber: 1) condiciones en que es lícito el recurso a la fuerza armada o *ius ad bellum*; 2) eliminación, o al menos reducción, de los medios de hacer la guerra, esto es, desarme; 3) límites a la violencia bélica mediante la regulación del comportamiento de los beligerantes durante las hostilidades, es decir, *ius in bello*; 4) posición de los terceros Estados, o sea, neutralidad. Estos son los cuatro grandes bloques de problemas que la guerra plantea al Derecho Internacional y a los que éste ha dado respuesta.” PASTOR RIDRUEJO, José, *Curso de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, 1999, pp. 613.

<sup>212</sup> “Lo sorprendente en esta reglamentación es la referencia a la “amenaza y al uso de la fuerza” en lugar de la “guerra” o “recurso a la guerra.” SORENSEN, Max, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p.685.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

“Se ha dicho acerca de este mecanismo que la Carta, sobre la base del compromiso de los Estados a colaborar entre ellos y con la Organización frente a las amenazas a la paz, los quebrantamientos de la paz y los actos de agresión, ha establecido una especie de *contrato social internacional*, de acuerdo con cuyos términos, de una parte, cada Estado debe renunciar al recurso a la fuerza en sus relaciones recíprocas; de otra, como contrapartida lógica, se reconoce al Consejo de Seguridad la facultad de emplear los medios de coerción militar necesarios para el cumplimiento de su misión de policía internacional.”<sup>213</sup>

Por su parte JIMENEZ DE ARRECHAGA sobre la misma cuestión, sostiene que:

“El compromiso más importante de la Carta es el párrafo 4 del artículo 2, el cual prohíbe la amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Éste es el principio de fundamental importancia del derecho internacional y la piedra angular de las relaciones pacíficas entre los Estados.”<sup>214</sup>

Ya desde muy temprana edad de la Organización de las Naciones Unidas, la Asamblea General se ocupó de la cuestión de la agresión, así v.gr. las resoluciones: 95(I) de 11 de diciembre de 1946; 181(ii) de 29 de noviembre de 1947; 377(V) de 3 de noviembre de 1950; 498(V) de 1 de febrero de 1951; 500(V) de 18 de mayo 1951; 712(VII) de 28 de agosto de 1953; 1817(XVII) de 18 de diciembre de 1962; 1899(XVIII) de 11 de noviembre de 1963; 1954(XVIII) 11 de diciembre de 1963; 2131(XX) 21 de diciembre de 1965; 2508(XXIV) de noviembre de 1969. Lo que supone un seguimiento y —a la vez— un progreso de los esfuerzos que comenzaron en la Sociedad de Naciones; así BLANCO GASPAS comenta:

“Los puntos de vista que se exhibieron durante la época de la Sociedad de Naciones reaparecen en el seno de las Naciones Unidas. En efecto, se discute si la fórmula enumerativa, la general o la mixta es más apropiada y se piensa también si es posible, deseable o necesario llegar a una definición.”<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> ALCAIDE FERNANDEZ, JOAQUIN y MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, “La legítima defensa y los nuevos desarrollos de la acción de las Naciones Unidas en el marco de la seguridad colectiva”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIII, 1997, pp. 253 y ss.

<sup>214</sup> JIMÉNEZ DE ARECHAGA, “International Law in the Past Third of a Century”, 159 *Hague Recuil*, 1978, p.87.

<sup>215</sup> BLANCO GASPAS, Vicente, *La agresión internacional: Intentos de definición*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Instituto Francisco de Vittoria, 1973, p. 15.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### *i. LA GUERRA FRÍA<sup>216</sup> Y EL COMPORTADO CONGELAMIENTO DEL CRIMEN DE AGRESIÓN.*

Desde el principio de la vida de la ONU se hizo patente que la alianza entre tan disímiles *partners*, ideológicamente hablando, no podría durar; así que tan pronto se comenzó la vida institucional internacional el rompimiento se pronunció. Esto tuvo importantes consecuencias para la dinámica internacional en rubros como la política, la economía, la sociedad y —evidentemente— para el Derecho Internacional. Así pues, esta tensión ideológica paralizó el proceso evolutivo de la criminalización de la agresión y de la guerra en general, que en los Tribunales de Nüremberg y Tokio<sup>217</sup> había comenzado y que la Asamblea General pretendía seguir<sup>218</sup>.

En efecto, ya en la resolución 177(II) de 21 de noviembre de 1947, la Asamblea General había pedido a la Comisión de Derecho Internacional que comenzara con los trabajos de la formulación de los principios de Nüremberg y de un “proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”. Y así la Asamblea fue encomendando a la CDI la cuestión de la agresión. En definitiva el auge que la cuestión de la definición de la agresión causó, tiene como inicio la serie de propuestas Soviéticas que, en el decurso de la historia institucional de la sociedad internacional, presento. Desde la era de la Sociedad de Naciones la URSS realizó una propuesta para la definición de la agresión, así el 6 de febrero de 1933; esta misma propuesta la presento en la Asamblea de las Naciones Unidas, iniciándose así le dinámica de estudio institucional de la cuestión de la definición de la agresión.

---

<sup>216</sup> “...un estado de guerra improbable y de paz imposible”, ARON Raymond, *El sistema planetario en la edad termonuclear*, en Paz y guerra entre las naciones, 2. historia y praxología, alianza, Madrid, 1985, pp. 455-684.

<sup>217</sup> “The Nuremberg trials were a cornerstone of the great effort to make the peace more secure” FERENÇZ, Benjamin, “Can Law Deter Aggression?” *Pace International Law Review*, Fall 1999.

<sup>218</sup> “It soon became apparent that political rivalries between the major powers made consensus agreements impossible. It was argued that without a clear definition of the crime of aggression, no criminal code would be complete and as long as there was no code, there was no need for a court to enforce it. Thus everything was linked and progress was stymied with the weak excuse that the time was not yet ripe. In the meanwhile, nations went back to killing as usual.” FERENÇZ, Benjamin, *Íbidem*.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

La cuestión fue que en aquellos tiempos de *guerra improbable y paz imposible*, las propuestas y el afán por lograr la definición del crimen de agresión, por parte de la Unión Soviética, fue interpretado como una posible trampa a occidente.<sup>219</sup>

Así la Asamblea General al percatarse de que la cuestión de la concreción del crimen de agresión se encontraba también inoculada por el virus de la guerra fría, y era producto de la dicotomía dialéctica e ideológica que parecía condicionar el quehacer político y sobre todo el jurídico de la ONU, decide primero poner manos a la obra en la recuperación de la salvaguarda de la paz y la seguridad internacional de los despilfarros de la política de bloque, así pues se concentraba en alcanzar la resolución 377(V) Unión Pro Paz de 3 de noviembre de 1950. Y después por medio de la resolución 895(IX) de 4 de diciembre de 1954 crea una Comisión Especial formada por diecinueve Estados, entre ellos: Checoslovaquia, China, Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, Irak, Israel, México, Noruega, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Republica Dominicana, Siria, Unión de Republicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia. Esta comisión Especial tiene como objetivo presentar un informe detallado y un proyecto de definición de agresión. En ese mismo día la Asamblea General resuelve en la res. 897(IX) aplazar los trabajos de la CDI sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, hasta en tanto esta Comisión Especial no provea de su informe detallado.

Estos esfuerzos institucionales no se retoman hasta que la Asamblea General, realiza un esfuerzo significativo al concretar una cristalización de un anhelo ya añejo, definir la agresión en Derecho Internacional y lo hace en su resolución 3314 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974. En todo caso, ya en estos momentos, nos encontramos ante el desarrollo normativo institucional de la criminalización de la agresión.

Total que en el decurso de la duración de la guerra fría ni la definición de la agresión, ni tampoco el crimen de agresión pudieron ver avances normativos substanciales, pues como dice el profesor CARRILLO SALCEDO “La concepción del orden internacional expresada en la Carta de las Naciones Unidas, con sus hondas innovaciones..., quedó pronto puesta en cuestión por la profunda escisión ideológica y la

---

<sup>219</sup> BLANCO GASPARD, Vicente, *La agresión internacional...*, op. cit., p.33.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

tensión global de hegemonía que supuso el enfrentamiento Este-Oeste.”<sup>220</sup>. Esto supuso un estancamiento de la cuestión de la agresión en DI, y en este sentido se manifiesta el iusinternacionalista B. FERENCZ cuando afirma que:

*“Despite political antagonisms between the Soviet Union and the United States and their respective allies, all seemed agreed that aggression had to be included in the criminal code but some argued that first it had to be more specifically defined. Until there was an agreed definition, no code would be acceptable and without a code there was no need for a criminal court. Thus definition, code and court were all linked - and gradually deposited in the deep freeze by the "cold-war". During years of fruitless discussion, Diplomats explained diplomatically: "The time is not yet ripe." Decision-makers of powerful nations seemed to prefer war to the uncertainties of international law.”*<sup>221</sup>

Empero esta situación, se dieron algunos esfuerzos por romper con esta situación estática y que merecen la pena poner interés en estudiarlos, por eso en el apartado siguiente nos ocuparemos de ello.

### ***B. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA SOBRE LA CUESTIÓN DE LA AGRESIÓN.***

A diferencia de lo que sucedió en época de la Sociedad de Naciones, ahora, no se efectúa un proceso evolutivo en el rubro normativo referente a la concreción típico-conceptual del crimen de agresión, de dinámica *intra* y *extra institucional*, sino sólo institucional. Algunos autores parece que consideran que esto no es así, y abordan el estudio de la cuestión de la agresión en esta época, es decir la de las Naciones Unidas, desde ciertos esfuerzos realizados desde fuera de la dinámica institucional<sup>222</sup>; sin embargo, nosotros vemos que en estos esfuerzos, como son verbigratia: Tratado de Río de Janeiro, Tratado del Atlántico Norte, Pacto de Varsovia, Tratado de Defensa Colectiva del Sudeste de Asia, etc., no tienen como objetivo el jalonear el desarrollo normativo — ni como norma consuetudinaria ni positiva— del Derecho Internacional general referente

---

<sup>220</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., *El derecho internacional...*, op. Cit., p. 167.

<sup>221</sup> “Getting Aggressive About Preventing Aggression”, *Brown Journal Of World Affairs*, Spring 1999, Brown University, Providence, RI

<sup>222</sup> BLANCO GASPAR, Vicente, *La agresión internacional...*, op. cit. *passim*.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

al crimen de agresión —como en su día lo hizo el Pacto Briand-Kellog— sino solamente establecer alianzas puntuales y mecanismos defensivos pragmáticos forjados y forzados por las condiciones que imponía la tensión dialéctica e ideológica de la política dicotómica de bloque.

Ello así, vamos a ocuparnos pues de exponer la dinámica de desarrollo normativo que se enraíza en la ONU en especial en la que lleva a cabo la Asamblea General y la Comisión de Derecho Internacional. no abordaremos lo referente al Consejo de Seguridad por considerar que la labor hecha en el C de S no tiene como objetivo el *proveer* de una definición de la agresión —y mucho menos— del crimen de agresión, es decir, no una definición jurídica sino política y casi de concreción y aplicación instantánea, por ello en realidad todas las actuaciones del Consejo en que ha determinado la existencia de una agresión o la existencia de un acto de agresión o amenaza de la paz internacional, lo que hace es aplicar una suerte de justicia política en virtud de la normatividad internacional existente e interpretable bajo un crisol eminentemente político; *ergo*, no podemos siquiera hablar de una suerte de practica del Consejo de Seguridad (en el sentido de *opinio iuris*), pues esta práctica no obliga al mismo consejo, quien en circunstancias diferentes puede apreciar los mismos hechos objetivos de diferente manera, y viceversa.

### ***i. LA ASAMBLEA GENERAL, (CONSENSIO OMNIUM GENTIUM LEX NATURAE PUNANDA EST?).***

La Asamblea General acomete el proceso de evolución y de concreción del crimen de agresión en momentos y esfuerzos determinados y puntuales. Primero a manera de remedio político jalonea el desarrollo normativo de la cuestión de la agresión con la resolución Unión Pro Paz; luego acomete tal tarea proveyendo una cuestión subyacente de lo que llamamos agresión *lato sensu*, en la resolución 2131 (XX) del 21 de diciembre de 1965, aprobada por 109 votos contra ninguno y 1 abstención, que contenía la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y su soberanía; en la resolución 2625(XXV) de 24 de octubre de 1970, Declaración sobre los principios del derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

con la Carta de las Naciones Unidas; y por último, en el valuarde de su trabajo sobre la agresión, la resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974. Obviamente en el decurso de la actividad de la AG ha desplegado, ha tenido múltiples ocasiones de abordar el tópico de la agresión *lato sensu*, esto queda patente en el gran número de resoluciones en que ésta se ha pronunciado en un sentido o en otro sobre nuestro tema. Empero, en realidad es en estas tres ocasiones en concreto en que la AG ha hecho aportaciones significativas de orden de desarrollo normativo.

Comencemos por la primera de estas cuatro aportaciones de la Asamblea General. En su 302ª sesión plenaria de 3 de noviembre de 1950, la AG aprueba la resolución 377(V) Unión Pro Paz. Esta resolución —al margen de las consabidas implicaciones de la naturaleza jurídica de los actos de la AG— es sin duda un importante jalón de desarrollo sobre la cuestión de la agresión, pues en ella, de entre otras cosas, la AG se ocupa de ciertas cuestiones trascendentales, a saber: se subroga en la responsabilidad primordial que el Consejo de Seguridad tiene de mantener y restaurar la paz, en el hipotético caso de que éste quede paralizado por la falta de unanimidad en sus Miembros ante un acto de agresión. Y además, esta subrogación la haría con el fin de hacer recomendaciones que impliquen medidas colectivas, entre ellas el uso de la fuerza.

En segundo término tenemos a la resolución 2131(XX) Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y su soberanía, que fue aprobada el 21 de diciembre de 1965 y en la que consideraba: decía que:

*“...que intervención armada es sinónimo de agresión y que, como tal, está en contradicción con los principios básicos que deben servir de fundamento a la cooperación internacional pacífica entre Estados.”*

La otra aportación de la AG la encontramos en la resolución 2625(XXV) que contiene la Declaración sobre los principios del derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, y en la cual la AG sostuvo que:

*“Todo Estado tiene el deber de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos*

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*de las Naciones Unidas. (...) Una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz, que, con arreglo al derecho internacional, entraña responsabilidad.”*

Es importante señalar y poner el énfasis en el hecho de que la AG realiza un ejercicio de vinculación directa entre la obligación contenida en el artículo 2.4 de la Carta y la responsabilidad sobre el crimen, si bien es cierto no habla de responsabilidad estatal o individual, y tampoco dilucida la naturaleza de la responsabilidad, criminal o de otro tipo.

Por último, está la resolución 3314(XXIX) que la Asamblea General aprobara el 14 de diciembre de 1974, que representa en sí misma el culmen de todo el quehacer de la Asamblea referente a la cuestión de la agresión<sup>223</sup> *lato sensu*, pues antes no encontramos algún esfuerzo parecido ni en forma ni magnitud, y en posteriormente tampoco. Sobre todo, esta resolución contiene la primera definición de la agresión, que se formula desde una dinámica institucional internacional y que en general puede leerse como una manifestación general de los miembros de la comunidad internacional en su conjunto. Así pues la resolución 3314(XXIX) considera que:

*“... la agresión constituye la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza y de que, con la existencia de armas de destrucción en masa de todo tipo, entraña la posible amenaza de un conflicto mundial con todas sus consecuencias catastróficas, debería definirse la agresión en la etapa actual.”*

Y en su artículo 5 señala:

*“2. La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. la agresión origina responsabilidad internacional.”*

Como dijimos supra, lo más sobresaliente y significativo de la resolución 3314(XXIX) es que contiene la definición de la agresión tan esperada en el escenario iusinternacional, la definición viene dada así:

*“Artículo 1. La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición.”*

---

<sup>223</sup> “The existence of the definition removed the artificial barrier that had been used as the excuse to defer action on the criminal code and court.” FERENÇZ, Benjamin, “Can Law Deter Aggression?” *Pace International Law Review*, Fall 1999.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Así pues, la 3314(XXIX) confirma —como no podía ser menos— que la agresión es un crimen para el Derecho Internacional. Sin embargo, como no podía ser más, en la resolución no se contiene ningún tipo de régimen de sanción, o en otras palabras, la resolución no contempla ninguna pena aplicable a los individuos para el caso de su quebrantamiento<sup>224</sup>.

### ***ii. LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL.***

Creemos que otra vertiente del esfuerzo institucional internacional que sea ha venido realizando en el seno de las Naciones Unidas tiene —indudablemente— a la Comisión de Derecho Internacional como su exponente. Aun cuando las aportaciones puntuales que ésta ha efectuado, no hayan resultado en instrumento alguno, sobre el tópico del crimen de agresión. Por esta razón expondremos brevemente las aportaciones a los esfuerzos que, en el tema, la CDI ha dado.

La andadura de la CDI sobre la agresión comienza con la resolución 177(II) de 21 de noviembre de 1947 de la Asamblea General. En ella la AG le pedía a la CDI que se ocupara de formular los principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto y Sentencia de Nüremberg; además de que proyectara un Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad. En 1950 la CDI llevo al cabo semejante cometido, así presento a la Asamblea sus Principios de Nüremberg. El código hubo de esperar hasta que en 1954 la CDI presentó su informe y en él su proyecto de Código de *delitos* contra la paz y seguridad de la humanidad<sup>225</sup>. Por su parte la AG en la resolución 897 (IX) del 4 de diciembre de 1954, consideró que “*el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad... suscita problemas íntimamente relacionados con la definición de la agresión*”; y por esa razón suficiente es que decidió “*aplazar el examen del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad hasta que la Comisión Especial para la Cuestión de la Definición de la Agresión haya presentado*

---

<sup>224</sup> “The definition confirmed that “A war of aggression is a crime against international peace” but no provision was made to hold accountable those responsible for the crime.” FERENCZ, Benjamin, “GETTING AGGRESSIVE ABOUT PREVENTING AGGRESSION”, *Brown Journal Of World Affairs*, Spring 1999, Brown University, Providence, RI.

<sup>225</sup> *Yearbook of the International Law Commission*, 1954, vol. II Yearbook of the International Law Commission, 1982, vol. II, Part Two, p. 121.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

su informe”. A esta Comisión Especial le fue encomendada la tarea de elaborar un informe sobre la cuestión de la agresión y elaborar así mismo un proyecto de definición en la resolución 895(IX) de 4 de diciembre de 1954.

Pues bien, luego de que la Comisión Especial cumplió su cometido y elaboró su proyecto de definición de la agresión sobre la cual se trabajó para la adopción de la resolución 3314(XXIX) de 14 de diciembre de 1974, la AG vuelve a ocuparse de la cuestión del código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad; así en su resolución 33/97 de 16 de diciembre de 1978 tiene a bien decidir “*asignar prioridad al tema “proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad y considerarlo con la mayor amplitud posible.”* Además, en este tenor adopta la resolución 36/106 de 10 de diciembre de 1981, en donde invita a la CDI para que de nuevo se ocupe de la cuestión del proyecto de Código<sup>226</sup>. En atención a lo anterior la CDI se ocupa de nuevo sobre el tema, y en 1991 presenta en primera lectura su proyecto de código<sup>227</sup> el cual contenía doce tipos de crímenes internacionales; y en ese mismo año la AG invita a la CDI a que acometa el tema de la jurisdicción penal internacional, que también había quedado aplazada por la Asamblea desde 1954 junto con el proyecto de código<sup>228</sup>.

El culmen del trabajo de la CDI sobre la cuestión se encamina hacia el verano de 1996 cuando ésta presenta en segunda lectura su proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Este proyecto de código se distancia y distingue del anterior en que reduce el número de crímenes sobre los que se ocupa.

En el proyecto de código de ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954, la CDI consideraba la agresión en su artículo 2 en los siguientes términos:

*“The following acts are offences against the peace and security of mankind: (1) Any act of aggression, including the employment by the authorities of a State of armed force against another State for any purpose other than national or collective self-defence or in pursuance of a decision or recommendation of a competent organ of the United Nations.*

---

<sup>226</sup> Yearbook of ILC, 1983, vol. II (Part One), p. 137, document A/CN.4/364; 1984, vol. II (Part One), p. 89, document A/CN.4/377; 1985, vol. II (Part One), document A/CN.4/387; document A/CN.4/419 and Add.1 and Corr.1 and 2 (Spanish only); 1990, vol. II (Part One), document A/CN.4/430 and Add.1; document A/CN.4/404; 1988, vol. II (Part One), document A/CN.4/411; 1989, vol. II (Part One).

<sup>227</sup> YILC, 1991, vol. II (Part Two), parr. 175.

<sup>228</sup> En su sesión 46ª la CDI adoptó su proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, 1994.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

(2) *Any threat by the authorities of a State to resort to an act of aggression against another State.*”

Mientras que en el proyecto de código de 1996, la agresión se tornaba diferente a su predecesora, ya que en ella se tiene más en cuenta la responsabilidad del individuo, y curiosamente es más acorde ésta con los principios de Nüremberg que la de 1954 que estaba más reciente en aquellos ayer; en todo caso la de 1996 es mucho más ecléctica y no hace ningún ejercicio de enumeración casuística, y realiza una conexión entre la responsabilidad estatal e individual innecesaria en nuestra opinión pero esto lo abordaremos en otro lugar más adelante<sup>229</sup>; pues bien, así queda plasmada la agresión en el artículo 16:

“An individual who, as leader or organizer, actively participates in or orders the planning, preparation, initiation or waging of aggression committed by a State shall be responsible for a crime of aggression.”

Para finalizar y a manera de conclusión del presente capítulo, queremos destacar que con la Carta de San Francisco, y la creación de la Organización de las Naciones Unidas, asistimos a una nueva etapa en la añeja aspiración de la humanidad de conseguir la *paz perpetua*<sup>230</sup>; pues se marca un hito en la cuestión referente a la criminalización de la agresión, ya que, a partir de aquí todos los esfuerzos encaminados a lograr la concreción conceptual típica de este crimen, se llevan a cabo dentro de una dinámica institucional propia del sistema internacional<sup>231</sup>; sustituyendo así a la dinámica propia de una relación interestatal. Proveyendo así de mayor solidez al proceso de evolución del derecho internacional en general<sup>232</sup>, —y en particular al crimen de agresión que nos

---

<sup>229</sup> Capítulo IV. 2 epigrafe B.

<sup>230</sup> Por parafrasear a KANT, *La Paz Perpetua...*, *op. cit.*, 1938.

<sup>231</sup> Al respecto el profesor CARRILLO SALCEDO nos comenta: “Despite the great transformations which international organizations have brought about in the structure of international society, political power is still individually distributed among its members, and international law continues to be an eminently decentralized, little institutionalized, legal system.” “Reflections on the existence of hierarchy of norms in international law”, *EJIL*, vol. 8 (1997) No. 4.

<sup>232</sup> “La comunidad internacional no tiene fundamento contractual, ni es una personalidad colectiva compleja, sino una institución natural, anterior superior a toda sociedad de naciones.(...) La comunidad internacional es una idea objetiva, incorporada a la organización. Idea directora que establece vínculos orgánicos de los Estados entre sí y de estos con la comunidad internacional. Idea rectora que es principio de unidad, forma de la comunidad

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

ocupa— tanto en su forma y contenido como en su legitimidad; en marcado todo esto por una conciencia de comunidad humana.

Este proceso evolutivo ya no se encuentra expuesto, del todo al menos, a los vaivenes de la dialéctica Estatal. Así pues, si buscamos la *práctica estatal* durante las últimas cinco décadas, respecto del crimen de agresión, nos toparemos con el hecho trascendente de que es nula, pues la *práctica estatal* ahora, —en lo tocante a esto— se encuentra institucionalizada a través de la práctica del Consejo de Seguridad, de la Asamblea General y de la Corte de Justicia Internacional. Entonces, no es que no exista la *práctica estatal* sino que, ésta se encuentra manifestada a través de un catalizador institucional idóneo y eficiente. Y mucho menos podemos inferir que, al no haber *práctica estatal* al respecto, en consecuencia, no podremos hablar sobre la existencia de una especie de costumbre o la existencia de una norma consuetudinaria y del carácter *erga omnes* que impregnan el sentido y contenido del crimen de agresión.<sup>233</sup>

Nunca pues, antes como ahora, comienzan a tener tanta vigencia las palabras de MONTESQUIEU, cuando afirma: “El derecho de gentes se funda en el principio de que las distintas naciones deben hacerse, en tiempo de paz, el mayor bien, y en tiempo de guerra el menor mal posible, sin perjuicio de sus verdaderos intereses.”<sup>234</sup>

### ***C. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ÁMBITOS REGIONALES***

Consideramos importante hacer una breve referencia a los ámbitos regionales, en lo tocante a la cuestión de la agresión que nos ocupa. En realidad en estos ámbitos no encontramos ningún desarrollo normativo especial al respecto, ni en tratándose de su

---

internacional.” FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín Basavé, *Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p.64.

<sup>233</sup> Para encontrar un punto de vista contrario al expresado en estas líneas, véase: CICIRIELLO, MARIA CLELIA, *L'aggressione in diritto internazionale*. Da ‘crimine’ di Stato a crimine dell’individuo, Napoli Editoriale Scientifica, 2002. En este trabajo la autora luego del análisis de lo que ella expone como una falta de práctica en derecho internacional, concluye que, no se puede encontrar la existencia de una consolidación de la costumbre respecto de la agresión, y que estas conclusiones encuentran su base en que: en las pocas manifestaciones del Consejo de Seguridad al respecto, ha determinado el carácter agresivo del acto llevado a cabo por el Estado en cuestión, pero nunca se ha referido a ese Estado como agresor, y mucho menos a determinado la responsabilidad individual de las personas que intervinieron en los hechos o actos agresivos.

<sup>234</sup> Montesquieu, *De l’Esprit des Lois*, 1750, libro I, capítulo III.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

definición siquiera, mucho menos en lo que respecta a la responsabilidad internacional criminal del individuo. Sin embargo, ello no nos autoriza a obviar las aportaciones que los distintos ámbitos regionales han venido haciendo. A diferencia de la dinámica que se desarrolla en la época de la Sociedad de Naciones, la cual nosotros denominamos *extra-institucional*<sup>235</sup>, en la época de las Naciones Unidas el desarrollo normativo o político como resultado de las actividades de los Organismos Regionales, no podemos considerarlo como una dinámica ubicada fuera de la vida institucional de la ONU, pues todos estos Organismos Regionales se encuentran al amparo del capítulo VIII de la Carta de San Francisco. Además, ninguno de estos Organismos Regionales ha pretendido modificar el *statu quo* jurídico del orden internacional implantado por la Carta de las Naciones Unidas, o ni siquiera tratar de llenar lagunas o fisuras que la Carta pudiera contener; por ello, y por que los Tratados constitutivos de sendos Organismos Regionales confirman y asientan su propia existencia en el derecho de la Carta, no podemos considerar su quehacer como producto de una dinámica ubicada fuera de la de las Naciones Unidas.

Vamos pues a ocuparnos de las aportaciones que los distintos Órganos Regionales han hecho; para ello nos acogeremos a un criterio meramente cronológico. Así pues, comenzaremos con el Pacto de la Liga de los Estados Árabes, firmado en el Cairo el 22 de marzo de 1945<sup>236</sup>. En este Pacto se consigna en su artículo 6 que:

“Article VI. In case of aggression or threat of aggression by one state against a member-state, the state which has been attacked or threatened with aggression may demand the immediate convocation of the Council. The Council shall by unanimous decision determine the measures necessary to repulse the aggression. If the aggressor is a member-state, his vote shall not be counted in determining unanimity.”<sup>237</sup>

---

<sup>235</sup> Véase en este trabajo el apartado 2, del capítulo I, epígrafe C, i. *La Dinámica Extra-Institucional*.

<sup>236</sup> Los Estados fundadores son: Egipto, Irak, Líbano, Arabia Saudí, Siria, Transjordania (Jordania, a partir de 1950) y Yemen, a los que se unirían más tarde Argelia (1962), Bahrein (1971), Comores (1993), Djibouti (1977), Kuwait (1961), Libia (1953), Mauritania (1973), Marruecos (1958), Omán (1971), Qatar (1971), Somalia (1974), Yemen del Sur (1967), Sudán (1956), Tunicia (1958) y los Emiratos Árabes Unidos (1971). En 1976 La Organización para la Liberación de Palestina fue admitida. Egipto dejó de pertenecer a la Liga en 1979 a raíz de la firma del tratado de paz con Israel, y readmitido en 1987.

<sup>237</sup> Todas las citas sobre el Pacto de la Liga de los Estados Árabes, han sido obtenidas de la pagina oficial de la Liga en Internet: [http://www.arableagueonline.org/arableague/index\\_en.jsp](http://www.arableagueonline.org/arableague/index_en.jsp)

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Como anexo al Pacto de la Liga, se tiene un Tratado de defensa conjunta y cooperación económica entre los Estados de la Liga Árabe; y en el cual se estipula en su artículo 2 que:

“The Contracting States consider any (act of) armed aggression made against any one or more of them or their armed forces, to be directed against them all. Therefore, in accordance with the right of self-defense, individually and collectively, they undertake to go without delay to the aid of the state or states against which such an act of aggression is made, and immediately to take, individually and collectively, all steps available, including the use of armed force, to repel the aggression and restore security and peace. In conformity with Article 6 of the Arab League pact and Article 51 of the United Nations Charter, the Arab League Council and U.N. Security Council shall be notified of such act of aggression and the means and procedure taken to check it. (...)

### Article 4

The Contracting States, desiring to implement fully the above obligations and effectively carry them out, shall cooperate in consolidating and coordinating their armed forces, and shall participate according to their resources and needs in preparing individual and collective means of defense to repulse the said armed aggression.”

Como podemos observar, en estos documentos no encontramos un indicio de definición de la agresión, y tampoco una referencia a la responsabilidad individual criminal.

A diferencia del Pacto de la Liga de Estados Árabes, en el ámbito regional americano podemos encontrar ciertas manifestaciones tendentes a la determinación de una agresión; aunque también encontramos una carencia respecto de la responsabilidad individual penal por la agresión, podemos encontrar que en el ámbito americano se condena la agresión aunque sin calificarla de crimen internacional. Así en el articulado del Tratado interamericano de asistencia recíproca, firmado en Río de Janeiro el 2 de septiembre de 1947, se contempla que:

“ARTICULO 6.º Si la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado Americano fueren afectadas por una agresión que no sea ataque armado, o por un conflicto extra continental o intracontinental, o por cualquier otro hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América, el Órgano de Consulta se reunirá inmediatamente, a fin de acordar las medidas que en caso de agresión se deben tomar en ayuda del agredido o en todo caso las que convenga tomar para la defensa común y para el mantenimiento de la paz y la seguridad del Continente. (...)

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

ARTICULO 9.º Además de otros actos que en reunión de consulta puedan caracterizarse como de agresión, serán considerados como tales:

- a) El ataque armado, no provocado, por un Estado, contra el territorio, la población o las fuerzas terrestres, navales o aéreas de otro Estado;
- b) La invasión, por la fuerza armada de un Estado, del territorio de un Estado Americano, mediante el traspaso de las fronteras demarcadas de conformidad con un tratado, sentencia judicial, o laudo arbitral, o, a falta de fronteras así demarcadas, la invasión que afecte una región que este bajo la jurisdicción efectiva de otro Estado.”

Así pues, en el ámbito regional americano se encuentra una de las primeras manifestaciones de la necesidad de llegar a una definición generalizada de agresión o de lo que se debe entender, en términos jurídicos por ella, además, esta manifestación tiene la virtud de tener fuerza normativa, al menos claro, en esta porción americana del mundo. Después este Tratado ha sido objeto de un protocolo de reformas, esto se llevo al cabo ya que se consideró que el artículo 9 debía estar acorde con la práctica internacional generada por la dinámica institucional de las Naciones Unidas, así pues, en la nueva redacción del artículo 9 se transcriben en parte los artículos 1, 2 y 3 de la resolución 3314(XXIX) de la AG de 14 de diciembre de 1974.

Por otro lado tenemos a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, firmada en Bogotá el 30 de abril de 1948, y que ya en sus propósitos consigna que:

“d) Organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión;”  
Y en sus principios contiene las siguientes disposiciones:

“g) Los Estados americanos condenan la guerra de agresión: la victoria no da derechos.  
h) La agresión a un Estado americano constituye una agresión a todos los demás Estados americanos.”

Al parecer, de lo antes transcritos se desprende que, los Estados americanos hacen una condena de la guerra de agresión pero ésta condena se encamina más por la andadura de la responsabilidad del Estado, que por el régimen de responsabilidad individual penal internacional. Ya en el articulado de la Carta de la OEA se adentra más sobre estas cuestiones esbozadas desde el preámbulo, así:

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Artículo 28. Toda agresión de un Estado contra la integridad o la inviolabilidad del territorio o contra la soberanía o la independencia política de un Estado americano, será considerada como un acto de agresión contra los demás Estados americanos.

Artículo 29. Si la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado americano fueren afectadas por un ataque armado o por una agresión que no sea ataque armado, o por un conflicto extracontinental o por un conflicto entre dos o más Estados americanos o por cualquier otro hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América, los Estados americanos en desarrollo de los principios de la solidaridad continental o de la legítima defensa colectiva, aplicarán las medidas y procedimientos establecidos en los tratados especiales, existentes en la materia.

En este último artículo vemos que la Carta es prácticamente una transcripción del artículo 6 del Tratado interamericano de asistencia recíproca, y a su vez está en consonancia con el artículo 9 del Tratado, donde se establece que la agresión puede ser un ataque armado o una invasión o cualquier acto que el Consejo así lo determine.

Para terminar, vamos a ocuparnos muy brevemente de un ámbito regional que en la actualidad tiene un avanzado grado de integración, aunque su futuro se perfila con paso firme, pero con rumbo impredecible; nos referimos al ámbito europeo en especial al fenómeno de la integración efectuado por parte de la Unión Europea.

En el proyecto de la Constitución Europea de 16 de diciembre de 2004, se aprecia una referencia expresa para el caso de que un miembro de la Unión se objeto de una “agresión armada en su territorio”. Así el texto en su artículo I-41 apartado 7, nos dice que:

“Si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Ello se entiende sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros.”

Una constante en el texto constitucional de la Unión Europea es sin duda la serie de remisiones que ésta hace a la Carta de las Naciones Unidas y al Derecho Internacional. Este artículo en su segundo párrafo hace una distinción importante con respecto a los miembros de la Unión, al establecer que para algunos miembros se estará a lo dispuesto

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

en el Tratado del Atlántico Norte, y para los miembros que no estén en él la situación será diferente, así pues, la reacción de la Unión Europea ante posibles agresiones no es tan unificada como se esperaba en el texto constitucional. Así lo estipula:

“Los compromisos y la cooperación en este ámbito seguirán ajustándose a los compromisos adquiridos en el marco de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, que seguirá siendo, para los Estados miembros que forman parte de la misma, el fundamento de su defensa colectiva y el organismo de ejecución de ésta.”

Para los efectos del presente apartado estas disposiciones son importantes, pues, en este texto constitucional aunque no se formula ningún tipo de definición de la agresión, al menos si se circunscribe a ciertos parámetros. La agresión de la que eventualmente algún miembro puede ser objeto, deberá ser en primer lugar: armada; y en segundo lugar, deberá tener efectos única y exclusivamente en el territorio del Estado. Pero hay más, en otra parte del texto constitucional de la Unión Europea se puede encontrar una referencia expresa a la amenaza del siglo XXI: el terrorismo. En efecto en el artículo I-43 se consagra la *cláusula de solidaridad*, en ella se establece que los miembros de la Unión deberán actuar con un espíritu de solidaridad para el caso de que alguno sea “objeto de un ataque terrorista”. El texto es el siguiente:

“1. La Unión y los Estados miembros actuarán conjuntamente con espíritu de solidaridad si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano. La Unión movilizará todos los instrumentos de que disponga, incluidos los medios militares puestos a su disposición por los Estados miembros”

Esta disposición no tendría mayor relevancia para nuestros objetivos en el presente trabajo sino fuera por dos cuestiones puntuales: en primer lugar, la expresa referencia al terrorismo y, segundo, la última parte del artículo que consagra el uso de los medios militares.

Con referencia a la primera cuestión, el ataque terrorista, diremos que es importante para nosotros observar que del juego de los artículos mencionados de este texto constitucional, se saca a colación que queda expresamente excluido el considerar un ataque terrorista como una agresión armada; esto es importante ya que la ejecución de un ataque terrorista no podrá fundamentar una reacción militar o el uso de la fuerza, argumentando *legítima defensa*.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

En cuanto al uso de medios militares podemos apuntar lo siguiente: queda bastante claro que el texto constitucional está refiriéndose al uso de la fuerza armada, es decir, el uso de medios militares necesariamente implica el uso de la fuerza; además el orden de prelación de que se sirve el artículo sugiere que estos medios serán usados como *ultima ratio*.

Recapitulando un poco y para terminar, apuntaremos que en el texto constitucional de la Unión Europea se contienen ciertos datos que nos invitan a pensar que en el tema de la agresión internacional, para la Unión Europea, se plantea de la siguiente forma: la agresión deberá ser armada, con efectos territoriales y en ella no se contempla la posibilidad de incluir los ataques terroristas, incluso aquellos —por jugar con las ideas— que reconozcan como su origen una estructura estatal y no una estructura de organización criminal internacional.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### **2. ALCANCE JURÍDICO DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA AGRESIÓN**

*“Nunca se considerará bien a quien ejerza una función (como la guerra) que, para ser provechosa, le obligue a ser rapaz, fraudulento, violento, y a tener muchas otras cualidades que forzosamente lo hagan malo. Quienes se valen de ella, sean grandes o pequeños, no pueden ser de otra manera, porque ese oficio no los alimenta en la paz; de ahí que se vean obligados a desear que no la haya; o a lucrarse en época de guerra lo suficiente para seguir subsistiendo en tiempo de paz. Ninguno de estos propósitos puede admitirlo un hombre de bien.”<sup>238</sup>*

*“Entre los hombres como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz.”<sup>239</sup>*

*“prohibido áliquo, prohibetur étiam id per quod perrénitur ad illud”<sup>240</sup>*

Las palabras del prócer mexicano Benito Juárez son paradigmáticas, y desde luego ciertas, pero para que sean efectivas y no sólo platónicas se revela la necesidad de dilucidar lo siguiente: ¿Cuál derecho ha de ser respetado?, ¿ese derecho de que naturaleza es?, ¿Qué alcance tiene ese derecho? y aun más importante ¿Quién vela por que este derecho sea efectivamente respetado? En todo caso estas cuestiones —como la existencia del derecho mismo— evidencian por sí mismas la entelequia de un estadio de evolución cultural humano determinado y verificado en el tiempo y el espacio más bien cercano; es decir, estas consideraciones no tendrían ningún sentido —ni fundamento— en el momento histórico en cual la sociedad como tal no existía, y desde una óptica iusinternacional, tampoco serían válidas en tiempos anteriores a la Sociedad de Naciones; sólo ahora es que es posible encontrarle sentido a estas palabras, ahora que el derecho entre las Naciones existe, y un derecho en sentido de un meta-orden jurídico y no un muestrario de acuerdos escasamente generalizados y parcial y unilateralmente sancionado en virtud de un mosaico de soberanías<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> NICOLAS MAQUIAVELO, *Del arte de la guerra* (1521), Técnos, Madrid 1995, p.16.

<sup>239</sup> Benito JUÁREZ GARCÍA (1806-1872), político mexicano, presidente de la República (1858-1872). Considerado héroe nacional de México e indiscutible representante del reformismo liberal de su país.

<sup>240</sup> Cuando se prohíbe una cosa, se entiende también prohibido todo aquello que conduce a ella.

<sup>241</sup> “La soberanía de los Estados, como sujetos del derecho internacional, es la autoridad jurídica de los Estados bajo la autoridad del derecho internacional. Si soberanía significa autoridad “suprema”, la soberanía de los Estados como sujetos del derecho internacional no puede

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Por ello, nos parece conveniente abordar las cuestiones que se desprenden del alcance jurídico que tiene la prohibición de hacer o emprender una guerra de agresión; como corolario de lo que vimos en los Capítulos anteriores, en donde verificamos que la consideración de la agresión como crimen internacional se corresponde con un proceso dual en clave de norma<sup>242</sup> consuetudinaria y de norma convencional, que comienza en una época que se corresponde con la del Derecho Internacional tradicional y que, por supuesto, este proceso evolutivo aún no termina.

En el texto de la Carta de la ONU no encontramos ninguna referencia expresa a la prohibición de emprender o hacer una guerra de agresión ni de su carácter criminal; empero ambas cosas se desprenden de lo estipulado en el artículo 2.4, que consagra la prohibición del uso de la fuerza. Como vimos en el capítulo anterior la criminalización de la agresión *lato sensu*, no se opera hasta que en general se admiten los principios de humanidad y comunidad en el DI y como corolario del *triple proceso de institucionalización, socialización y humanización* del que habla CARRILLO SALCEDO, así como también la incursión del individuo como actor pasivo del DI; ahora bien, esta consideración de criminalidad de la agresión *lato sensu*, adquiere un carácter peculiar, pues para algunos esto es en realidad, no sólo un elemento informador de la evolución del DI, sino un elemento constituyente y definitorio, un *substratum* pues, del mismísimo DI. Así el multi-mencionado jurista austriaco Hans KELSEN nos comenta:

“El derecho internacional será derecho en el mismo sentido que el derecho nacional si es posible, en principio, interpretar el empleo de la fuerza dirigida por un Estado contra otro ya sea como sanción o como acto ilícito.”<sup>243</sup>

---

significar una autoridad absoluta, sino solo relativamente suprema: la autoridad jurídica del estado es “suprema” en cuanto no está sujeta a la autoridad jurídica de cualquier otro Estado. El Estado es “soberano” desde que está sujeto solamente al derecho internacional y no al derecho nacional de cualquier otro Estado” KELSEN, Hans, *La paz por..., op. cit.*, p.64

<sup>242</sup> “La norma *lato sensu* es, filosóficamente, un pensamiento provisto de poder, y no se limita a decir lo que son los objetos, sino lo que deben ser, y en ordenar, bajo una sanción, lo que debe hacerse cuando aquel deber no se cumple.” JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Lecciones de derecho penal*, México, HARLA, 1997, P. 43.

<sup>243</sup> KELSEN, Hans, *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, editorial Ateneo, 1965, p. 16.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*Ergo*, en el pensamiento de Kelsen parece traslucirse un interés y consideración especial concedido a la agresión, pues no es un simple estadio de evolución al que se ha arribado, como consecuencia lógica y natural de la dinámica del DI, sino que esta consideración de criminalidad de la agresión se trasmuta en un elemento *sine qua non* del Derecho Internacional. Esto determina en cierto grado la consideración del alcance jurídico de la prohibición y criminalización de la agresión.

La prohibición del uso y amenaza del uso de la fuerza en derecho internacional, junto con la criminalización de la agresión, constituyen una característica *sine qua non* del derecho internacional contemporáneo, este binomio de principios encierra en sí mismo un principio civilizador, humanizador contra la barbarie desde una óptica y un plano ético; y a su vez, desde un crisol jurídico, un gran avance con respecto del DI tradicional, pues a través de estos principios se preserva a la comunidad internacional en su conjunto de los peligros del desencadenamiento de una guerra general o, al menos, de una guerra en algún grado generalizada y devastadora en sumo grado, y lo hace desde dos plataformas jurídico-funcionales diversas pero no distintas, ya que por un lado priva jurídicamente a los Estados de su supuesto y soberano derecho a recurrir a la fuerza en el despliegue de sus relaciones internacionales; y por otro, sustrae del universo competencial del Estado la facultad de imponer sanciones a los demás miembros de la sociedad internacional, es decir, sancionarse entre sí simultánea, individual y unilateralmente, pues la sanción a los actos ilegales (como el uso de la fuerza o iniciar una guerra de agresión) es hoy por hoy institucionalizada. Así, en el hipotético caso de que un Estado ,esgrimiendo cualquier motivo, recurriera a la guerra —esto es, se convirtiera en agresor a la luz de sistema jurídico de las UN— este simple hecho (que de ninguna manera es de forma simple), en virtud de las consideraciones de estos principios que atendemos, no dispara la facultad o prerrogativa de los Estados miembros de la comunidad a tomar medidas represivas en términos de venganza o de la vieja filosofía del Tali3n (ojo por ojo, y diente por diente) sino que pone en marcha un sistema institucionalizado y social de defensa colectiva, y esta defensa colectiva no se encamina s3lo contra el estado agresor, sino que tambi3n —y esto es caracter3stico de toda evoluci3n jur3dica— contra el agredido, pues le impone deberes positivos en cuanto a la reacci3n que debe y puede tener. Luego podemos concluir que los principios rectores de la prohibici3n del uso del uso y amenaza de uso de la fuerza y de la prohibici3n de la

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

agresión tienen dos aspectos jurídico-funcionales para desplegar su función civilizadora, humanizadora contra la barbarie.

Como se ha venido viendo en el curso de el presente trabajo la prohibición del uso de la fuerza no tiene presencia en el DI tradicional. Por ello, si el principio de no uso de la fuerza es privativo del DI contemporáneo, entonces es necesario que todo lo que tenga que ver con él lo analicemos a la luz del sistema jurídico de la ONU, así pues tenemos que tratar de ubicar al crimen de agresión dentro del maderamen de la ONU, es decir este crimen es la expresión jurídico-criminal de un principio tendiente a regular la conducta estatal, así que se evidencia la necesidad de dilucidar su alcance jurídico.

Para el desarrollo de este apartado vamos a ocuparnos del alcance Jurídico de la criminalización de la agresión en Derecho Internacional, para lo cual fijaremos nuestra atención en las aportaciones que sobre la cuestión ha venido desarrollando tres instancias distintas del universo institucional de la sociedad internacional. Primero veremos las aportaciones de la Corte Internacional de Justicia, que se identifica con la visión jurídica de la cuestión; en segundo término nos ocuparemos de las aportaciones del Consejo de Seguridad que representa la visión política; y por último, veremos lo que la asamblea General ha aportado a la cuestión, que consideramos como la visión democrática internacional y de consenso, con visus de práctica internacional. Y más adelante veremos las aportaciones de la doctrina iusinternacionalista.

Comenzaremos por ocuparnos de las diferentes e importantísimas aportaciones que la Corte Internacional de Justicia, a lo largo de su actividad, ha venido haciendo respecto de la cuestión de la agresión *lato sensu*. Para ello adoptaremos un criterio temporal para el desarrollo de la exposición de las ocasiones en que la CIJ se a pronunciado sobre el tema.

Así pues, en su Opinión consultiva Ciertos gastos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 1962 (párrafo 2 del Artículo 17 de la Carta)<sup>244</sup>, la CIJ sostuvo, en base al artículo 65 de su Estatuto<sup>245</sup>, que la responsabilidad que comprometía al Consejo de Seguridad respecto del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, contenida

---

<sup>244</sup> I.C.J. Reports 1962, pág. 151.

<sup>245</sup> “La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma.”

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

en el artículo 24 de la Carta de la ONU<sup>246</sup>, es de orden primordial pero no exclusivo, así que la Asamblea General podrá ocuparse de dichas tareas; empero en cuanto a las medidas que implicaren coerción o uso de la fuerza, estas sólo le atañen al Consejo de seguridad en exclusividad. Así se pronunció:

“Esta responsabilidad primordial se ha conferido al Consejo de Seguridad, al que se ha otorgado la potestad de imponer una obligación expresa de acatamiento, si, por ejemplo, imparte una orden o un mandato a un agresor con arreglo al Capítulo VII. Sólo el Consejo de Seguridad puede exigir el cumplimiento mediante medidas coercitivas contra un agresor.

La Carta deja abundantemente en claro, empero, que la Asamblea General también ha de ocuparse de la paz y la seguridad internacionales. El Artículo 14 autoriza a la Asamblea General a “recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones, sea cual fuere su origen, que a juicio de la Asamblea puedan perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones, incluso las situaciones resultantes de una violación de las disposiciones de la presente Carta que enuncian los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas. La palabra “medidas” denota cierto tipo de acción, y la única limitación que el Artículo 14 impone a la Asamblea General es la restricción que figura en el Artículo 12, a saber, que la Asamblea no podrá recomendar medidas mientras el Consejo de Seguridad se esté ocupando del mismo asunto, a no ser que lo solicite el Consejo. Así pues, mientras que el Consejo de Seguridad es quien, exclusivamente, puede ordenar medidas coercitivas, las funciones y los poderes conferidos por la Carta a la Asamblea General no están limitados a la discusión, la consideración, la iniciación de estudios y la formulación de recomendaciones; no son simplemente exhortatorios. El Artículo 18 se refiere a las “decisiones” de la Asamblea General “en cuestiones importantes”. Tales “decisiones” comprenden efectivamente determinadas recomendaciones, pero otras tienen fuerza y efectos dispositivos.”<sup>247</sup>

La primera —y quizá la más significativa— vez que la CIJ se ocupó de la cuestión de la agresión en concreto lo hizo en su ya famoso *obiter dictum* de la sentencia de la Barcelona Traction, de 5 de febrero de 1970, en donde se dio a la tarea de reconocer y sostener la existencia de:

“obligaciones *erga omnes*, que resultaban, por ejemplo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los

---

<sup>246</sup> “Artículo 24. A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.”

<sup>247</sup> Obtenido del documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

derechos fundamentales de la persona, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial”<sup>248</sup>

Y decimos quizá la más importante aportación pues, el hecho de que la Corte Internacional de Justicia reconozca que la criminalización de la agresión es una *obligación erga omnes*, tiene relevante significado, pues esto, no es un hecho aislado y estéril, sino que se perfila como la expresión jurídico-judicial de la incursión e inserción de las nociones de *norma imperativa* y de *ius cogens* en Derecho Internacional general y contemporáneo, que una década antes se concretaba en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyo artículo 53 consignaba:

*“53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“ius cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.*

Y casi una década después se confirmaba esta evolución en ocasión de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986. En este mismo sentido y confirmando la naturaleza jurídica de la prohibición del uso y amenaza de uso de la fuerza como norma de *ius cogens*, la Comisión de Derecho Internacional se pronunció en ocasión de los comentarios que sobre su proyecto de artículos del derecho de los tratados hiciera:

*“the law of the charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of jus cogens”*<sup>249</sup>

Asimismo, la profesora MARQUEZ CARRASCO ha sostenido que “ la doctrina científica confirma que el principio de prohibición del recurso a la fuerza constituye una norma básica del ordenamiento jurídico internacional. más aún, se puede afirmar que esta

---

<sup>248</sup> CIJ, recueil 1970, parr. 33 y 34. la cita es de: CARRILLO SALCEDO, J. A., *El derecho internacional...*, op. cit., p. 173.

<sup>249</sup> commentary of the Commission to Article 50 of its draft Articles on the Law of Treaties. ILC Yearbook, 1966-II, p. 247.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

norma representa para la mayoría de la doctrina occidental el prototipo de norma de *ius cogens*.”<sup>250</sup>

En ocasión del conocimiento sobre el asunto del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos de América en Teherán<sup>251</sup>, la CIJ vuelve a sostener que la responsabilidad del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional no corresponde en exclusiva al Consejo, pero esta vez lo hace a favor de ella misma, así:

“En tanto que en el Artículo 12 de la Carta se prohíbe expresamente a la Asamblea General hacer recomendación alguna sobre una controversia o situación mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando sus funciones con respecto a tal controversia o situación, ninguna disposición de la Carta o el Estatuto de la Corte establece una restricción de esa índole en lo tocante al funcionamiento de la Corte. Las razones son claras. Incumbe a la Corte, que es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, resolver las cuestiones jurídicas de cualquier tipo respecto de las cuales se contrapongan las partes en una controversia, y la resolución de tales cuestiones jurídicas por la Corte puede ser un factor importante, y a veces decisivo, para promover el arreglo pacífico de la controversia. De hecho, ello está reconocido en el párrafo 2 del Artículo 36 de la Carta...”<sup>252</sup>

Este mismo criterio lo utilizaría cuando se ocupó del asunto de las Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América). Y en este asunto la CIJ formula y dilucida cuestiones tocantes a la determinación y delimitación del concepto de agresión, ya que sostiene que el artículo 2.4 engloba casi todo uso de la fuerza armada y no sólo los que se identifican con la agresión, es decir, que se hace eco de lo que la Asamblea General concreta en su resolución 2625(XXV) de 24 de octubre de 1970 en cuanto a los usos menores y mayores del uso de la fuerza, y sostiene:

---

<sup>250</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 47. Para muestra un botón, pues sobre el *ius cogens*, Antonio GOMEZ ROBLEDO ha sostenido que: “Su recepción en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, significo, sin la menor discusión, una innovación profunda y un gran paso adelante, por cuanto que fue la plena incorporación, al derecho internacional positivo, de una institución que hasta entonces no había rebasado el marco de la doctrina y la jurisprudencia internacional”. *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*, México, UNAM, 1982.

<sup>251</sup> Sentencia, I.C.J. Reports 1980, pág. 3, pág. 21.

<sup>252</sup> Obtenido del documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1, p. 200.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

“La Corte no advierte razón alguna para negar que, en el derecho consuetudinario, la prohibición de ataques armados puede aplicarse al envío por parte de un Estado de bandas armadas al territorio de otro Estado, si tal operación, en razón de su escala y sus efectos, se habría calificado como ataque armado y no como simple incidente fronterizo si se hubiese llevado a cabo por parte de fuerzas armadas regular. Pero la Corte no cree que el concepto de “ataque armado” comprenda no sólo actos cometidos por bandas armadas cuando tales actos tienen lugar en una escala significativa, sino también la asistencia a rebeldes en forma de suministro de armas o de apoyo logístico o de otra índole”<sup>253</sup>

Por su parte el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas —que como dijimos antes— viene haciendo una serie de aportaciones que se pueden identificar como una visión política del crimen de agresión. Así pues, como ya sostuvimos anteriormente *“la labor hecha en el C de S no tiene como objetivo el proveer de una definición del crimen de agresión, es decir, no una definición jurídica sino política y casi de concreción y aplicación instantánea, por ello en realidad todas las actuaciones del Consejo en que ha determinado la existencia de una agresión o la existencia de un acto de agresión o amenaza de la paz internacional, lo que hace es aplicar la una suerte de justicia política en virtud de la normatividad internacional existente e interpretable bajo un crisol eminentemente político; ergo, no podemos siquiera hablar de una suerte de práctica del Consejo de Seguridad (en el sentido de opinio iuris), pues esta práctica no obliga al mismo consejo, quien en circunstancias diferentes puede apreciar los mismos hechos objetivos de diferente manera, y viceversa.”*<sup>254</sup>; lo que se extrapola a la cuestión que nos ocupa ahora, pues en general, el C de S no ha aportado mucho para determinar el alcance de la prohibición de hacer o emprender una guerra de agresión, y menos en tratándose de la responsabilidad individual, en todo caso, su aportación se dirige a las indemnizaciones que ha impuesto a los Estados que en algún momento ha considerado agresor.

En efecto, a la luz de nuestras investigaciones el Consejo de Seguridad a lo largo —en términos temporales y circunstanciales— del ejercicio de su actividad como Órgano principal de la ONU, no ha proporcionado unas claves de criterio para delimitar el alcance jurídico de la prohibición de emprender una guerra de agresión. Así de todas las

---

<sup>253</sup> PCNICC/2002/WGCA/L.1, p. 206.

<sup>254</sup> En el Capítulo III.1.B. Esfuerzos institucionales tendentes a definir el crimen de agresión en el seno de las Naciones Unidas.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

resoluciones que tuvimos la oportunidad de analizar en ninguna de ellas hace la referencia a la perpetración de un crimen de agresión sobre la base de la existencia de un acto de agresión<sup>255</sup>; simplemente se refiere a la existencia de dicho acto, sin calificarlo como crimen y mucho menos sin determinar ningún tipo de sanción de régimen individual, sino sólo de régimen estatal, pues en algunos casos impuso la obligación de reparar, compensar o indemnizar al agresor<sup>256</sup>. Y en las últimas oportunidades en que el Consejo de Seguridad se ha pronunciado sobre la cuestión de la agresión ya no ha hecho referencia a la agresión y ni tampoco a la existencia de un acto de agresión.

A continuación haremos un listado de las resoluciones que mencionábamos hemos analizado, Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que contienen aspectos referentes a la agresión, actos de agresión o quebrantamientos de la paz respecto a:

<b><i>RODHESIA:</i></b>	<b><i>SUDÁFRICA:</i></b>	<b><i>TÚNEZ:</i></b>
232, 16/diciembre/1966;	387, 31/marzo/1976;	573, 4/octubre/1985;
326, 2/febrero/1973;	418, 4/noviembre/1977;	611, 25/abril/1988.
386, 17/marzo/1976;	428, 6/mayo/1978;	
411, 30/junio/1977;	447, 28/marzo/1979;	
424, 17/marzo/1978;	454, 2/noviembre/1979;	
445, 8/marzo/1979;	475, 27/junio/1980;	
455, 23/noviembre/1979.	496, 15/diciembre/1981;	
	507, 28/mayo/1982;	<b><i>IRAK:</i></b>
	527, 15/diciembre/1982;	660, 2/agosto/1990;
	546, 6/enero/1984;	661, 6/agosto/1990;
	567, 20/junio/1985;	662, 9/agosto/1990;
	568, 21/junio/1985;	667, 16/septiembre/1990.
	571, 20/septiembre/1985	
	572, 30/septiembre/1985	
<b><i>BENIN:</i></b>	574, 7/octubre/1985;	

<sup>255</sup> Artículo 39 de la Carta de la ONU.

<sup>256</sup> Son los casos de las resoluciones: 546 (1984), de 6 de enero de 1984, en donde se ocupó del bombardeo y la ocupación parcial de Angola por Sudáfrica; 572 (1985), de 30 de septiembre de 1985, en donde exigió que Sudáfrica pagara “una indemnización completa y suficiente a Botswana por su acto de agresión; 527 (1982), de 15 de diciembre de 1982, en la cual exigió que Sudáfrica pagara “una compensación plena y adecuada al Reino de Lesotho por el acto agresivo y 580 (1985), de 30 de diciembre de 1985 condena de nuevo a Sudáfrica en el mismo sentido de la resolución anterior.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

405, 14/abril/1977;  419, 24/noviembre/1977.	577, 6/diciembre/1985; 580, 30/diciembre/1985; 581, 13/febrero/1986; 602, 25/noviembre/1987.	*
--	---	---

*\*Esta información la hemos obtenido y reorganizado del documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1 Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, 24 de enero de 2002 Español, y la hemos cotejado y ampliado con la información que consta en la página de la Internet del Consejo de Seguridad: <http://www.un.org/spanish/documents/scres.htm>*

El quehacer de la Asamblea General nos proporciona aún más material que el del Consejo de Seguridad, así la AG desde muy temprana edad institucional se adelanta a la Corte Internacional de Justicia en sus criterios y configura la resolución 377(V) Unión Pro Paz del 3 de noviembre de 1950 una resolución que, en suma, representa lo que la CIJ sostendrá luego, que:

“...si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad de sus miembros permanentes, dejara de cumplir con su responsabilidad primordial por el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resultara haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinaría inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los Miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales.”<sup>257</sup>

Después la AG acomete la tarea de tratar de delimitar los contornos materiales de la categoría jurídica de la agresión, así en su resolución 2131(XX) de 1965 Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y su soberanía; la AG sostiene que: *“intervención armada es sinónimo de agresión y que, como tal, está en contradicción con los principios básicos que deben servir de fundamento a la cooperación internacional pacífica entre Estados”*. Ya se comenzaba a vislumbrar el afán de la AG por concretar el desarrollo normativo de la agresión, que en definitiva, encontrará su culmen en la resolución 3314(XXIX) de 14 de diciembre de 1974.

En efecto, como se ha venido comentando en otras oportunidades a lo largo del trabajo de investigación, la primera definición —buena o mala— que en Derecho Internacional se provee, es la que se contiene en la resolución 3314(XXIX), y la define en

<sup>257</sup> Obtenido del documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1, p. 187.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

palabras tan simples como que “*La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición.*”. Además en esta resolución la AG hace una importante consideración al estipular que la agresión “*...constituye la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza...*”<sup>258</sup>

En definitiva toda esta dinámica de importantes aportaciones que la AG ha sabido imprimir en su actuación como Órgano principal de las Naciones Unidas, encuentra uno de sus más acabados esfuerzos en la resolución 42/22 de la AG que contiene la Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales; adoptada en su 73ª sesión plenaria de 18 de noviembre de 1987. En esta resolución la AG sostiene de manera destacada que:

*“2. el principio de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales es universal en su carácter y es obligatorio para todos los Estados, cualesquiera que sean su sistema político, económico, social o cultural o sus relaciones de alianza.*

*(...)*

*4. los Estados tienen el deber de no instigar, alentar o ayudar a otros Estados a recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en violación de la Carta.*

*(...)*

*9. de conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas, los Estados tienen el deber de abstenerse de hacer propaganda a favor de las guerras de agresión.*

*10. no se reconocerá como adquisición u ocupación legal ni la adquisición de territorio que de la amenaza o el uso de la fuerza ni cualquier ocupación de territorio que se derive de la amenaza o el uso de la fuerza en contravención del derecho internacional.*

---

<sup>258</sup> En este mismo sentido la Asamblea General sostiene en otro lugar que: “*...cualquiera que sean las armas utilizadas, toda agresión, tanto si se la comete abiertamente como si se la lleva a cabo fomentando la guerra civil en beneficio de una Potencia extranjera, o de cualquier otra manera, constituye el más grave de todos los delitos contra la paz y la seguridad del mundo entero,*” resolución 380(V) La Paz por los hechos, 308ª sesión plenaria, 17 de noviembre de 1950.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*11. es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta.”*

Por su parte, la resolución 2625(XXV) de la Asamblea General, hizo una importante aportación, por un lado reconoció que el crimen de agresión era un crimen internacional:

*“A war of aggression constitutes a crime against the peace, for which there is responsibility under international law.*

*In accordance with the purposes and principles of the United Nations, States have the duty to refrain from propaganda for wars of aggression.”*<sup>259</sup>

Y por otro, se presume que en dicha resolución está impresa indeleblemente la *opinio iuris internacional*, ya que, así lo ha considerado la Corte Internacional de Justicia<sup>260</sup>, así nos lo informa la ComPrep:

*“Para determinar las normas jurídicas aplicables a las formas menos graves del uso de la fuerza, la Corte recurrió a las formulaciones contenidas en la Declaración sobre los principios del derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General), en la cual, a su juicio, los Estados que la adoptaron dieron “una indicación de su opinio juris” acerca del derecho internacional consuetudinario sobre la cuestión”*<sup>261</sup>

Ahora bien, estas resoluciones no son las únicas en que la Asamblea General se ha ocupado del tema de la agresión, para ello basta con echar un vistazo al gran número de resoluciones en las que ha considerado la agresión, y las cuales pueden muy bien ser agrupadas por orden a los Estados a los cuales se refiere en cada una de ellas, que suman siete grupos, y en más de cuarenta y cinco resoluciones que engruesan en mucho el

---

<sup>259</sup> Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, G.A. res. 2625, Annex, 25 UN GAOR, Supp. (No. 28), U.N. Doc. A/5217 at 121 (1970).

<sup>260</sup> Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos de América), Fondo del asunto, Sentencia, I.C.J. Reports 1986, pág. 14, pág. 101.

<sup>261</sup> PCNICC/2002/WGCA/L.1 Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, 24 de enero de 2002 Español.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

material institucional sobre el crimen de agresión. A continuación hacemos un listado de las resoluciones mencionadas:

<b><i>EN GENERAL:</i></b>	<b><i>COREA:</i></b>
95(I), 11/diciembre/1946; 377(V), 3/noviembre/1950; 2131(XX), 21/diciembre/1965; 2625(XXV), 24/octubre/1970; 3314(XXIX), 14/diciembre/1974;	498(V), 1/febrero/1951; 500(V), 18/mayo/1951; 712(VII), 28/agosto/1953; 2132(XX), 21/diciembre/1965.
<b><i>NAMIBIA:</i></b>	<b><i>SUDAFRICA:</i></b>
1899(XVIII), 11/noviembre/1963; s-9/2, 3/mayo/1978; 36/121A, 10/diciembre/1981; 37/233A, 20/diciembre/1982; 38/36A, 1diciembre/1983; 39/50A, 12/diciembre/1984; 40/97A, 13/diciembre/1985; 41/39A, 20/noviembre/1986; 42/14A, 6/noviembre/1987; 43/26A, 17/noviembre/1988.	1817(XVII), 18/diciembre/1962; 1954(XVIII), 11/diciembre/1963; 2508(XXIV), 21/noviembre/1969; 36/8, 28/octubre/1981; 36/172(A y C), 16/diciembre/1981; 38/14, 22/noviembre/1983; 38/39(A y C), 5/diciembre/1983; 39/72(A y G), 13/diciembre/1984.
<b><i>PORTUGAL:</i></b>	<b><i>ORIENTE MEDIO:</i></b>
2795(XXVI), 10/diciembre/1971; 3061(XXVIII), 2/noviembre/1973; 3113(XXVIII), 12/diciembre/1973.	181(II), 29/noviembre/1947; 3414(XXX), 5/diciembre/1975; 36/27, 13/noviembre/1981; 36/226, 17/diciembre/1981; 37/82, 9/diciembre/1982; 37/43, 3/diciembre/1982; 37/123(A y F), 16/diciembre/1982; 38/180(A y D), 19/diciembre/1983; 39/146 (A y B), 14/diciembre/1984; 40/168(A y B), 16/diciembre/1985; 41/162(A y B), 4/diciembre/1986; 42/209(B y C), 11/diciembre/1987; 43/54(A y B), 6/diciembre/1988; 44/40(A y B), 4/diciembre/1989; 45/83(A y B), 13/diciembre/1990.
<b><i>BOSNIA Y HERZEGOVINA:</i></b>	
46/242, 25/agosto/1992; 47/121, 7/abril/1992; 48/88, 29/diciembre/1993; 49/10, 3/noviembre/1994. *	

\* *La información se obtuvo y se reorganizó del documento: PCNICC/2002/WGCA/L.I Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, 24 de enero de 2002 Español, y la hemos cotejado y ampliado con la información que*

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

consta en la página de la Internet de la Asamblea General de las Naciones Unidas:  
<http://www.un.org/spanish/documents/resga.htm>

Nos parece importante también, en tener la oportunidad de exponer lo que en variadas ocasiones —en el concierto de las opiniones y criterios— se ha venido aportando por los estudiosos del Derecho Internacional. Por ello, nos disponemos a ocuparnos muy brevemente sobre lo que la doctrina iusinternacionalista<sup>262</sup> más destacada ha venido informando acerca de el alcance jurídico de la norma contenida en el artículo 2.4 de la Carta de San Francisco<sup>263</sup>, que es la base normativa de la criminalización de la agresión<sup>264</sup> —y por ende— del crimen de agresión<sup>265</sup>.

En efecto, la doctrina iusinternacional especializada ha venido ocupándose de la prohibición del uso de la fuerza en el Derecho Internacional contemporáneo, tanto de las cuestiones técnico-jurídicas de incidencia política que plantea este principio rector, como de su implicación para la vida institucional de la sociedad internacional. así el profesor CARRILLO SALCEDO sostiene que: “Desde un punto de vista jurídico, la Carta de las Naciones Unidas representa una concepción del orden internacional distinta de la de Westfalia. Esta nueva concepción se expresa, fundamentalmente, en las disposiciones de

---

<sup>262</sup> “Siempre que los hombres y las mujeres ha hablado de la guerra, lo han hecho contraponiendo el bien al mal. Y siempre ha habido también, mientras ha durado ese debate, quien lo ha ridiculizado, llamándolo farsa e insistiendo en que la guerra se encuentra más allá (o por debajo) del juicio moral.” WALZER, MICHAEL, *Guerra, política y moral*, Barcelona, Paidós, 2001, p.31

<sup>263</sup> Artículo 2 Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: (...)

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

<sup>264</sup> “Cuando un individuo es lesionado en su derecho, se hace irremisiblemente esta consideración, nacida de la cuestión que en su conciencia se plantea, y que él puede resolver según le parezca; si debe resistir al adversario o si debe ceder. Cualquiera que sea la solución, deberá hacer siempre un sacrificio; o bien ha de sacrificar el derecho a la paz o la paz al derecho. La cuestión planteada en estos términos, parece limitarse a saber cual de ambos sacrificios es menos oneroso”. VON IHERING, *la lucha por el Derecho...*, op. cit., 1983.

<sup>265</sup> “Ahora, la guerra no es un crimen, porque a lo menos tiene la apariencia de un caso de necesidad social, y su fin no es perjudicar a la nación, sino librarla de la destrucción.” GAROFALO, R., *La Criminología...*, op. cit., p. 62.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*la Carta que prohíben el recurso a la fuerza o a la amenaza de fuerza en las relaciones internacionales, de un lado, y las que obligan al arreglo pacífico de las controversias internacionales, de otro*"<sup>266</sup>.

En definitiva, concordamos con lo expuesto con el profesor de la hispalense, y ello es así por que pensamos que, después de la Conferencia de San Francisco en 1945, la sociedad internacional se encuentra ante una conciencia jurídica —operativa, funcional y activa— sobre la criminalidad de la agresión y de las guerras en general, y no sólo eso, sino que ella opera una concreción jurídica sin precedente ni parangón pues logra un desarrollo normativo sobre la cuestión y lo plasma en lo que a partir de ahí será la Carta constitutiva de la nueva Organización Internacional. Y además, no es sino hasta la creación de la ONU que el carácter criminal de la agresión encuentra su expresión como norma convencional positiva del Derecho Internacional general<sup>267</sup>; creando con ello un nuevo orden internacional sobre la base de una prohibición general del uso y amenaza de uso de la fuerza. La prohibición del uso y amenaza de uso de la fuerza en las relaciones internacionales entraña la criminalización de la agresión, y esto se identifica con una norma convencional que, encuentra su expresión positiva en el artículo 2.4. Y esta norma convencional comporta una evolución jurídica trascendental, pues en general, a partir de la Carta de San Francisco las relaciones internacionales parten de un presupuesto lógico insoslayable: el *statu quo* eclosionado como resulta de la Segunda Guerra Mundial; y la instauración, mantenimiento y consecución de la paz como un propósito fundamental de la ONU<sup>268</sup>.

En términos amplios, la doctrina iusinternacionalista se ha preocupado principalmente por dilucidar tres grandes ordenes de ideas, así: (1) lo referente al alcance

---

<sup>266</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., *El derecho internacional...*, op. cit., p. 82.

<sup>267</sup> “La guerra puede ser el único medio de hacerse justicia a falta de un juez; pero es un medio primitivo, salvaje y anti-civilizado, cuya desaparición es el primer paso de la civilización en la organización interior de cada Estado. Mientras él viva entre nación y nación, se puede decir que los Estados civilizados siguen siendo salvajes en su administración de justicia internacional.” ALBERDI, Juan Bautista, *El crimen de la guerra...*, op. cit., p. 28.

<sup>268</sup> En sentido con ello: “el contexto de la Carta muestra(...) que en el terreno de la seguridad internacional, y con respecto al uso de la fuerza, todos los demás propósitos de las Naciones Unidas deben subordinarse al propósito dominante fijado en el artículo 1, párrafo 1, que es “mantener la paz y seguridad internacionales”. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 113.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

jurídico de la norma y principio de prohibición de la fuerza; (2) las cuestiones referentes a la validez, permanencia y desarrollo tanto de la norma consuetudinaria, que contiene la prohibición del uso y amenaza de uso de la fuerza, como de la norma convencional a través de la evolución que la sociedad internacional ha sufrido; y por último, (3) los problemas que resultan de las cuestiones terminológico-interpretativas a la luz de las otras dos cuestiones mencionadas *supra*.

En cuanto a (1) lo referente al alcance jurídico de la norma y principio de prohibición de la fuerza; tanto los tribunales internacionales de Nüremberg y Tokio, como la doctrina, desde muy temprana época han aportado importantes ideas a la cuestión; en efecto, así por ejemplo para el profesor B. FERENÇZ la frase “...u otros quebrantamientos de la paz”<sup>269</sup> usada en el artículo 1.1 de la Carta de San Francisco, consigna aquellos entuertos que son de menor escala a una agresión pero que importan a la paz internacional comprometiéndola. Así nos comenta:

“In using words “other breaches of the peace” in adittions to the term “agresión”, it was intended to allow the Council to act, even if the unlawful duresss was something less than aggression, providing the improper means of coercion posed a threat to the security of a State.”<sup>270</sup>

Ahora bien, la prohibición del uso y amenaza de uso de la fuerza y su comportada criminalización de la agresión, debe ser entendida dentro de todo el sistema jurídico y político creado e instaurado por, y en virtud de, la ONU; pues según nos informa el profesor belga Charles de VISSCHER: “*La prevención de la utilización individual de la fuerza militar es el objetivo principal de la organización internacional, y no debe negarse que hay factores morales significativos en este asunto.*”<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> “Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”

<sup>270</sup> FERENÇZ, Benjamin, *Defining international aggression. The search for world peace...*, *op. cit.*, vol., I, p. 38.

<sup>271</sup> DE VISSCHER, CH., *Theries et realites en Droit...*, *op. cit.*, p. 331. en este sentido: “los derechos y obligaciones derivados de los principios imperativos tienen no sólo carácter jurídico, sino también moral”. LUKASHUK, I. I., “Morality and international Law”, *AJIL*, Vol. 14, No. 3-4, p. 327, 1974.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Volviendo un poco sobre la cuestión de la criminalización de la agresión como resultado de la prohibición contenida en el artículo 2.4 de la Carta, ya el Tribunal internacional de Nüremberg había sostenido que la renuncia al recurso de la guerra por parte de los Estados, comportaba el hecho de que una guerra de agresión era necesariamente un crimen de derecho internacional, así:

“...la solemne renuncia a la guerra como instrumento de política nacional necesariamente entraña la proposición de que una guerra de esa índole es ilegal en el derecho internacional, y de que quienes planean y hacen una guerra de esa índole, con sus inevitables y terribles consecuencias, están cometiendo un crimen al actuar de tal manera. Entre las guerras encaminadas a lograr la solución de las controversias internacionales emprendidas como instrumento de política nacional indudablemente están comprendidas las guerras de agresión, y por lo tanto las guerras de esa índole están proscritas por el Pacto.”<sup>272</sup>

En efecto, y sobre esta tesis la renuncia del uso y —además— amenaza de uso de la fuerza más acabada y consagrada de todo el decurso histórico es la que se contiene en el artículo 2.4 de la Carta, que no deja de tener algunos ángulos de apreciación viables, como los que se desprenden de los comentarios de destacados iusinternacionalistas, en el sentido de que por un lado se cuenta con un principio jurídico-ético y, de otro, nos encontramos con una suerte de barra de contención del quehacer político internacional; así *verbi gratia* las palabras del ilustre uruguayo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA cuando sostiene que “*El compromiso más importante de la Carta es el párrafo 4 del artículo 2, el cual prohíbe la amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Éste es*

---

<sup>272</sup> pagina 220 de la sentencia del tribunal de Nüremberg. “ En apoyo de esta interpretación, el Tribunal de Nüremberg consideró las siguientes expresiones solemnes de opinión formuladas con anterioridad: a) El artículo I del proyecto de Tratado de Asistencia Mutua patrocinado por la Sociedad de las Naciones, en el que se declaraba “que la guerra de agresión es un crimen internacional”; b) El preámbulo del Protocolo para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales de la Sociedad de las Naciones de 1924 (recomendado por unanimidad por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones a los miembros, pero nunca ratificado), en el que se declaraba que “una guerra de agresión ... es un crimen internacional”; c) El preámbulo de la declaración aprobada en 1927 por unanimidad por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones, en la que se decía que “una guerra de agresión jamás podrá servir como medio de resolver las controversias internacionales, y en consecuencia constituye un crimen internacional”; d) La resolución adoptada por unanimidad por 21 naciones en la Conferencia Panamericana de 1928 en la que se declaraba que la “guerra de agresión constituye un crimen internacional contra el género humano”. Obtenido del documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1: p.40.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*el principio de fundamental importancia del derecho internacional y la piedra angular de las relaciones pacíficas entre los Estados*”.<sup>273</sup>

Pero, en definitiva, es viable que nos preguntemos ¿se trata acaso de principios o normas de *lege ferenda*<sup>274</sup>, o por el contrario estamos ante una verdadera norma jurídica de índole formal y materialmente internacional?; bueno pues nosotros pensamos que en verdad nos encontramos ante una norma de validez jurídica relevante y positiva del DI general<sup>275</sup> y, en esto como en tantas otras cosas más, volvemos a estar de acuerdo con el profesor CARRILLO SALCEDO cuando afirma que:

“...la prohibición general del recurso a la fuerza o a la amenaza de fuerza, pues se trata no sólo de un principio civilizador sino, además, de una norma imperativa de Derecho internacional general.”<sup>276</sup>

Empero, el mismo profesor nos previene de los excesos de estas ideas, es decir, es necesario no montarse en el corcel de la emoción y el entusiasmo que puedan provocar y nos alejan de una visión objetiva, integral y realista sobre la cuestión, así el profesor al hablar sobre el arreglo pacífico de las controversias y la prohibición del recurso a la fuerza, nos dice que “es preciso *no exagerar el alcance de estos datos* pues la Carta de las Naciones Unidas *no ha eliminado el conjunto de principios que inspiraron el orden internacional de Westfalia; no ha establecido un autentico sistema de seguridad colectiva* que obligue jurídicamente a los Estados soberanos al arreglo judicial o arbitral

---

<sup>273</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past...*, *op. cit.*, p.87.

<sup>274</sup> “at least some *traditional forms of aggression* are prohibited by customary international law, and are not authorized under the head of *self-defense* pursuant to Article 51 of UN Charter. These forms of aggression may therefore be held to provide the objective elements of the crime. These instances of aggression, constituting the core of the notion at issue, are basically those envisaged in terms in the 1974 Definition, and confirmed, at least in part, by the ICJ in 1986.” CASSESE, Antonio, *International Criminal...*, *op. cit.*, p. 113.

<sup>275</sup> “El objetivo básico de cualquier organismo internacional de seguridad es la prohibición efectiva de la agresión entre las naciones, cuya contra partida es la subsistencia de la libertad de los Estados para usar la fuerza para “auto defenderse”. En otras palabras se busca la prevención o la represión del uso ilegal de la fuerza. La experiencia histórica nos muestra que los Estados nacionales definirán “agresión” y “autodefensa” según sus fines y su política, y por ello se necesita determinar el agresor en forma autorizada e imparcial” FRIEDMANN, WOLFGANG, *La nueva estructura del Derecho Internacional*, editorial Trillas, México 1967, p.304-305

<sup>276</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan A., Prologo al libro de MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1998.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

de las controversias en que sean partes y prive a los Estados soberanos de la legitimación para el uso jurídico de la fuerza; y, finalmente, *no ha establecido*, al crear la Organización de las Naciones Unidas, *una instancia de autoridad pública internacional superior a los Estados soberanos.*<sup>277</sup>

Empero, las ideas esbozadas *supra*, pensamos que en general la prohibición contenida en el artículo 2.4 es expresión de la normatividad que se destila del DI consuetudinario en virtud que se encuentra inserta en un proceso de evolución jurídica experimentado por la sociedad internacional<sup>278</sup>. Así pues, nos encontramos en sintonía dialéctica con el profesor austriaco Alfred VERDROSS cuando afirma que:

“La prohibición contenida en el artículo 2(4) del Estatuto de la ONU, considerablemente va más allá de la prohibición de la guerra, contenida en el Estatuto de la Liga de Naciones Unidas y en el Pacto Brian-Kellogg. El Estatuto de la Liga de Naciones, contenía sólo algunas prohibiciones a la guerra. Naturalmente, el Estatuto de la Liga aun explícitamente permitió la guerra como medio de realización del derecho en caso de que el análisis de un asunto en el Consejo de la Liga terminara sin resultado (para la adopción de las resoluciones se exigió unanimidad de los miembros del Consejo: G.T.).

Por primera vez se prohibió la guerra en el Pacto Brian-Kellogg, pero sólo “en calidad de instrumento de política nacional”, y no otros medios de auto-ayuda a través del uso de la fuerza. En contraste con esto, el Estatuto de la Carta de Naciones Unidas, establece una prohibición universal del uso de la fuerza.”<sup>279</sup>

Como ya vimos *supra* la doctrina iusinternacionalista también se ha venido ocupando de las cuestiones que se desprenden de (2) *la validez, permanencia y desarrollo de la norma convencional y consuetudinaria que contiene el principio de prohibición de*

---

<sup>277</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., *El derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>278</sup> “Dos ideas-eje parecen haber presidido esta última fase: de un lado, la ideología del *funcionalismo*, con su convicción de que la paz se construye a través del aprendizaje, la práctica y la generalización de la cooperación internacional en ámbitos y materias técnicas, al margen de los enfrentamientos políticos que son inevitables en una Organización Internacional de competencias generales, políticas; de otro, la ideología de la *seguridad colectiva*, con su convicción de que el mantenimiento de la paz es una responsabilidad de la comunidad internacional organizada, lo que significa un mecanismo institucionalizado para el arreglo pacífico de controversias y para la acción colectiva en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión”. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>279</sup> La cita es de, TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 185.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

la fuerza, podemos exponer que los argumentos que se esgrimen a tal efecto tienen como base la práctica real de los Estados y la concreción de la norma en DI, y en este orden hay quienes sostienen la existencia de una separación entre práctica y norma<sup>280</sup>; y hay quienes no solamente ven un reajuste entre la norma convencional y la norma consuetudinaria, sino un desfase entre ambas normas del cual sale victoriosa la consuetudinaria rebasando con mucho a la convencional; según nos comparte la profesora MÁRQUEZ CARRASCO, "...se debe a la consideración de la conducta efectiva de los Estados (práctica efectiva) como soporte esencial si no exclusivo del elemento material de la norma consuetudinaria. Consecuentemente, esta perspectiva conlleva el rechazo de las declaraciones generales, tomas de posición de los Estados en foros internacionales, resoluciones de órganos internacionales, etc., en cuanto precedentes que contribuyan a la formación de una norma consuetudinaria."<sup>281</sup>

Así, sobre ello, podemos observar que, para un sector de la doctrina iusinternacional, la normativa que contiene la prohibición de uso y amenaza de uso de la fuerza a la luz de la realidad y del desarrollo normativo que le es propio, ha devenido en un alcance general relativo<sup>282</sup>, la misma profesora MÁRQUEZ CARRASCO nos informa que, entre la doctrina española, encontramos a autores como: CARRILLO SALCEDO, REMIRO BROTONS, GUTIERREZ ESPADA, PUEYO LOSA, BERMEJO GARCIA y RAMÓN CHARNET.<sup>283</sup>

Ahora bien, en esta tesitura podemos observar que, para algunos, la prohibición del artículo 2.4 no es ni con mucho absoluta, sino que por el contrario, puede admitir muy específicas excepciones y limitantes; así R. GRIFFITHS nos propone:

---

<sup>280</sup> "La guerra es una simple continuación, por otros medios de la política. Veamos pues que la guerra no ya solo es un acto político, sino un verdadero instrumento político, una continuación de las relaciones políticas, una realización de estas por otros medios. (...) la intención política constituye el fin, en tanto que la guerra es el medio, y no cabe concebir el medio independiente del fin." CLAUSEWITZ, CLAUD VON, *Arte y ciencia de la guerra*, (versión en castellano de Ramón Ormazábal) México, Grijalbo, 1972, p. 31 y 32.

<sup>281</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>282</sup> "The general rules of State responsibility are not attuned to the tremendous implications of an aggressive war as a violation of *jus cogens* and a crime." DINSTEIN, Yoram, *War, aggression and self-defence*, Cambridge, Grotius, 1994, p. 111.

<sup>283</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 53.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

“Having thus established what we understand by the concept of “aggression”, one is in a position to go on to consider the circumstances in which the use of force will not constitute a Crime of Aggression. I will argue that since the prohibition in the Charter of the United Nations is absolute save for Articles 42 and 51, the acceptable use of force is limited to three sets of circumstances that can conveniently be termed:

- Authorization (by the United Nations)
- Invitation (by the territorial state)
- Self-defence”<sup>284</sup>

Existe también quien no sólo se decanta por la relatividad de la prohibición del uso de la fuerza, sino que además, propugnan por la inexistencia de semejante prohibición tanto en derecho convencional, pero sobre todo, en el consuetudinario. Según TUNKIN toda esta corriente de doctrinarios se basan en las erudiciones esgrimidas por unos sociólogos destacados que en general simpatizan con la “política de fuerza”; y sostienen que ni la adopción de la Carta autoriza a sostener que el uso de la fuerza se encuentra prohibido. De entre estos sociólogos que TUNKIN bautiza de “burgueses”, se encuentran: MORGENTHAU, ARON y MARCEL MERLE. Así aron afirma que “es difícil imaginar un orden jurídico “que no prohíba a los sujetos hacerse justicia por si mismos y que no les prohíba recurrir a la fuerza, de acuerdo a su propio criterio y tomando en cuenta sus propios intereses egoístas”<sup>285</sup>. Por su parta MARCEL MERLE indica que “es, por su puesto, cierto que el uso de la fuerza en las relaciones entre los Estados continua siendo legitimo”<sup>286</sup>

Así pues dentro de los doctrinarios que sostienen que no existe en realidad la prohibición del uso de la fuerza en DI general, según TUNKIN se encuentran: KELSEN, QUADRI, VISSCHER Y ROUSSEAU.

Nosotros nos decantamos por la idea de que en general la prohibición contenida en el artículo 2.4 se identifica con una norma imperativa y es expresión positiva del desarrollo progresivo del DI consuetudinario, así pues nos plantamos en la misma tesitura que ya la CDI había sostenido al respecto:

---

<sup>284</sup> GRIFFITHS, Richard L., “International law, the crime of aggression and...”, *op. cit.*, p. 301.

<sup>285</sup> TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 182.

<sup>286</sup> *Ídem.*

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

“the law of the charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of *jus cogens*”<sup>287</sup>

Además, la norma jurídica que prohíbe el uso de la fuerza en Derecho Internacional no depende —como en general en todo sistema jurídico— de la efectividad del régimen de sanciones implementado<sup>288</sup>; esto es necesario destacarlo, pues, sirve de base a muchos sectores de la doctrina para desplegar su arsenal argumental contra la norma que prohíbe el uso de fuerza. En palabras de la profesora MARQUEZ CARRASCO la cuestión se plantea así:

“la debilidad de las respuestas internacionales no se debe tanto a la falta de eficacia real de la norma en cuestión, a la imprecisión de su contenido o a que carezca de naturaleza jurídica, sino a la ausencia de un mecanismo institucional que establezca un sistema de sanciones adecuado y pertinente, deficiencia que en términos más amplios constituye una carencia estructural del orden jurídico internacional.”<sup>289</sup>

Otra de las cuestiones sobre las que, ya dijimos, se ha ocupado la doctrina iusinternacionalista es la que se identifica con (3) *los problemas que resultan de las cuestiones terminológico-interpretativas a la luz de las otras dos cuestiones* de las que ya nos ocupamos antes. En definitiva esto es importante pues, la Carta utiliza cierto lenguaje que, por lo menos, suscita diferentes interpretaciones. Así por ejemplo es necesario saber que debemos entender por *fuerza*, *amenaza*, *relaciones internacionales* y *Estado*. Y la doctrina iusinternacional ha tratado de desvelar los contornos y alcances de dichos términos<sup>290</sup>; sin embargo para el trabajo que aquí nos ocupa, es relevante en especial, el poder dilucidar dos cuestiones: la fuerza y la amenaza.

---

<sup>287</sup> commentary of the Commission to Article 50 of its draft Articles on the Law of Treaties. ILC Yearbook, 1966-II, p. 247.

<sup>288</sup> “The absence of meaningful sanction calculated to enforced respect for legal norms is a pervasive problem in very branch of international law, but nowhere is the need for such sanctions more evident than in the domain of the *jus ad bellum*.” DINSTEIN, Yoram, *War, aggression...*, *op. cit.*, p. 117.

<sup>289</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>290</sup> “Unlike the Kellog-Briand Pact, the Charter is a prohibition on the threat and use of force, rather than "war". The words of the Charter were not arrived at by chance, but rather, by choice: The development from the words of the Kellog-Briand Pact to the wording of the Charter was deliberate. It had soon been realized after the adoption of the Kellog-Briand Pact that the association of the word "war" with a technical condition of states meant states might contend

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Así pues, la primera cuestión que se presenta es ¿a qué tipo de fuerza se refiere la Carta? Y ya dilucidado a que tipo de fuerza se refiere la Carta, debemos contestar ¿Qué comprende el término fuerza? Pues bien, según la profesora MARQUEZ CARRASCO “dado que nadie discute que la fuerza armada está prohibida por la Carta, el problema reside en determinar si aquel término se refiere exclusivamente a la fuerza armada, o si también incluye otras manifestaciones de la coacción, política y económica.”<sup>291</sup>. En efecto y para determinar si es que se refiere a otras coacciones además de la armada, se atiende al posterior desarrollo de la cuestión<sup>292</sup>, así se tienen en cuenta las resoluciones de la Asamblea General, en particular la 3314(XXIX), la 2625(XXV) y la 42/22; así como los trabajos preparatorios de la Carta de San Francisco. Así por ejemplo Richard GRIFFITHS nos plantea que:

“The logical question that flows from this is that of what constitutes “armed force”? Article 3 of the Definition of Aggression 1974 offers some guidance of what will be regarded as armed force, but is neither exhaustive nor authoritative. This, in the writer’s opinion, is as it should be, since an enumeration of acts that purports to be exhaustive will quickly become technologically outdated and will be subjected to a rigorous search

---

that their use of force, since it fell short of “war” did not violate the prohibition of the Pact. The words of Article 2(4) of the Charter were intended to fill this gap. What was now prohibited was the deliberate initiation of a situation of force. Henceforth, there was to be no room for the argument about whether or not the hostilities amounted to war. However, a careful reading of Article 2(4) shows that the prohibition does not prevent states using force in their international relations, merely its use in a manner inconsistent with the purposes of the United Nations.” GRIFFITHS, Richard L., “International law, the crime of aggression and...”, *op. cit.*, p. 308.

<sup>291</sup> MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>292</sup> “The remaining preliminary to the exercise of determining when the use of force will and will not be contrary to the Charter is to establish what the Charter means by “force”. The obvious difference between Article 1 of the Definition of Aggression and Article 2(4) of the United Nations Charter is that the former talks of “armed force” while the latter uses the apparently broader concept of “force”. However, on a proper interpretation Article 2(4) is limited to armed force and does not cover such matters as political and economic coercion.<sup>51</sup> Several developing and newly independent countries have claimed that the prohibition contained in Article 2(4) also extends to the use of political and economic force.<sup>52</sup> Whilst the wording of the Charter does allow this interpretation, the wider context is against it. Paragraph 7 of the Preamble to the Charter states that one of the Organisation’s goals is that “armed force shall not be used, save in the common interest”. Likewise, Article 44 of the Charter implicitly links “force” with “armed force”. The travaux préparatoires of the Charter also supports the view that “force” means “armed force” as it records that a proposal by Brazil at the San Francisco conference that the prohibition be extended to cover economic coercion was explicitly rejected.” GRIFFITHS, Richard L., “International law, the crime of aggression and...”, *op. cit.*, p. 308.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

for loopholes and omissions reducing its impact. The term “armed force” is, in the writer’s view, sufficiently clear in and of itself to convey the meaning attached to it.”<sup>293</sup>

Ahora bien, resta por saber si todo uso de la fuerza es ilegítimo, es decir, ya vemos que el término “fuerza” significa fuerza armada y no económica ni política, pero existen diversos niveles de fuerza a ser utilizados, y además están las excepciones a la prohibición<sup>294</sup>, luego no le falta razón a la profesora MARQUEZ al plantear lo antes citado. Por su parte el profesor Max SORENSEN nos comenta:

“lo sorprendente en esta reglamentación es la referencia a la “amenaza y al uso de la fuerza” en lugar de la “guerra” o “recurso a la guerra”. (...) la Carta también comprende, sin duda alguna, el uso de la fuerza armada que no llega a ser guerra.”<sup>295</sup>

En cuanto a la cuestión de la “amenaza” de uso de la fuerza podemos acotar que si bien es difícil establecer el contenido y alcance de la prohibición del uso de la fuerza en Derecho Internacional, mayor dificultad presenta la prohibición de la *amenaza*, pues si la fuerza es un término discutido pero al fin y al cabo objetivo, la *amenaza* no es en definitiva muy objetivo que digamos, pues no estamos ante un grado de realización como en el caso de la *tentativa* por ejemplo, sino de una manifestación autónoma al ejercicio de una acción de fuerza. Por su parte el iusinternacionalista JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA nos plantea —en un esfuerzo de objetivación— lo que él entiende por *amenaza de uso de fuerza*; así nos dice que:

“El párrafo amenaza de la fuerza es, por ejemplo, el anuncio previo de un acto de violencia, tal como un ultimátum anunciando el recurso a medidas militares si ciertas demandas no son aceptadas. Una amenaza de la fuerza podría también expresarse implícitamente mediante ciertos actos tales como “una demostración de fuerza para los propósitos de ejercer presión política”, la repentina concentración de tropas en un área fronteriza en una 4 del artículo 2 desecha no solamente el uso sino también la amenaza

---

<sup>293</sup> Idem, p. 317.

<sup>294</sup> “Las represalias armadas para obtener satisfacción por una ofensa o cualquier intervención armada como un instrumento de política nacional, que no sea para la legítima defensa, es ilegal conforme a la Carta (...) Así, la única cuestión es, cual es el alcance de la excepción de la legítima defensa” Sir Humphrey Waldock, *The use of force in International Law*, 81 Hague Recueil (1952,II), p. 493. Citado por MARION LAUDY, *Nicaragua ante la Corte Internacional...*, *op. cit.*, p. 170.

<sup>295</sup> SORENSEN, Max, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 685.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

de la fuerza. Una a situación de disputa fronteriza existente, o el despliegue de fuerzas por medio de barcos de guerra cerca de las costas de otro Estado.”<sup>296</sup>

Sobre el tópico es de excepcional valor las aportaciones que por vía consultiva la Corte Internacional de Justicia sostiene respecto de la delimitación conceptual de amenaza. Así en su Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, sobre la Legalidad de la amenaza o de la utilización de las armas nucleares, la Corte sostuvo que:

“Los conceptos de “amenaza” y de “uso” de la fuerza con arreglo al párrafo 4 del artículo 2 de la Carta van unidos en el sentido de que, si el mismo uso de la fuerza en ciertos casos es ilícito, cualquiera que sea la razón, la amenaza de recurrir a esa fuerza será igualmente ilícita. En resumidas cuentas, para que se considere legítimo el anuncio por un Estado de que está dispuesto a recurrir a la fuerza debe referirse a un uso de la fuerza que esté en conformidad con la Carta.”

Empero, en nuestra opinión, la Corte al supeditar y tender un lazo entre ambos conceptos, no hace sino desvirtuar —al restringir y materializar— el alcance del término “amenaza”, pues para nosotros lo que en realidad se encuentra prohibido en la Carta es la *actitud amenazante*, o en otras palabras, el “*animus*” *amenazante e intimidatorio*, con independencia de la dimensión material de ese *animus amenazante*, que puede identificarse con ciertos usos ilegítimos de fuerza en DI, pero que no forman parte integrante de la amenaza en sí.

A manera de corolario, queremos finalizar este apartado anotando que, suele tenerseles en no alta estima a los esfuerzos y desarrollos normativos, que en diferentes épocas, se han realizado para alcanzar la proscripción de la agresión y de la guerra en general, así pues se argumenta que a pesar de lo establecido en las conferencias de la Haya y Ginebra la primera Guerra Mundial estalló, y que luego como resultado de ello se estableció un nuevo orden internacional concretado en el Tratado de Versalles que contenía los Estatutos de la Sociedad de las Naciones, que introdujo un escaño normativo más tendiente a la limitación del recurso de la guerra, y sin embargo, dicho estadio normativo de la proscripción de la guerra no evitó el desencadenamiento de la Segunda Guerra Mundial, ésta se efectuó y con mayor poder destructor que la anterior guerra mundial; así pues, luego del advenimiento de la era de la ONU el artículo 2.4 prohíbe el

---

<sup>296</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 159 Hague Recuil (1978-I) citado por: MARION LAUDY, *Nicaragua ante la Corte Internacional...*, *op. cit.*, p.215.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

recurso a la fuerza, lo cual no obsta para que en este periodo histórico el fenómeno bélico haya encontrado algunas de sus más emblemáticas manifestaciones. Así por ejemplo, encontramos que el profesor Charles Rousseau sostiene que “Las disposiciones del *Estatuto* de la ONU, no han sido más respetadas que las correspondientes disposiciones del *Estatuto* de la Liga de Naciones o del Pacto Brian-Kellog”<sup>297</sup>.

Todos los anteriores argumentos no sólo son ciertos sino, además —y sobre todo—, válidos pero, acaso no podremos argumentar lo mismo respecto de un sin número de categorías jurídicas criminales pertenecientes al derecho penal interno, como lo serían: el delito de homicidio, el de robo, el de fraude, el de violación, etc. Y no se nos ocurre decir que como existen muchos casos de violación y de robos y de asesinatos, entonces el derecho ha fallado, o lo que es peor, que estas categorías jurídicas criminales no existen pues no han logrado erradicar este tipo de conductas de los seres humanos en sociedad. Pues bien, el añejo anhelo de la humanidad de alcanzar la paz y conseguir su propia seguridad, encuentra en el crimen de agresión su expresión más acabada —y en nuestra opinión la última—, pues nunca se logrará la erradicación de la violencia máxima, que es la guerra, sólo se pretende con su criminalización proteger a la humanidad y a la sociedad internacional de aquellos personajes que atentan contra ella. Es decir ¿se logrará por medio del crimen de agresión la paz perpetua, o la erradicación de la guerra de las relaciones entre los Estados? Pensamos que no, no se logrará, empero, se ajusticiarán a todos aquellos que cometan este crimen, con lo que se perfila la persuasión legal de la conducta prohibida y se da ejemplaridad a todos aquellos que pretendan cometer el crimen de agresión.

En otras palabras: existe una gran evolución cultural operada entre, la venganza por mano propia (de la ley del Talión) como sistema social de justicia, y el establecimiento de todo un entramado institucional de la aplicación de la justicia organizada social y estatalmente, y sin embargo siguen ocurriendo —desde que el hombre pisó la tierra hasta que la abandone— todo tipo de crímenes que no hacen más que actualizar los supuestos consagrados por la norma, y que en ningún caso desvirtúan esa evolución cultural humana de la que hablamos; pues en tratándose del crimen de agresión esto mismo se aplica, esta misma evolución se aprecia entre la época del *ius ad*

---

<sup>297</sup> cita de: TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 184.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*bellum* pretendidamente ilimitado, y la era de la prohibición de la fuerza y la criminalización de ésta en la era de la ONU. En todo caso la guerra seguirá apareciendo, mas ya no con las mismas consecuencias que antaño, donde sólo actualizaba los derechos bélicos y belicosos del adversario, hoy se actualiza no un catalogo de derechos de la contraparte, sino sobre todo: un crimen. Un crimen en virtud del cual se pone en marcha una reacción institucionalizada de la sociedad internacional en su conjunto.

Además, tratándose en concreto de la normatividad que prohíbe el uso y amenaza de uso de la fuerza, como ya tuvimos la oportunidad de sostener antes, *“la sociedad internacional en su conjunto no ha dado marcha atrás al proceso de criminalización de la barbarie —en clave de crimen de agresión— lo que significaría una involución jurídica trascendental y evidente, sino que todas las retrotracciones realizados a estos procesos han sido sólo por vía de los hechos y siempre agudizando cada vez más los argumentos jurídicos y políticos para su justificación. Así ello, podemos ver que todas las veces que los Estados han recurrido al recurso de la guerra, estos han tratado de encontrar justificación a ello —ya sea en su justa causa o simplemente en recta legalidad— pero siempre desde una dialéctica dictada por este estadio de evolución jurídica de la sociedad internacional”*<sup>298</sup>. En un sentido análogo, el destacado iusinternacionalista profesor A. REMIRO BROTONS nos comenta:

“... a pesar de los intentos de acoso, la normativa de la prohibición se ha mostrado irreversible e irreductible. Incluso en la conciencia de los presuntos infractores. Estos, buscando para sus comportamientos el amparo del Derecho, se han guardado muy mucho de reconocer sus presuntas violaciones, arguyendo siempre legítima defensa o cualquier otra circunstancia excluyente del ilícito cometido (...) e incluso sosteniendo que su acción no se encontraba entre las prohibidas por el artículo 2.4. Esta obsesiva necesidad estatal de justificar y encontrar acomodo en la legalidad internacional a comportamientos tocados por la ilicitud, ha resultado en el fortalecimiento, en la vigorización de la propia norma, afirmada así por vía indirecta incluso por aquellos que la desconocen.”<sup>299</sup>

---

<sup>298</sup> Capítulo II.2. La dinámica de consolidación.

<sup>299</sup> REMIRO BROTONS Antonio, *Derecho internacional...*, op. cit., p. 910.

***CAPITULO IV.  
EL CRIMEN DE AGRESIÓN  
EN PERSPECTIVA TEÓRICA***

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### ***EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN PERSPECTIVA TEÓRICA***

*“Tienen los utópicos la guerra por cosa bestial — aunque sea menos frecuente entre las fieras que entre los hombres—, la abominan, y, al revés de la mayor parte de los demás pueblos, estiman que no hay cosa más despreciable que la gloria guerrera.”*  
300

Según hemos venido viendo en los capítulos anteriores, en el transcurrir de la historia de la humanidad ha existido el anhelo de conseguir la paz entre sus congéneres, y esta aspiración humana se ha perfilado con miras a llegar a la proscripción de la guerra entre los seres humanos, y esto encuentra su escenario en el momento en que entra en escena de la historia el Estado como tal, por que es precisamente a partir de este momento histórico cuando el fenómeno bélico tiene su acmé y se perfila como una de las más grandes depravaciones de la cultura humana en su conjunto; toda esta dinámica trae consigo una insoslayable conciencia de que la guerra es un mal endémico de —y para— la humanidad, por lo que se opera un fenómeno de criminalización de la guerra, tanto en el desarrollo de ésta, como en su faceta de agresión, así pues de tratar de regular inicialmente el *ius ad bellum* (para evitarla, en función del valor de la paz), y de establecer el *ius in bello* (para contenerla dentro de parámetros de fines humanos), se asciende gradualmente al *ius contra bellum*.

Empero, estos principios de proscripción —o de puesta fuera de la ley— de la guerra —y muy particularmente de la agresión— son susceptibles de contener en ellos un universo conflictivo a la hora de tratar de hacerlos efectivos, por ello, es menester tratar de indagar su naturaleza y alcance jurídicos, con el fin de estar en condiciones de evaluar en su justa medida la inclusión del crimen de agresión en el Derecho Internacional Penal de Roma como expresión jurídico-positiva de la norma jurídica que contiene la prohibición de la agresión en las relaciones internacionales. Todo lo anterior nos servirá de una base dialéctico-jurídica más o menos segura como para abordar las subsecuentes cuestiones que plantea al jurista, al político, al humanista en general pues, el crimen de agresión: su aporía, en sí, sus problemas actuales.

---

<sup>300</sup> TOMÁS MORO, *Utopía*. segundo Libro, Del Arte de Guerrear.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Así ello, pretendemos aproximarnos al universo aporético o de la problematicidad del crimen de agresión desde una perspectiva teórica, y lo haremos como antesala del siguiente capítulo, ya que en aquel, nos aproximaremos desde otras coordenadas de análisis, pues nos centraremos en la problematicidad del crimen dentro del Estatuto de Roma. Entonces, el universo aporético en perspectiva teórica del crimen de agresión se nos presenta nos sugiere las siguientes cuestiones:

- tratar de dilucidar los problemas que se derivan de la cuestión terminológica, para procurar eludir las erratas conceptuales;
- tratar de delinear en la medida de lo posible la naturaleza jurídica del crimen de agresión;
- Hacer un ejercicio de ubicación del crimen en cuestión dentro del universo jurídico.

Creemos firmemente que circunscribir el estudio de la problematicidad que el crimen de agresión presenta, a su inclusión dentro del entramado jurídico del Estatuto de Roma, es algo inconcluso; pues es necesario esforzarnos por tratar de erigir cierta estructura teórico-conceptual que nos sirva de base para acometer un ejercicio analítico más técnico-jurídico y puntual más adelante cuando nos ocupemos de los problematicidad del crimen de agresión dentro del Estatuto de Roma en el siguiente capítulo. Por lo que, este capítulo lo presentaremos de la forma antes esbozada.

# *Crimen de agresión: problemas actuales*

## **1. EL PROBLEMA DE LA ESPECIFICACIÓN TERMINOLÓGICA**

*“Entonces Yahvé Dios formó de la tierra a todos los animales del campo y a todas las aves del cielo, y los llevó ante el hombre para que les pusiera nombre. Y el nombre de todo ser viviente había de ser el que el hombre le había dado. El hombre puso nombre a todos los animales, a las aves del cielo y a las fieras salvajes. Pero no se encontró a ninguno que fuera a su altura y lo ayudara” Génesis, II, 19 y 20.*

Cuanta razón tenía el tristemente celebre ex presidente de México José López Portillo y Pacheco al escribir que:

“Realmente el hombre se hizo tal cuando dio, a cada cosa su nombre: es la primera función ordenadora de su razón; vehículo fundamental de comunicación.(...) El nombre es la primera y necesaria característica lógica del conocimiento; es identificación; es precisión; es orden.”<sup>301</sup>

Por ello, hemos querido afanarnos en abordar la cuestión del problema de la especificación terminológica, y así estar en posesión de cierta capacidad de entender mejor la terminología que tanto la doctrina iusinternacionalista, como nosotros usamos al tratar en general el tema del crimen de agresión. Así pues, vamos a ocuparnos en exponer la diferente nomenclatura que ha venido usándose para referirse al crimen de agresión, y de cómo este asunto ha podido influir en la evolución del crimen en cuestión; veremos también que la evolución experimentada desde Nüremberg y Tokio, hasta la Corte Penal Internacional, no ha sido sólo nominal, sino también —y sobre todo— cualitativa, pues la agresión de ser una conducta subyacente de un crimen ( contra la paz), pasa a ser un crimen autónomo y concreto; y también trataremos de dilucidar algunos de los términos utilizados en Derecho<sup>302</sup> Internacional que tienen relación con nuestro crimen y que se prestan a confusión.

---

<sup>301</sup> *Teoría y génesis del Estado moderno*, México, editorial Porrúa, 1974.

<sup>302</sup> “Cuando una persona emplea la palabra “derecho”, unos entienden ley vigente (como cada uno la interprete); otros pautas eficaces y predecibles de conducta (como cada uno las induzca); otros justicia (como cada uno la prefiera). Pero todos ellos creen estar hablando del mismo objeto, lo que no puede sino multiplicar los acuerdos ficticios y trabar los reales”. GUIBOURG, RICARDO, *Deber y Saber*, México, distribuciones FONTAMARA, 1997, p. 21.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### ***A. LA EVOLUCIÓN OPERADA, DEL CRIMEN CONTRA LA PAZ AL CRIMEN DE AGRESIÓN, ¿SÓLO NOMINAL O TAMBIÉN SUSTANCIAL?***

Si observamos con detenimiento el legado jurídico que suponen tanto el Estatuto de Núremberg<sup>303</sup>, como los procesos y sentencias de Núremberg y Tokio, nos percataremos que en estos importantísimos documentos lo que se consagra es: el crimen contra la paz, y no el crimen de agresión propiamente dicho. Este dato suscita algunas interrogantes que son importantes de plantear y contestar; y así lo haremos, ¿tiene esto alguna relevancia?, es decir, ¿Qué implicaciones tiene el hecho de que en los Tribunales internacionales posteriores a la Segunda guerra Mundial se haya consignado tanto la existencia como el ajusticiamiento del crimen contra la paz, y no el del crimen de agresión?, ¿son crímenes diferentes y diferenciados, o son el mismo crimen con nomenclatura diferente? En efecto, estas cuestiones nos avocaremos a dilucidar lo mejor posible.

En el Estatuto del Tribunal de Núremberg se consignaba en su artículo 6 el crimen contra la paz, y lo hacía en los siguientes términos:

“Artículo 6. El Tribunal creado por el acuerdo mencionado en el artículo 1 del presente Estatuto para el juicio y castigo de los principales criminales de guerra de los países del Eje europeo será competente para juzgar y castigar a las personas que, actuando en interés de los países del Eje europeo, a título individual o en carácter de miembros de organizaciones, hayan cometido alguno de los crímenes siguientes.

Todos y cada uno de los actos siguientes son delitos sobre los que tiene competencia el Tribunal y entrañarán responsabilidad individual:

*a) Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados...”* (énfasis añadido)

---

<sup>303</sup> Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 82, pág. 279

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Como podremos ver, llevar a cabo una guerra de agresión constituía un crimen contra la paz, es decir, que el crimen internacional consignado en el Estatuto de Núremberg era el crimen contra la paz, y que este contaba con una conducta subyacente que era: la guerra de agresión. En una muy parecida redacción, el Tribunal de Tokio, estipulaba:

“Artículo 5. Competencia respecto de personas y delitos. El Tribunal tendrá competencia para juzgar y castigar a los criminales de guerra del Lejano Oriente a quienes, en carácter individual o en calidad de miembros de organizaciones, se les imputen delitos que comprendan crímenes contra la paz. Todos y cada uno de los actos siguientes son delitos sobre los que tiene competencia el Tribunal y entrañarán responsabilidad individual:

a) Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra declarada o no declarada de agresión o una guerra que viole el derecho internacional o tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados;”

A la par de los Tribunales Internacionales de Núremberg y Tokio, tenemos la creación de los tribunales que, en base a la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado<sup>304</sup>. Esta Ley No. 10 estipulaba en su artículo II que:

*“1. Cada uno de los actos siguientes queda reconocido como un crimen:*

*a) Crímenes contra la paz: La iniciación de invasiones de otros países y guerras de agresión en violación de leyes y tratados internacionales, comprendiendo, sin que la enumeración tenga carácter limitativo, la planificación, la preparación, la iniciación o la realización de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o la participación en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados.”*

En seguida de los Tribunales Internacionales, y como parte de los primeros actos en la materia, la Asamblea General de la ONU, en su resolución 95(I) de 11 de diciembre de 1946 adoptó los *“Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal”*. En esta resolución la AG consigno que:

---

<sup>304</sup> “Ley N° 10 del Consejo de Control, Castigo de las personas culpables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y contra la humanidad, cuyo texto figura en *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, United States Government Printing Office, 1951, vol. III, pág. XVIII* [en adelante denominada Ley N° 10 del Consejo de Control].” PCNICC/2002/WGCA/L.1.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*“Principle VI*

*The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law:*

*(a) Crimes against peace:*

*(i) Planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression or a war in violation of international treaties, agreements or assurances;*

*(ii) Participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the acts mentioned under (i).”*

Como se advierte la resolución solamente reproduce lo estipulado por el Estatuto de Nüremberg; así que la cuestión por el momento sigue en igualdad.

Como consecuencia de la dinámica de desarrollo progresivo y codificación del Derecho Internacional que se produjo justo después de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, la Comisión de Derecho Internacional comienza a ocuparse del tema de la agresión como complemento de la creación de una Corte internacional Penal, y a instancias de la AG. Como resultado de este trabajo de la CDI se llegó a dos proyectos de Códigos, uno en 1954 y otro en 1996. En su “Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind” de 1954, la CDI consignó lo siguiente:

Article 1. Offences against the peace and security of mankind, as defined in this Code, are crimes under international law, for which the responsible individuals shall be punished.

Article 2. The following acts are offences against the peace and security of mankind:

(1) Any act of aggression, including the employment by the authorities of a State of armed force against another State for any purpose other than national or collective self-defence or in pursuance of a decision or recommendation of a competent organ of the United Nations.

Cabe mencionar que en este proyecto la CDI utiliza el término “offence”, luego por su propia iniciativa, la CDI sugiere a la AG que se sustituya tal término por el de “crime” por considerarlo más eficiente dentro del DI. Esta dinámica codificadora de la CDI fue igualmente puesta en “sano reposo” en tanto se llegaba a una definición de la agresión en Derecho Internacional, y así la vida del mismo Código quedó supeditada a dicha definición. Por ello la Asamblea General de la ONU en 14 de diciembre de 1974 adoptó la resolución 3314(XXIX) en la cual se estipulaba que:

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*“Considering also that, since aggression is the most serious and dangerous form of the illegal use of force, being fraught, in the conditions created by the existence of all types of weapons of mass destruction, with the possible threat of a world conflict and all its catastrophic consequences, aggression should be defined at the present stage(...)*

*Article I. Aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, as set out in this Definition.*

*Article 5.2. A war of aggression is a crime against international peace. Aggression gives rise to international responsibility.”*

En esta resolución se observa que la Asamblea General también considera al agresión como parte integrante del crimen más genérico del crimen contra la paz.

Más tarde, y en virtud de la adopción de la resolución 3314(XXIX) de 1974 por la AG, se reactiva el trabajo de la CDI sobre la cuestión del establecimiento de una Corte Penal Internacional y amen sobre la cuestión de la agresión. Luego de algunos proyectos de Código, la CDI emite su último Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. En este Proyecto de Código se utiliza por primera vez el termino “crimen de agresión” como categoría jurídico-criminal autónomo del crimen contra la paz y ya no como una conducta subyacente de éste. Así pues, la CDI estatuye que:

“2. Crimes against the peace and security of mankind are crimes under international law and punishable as such, whether or not they are punishable under national law.

Article 2

Individual responsibility

1. A crime against the peace and security of mankind entails individual responsibility.
2. An individual shall be responsible for the crime of aggression in accordance with article 16.

Article 16. Crime of aggression. An individual who, as leader or organizer, actively participates in or orders the planning, preparation, initiation or waging of aggression committed by a State shall be responsible for a crime of aggression. “

En este Proyecto de Código la CDI parece crear un vínculo entre la responsabilidad estatal y la responsabilidad criminal individual, cosa que nosotros

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

ponemos en tela de juicio en otro apartado de este trabajo<sup>305</sup>. En todo caso, este Proyecto de Código tiene una gran influencia dentro de la dinámica internacional que desembocaría un poco más tarde en la Creación de la Corte Penal Internacional.

En efecto, la sociedad internacional ya se encontraba lista en la década de los 90' para crear una Corte Penal Internacional de carácter permanente y de talante verdaderamente internacional; sólo que no por medio de los trabajos de la CDI, sino por otra vía que —al final de cuantas— resultó más oportuna y efectiva. Así mediante una Conferencia de Plenipotenciarios convocada y auspiciada por la ONU en 1998, se creó tal Corte. En el Estatuto de Roma se opera una evolución respecto del tema terminológico que nos ocupa, pues en primer lugar en este Estatuto se abandona las referencias a los Crímenes contra la Paz y la seguridad de la Humanidad; y en su lugar los crímenes competencia de la CPI se reconocen como “*que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,*”<sup>306</sup>, pero esos crímenes sobre los que la CPI tendrá competencia se califican de: *crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*, así lo estipula en su preámbulo y en sus artículos 1 y 5:

*“Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto,(...)”*

*Artículo 1 La Corte Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales(...)*

*La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión..”*

---

<sup>305</sup> Remítase al apartado IV.2.A.

<sup>306</sup> Preámbulo del Estatuto de Roma.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Por lo cual, podemos decir que, los crímenes internacionales como lo son el de Genocidio, el de Agresión y contra la Humanidad, se independizan y obtienen autonomía material y formal ante los crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, a los que estuvieron tanto tiempo subsumidos. Y en segundo lugar, tenemos que el crimen de agresión en particular —y a pesar de que no está definido ni cuenta con su concreción típica-conceptual operativa— encuentra en el Estatuto de Roma su primera manifestación positiva, aunque sea a nivel de norma del DI general, como tal, es decir, como crimen de agresión pues los Proyectos de Códigos de la CDI no son más que eso: proyectos de códigos, y nada más; sólo la resolución 3314(XXIX) y el Estatuto de Roma se identifican como expresiones jurídico-volitivas internacionales de los Estados. Así las cosas, tenemos que de la “*A war of aggression is a crime against international peace.*” que estipulaba la 3314 (XXIX), a que “*La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: (...) d) El crimen de agresión*”, existe una gran evolución en los términos en los que hemos venido apuntando.

El Estatuto de Roma tiene la virtud insoslayable de dar positividad jurídico-operativa a los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”<sup>307</sup>; esto es, que los dota de sendas renovadas y depuradas concreciones típico-jurídicas, formando así un núcleo más duro y más puro de crímenes internacionales; y lo hace en el seno de una institución judicial internacional de “carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas”<sup>308</sup>. Sin embargo, respecto del crimen de agresión no todo es pigmentado de rosado, pues para este crimen en particular se opero un cambio más sustancial (en sentido negativo o positivo, eso se verá posteriormente) que el experimentado por los demás crímenes. Uno de esos cambios que se concretaron con la positivación en el Estatuto, fue de corte *nominal*, pues al crimen que antes se le conocía en Derecho Internacional como: *crimen contra la Paz*, ahora se le conoce como *crimen de agresión*; este cambio se opero

---

<sup>307</sup> Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

<sup>308</sup> *Íbidem*.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

realizando una sinécdoque<sup>309</sup> jurídica bien determinada, y como veremos, en realidad no se trata del *mismo* crimen, sino que, una de las dos conductas subyacentes del crimen contra la Paz que era la agresión ---o mejor dicho--- la guerra de agresión (*“Participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the acts mentioned under (i).”*), se convirtió en un crimen con independencia del crimen más genérico al que originariamente pertenecía; entonces el crimen de Derecho Internacional que actualmente contiene a *la paz y seguridad de la humanidad* como bien jurídicamente tutelado es: el crimen de agresión. La anterior manifestación positivista que tuvieron estos crímenes fue sin duda alguna los Tribunales Internacionales de Tokio y Nüremberg; en este último el crimen contra la paz se concreto como ya vimos *supra*.

Como podremos percatarnos otra de las conductas subyacente que forma parte del catalogo del crimen contra la paz, es: *una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales*; la cual al igual que la primera (guerra de agresión) se puede realizar ejecutando cualquiera de las siguientes acciones: *planear, preparar, iniciar o hacer*. Ahora bien, la razón por la cual se opero la sinécdoque jurídica que comentamos *supra*, muy bien puede ser en el orden de la siguiente idea: desde los pretéritos tiempos de la Sociedad de Naciones se comenzó a tener la inquietud jurídica y la necesidad social de dilucidar las cuestiones pertinentes a la agresión, así pues el Comité Especial de la Comisión Temporal Mixta para la Reducción de Armamentos creada por la Sociedad de las Naciones emprendió dicha tarea, esta comisión centro sus esfuerzos en la determinación del agresor y en concreto en la formulación jurídico-operativa de la agresión, y esta comisión concluyo que:

“no es posible elaborar una definición simple de agresión, y que tampoco es posible idear una prueba sencilla para determinar cuándo ha ocurrido efectivamente un acto de agresión”. La Comisión concluyó asimismo que, por consiguiente, era “necesario dejar al Consejo plena discrecionalidad en la materia” y simplemente indicar los factores que podían servir de elementos para una decisión justa.”<sup>310</sup>

---

<sup>309</sup> Sinécdoque (del latín: *synecdōche*, y este del gr. συνεκδοχή, de συνεκδέχεσθαι) f. *Ret.* Tropo que consiste en extender, restringir o alterar de algún modo la significación de las palabras, para designar un todo con el nombre de una de sus partes, o viceversa; un género con el de una especie, o al contrario; una cosa con el de la materia de que está formada, etc.

<sup>310</sup> Obtenido del documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1. pagina 189. Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, 24 de enero de 2002 Español.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Pues bien, esto se viene haciendo desde entonces: centrar los esfuerzos en la determinación del agresor y la definición de la agresión. Ya en tiempos de la ONU también los esfuerzos se han centrado en esas cuestiones aunque con mayor énfasis en la cuestión de la definición la cual arroja por necesidad la del agresor; y sobre todo que la cuestión de la agresión en la era de las Naciones Unidas, está determinada por las facultades del Consejo de Seguridad. Todo esto muy probablemente contribuyó a la emancipación jurídica del crimen de agresión respecto del crimen contra la Paz.

Es en algún grado, bien generalizada la opinión o creencia de que el crimen de agresión alguna vez tuvo otro nombre, o que el crimen contra la Paz cambió de nombre para convertirse en el actual crimen de agresión, ante esto debemos concluir que estas creencias son en algún grado, no muy acertadas, ya que como sostuvimos supra se trata en realidad de crímenes —aunque iguales en su naturaleza— diferentes en su rango.

Una consideración más podemos formular al hilo de todo lo expuesto, otro de los cambios que sufrió la cuestión del crimen de agresión dentro del entramado jurídico del Estatuto de Roma fue *cualitativo*; pues se ha dejado de largo y en el olvido al crimen contra la Paz que es más genérico y amplio que el de Agresión. Así que, de lo expuesto surge la siguiente cuestión: un crimen contra la paz no es sólo en su manifestación de *agresión o guerra de agresión*, y esto lo podemos comprobar de la siguiente manera: el crimen contra la paz está engarzado congénitamente con las responsabilidades consagradas en los artículos 2.4, 24, 25, 39, 41, 42, 48 y 49 y atribuidas al Consejo de Seguridad de la ONU, por ende un crimen contra la Paz no necesariamente puede desarrollarse en un *status quo* de paz, sino en uno de guerra; puede darse el caso de que el C de S así lo determine<sup>311</sup>: como quebrantamiento de la paz o acto de agresión, etc. El C de S podría en un caso y momento hipotéticos mediante la creación de un Tribunal

---

<sup>311</sup> “la Carta no sólo otorga al Consejo de Seguridad una competencia sino más bien le impone una responsabilidad” ALCAIDE FERNÁNDEZ, JOAQUÍN y MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *La legítima defensa y los nuevos desarrollos...*, *op. cit.*, p.259.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Internacional *ad hoc* comprometer la responsabilidad internacional del individuo<sup>312</sup>, en base a una determinación de un quebrantamiento de la paz, acto de agresión, amenaza a la paz, situación que ponga en peligro la paz, o cualquier otra situación que comprometa la seguridad internacional; *ergo*, estaremos ante una o varias manifestaciones del crimen contra la paz. Fundamentado esto desde luego en el Capítulo VII el cual contiene el:

*“Artículo 39. El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. “*

Ahora que estamos abordando el universo aporético del crimen de agresión respecto de la terminología, es menester hacer unas anotaciones primigenias y elementales que por razones de ubicuidad dialéctica no las habíamos efectuado en capítulos anteriores.

Desde una visión general comprensiva, el crimen de agresión encierra en sí mismo un problema fundamental, que lo podemos expresar así: En el momento actual de desarrollo progresivo y codificación del DI y de evolución de las relaciones internacionales, el crimen de agresión se presenta como un crimen que ---por definición y antonomasia--- encuentra su prosupuesto lógico en un estado general (real, ideal o al menos legal) de paz. Es decir que, para que se esté en condiciones eficientes de configurarse la comisión del crimen de agresión es dialéctica y ontológicamente necesario que la paz este presente, pues de lo contrario parece lógicamente imposible que se configure dicho crimen. Pues lo que se trata de preservar es precisamente la paz, en otras palabras, la paz es el Bien Jurídicamente Tutelado en el crimen de agresión. Todo lo cual reduce considerablemente el abanico de posibilidades existenciales del crimen; esto es, se reduce a una sola de las condiciones (*status quo*) que han, pueden y podrán privar en el despliegue dinámico de las relaciones interestatales: la paz; la otras es: la guerra.

---

<sup>312</sup> “Uno de los medios más eficaces para impedir la guerra y garantizar la paz internacional es la promulgación de reglas que establezcan la responsabilidad individual de las personas que como miembros del gobierno han violado el derecho internacional recurriendo a o provocando la guerra. Es un principio fundamental del derecho internacional general que la guerra es permitida únicamente como una reacción contra una ilicitud sufrida —es decir, como una sanción—y que cualquier guerra que no tenga este carácter un entuerto, es decir, una violación del derecho internacional” KELSEN, Hans, *La paz por...*, *op. cit.*, p.91.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Otras cuestiones surgen y lo plantearemos en clave de interrogante: ¿Cuál es el *substratum* volitivo del crimen de agresión?, en otras palabras, ¿cual es el atributo esencial y distintivo de la conducta tipificada como criminal en dicho crimen? Pues claro el crimen de agresión es evidentemente un crimen que se comete por acción positiva y no por omisión<sup>313</sup>. En nuestra opinión la respuesta es: la conducta agresiva, que desde, por y para el Estado se ejecuta. Pero, ¿Cuál es el presupuesto lógico de la comisión del crimen? La paz entonces no se podrá cometer tal crimen en un estado que no sea el de paz, *verbigratia*: como la guerra, así que el Estado que inicialmente se haya enfrascado en una guerra en virtud del ejercicio de su derecho inmanente de legítima defensa, luego de iniciado, estará materialmente habilitado para cambiar de conducta: de una defensiva a una agresiva y se encontrará fuera del alcance jurídico del crimen de agresión. En nuestra opinión esto constituye el gran *handicap*, la fisura jurídica eficiente de este crimen, pues se encuentra seriamente mutilado, reducido, comprimido a su mínima expresión.

A manera de ejemplo podemos citar ---aunque nos gustaría no tenerlo en el muestrario--- los tristes sucesos acaecidos en la etapa final de la Segunda Guerra Mundial en Hiroshima y Nagasaki. Estos terribles hechos muestran una tergiversación de los fines humanos del poder, en unos medios humanos del poder, la dinámica es obvia<sup>314</sup>, pero no por ello no-abundante: el ser humano ya no se encuentra como epicentro del quehacer político configurado como fin, sino reducido a simple y llano medio de éste, el cual dicta sus propios principios en función de la oportunidad, el progreso, la utilidad, etc. Estos hechos en nada se distancian de los hechos perpetrados contra los judíos y gitanos por los nazis, o será que los japoneses son menos humanos que los judíos y gitanos, o que los estadounidenses son menos inhumanos que los nazis; cualquier respuesta afirmativa a las preguntas planteadas revela el *quid* de la cuestión. Pues bien, la oportunidad de ajusticiar los crímenes de Hiroshima y Nagasaki, además de que era material y formalmente imposible era ontológicamente improbable, pues se concibe la agresión

---

<sup>313</sup> “AGRESIÓN. Del latín *aggressio*, acometimiento, ataque. Este vocablo puede usarse con un sentido general, significando una acción contraria al derecho ajeno y al mismo tiempo ofensiva. (...) En este sentido supone siempre una acción en el sujeto agresor y no una omisión.” Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo I A, editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.

<sup>314</sup> Lo cual no deja de presentarse como una paradoja, así: “...el uso de la *violencia* para fines políticos es un índice del fracaso del *poder* político.” ARENDT, HANNAH, *Sobre la violencia*, Harcourt, Brace and World, México, Joaquín Mortiz, 1971.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

como el detonador de la guerra y de lo cual se hace derivar su carácter criminal y deletéreo, pero la actitud y conducta agresiva no debiera estar sujeta a cuestiones temporales (como la iniciación o emprender una guerra de agresión) sino materiales pues como ha sostenido Raymond ARON “... *la causa profunda de la guerra es la intención hostil y no el sentimiento de hostilidad.*”<sup>315</sup>. Así ello, a lo sumo estos hechos atroces han sido y podrán ser calificados por la historia no de crímenes internacionales, ni conductas impropias estatales, sino como homicidios burocráticos<sup>316</sup>.

Entonces nos encontramos hoy ante una realidad que se muestra a hurtadillas: se ha operado una evolución positivista (que en gran medida debe juzgarse beneficiosa y jurídicamente funcional, y humanamente deseable) en detrimento de un progreso cualitativo en clave de involución respecto del crimen de agresión.

### ***B. ACEPCIONES IUSINTERNACIONALES DE “AGRESIÓN”***

En este apartado nos ocuparemos muy brevemente sobre algunos términos operativos que en el tema del crimen de agresión es importante aclarar. Así pues, trataremos de exponer ciertas guías para comprensión de dichos términos, que en el mejor de los casos, se pretende una provocación del debate.

Nosotros hemos venido utilizando el término “agresión *lato sensu*” a lo largo del desarrollo del trabajo, y creemos que es necesario dilucidar que es lo que nosotros entendemos por ello. En términos generales entendemos: Todo ataque (que implique la fuerza o la amenaza de la fuerza) a la libertad (volitiva y de acción), integridad (territorial y política) y la independencia de un Estado por otro y que implique la violación de su soberanía<sup>317</sup> y el quebrantamiento del Derecho Internacional; y cuyo

---

<sup>315</sup> Paz y guerra..., *op. cit.*, p. 46.

<sup>316</sup> BARNET, Richard, *Guerra Perpetua*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 27 y ss.

<sup>317</sup> “La soberanía de los Estados, como sujetos del derecho internacional, es la autoridad jurídica de los Estados bajo la autoridad del derecho internacional. Si soberanía significa autoridad “suprema”, la soberanía de los Estados como sujetos del derecho internacional no puede significar una autoridad absoluta, sino solo relativamente suprema: la autoridad jurídica del estado es “suprema” en cuanto no está sujeta a la autoridad jurídica de cualquier otro Estado. El Estado es “soberano” desde que está sujeto solamente al derecho internacional y no al derecho nacional de cualquier otro Estado” KELSEN, Hans, *La paz por...*, *op. cit.*, p.64

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*substratum* se identifica con el “*animus aggressionis*”<sup>318</sup>; y en este sentido, abarca la agresión *stricto sensu*, los actos de agresión, las guerras de agresión y por ende, el crimen de agresión<sup>319</sup>. En la práctica judicial internacional encontramos un cierto sustento de las ideas antes apuntadas, así el Tribunal de Nüremberg en su Sentencia nos provee de ejemplos al considerar ciertos *factores para determinar el carácter agresivo de la conducta de un Estado*:

*“La amenaza de guerra y la propia guerra como instrumento de política nacional (párr. 61)*

*Designios agresivos como parte deliberada y esencial de la política exterior (párr. 24)*

*Creencia en la necesidad de la fuerza como medio de resolver los problemas internacionales (párr. 25)*

*Apología de la fuerza como instrumento de política exterior (párr. 25)*

*Políticas agresivas pensadas y preparadas por largo tiempo (párr. 45)*<sup>320</sup>

Así pues, agresión *stricto sensu*, vendría a ser una especie del género antes apuntado, en tal suerte que la agresión *stricto sensu* viene definida por la Asamblea General en la resolución 3314(XXIX), que en su artículo 1 dice: “*Aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, as set out in this Definition*”.

Respecto del *acto de agresión*, es importante las aportaciones e indicios que el Tribunal de Nüremberg consigno, pues en su sentencia el Tribunal sostuvo que:

*“La iniciación de la guerra constituye un acto de agresión contra una nación vecina (párr. 135)*

*El cambio o el intento de cambiar las relaciones internacionales mediante la fuerza de las armas es un acto de agresión (párr. 153)*

*Los actos agresivos violan el derecho internacional (párr. 173)*

---

<sup>318</sup> GLASER, S. , « Culpabilidad en Droit International Pénal », 99, *RECADI* 467, pp. 504 y 5, 1960.

<sup>319</sup> “Agresión. (...) En el Derecho internacional público significa, en un sentido general, el ataque armado o la presión diplomática apoyada en la fuerza de las armas, no justificada por la legítima defensa, dirigido por un Estado contra otro.” Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo I A, editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.

<sup>320</sup> Información obtenida del documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1/Add.1

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*Una invasión hostil y agresiva es un acto de guerra tal que equivale a una declaración de guerra (párr. 181)*

*La invasión de un Estado por otro es la ejecución de la política nacional del Estado invasor por la fuerza aun cuando el Estado invadido, por temor o por un sentido de la futilidad de la resistencia ante una fuerza superior, adopte una política de no resistencia y de tal modo evite la existencia de combates reales (párr. 151)*

*...no hay pruebas que conecten a Kaltenbrunner con los planes para hacer una guerra de agresión en ningún otro frente. El Anschluss, si bien fue un acto agresivo, no figura entre las imputaciones de guerra de agresión, y las pruebas contra Kaltenbrunner con arreglo al primer cargo no demuestran, a juicio Tribunal, su participación)”<sup>321</sup>*

Retomando de nuevo la aportación que la Asamblea General hace en la resolución 3314(XXIX)<sup>322</sup>, diremos que, esta resolución expone muy claramente que debemos entender por *acto de agresión*, así en su artículo 3 estipula:

*“ Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, subject to and in accordance with the provisions of article 2, qualify as an act of aggression:*

*(a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof,*

*(b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;*

*(c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;*

*(d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;*

*(e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;*

*(f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;*

---

<sup>321</sup> *Ídem.*

<sup>322</sup> “The drafters of the Definition thereby signaled clearly that not every act of aggression constitutes a crime against peace: only war of aggression does.(...) When an aggressive act short of war is committed, although a violation of international law occurs, no crime against peace is perpetrated.” DINSTEIN, Yoram, *War, aggression...*, *op. cit.*, p. 125

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

(g) *The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.*”

Y en su artículo 5.2 esta resolución efectúa una clara y contundente diferenciación entre el *acto de agresión* y las *guerras de agresión*<sup>323</sup>, así respecto del acto de agresión estipula:

*“Article 5.2. (...) Aggression gives rise to international responsibility.”*

En lo referente a *las guerras de agresión*, la Sentencia de Nüremberg nos vuelve a dar la pauta, así consigna que:

*“La guerra es el ejercicio de la violencia por parte de un Estado o un cuerpo políticamente organizado contra otro (párr.150)*

*La guerra es la ejecución de una orientación política por medio de la violencia (párr. 150)*

*La guerra es la ejecución de una política nacional predeterminada (párr. 150)*

*La guerra de agresión es consecuencia de un acto de agresión (párr. 153)*

*La guerra de agresión es criminal con arreglo al derecho internacional (párr. 153)”*<sup>324</sup>

Y como ya dijimos, la resolución 3314(XXIX) nos da el dato más certero para poder entender lo que la *guerra de agresión* comporta, así conviene que:

*“Article 5.2. A war of aggression is a crime against international peace.”*

En el terreno de la doctrina iusinternacionalista también podemos encontrar claros y elocuentes esfuerzos por entender lo que son las *guerras de agresión*, así MULLER-SCHIEKE nos comenta:

*“The Charter itself sets up a scale of illegitimate forms of force. Whereas Article 2(4) condemns recourse to the threat or use of force in international relations, Article 39 refers to a threat to the peace, breach of the peace, and an act of aggression as a precondition for deciding upon collective measures against the investigating states. Finally, Article 51, providing for the right of individual or collective self-defense, sets the highest threshold: self-defense is allowed against an armed attack occurring against a member state. And*

---

<sup>323</sup> “According to Article 5(2) of Resolution 3314 a war of aggression was said to constitute a crime against international peace and thus entailed international criminal responsibility. On the contrary, acts of aggression solely gave rise to international responsibility of the state.” MÜLLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression...”, *op. cit.*, p. 417.

<sup>324</sup> *ídem.*

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

that is indeed the meaning of a war of aggression: one state launching a military attack on the territorial integrity or political independence of another state without any justification of self-defense or as part of collective measures under the Charter. Equally, to lift the content *ratione materiae* to the threshold of an illegitimate armed attack would correspond to the idea that only massive violations of the use of force should entail individual criminal responsibility.”<sup>325</sup>

Por último, nos resta por tratar de dilucidar lo referente al *crimen de agresión*; así por ello, y en consonancia con todo lo que hemos expuesto diremos que, nosotros consideramos que el crimen de agresión puede entenderse como *la comisión, por parte de individuos, de ciertos actos que desde el aparato estatal son efectuados*<sup>326</sup> *contra otro Estado que revelan un “animus aggressionis” y que, con arreglo al Derecho Internacional, son calificados como actos de agresión por el Órgano de la ONU determinado para ello, implicando la responsabilidad internacional criminal del individuo conforme al Derecho Internacional Penal general*<sup>327</sup>.

### ***C. ¿EL CRIMEN DE AGRESIÓN ES CRIMEN O DELITO INTERNACIONAL?***

Un tópico que nos parece debemos de abordar es, sin género e duda, el referente a si debe hablarse en términos de *delito internacional* o *crimen internacional* respecto del crimen de agresión. Obviamente que nuestra postura al respecto se encuentra dilucidada *ab ovo*, pues el mismo título del presente trabajo lo desvela, pero no por ello debemos dejar así de lado la cuestión puntual de aclarar el porque de nuestra postura; que por lo demás no deja de ser una cuestión de depuración técnico-jurídica que, si bien no es secundaria, no es alcanza el mote de fundamental.

En algunos sectores de la doctrina iusinternacionalista española podemos encontrar que se utiliza el término de *delitos internacionales* para designar a los ilícitos internacionales que por su especial trascendencia, son considerados como ilícitos contra la comunidad internacional, la cual tiene prioritario interés en proscribir. Es decir, estos

---

<sup>325</sup> Defining the Crime of Aggression..., *op. cit.*, pp. 409-430 (2001).

<sup>326</sup> “Any breach or fan obligation incumbent upon a State are not international law, regardless of the subject-matter of the obligation, entails international responsibility” DINSTEIN, Yoram, *War, aggression...*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>327</sup> “The general rules of State responsibility are not attuned to the tremendous implications of an aggressive war as a violation of *jus cogens* and a crime.” *Íbidem*, p. 111.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

*delitos internacionales* se identifican con los “core crimes” a los que ya en otro momento hicimos alusión<sup>328</sup>. Y decimos española pues, en la doctrina anglosajona, *verbigratia*, no hemos encontrado, a la luz de nuestras investigaciones, que se les nombre así, sino sólo crímenes de derecho internacional, core crimes, etc. Así, por ejemplo, la profesora de la hispalense CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ, en su excelente libro *Delitos de Derecho Internacional*<sup>329</sup>, —obvio— utiliza esta expresión en detrimento de la de crímenes internacionales. Empero, es de destacar que, ella, utiliza el término *delitos internacionales* para referirse al género *lato sensu* en sí, es decir, como una suerte de sucedáneo de la expresión “core crimes”, pues al referirse a las categorías jurídicas criminales en concreto, se expresa así: crimen de Genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, crimen de agresión, etc.

En efecto, la profesora RUEDA FERNÁNDEZ nos informa que es más funcional hablar de *delitos* y no de *crímenes internacionales*, para no caer en desaciertos o confusiones con respecto a otras categorías jurídicas internacionales consagradas en los trabajos de la CDI, es decir, en sus Proyectos de Código y sus Proyectos de Artículos, que a su vez encuentran su origen en las aportaciones —en clave de bifurcación entre delito y crimen— que hiciera el antiguo relator AGO<sup>330</sup>. Así, la profesora nos indica que la

“evolución de este Proyecto (habla del Código de Crímenes contra la paz y la Seguridad de la Humanidad) que ha ocupado a la Comisión de Derecho Internacional desde 1947 hasta 1996 puede calificarse de poco afortunada, jugando un papel aparentemente reducido, incluso calificable de segundón. Especialmente si se compara con el protagonismo durante estos últimos años del proyecto de Artículos sobre responsabilidad de los Estados, con un concepto clave como es el de crimen internacional (de aquí la utilización a lo largo de todo el trabajo del término “delito” para evitar posibles confusiones entre ambos)”<sup>331</sup>

Por nuestra parte, lamentamos no poder estar de acuerdo con las ideas de tan destacada iusinternacionalista, pero consideramos que, la expresión *crímenes*

---

<sup>328</sup> En el capítulo IV.1.1. La inexistencia del crimen de agresión dentro del DI general basada en la falta de una concreción típico-conceptual penal, y la imposibilidad material de llegar a ella, ya por medios institucionales como por práctica estatal.

<sup>329</sup> *Delitos de derecho internacional*, editorial BOSH, 1ª Edición.

<sup>330</sup> Yearbook of the ILC, 1976, II, part 2, at 95-112.

<sup>331</sup> RUEDA FERNÁNDEZ Casilda, *Delitos de derecho...*, *op. cit.*, p. 19.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*internacionales* —tanto para referirnos al género *lato sensu*, como a la especie *stricto sensu*— es más correcta que la de *delitos internacionales*. Lo consideramos así en función de tres ideas eje; primero porque las categorías jurídicas criminales (la especie) que se engloban dentro del término *crímenes internacionales* (el género), en concreto se llaman: *crimen de Genocidio*, *crimen de agresión*, *crímenes de Guerra*, etc. Segunda por que, aunque el invaluable y encomiable trabajo que la CDI ha venido efectuando se encuentra en el centro de la dinámica institucional cumpliendo con el objetivo de la codificación y el desarrollo progresivo del DI, no compite en términos normativos con todo el quehacer de los Órganos Principales de la ONU, como la AG y el C de S, en donde no se ha utilizado la terminología *delitos internacionales*; esto sin contar con que históricamente se viene empleando la otra terminología; además, tampoco compite con el desarrollo normativo que en la actualidad el Derecho Internacional Penal ha experimentado, y estamos hablando —claro— del Estatuto de Roma, en donde en ningún momento se utiliza otra terminología que no sea: *crímenes* y *crimen* en concreto. Ergo, como dejarnos seducir por las significativas aportaciones e ideas de los trabajos de la CDI, cuando el desarrollo normativo actual nos evidencia otros derroteros terminológicos, pensamos pues que la cuestión está resuelta a favor de *los crímenes internacionales*.

Y tercera, y más importante incluso, es aquella idea que nos encamina por el sendero en el que nos encontramos con el *meta-desarrollo* del Derecho Internacional general. Pero abundemos sobre esto; hoy por hoy el DI general se encuentra formado por amplias y autónomas ramas, que por lo demás, responden a necesidades, principios y objetivos distintos y diversos; así pues, tenemos al DI: convencional, al económico, de los conflictos armados, de los derechos humanos, interestatal, diplomático, penal, etc. Si consideramos esto veremos que, —y además la unidad del DI no se pierde, sino que su efectividad se diversifica solamente— en realidad, la cuestión de si el crimen de agresión es crimen o delito internacional, puede ser planteado desde la perspectiva de la ramificación por efectividad del DI general. Así, vemos que la responsabilidad Estatal por hechos ilícitos internacionales (crimen según los trabajos de la CD) pertenece a una suerte de *derecho de las obligaciones o derecho civil interestatal*, mientras que la responsabilidad que comporta la activación del régimen de responsabilidad internacional criminal del individuo, se identifica con el Derecho Internacional Penal puro y duro.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Antes de la creación de la CPI la rama del DI general llamada DI penal, igual y no alcanzaba la cristalización que hoy tiene, pero en la actualidad las ideas apuntadas antes pueden ser hasta cierto punto defendibles<sup>332</sup>.

No le falta razón a la profesora al preocuparse por las confusiones en las que se pueda incurrir, al utilizar el término *crimen* y no *delito*; pero creemos que el meollo de la cuestión entre *crimen* y *delito* es en realidad una confusión de ordenes distintos, pues consideramos que en la distinción original de estos conceptos subyacía el interés por diferenciar las consecuencias de los actos del Estado en función de las obligaciones que se quebrantaban, pero en el fondo siempre estaba la responsabilidad del Estado<sup>333</sup> (dudosamente penal o criminal, sino más bien de corte (*¿civil interestatal?*) como presupuesto lógico del quebrantamiento de las obligaciones. En cambio, extrapolar esta problemática al Derecho Internacional Penal, no tiene sentido ya que en realidad en este orden jurídico nos encontramos solamente ante la responsabilidad internacional individual y no la estatal, así pues, los quebrantamientos de la normativa internacional que el individuo puede realizar no son susceptibles de jerarquización, ni engendran diferentes regímenes de responsabilidad, sino que son siempre las mismas obligaciones uni-dimensionales y el mismo régimen uni-dimensional de responsabilidad criminal internacional individual. Por último, permítasenos plantear una cuestión, en realidad ¿Quién caería en una confusión entre los crímenes internacionales de los que tratan los trabajos de la CDI y los crímenes internacionales propiamente dicho, es decir, de los que trataron los Tribunales de Nüremberg y Tokio, los Tribunales *ad hoc* creados por el C de S en la década de los 90, por un lado, y de otro el Estatuto de Roma? En todo caso,

---

<sup>332</sup> Solo por citar un ejemplo de una opinión diferente a la que aquí exponemos, transcribimos lo que ALLAIN PELLET nos informa: “International responsibility is neither civil nor penal, it is simple ‘international’ “. PELLET, ALLAIN, “Can a State commit a crime? Definitely, yes”, *EJIL*, 1999, Vol. 10, No.2, 425-434.

<sup>333</sup> “Friedman himself referred to the trend of criminalizing offences by legal persons, such as corporations. In opposition to the ILC’s adoption of the concept of international crimes, many cite the maxim *impossibile est quod societas delinquat*. However, the increasing departure from this maxim in national laws suggests that opposition to the concept of international crimes stems from state sovereignty rather than from the character of the state as a legal person.” MERON, Theodor, “Is International Law Moving towards Criminalization?”, *EJIL*, Vol. 9, 1998, No. 1, p. 1.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

utilizando la terminología *delitos internacionales*<sup>334</sup> puede prestarse a confusión con las categorías jurídicas confeccionadas por la CDI y —a las que por cierto— ésta las consideraba como *peccata minuta*.

Para finalizar es menester destacar que, en la actualidad, la bifurcación terminológica confeccionada desde la era *AGO* por la CDI, ha sido finalmente abandonada; —ahora bien la necesidad de efectuar una distinción operativa entre las consecuencias de los hechos ilícitos según sea la naturaleza de la obligación trastocada no ha cambiado— así pues ha sido sustituida por la siguiente terminología: *hecho internacionalmente ilícito*, por: *delito*; y *violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general*, en lugar de: *crimen*. Y es la misma CDI quien nos informa de las razones que llevaron a la Comisión a abandonar la antigua terminología, en sus propios comentarios:

“Por lo que hace a la terminología, la expresión francesa "*fait internationalement illicite*" es preferible a "*délit*" u otros términos similares que pueden tener un significado especial en el derecho interno. Por la misma razón, es mejor evitar en inglés términos como "*tort*", "*delict*" o "*delinquency*", o en español el término "delito". La expresión francesa "*fait internationalement illicite*" es mejor que "*acte internationalement illicite*", ya que la ilicitud a menudo es consecuencia de omisiones que difícilmente pueden ser indicadas por la palabra "*acte*". Además, esta última forma parece implicar que las consecuencias jurídicas son queridas por su autor. Por las mismas razones, se ha adoptado en el texto español la expresión "hecho internacionalmente ilícito". En el texto inglés es necesario mantener la expresión "*internationally wrongful act*", porque la palabra francesa "*fait*" no tiene equivalente exacto; en todo caso, debe entenderse que la palabra "*act*" abarca las omisiones y esto se indica claramente en el artículo 2. (...)

Al principio se pensó que esto podría hacerse introduciendo una referencia a una categoría de "crímenes internacionales del Estado", en contraste con todos los demás casos de hechos internacionalmente ilícitos ("delitos internacionales"). Sin embargo, no se han desarrollado las consecuencias penales que entrañan para los Estados las violaciones de esas normas fundamentales. Por ejemplo, el otorgamiento de una indemnización punitiva no se reconoce en el derecho internacional ni siquiera en relación con violaciones graves de obligaciones que dimanen de normas imperativas. De

---

<sup>334</sup> “Hence my firm conviction that the word ‘delict’ to designate ‘simple’ internationally wrongful acts is particularly inappropriate. “ PELLET, ALLAIN, “Can a State commit a crime?”... *op. Cit.*, p. 434.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

conformidad con el artículo 34, la función de la indemnización es esencialmente compensatoria. (...) Según este planteamiento, a pesar de que los tribunales militares de Nuremberg y Tokio juzgaron y condenaron a diversas personas por hechos criminales cometidos en su calidad de miembros o funcionarios del gobierno, ni Alemania ni el Japón fueron tratados como "criminales" en los instrumentos por los que se crearon esos tribunales. En lo que se refiere a la práctica internacional más reciente, el establecimiento por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de los tribunales especiales para Yugoslavia y Rwanda se basa en un planteamiento análogo. Ambos tribunales se ocupan sólo del enjuiciamiento de personas. (...)

En consecuencia, en los presentes artículos no se reconoce la existencia de ninguna distinción entre "crímenes" y "delitos" del Estado a los efectos de la primera parte. Además, es necesario que en los artículos se refleje que hay ciertas consecuencias que dimanar de los conceptos básicos de normas imperativas de derecho internacional general y de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto dentro del ámbito de la responsabilidad del Estado. Sean o no las normas imperativas de derecho internacional y las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto aspectos de una idea básica única, hay por lo menos una coincidencia sustancial entre ellas.<sup>335</sup>

---

<sup>335</sup> Y más adelante sigue comentando: "... en el asunto Fiscal c. Blaskić, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia consideró que "con arreglo al derecho internacional actual, no cabe duda de que los Estados, por definición, no pueden ser objeto de sanciones penales similares a las que se prevén en los ordenamientos penales nacionales" Los ejemplos que la Corte Internacional ha dado de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto<sup>674</sup> se refieren todos a obligaciones que, según se acepta generalmente, dimanar de normas imperativas de derecho internacional general. Asimismo, los ejemplos de normas imperativas que dio la Comisión en su comentario a lo que luego fue el artículo 53 de la Convención de Viena<sup>675</sup> entrañan obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto."

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### **2. EL PROBLEMA DE SU NATURALEZA SUI GENERIS**

*“Todo el primer círculo lo ocupan los violentos, círculo que está además construido y dividido en tres recintos; porque puede cometerse violencia contra tres clases de seres: contra Dios, contra sí mismo y contra el prójimo”<sup>336</sup>*

*“ Si hiciéramos por nosotros lo que hacemos por nuestro país, que clase de pillos seríamos” Cavour<sup>337</sup>*

En la cita que antecede, el gran literato florentino, parece expresar y condensar con su maravilloso estilo la naturaleza tanto material, ética como jurídica, del crimen que nos ocupa. Y lo enunciado por él no dista mucho de lo que, seiscientos años después dijera el primer Tribunal Internacional Penal: El Tribunal de Nüremberg, el cual, en su sentencia, sostuvo que:

“Las imputaciones contenidas en la acusación según las cuales los acusados planificaron y llevaron a cabo guerras de agresión son imputaciones de la mayor gravedad. La guerra es esencialmente una cosa mala. Sus consecuencias no se limitan exclusivamente a los Estados beligerantes, sino que afectan a todo el mundo.

Por consiguiente, iniciar una guerra de agresión, no es sólo un crimen internacional; es el supremo crimen internacional y sólo difiere de otros crímenes de guerra en que contiene dentro de sí el mal acumulado de todos ellos”<sup>338</sup>

Es necesario encaminar nuestros esfuerzos a desvelar la naturaleza jurídica del crimen de agresión; pues el no conocer la naturaleza del crimen de agresión nos puede compeler a confeccionar argumentos<sup>339</sup> tendentes —*verbigracia*— a, por un lado, perear los crímenes del Estatuto y concluir que en definitiva el crimen de agresión no tiene existencia como categoría jurídico-penal, ni en DI general ni en DIPR, pues no tiene la concreción típica-jurídica que poseen los otros crímenes; y por otro lado, argüir que no es necesario concretar típica y conceptualmente al crimen de agresión, pues los hechos

---

<sup>336</sup> Dante Alighieri, *La divina comedia*, canto undécimo.

<sup>337</sup> La cita es de: BARNET, Richard, *Guerra Perpetua*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 27.

<sup>338</sup> Sentencia de Nüremberg., pág. 186.

<sup>339</sup> MÜLLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression”..., *op. cit.*, p. 409-430.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

criminales contenidos en él bien pueden caer dentro del tipo de otro de los crímenes del Estatuto<sup>340</sup>.

Para ello, hemos dividido el presente apartado en dos cuestiones que, nos parece, delimitan y contornan muy bien la naturaleza *sui generis* del crimen de agresión. Así pues, expondremos una cuestión puntual: en el crimen de agresión impera una dificultad muy especial respecto del régimen de responsabilidad que se implementa para su represión, y el cual se activa al momento de su comisión; y es que en éste crimen se confunden fácilmente los regímenes de responsabilidad estatal y el individual criminal; y esta cuestión tiene repercusión directa con su evolución jurídica y su eventual concreción típica-conceptual dentro del Derecho Internacional Penal de Roma. Para sustentar todo ello y complementarlo, trataremos de elucidar un tópico de relevante importancia para cualquier categoría jurídico-penal como lo es: el Bien Jurídicamente Tutelado, y que, como veremos, se configura como el dato más importante para conocer la naturaleza del crimen como tal.

### ***A. LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL VS. LA RESPONSABILIDAD ESTATAL.***

Uno de los logros más destacados del Estatuto de Roma es la cristalización y concreción —al fin— de la quintaesencia de lo que los iusinternacionalistas llaman lo novedoso de la evolución del derecho internacional en la última centuria, pues éste viene moviéndose de un estadio “*tradicional*” a uno “*contemporáneo*”, y que se identifica con el principio de responsabilidad individual penal internacional, pero ya no ligada al régimen de responsabilidad del Estado, según nosotros.

Empero, existe entre muchos iusinternacionalistas<sup>341</sup> la idea de que, la responsabilidad internacional del individuo comporta, en última instancia, la

---

<sup>340</sup> “Two main objections are brought forward against the existence of the crime of aggression. Firstly, that there is no crime of aggression under customary international law. Secondly, it is said that in fact there is no need for the crime of aggression under customary international law as an offender of the crime will most likely be guilty of one of the Court’s other three core crimes.” MULLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression”..., *op. cit.*, 409-430. McKeon, P., “An International Criminal Court: Balancing the Principle of Sovereignty Against Demands for International Justice, 12 *St. John’s Journal of Legal Comment* (1997).

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

responsabilidad internacional del Estado<sup>342</sup>, ya que ésta última es en la que aquella encuentra su germen; y esta postura es también en cierto grado sostenida por la práctica internacional de algunos Estados<sup>343</sup>. Y sostienen, además, que ambas responsabilidades se encuentran entrelazadas en una inextricable simbiosis. Sin embargo, nosotros consideramos que en este sostenido doctrinal reside en gran medida la piedra angular de todo el entramado de dificultades y problemas materiales (en términos operativos y dialécticos) que enfrenta la tarea de la construcción típica-conceptual del crimen de agresión. Y esto es así, pues se hace una conexión —actualmente innecesaria— entre los actos individuales y los estatales, y esa asociación se proyecta sobre las consecuencias de la comisión de tal crimen<sup>344</sup>. Así mismo, consideramos que este catálogo argumental en el que se realiza un vínculo entre ambos regímenes de responsabilidad tiene su origen en una interpretación a contrario sensu de una parte de la sentencia de Núremberg, en la que se sostenía que:

“Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced”

---

<sup>341</sup> “L’engagement d’une responsabilité pénale individuelle implique, pour reprendre les termes d’Otto Triffterer, un obiter dictum sur la responsabilité de l’Etat” DUMÉE, Marie en : ASCENCIO, HERVET, DECAUX, Emmanuel ET PELLET, ALLAIN (Directoires), *Droit International pénal*, Paris, A. Pedone, Francia, 2000, p. 260.

<sup>342</sup> “...there is the question of jurisdiction *ratione personae*. The crime of aggression is inherently a state crime. Although the idea of initiating an armed conflict originates and develops in the mind of individuals, the aggressive act emanates as an act of the state, not of its intellectual initiators.” MÜLLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression”..., *op. cit.*, p. 410.

<sup>343</sup> “In Nuremberg, the United States clearly viewed this crime as one for which responsibility attaches to individuals. Nonetheless, in a recent statement on the proposed international criminal court, the United States expressed many caveats about attaching responsibility to individuals for the crime of aggression. Instead, it described aggression as essentially a crime of states, which is problematic for two reasons: it is ill-defined and liable to be politicized. Other countries found the role of the Security Council in authorizing judicial involvement by the international criminal court troubling.” MERON, Theodor, “Is International Law Moving...”, *op. cit.*, p. 4. 28 Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court: Compilation of Proposals, UN GAOR Preparatory Comm. on the Establishment of an International Criminal Court, 51st Session, Supp. No. 22A, at 18, para. 68, UN Doc., A/51/22 (1996), 29 *Ibid.*, at 18, para. 67.

<sup>344</sup> “Turning to the determining feature of the crime of aggression, it essentially represents a state crime.” MULLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression”..., *op. cit.*, p. 420.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Por otro lado, este tipo de consideraciones no sólo han calado en el universo doctrinal, sino que también se ven enraizadas en la esfera institucional. Pues por su parte la CDI en su proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, sostiene en su artículo 16 que:

“An individual who, as leader or organize, actively participates in or orders the planning, preparation, initiation or waging of aggression committed by a State shall be responsible for a crime of aggression.”

y en sus comentarios a su propio proyecto de código, la CDI nos aclara que este artículo tiene su base en el argumento siguiente:

“Individual responsibility for such a crime is intrinsically and inextricably linked to the commission of aggression by a State. The rule of international law which prohibits aggression applies to the conduct of a State in relation to another State”

(...)”The words “aggression committed by State” clearly indicate that such a violation of the law by a State is a sine qua non condition for the possible attribution to an individual of responsibility for a crime of aggression.”<sup>345</sup>

Ahora bien, esto debe entenderse como que se encuentra dentro de la misma creatividad de la CDI, pues es de ella la creación de la idea de la criminalización de los Estados<sup>346</sup>.

Por nuestra parte, nos parece, que estas ideas y argumentos —aunque encuentren su fundamento en cuestiones validas— engendran numerosos problemas y, por lo tanto, no es deseable hacer un ejercicio de talante tradicionalista y traerlas sin más, de aquellos pretéritos tiempos al momento actual. La aportación de la sentencia de Nüremberg al respecto es grande y en sumo grado benéfica para el desarrollo progresivo del derecho

---

<sup>345</sup> La misma CDI sigue y aclara que:”None the less, the scope of the present article is limited to participation in a crime of aggression for the purposes of individual criminal responsibility. It therefore does not relate to the rule of international law which prohibits aggression by a State. It would seem more appropriate, given that the Security Council alone has the power under Article 39 of the Charter of the United Nations to determine ‘the existence of any ... act of aggression’, that an international criminal code dissociate itself from dealing with issues where its jurisdiction may be curtailed by a decision of an outside body. An international criminal code may thus be better served by removing any reference to the actions of a state and by adhering instead to the disclaimer in Article 4 of the Draft Code: The fact that the present Code provides for the responsibility of individuals for crimes against the peace and security of mankind is without prejudice to any question of the responsibility of States under international law.

<sup>346</sup> Que inicia en la época del Relator Especial R. AGO, en 1976.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

internacional general, pero debemos desentrañarla para entenderla en su real valía, para ese fin, creo pertinente hacer los siguientes señalamientos:

1. Debemos recordar que los artífices del Estatuto de Nüremberg (las Potencias que figuraron como Aliadas en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial) tenían en mente la justificación a ultranza de la naturaleza y alcance de las reparaciones que deseaban (y merecían, además) alcanzar y obtener por parte de las Potencias vencidas.

2. Debemos situarnos en las coordenadas correctas de tiempo, lugar, circunstancia y evolución, si queremos hacer un análisis válido de las consideraciones de los Tribunales de Nüremberg y Tokio; así pues, advertiremos que no existía un cuerpo normativo internacional penal, en otras palabras, el Derecho Internacional Penal general no contaba con una expresión jurídico-operativa en orden de Derecho Internacional convencional; sino que en ese momento histórico se estaba gestando una innovación en la materia por medio de una suerte de acción legislativa internacional<sup>347</sup>; esto último también precisaba de cierta justificación política y jurídica, y volcaba pertinente una conexión dialéctica y operativa entre el acto individual y el acto estatal en virtud de la asimilación de los regímenes de responsabilidad de ambos, y así inocular al Derecho Internacional con nuevos principios rectores, como lo es el de la responsabilidad individual internacional.

---

<sup>347</sup> Existe en la doctrina iusinternacional una discusión dicotómica con relación a si tanto el Tribunal de Nüremberg, como el de Tokio, tienen en verdad un carácter —ya no digamos universal sino— internacional o sólo interestatal. Por un lado unos alegan que estos tiene sólo un carácter interestatal o multinacional, basándose para ello, no en la naturaleza material, sino más bien formal de los Tribunales en cuestión, pues son resultado de la guerra y de su consiguiente capitulación, además fueron unos pocos Estados, actuando inter pares dentro de una dinámica interestatal y no institucional, los que dieron vida a estos Tribunales. Por otro lado, hay quienes —con aptitud y visión iusinternacionalista— sostienen que por el contrario, ambos Tribunales tienen carácter internacional con vocación universal, y que esto se confirma a través de de la historia pues al Tribunal de Nüremberg su sumaron mucho otros Estados, a más de que obtuvieron su carta de naturalización dentro el universo ius-institucional mediante la adopción, por parte de la Asamblea General de la ONU, de la RES 95 (I) de 1950 donde se confirman los Principios de Nüremberg. En esta última línea argumental encuentro mis reflexiones, pues la considero la más correcta, pues en Derecho Internacional, como en otras muchas disciplinas, la constante debe ser la construcción y no la destrucción. Para más abundamiento sobre la cuestión véase: PELÁEZ MARÓN, José Manuel, en: CARRILLO SALCEDO J. A. (COORD.), *La criminalización...*, *op. cit.*, pp. 89-140.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

3. Además, fue una época de transición pues la subjetividad internacional de individuo no existía como tal en la arena jurídica de entonces, luego pues, este nuevo principio requería de un catalizador eficiente que lo condujera a su inserción cabal dentro del entramado normativo internacional, ese catalizador fue: el Estado y su régimen de responsabilidad internacional. Pues ¿Cómo lograr la asunción de un nuevo principio rector en un orden jurídico determinado como lo es el Derecho Internacional?, ¿qué mejor manera de lograr esto que, en virtud de un proceso lógica y jurídicamente válido (en ese momento dado) como lo es la analogía?, ¿Qué mejor elemento se puede utilizar para ese ejercicio analógico que, el único sujeto de pleno derecho en el orden jurídico dado, como lo es el Estado?

*Ergo*, todo el acontecer político y jurídico de la época, tanto la creación del Estatuto de Núremberg, del Tribunal de Tokio, como esta conexión dialéctica entre los regímenes de responsabilidad internacional, por un lado la individual, y de otro la estatal, corresponde eficientemente a unas coordenadas de tiempo, lugar y circunstancia que corresponden a una etapa de evolución del Derecho Internacional concreta (que podríamos llamar de transito entre el estadio *tradicional* y el *contemporáneo*); pero este estadio de evolución ha quedado atrás en beneficio de un estadio más acabado en términos técnicos y pragmáticos, como es el estadio actual de evolución del Derecho Internacional general, y más concretamente en el Derecho Internacional Penal

Por ello, las consideraciones de la similitud e identificación de la responsabilidad individual y la estatal, son —y deben serlo— propias del estadio de evolución que el Derecho Internacional general guardaba en unas coordenadas de tiempo concretas, caracterizada por la permanencia de viejos moldes que no terminaban de romperse y por los nuevos que aún no terminaban de cuajar. Por ende, no deben de extrapolarse dichas consideraciones al actual estadio de evolución del Derecho Internacional, pues a la fecha, éste cuenta con un sistema jurídico o cuerpo normativo penal (que es en toda la extensión de la palabra: internacional). Este cuerpo normativo es material y formalmente internacional criminal

Estas consideraciones las podemos sustentar dentro de la normatividad internacional. En efecto, según se desprende de lo estipulado por el artículo 5.2 de la

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

resolución 3314(XXIX), y más recientemente del artículo 25 del Estatuto de Roma. Veamos pues estas normativas, el artículo 5.2 de la res. 3314(XXIX) dice:

*“2. A war of aggression is a crime against international peace. Aggression gives rise to international responsibility.”*

Como podemos observar, y además es una observación en cierto grado generalizada en la doctrina<sup>348</sup>, el artículo 5.2 de la resolución grava una distinción importante entre la guerra de agresión y *la agresión o acto de agresión*<sup>349</sup>. Y lo hace mediante un régimen bien determinado de consecuencias para sendos casos; por un lado sostiene que la guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional, y por otro, que la agresión (o acto de agresión) comporta la responsabilidad internacional. Pues bien, como sostuvimos antes, nosotros consideramos que hoy por hoy, y luego de que las teorías de la *criminalización del Estado* sostenidas y promocionadas por la Comisión de Derecho Internacional no llegaron —permítasenos la imagen— a puerto normativo y positivo seguro, sostener la existencia de crímenes internacionales es hablar indubitablemente de crímenes en el sentido de la responsabilidad internacional criminal del individuo, y no de la responsabilidad criminal del Estado. De otro lado tenemos la segunda parte del párrafo 2 del artículo 5 que consideramos, se refiere a la responsabilidad *estatal* sin género de duda. Así pues, por una parte la guerra de agresión implica o compromete la responsabilidad internacional criminal del individuo y por otra la responsabilidad internacional del Estado. Además, esta consideración de la guerra como crimen contra la paz internacional que consagra el artículo 5.2 de la resolución 3314(XXIX), es —y con mucho— anterior a las teorías expuestas y sostenidas por la CDI, pues es otros muchos otros documentos la Asamblea General se ha manifestado en este sentido.

---

<sup>348</sup> “Nevertheless, even this definition drew a distinction between the consequences of a war of aggression and mere acts of aggression. According to Article 5(2) of Resolution 3314 a war of aggression was said to constitute a crime against international peace and thus entailed international *criminal* responsibility. On the contrary, acts of aggression solely gave rise to international responsibility of the state.” MÜLLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression”..., *op. cit.*, p. 409-430.

<sup>349</sup> “The drafters of the Definition thereby signaled clearly that not every act of aggression constitutes a crime against peace: only war of aggression does.(...) When an aggressive act short of war is committed, although a violation of international law occurs, no crime against peace is perpetrated.” DINSTEIN, Yoram, *War, aggression...*, *op. cit.*, p. 125.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Pero sobre todo, debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, existe un cuerpo normativo internacional criminal, y un Órgano internacional para conocerlo y aplicarlo, que atina en llamar *crímenes* a todas las categorías jurídico-criminales contenidas en él. Lo que nos lleva a la segunda parte del argumento que adelante abordaremos. En efecto, el Estatuto de Roma contiene una concreción importante respecto de la dinámica progresiva del Derecho Internacional, pues en él se verifica una suerte de *parte aguas* ya que se hace una importante distinción respecto de lo que hasta ese momento se venía sosteniendo respecto de la unión entre los regímenes de responsabilidad internacional, el individual por un lado y de otro el estatal; lo que representa un salto cualitativo; ya que — contemporáneo al Estatuto de Roma— es *the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, en el que se sostiene la asimilación entre los dos regímenes<sup>350</sup>, sosteniendo que “*An individual who, as leader or organizer, actively participates in or orders the planning, preparation, initiation or waging of aggression committed by a State shall be responsible for a crime of aggression.*” En efecto, en todo el entramado jurídico que supone el Estatuto de Roma, no se utiliza para nada el término “crimen”, en otro sentido que no sea el apuntado antes: como un hecho jurídico internacional que implica necesaria y exclusivamente la responsabilidad internacional criminal del individuo. Y además, con el Estatuto, se concluye —al menos en el universo jurídico que supone el DIPR, circunscrito en el DI convencional— con esta confusión y controversia que se implanta entre el régimen de la responsabilidad internacional individual y el régimen de responsabilidad del Estado; así en su artículo 25 del Estatuto de Roma se dispone que:

*“1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.*

---

<sup>350</sup> “The issue of aggression is one which has, traditionally, been linked to the notion of state responsibility. This is made clear in Article 16 of the Draft Code, under which an individual may be found responsible for a crime of aggression if that person ‘actively participates in or orders the planning, preparation, initiation or waging of aggression *committed by a State*’ (emphasis added). Yet the Draft Code, as an international criminal code, is meant to determine individual criminal responsibility, and not that of a state. The Draft Code tergiversates by separating the subject-matter jurisdiction of Article 16 from any connection with state responsibility, while nevertheless requiring a determination as to whether aggression was committed by a state” ALLAIN, JEAN AND JONES, John R.W.D., “A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, *EJIL*, Vol. 8 (1997) No. 1, p. 100.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

2. *Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.*

3. *De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: (...)*

4. *Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.”*

Se concluye pues que se trata de una asociación de Estados concientizados y comprometidos con los principios civilizadores más exiguos, concretando un cuerpo de normas penales no para ser aplicadas a los Estados mismos como tales, sino destinadas a los individuos. Así pues, no va dirigido a regir o influir prime facie a la dinámica interestatal como tal.

En la doctrina podemos encontrar ciertas manifestaciones en el sentido antes apuntado, así Yoram DINSTEIN nos comenta que:

“But it cannot be denied that responsibility for international crimes, as distinct from responsibility for ordinary breaches of international law, entails the punishment of individuals. The criminality of war of aggression means the accountability of human beings, and not merely of abstract entities.”<sup>351</sup>

El mismo doctrinario nos comenta en su libro “War, aggression and self-defense”, que:

“Any breach of an obligation incumbent upon a State are not international law, regardless of the subject-matter of the obligation, entails international responsibility”<sup>352</sup>

De lo que nos comenta DINSTEYN se desprende que, si lo que se quebranta es una obligación internacional, y el sujeto internacional por antonomasia es el Estado, *ergo*, este quebrantamiento de la obligación comporta la responsabilidad del Estado por natural resultado. Sin embargo, la cuestión así planteada supone un solo plano del problema, mientras que en realidad tiene varios<sup>353</sup>, o al menos dos, uno es en el plano del régimen

---

<sup>351</sup> DINSTEIN, Yoram, *War, aggression...*, *op. cit.*, pp. 124 y 125.

<sup>352</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>353</sup> Pues pensemos en algo, la función de los agentes del Estado no solo se puede entender como depositarios de la voluntad de este, sino también como un privilegio en el uso de las atribuciones del Estado, un privilegio en el sentido de exclusividad respecto de otras muchas personas pertenecientes a uno de los elementos *sine qua non* del Estado (su población); estos

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

de responsabilidad estatal engendrado dentro de la dinámica del DI general<sup>354</sup> y el otro es el plano del DIPR<sup>355</sup>. Respecto del primero sostenemos que efectivamente el Estado ve comprometida su responsabilidad al cometerse desde, y por él, la comisión del crimen de agresión, y esto desemboca en las posibles actitudes que sobre el quebrantamiento puede eventualmente tomar el C de S que pueden ser según se desprende del juego del articulado especializado de la carta de la ONU: 24,1; 25; 39; 41; 42; 48 y demás relativos. En cambio, como ya vimos en el DIPR la cuestión es otra, pues en el artículo 25 muy claramente la responsabilidad del Estado queda excluida del maderamen jurídico del Estatuto<sup>356</sup>.

---

individuos no se identifican pues con el Estado y por ello estos individuos dejan de ser legítimamente servidores privilegiados cuando actual *ultra vires*. Desde una lógica meramente internacionalista parece resultar más fácil este ejercicio dialéctico de identificación del individuo con el Estado a través de la vinculación de sus respectivos regímenes de responsabilidad; pero desde una óptica meramente interna o intra-estatal —que por lo demás, es muy válida— esto no resulta tan fácil, pues nos encontramos con el régimen de responsabilidad (ya sea jurídica, ética, política, práctica, etc.) que los servidores públicos tienen para con sus conciudadanos, los cuales, en un ejercicio democrático o no, les confiaron o les cedieron, el ingrato privilegio de servir. Ahora bien, a lo sumo los individuos podrán asimilarse a *órgano* del Estado, como nos presenta la propia historia varios ejemplos: *el Duce, el Führer, etc.*, pero resulta que la teoría general del Estado no atribuye a los órganos —por antonomasia— el carácter de elemento constitutivo del Estado, sino que les asigna su esencia específica como *órgano* del todo, que es el Estado; *ergo*, ¿cómo es posible identificar y asimilar los actos de uno o varios individuos actuando *ultra vires* y que, por sus propios actos, han dejado de ser servidores legítimos como resultado de una dinámica intra-estatal, con los actos estatales insertos en una dinámica internacional o interestatal, mediante la asimilación de los regímenes de responsabilidad? ¿No sería más lógico hacer esto sólo al que actuara fuera uno de los elementos *sine qua non* del Estado como verbigracia: el Pueblo, la nación?, como dijimos *supra*, sólo estamos pensando un poco.

<sup>354</sup> “El fundamento (inmediato) de la responsabilidad internacional de los Estados es la existencia de un hecho ilícito internacional, es decir, de un comportamiento que sea atribuible al Estado, en tanto que sujeto de DI, y que constituya la violación de una obligación internacional a su cargo.” ALCAIDE FERNÁNDEZ, JOAQUÍN, *Las actividades terroristas...*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>355</sup> “¿Se concibe que veinte o treinta millones de seres humanos se concierten para perpetrar un crimen, a sabiendas y premeditadamente, contra otros veinte o treinta millones de seres humanos? La idea de un crimen nacional es absurda, imposible; aún en el caso imposible en que la nación se gobierne a sí misma como un solo hombre.” ALBERDI, Juan Bautista, *El crimen de la guerra...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>356</sup> « ...dans la cadre de la future C.P.I., se pose avec acuité la question de l’articulation entre les deux types de responsabilités et plus précisément du lien à établir avec le seul organe compétent pour déterminer l’existence d’un acte d’agression, le Conseil de sécurité».

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

De cierta manera estamos de acuerdo con las ideas planteadas por el jurista KELSEN, cuando afirma que:

“castigar a los autores de una guerra significa hacer a ciertos individuos responsables castigándolos por actos cometidos por ellos mismos, por sus ordenes o con su autorización. Esto no significa castigar a un Estado como tal, es decir, a un Estado como un cuerpo colectivo. La mayoría de los autores sostienen que las sanciones que estipula el derecho internacional contra los Estados como tales, a saber, las represalias y la guerra, no son castigos en el sentido del derecho penal. No obstante, la diferencia entre las sanciones específicas del derecho internacional dirigidas contra los Estados y las sanciones del derecho penal dirigidas contra los individuos no es claramente patente. (...) La diferencia consiste en que ese castigo —por lo menos en derecho penal moderno— involucra la responsabilidad individual, en tanto que las específicas del derecho internacional involucran la responsabilidad colectiva. El castigo está dirigido contra el individuo que, con su propia conducta, ha violado el derecho, ha cometido personalmente el delito; así, el derecho penal dirige sus sanciones contra un individuo precisamente determinado como el individuo que con su conducta ha realizado el acto que constituye el delito.”<sup>357</sup>

Ahora bien, la separación entre los dos regímenes de responsabilidades internacionales, el individual y el estatal, parece confirmarse en la reciente y reinaugurada<sup>358</sup> práctica del Consejo de Seguridad. En esta reinaugurada práctica se advierte, a modo inverso, como la responsabilidad del Estado en y por la comisión de hechos criminales contenidos y propios del DI, no engendra ni comporta la responsabilidad individual<sup>359</sup>. Así pues, en el asunto de las resoluciones respecto del caso de la invasión de Kuwait por Irak, el Consejo de Seguridad condenó los actos realizados

---

<sup>357</sup> KELSEN, Hans, *La paz por...*, *op. cit.*, p. 92 y 93.

<sup>358</sup> Véase sobre el tema a: ACOSTA ESTÉVEZ, José B., “El capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y el ejercicio del uso de la fuerza armada contra Irak: ¿La ONU como instancia legitimadora del uso de la fuerza?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IV, 2004, pp. 11-65. Y también el excelente trabajo conjunto de: ALCAIDE FERNANDEZ, JOAQUIN y MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, “La legítima defensa y los nuevos desarrollos”..., *op. cit.*, pp. 253 y ss.

<sup>359</sup> O, por el contrario, en algunos casos recientes la responsabilidad internacional individual no comporta la estatal, para tal efecto véase: SPINEDI, MARINA, “State responsibility v. individual responsibility for international crimes: tertium non datur?”, *EJIL* 2002, Vol.13, n. 4, pp. 895-899.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

por Irak e impuso a éste (como Estado) severas sanciones, pero nada resolvió acerca de la responsabilidad criminal internacional de los líderes iraquíes.<sup>360</sup>

Consideremos lo siguiente: según el argumento el cual sostiene que hechos de una persona engendran responsabilidad internacional estatal; nosotros consideramos que en realidad se trata de un vínculo no-jurídico, sino uno material objetivo, es decir, no se llega a la actualización del régimen de responsabilidad internacional del Estado por vía de la activación o actualización previa del régimen de responsabilidad criminal-internacional del individuo; sino que existe un vínculo material objetivo entre el hecho de la persona actuando en calidad de órgano del Estado y la actualización o activación del régimen de responsabilidad estatal. Incluso este vínculo material objetivo es susceptible de gradación, pues la Comisión redactora de los Elementos de los Crímenes configuró una subcategoría nueva: las circunstancias de contexto.<sup>361</sup>

Curiosamente es el mismo crimen de agresión quien nos da la oportunidad de ver el mismo caso pero a la inversa; si, imaginemos que estamos situados en el momento en que el crimen de agresión está ya definido y las condiciones del ejercicio de la competencia están dadas; pues bien, para que la CPI pueda ocuparse de la sustanciación de la causa tendrá que presentarse una condición previa ineludible: que el Consejo de Seguridad (por ejemplo) haya determinado —conforme al artículo 39 de la Carta— la

---

<sup>360</sup> “However, even in the cases when some reactions against law-breaking State do take place, the position of individuals is hardly affected. This may be illustrated by the practice relating to Iraq’s invasion of Kuwait. After the restoration of Kuwait, SC Res. 687 (1991) imposed harsh conditions on Iraq, but it did not say or imply that the Iraqi leaders should be prosecuted for the invasion.” GAJA, GIORGIO, “The long journey towards repressing aggression”, en: CASSESE, Antonio; Paola GAETA and John R. W. D. JONES (eds), *The Rome Statute...*, *op. cit.*

<sup>361</sup> “To anticipate, a basic circumstance element, aggression by a state, is at the heart of the crime of aggression as currently conceived and the crime must be built around that. It should be added that, in drafting the Elements, the relevant Working Group slowly evolved a sub-category of “circumstances” which is not specifically mentioned in Article 30. These are called “contextual circumstances” in the Elements. In practice, the sub-category included only three items: a manifest pattern of similar conduct, in the case of genocide; a widespread or systematic attack against a civilian population, in the case of crimes against humanity; and an armed conflict, in the case of war crimes. CLARK, ROGER S., “Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, Volume 15, 04. December 2002. Pp. 859-890, p. 867 y 868.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

existencia de un acto de agresión. El hecho de que el C de S determine lo suyo, es decir, el acto de agresión, y que ello se identifique con una condición previa del ejercicio de la competencia de la CPI, implica que existe un nexo material objetivo entre el hecho del Estado (el acto de agresión) y el régimen de responsabilidad criminal-internacional del individuo, pero no entre los dos regímenes de responsabilidad en realidad. Además puede presentarse el caso de que el C de S determine la existencia de un acto de agresión pero no imponga ninguna sanción al Estado agresor. Esto así, hemos de advertir que en el transcurso de los tiempos existe en la práctica internacional ejemplos que nos ayuden a reforzar lo anterior; así por muestra tenemos el caso en que los Tribunales de Nüremberg y Tokio no concluyeron en la determinación de Alemania y Japón como Estados Criminales, sino en la inculpación de personal naturales; ni los Tribunales *ad hoc* de Ruanda y Yugoslavia lo hicieron; en cambio en la reciente práctica del C de S vemos que en el caso de la invasión de Kuwait por el Irak, comporto algunas sanciones para el Estado iraquí, mas no para su jefe de Estado ni sus allegados.

Así pues, los actos materiales y objetivos de las personas naturales se revelan como una condición *sine qua non* para la actualización del régimen de responsabilidad internacional del Estado, claro siempre y cuando actúen como órganos del Estado. Pues lo mismo ocurre viceversa, ya que el hecho material y objetivo de la realización de un acto de agresión por parte de un Estado —el cual deberá ser previamente determinado por el C de S— activa el régimen de responsabilidad internacional-criminal del individuo. *Ergo*, no estamos ante dos regímenes de responsabilidad vinculados entre sí, sino más bien, ante sendos regímenes de responsabilidad que se encuentran condicionados a la realización de un hecho material y objetivo previo; el régimen de la responsabilidad internacional del individuo al *hecho material* del Estado, y el régimen de la responsabilidad internacional del Estado al *hecho material* del individuo-órgano.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

### ***B. EL BIEN JURÍDICAMENTE TUTELADO POR EL CRIMEN DE AGRESIÓN.***

En otro momento sostuvimos que<sup>362</sup>, la prohibición del uso y amenaza del uso de la fuerza en derecho internacional, junto con la criminalización de la agresión, constituyen una característica *sine qua non* del derecho internacional contemporáneo, y además, este binomio de principios encierra en sí mismo un principio civilizador, humanizador contra la barbarie desde una óptica y un plano ético; y a su vez comporta, desde un crisol jurídico, un gran avance con respecto del DI tradicional, pues a través de estos principios se preserva a la comunidad internacional en su conjunto de los peligros del desencadenamiento de una guerra general o, al menos, de una guerra en algún grado generalizada y devastadora en sumo grado y de talante agresiva; y esto lo hace desde dos plataformas jurídico-funcionales diversas pero no distintas, ya que por un lado priva jurídicamente a los Estados de su supuesto y soberano derecho a recurrir a la fuerza en el despliegue de sus relaciones internacionales (además esta obligación se ve complementada por la imposición de la obligación de arreglo pacífico de controversias); y por otro, sustrae del universo competencial del Estado la facultad impartir justicia particular al no permitirle imponer sanciones a los demás miembros de la sociedad internacional, es decir, sancionarse entre sí simultánea, individual y unilateralmente; pues la sanción a los actos ilegales es, en la actualidad, institucionalizada.

Así en el hipotético caso de que un Estado ,esgrimando cualquier motivo, recurriera a la guerra ---esto es, se convirtiera en agresor a la luz de sistema jurídico de las NU--- este simple hecho, en virtud de las consideraciones de estos principios que atendemos, no dispara la facultad o prerrogativa de los Estados miembros de la comunidad a tomar medidas represivas en términos de sanción, revancha, o venganza; sino que pone en marcha un sistema institucionalizado y social de defensa colectiva, y esta defensa colectiva no se encamina sólo contra el estado agresor, sino sobre todo ---y esto es característico de toda evolución jurídica--- contra el agredido, pues le impone deberes positivos en cuanto a la reacción que debe y puede tener conforme al DI general. Luego, los principios rectores de la prohibición del uso del uso y amenaza de uso de la

---

<sup>362</sup> Capítulo III, de este trabajo.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

fuerza y de la prohibición de la agresión tienen dos aspectos jurídico-funcionales para desplegar su función civilizadora, humanizadora y contra la barbarie.

Por otro lado y en relación con lo que apuntamos, queremos destacar que, en la dogmática jurídica penal, los crímenes en definitiva siempre corresponden a la expresión jurídico-criminal o penal, de un imperativo ético, político, o social, es decir los crímenes no tienen independencia dialéctica ni conceptual con respecto a un catálogo axiológico<sup>363</sup> (dicho catálogo puede ser: moral, religioso, político, social, etc.), aun en los regímenes más tiranos e injustos los crímenes se corresponden con una dimensión criminal de un muestrario axiológico determinado, que en esas coordenadas de tiempo, espacio y circunstancia la sociedad y el Estado, o la sociedad sola o el Estado sin ella, determinan como esencial para la colectiva y la propia existencia del Estado y de la sociedad.

Pues bien, el crimen de agresión tiene una configuración muy interesante ya que, según hemos visto, este crimen tiene como norma de sustento a la prohibición del uso y amenaza de uso de la fuerza en DI consagrada en el artículo 2.4 de la Carta de las UN; y la criminalización de las guerras de agresión en DI general. De ello perfilamos que el bien jurídico tutelado por el crimen de agresión es indudablemente: *la paz y la seguridad de la comunidad internacional en su conjunto y de la humanidad*. Desde luego que esto se identifica con una insoslayable necesidad real de parte de la misma sociedad internacional, así nos lo plantea el profesor de la hispalense ALCAIDE FERNÁNDEZ:

“la necesidad de ofrecer una protección adecuada a dichos valores (*él habla de la paz y la seguridad internacionales o los derechos humanos o la promoción y realización del bien común universal*) condujo a que la evolución de la conciencia ético-jurídica de los Estados se plasmara en el reconocimiento de una naturaleza particular a las normas y obligaciones que los salvaguardan, y a la instauración de nuevos mecanismos jurídicos para su más eficaz protección...”<sup>364</sup>

En efecto, la paz y seguridad de la humanidad<sup>365</sup> es el Bien Jurídicamente Tutelado del crimen de agresión, pero este bien tutelado no lo es solo por dicho crimen,

---

<sup>363</sup> Remítase a las consideraciones que ya realizamos sobre el tema de la diferencia entre *norma* y *ley*, en la teoría general del Derecho Penal, Capítulo IV.1.3.

<sup>364</sup> ALCAIDE FERNÁNDEZ, JOAQUÍN, *Las actividades terroristas...*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>365</sup> Según nos informa la profesora Casilda RUEDA, el concepto: crimen contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, fue acuñado por Francis Biddle quien en un informe, fechado el 9 de noviembre de 1946, que dirigió al Presidente Truman, utilizaba este término. Mientras que

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

pues desde que se diseñó el sistema de seguridad colectiva, se pensó en este Bien, pero entonces no era un Bien tutelado jurídicamente, sino más bien políticamente tutelado<sup>366</sup> (claro mediante reglas jurídicas sí, pero el método no es jurídico sino político), con base en los artículos 24, 39, 40, 41 y demás relativos a la cuestión, de la Carta de las NU. En este sentido el mismo profesor hispalense nos expone:

“La función preeminente del Consejo en el Capítulo VII es, sin duda, mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, y la urgente necesidad de su acción no debe estar obstaculizada por la previa consideración de los derechos de las partes o por el análisis del fundamento jurídico de sus reclamaciones. En este sentido, como escribe CARRILLO SALCEDO, la acción prevista en el Capítulo VII de la Carta con relación a eventuales violaciones de una norma de excepcional importancia (la prohibición del uso de la fuerza, art. 2.4) está condicionada por factores políticos y por el hecho básico, puesto de manifiesto por BASTID, de que la Carta de las Naciones Unidas “no se propone tanto garantizar la aplicación del Derecho como asegurar un determinado orden, la preservación de la paz y la seguridad internacionales”<sup>367</sup>

Ergo, podríamos afirmar que el crimen de agresión viene a ser la expresión jurídica precisa y eficiente en clave ius-criminal del bien (común y comunitario) tutelado (multi- y pluri-dimensionalmente) que es la paz y seguridad de la humanidad.

El bien jurídicamente tutelado por el crimen de agresión es indiscutiblemente la paz y la seguridad de la humanidad. Pero desvelemos un poco el sentido de esta frase conceptual bifurcada. La paz cumple en la anterior frase conceptual, una función o sentido operativo y pragmático, es decir, que la paz es considerada un presupuesto básico para lograr la seguridad de la humanidad, y debemos plantearla en términos propuestos por KELSEN, así:

---

en el plano institucional, fue la Asamblea General de la ONU quien en su resolución 177(II) de 1947, dió carta de naturalización a la categoría jurídica, aunque no la dotó de una clara definición. RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, *Delitos de derecho...*, op. cit., p. 38.

<sup>366</sup> “Lejos de ser cierto que el fin justifica los medios, son los medios los que justifican el fin, en la guerra todavía más que en la política. Cuando los medios son bárbaros y salvajes, es imposible admitir que la guerra pueda tener fines civilizados. Así, hasta en la guerra contra los salvajes, un pueblo civilizado no debe emplear medios que no sean dignos de él mismo, ya que no del salvaje.” ALBERDI, Juan Bautista, *El crimen de la guerra...*, op. cit., p. 31.

<sup>367</sup> ALCAIDE FERNANDEZ, JOAQUIN y MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, “La legítima defensa y los nuevos desarrollos”..., op. cit., p. 268.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

“la paz es una situación que se caracteriza por la ausencia de la fuerza. Dentro de una sociedad organizada, sin embargo la ausencia absoluta de la fuerza —la idea del anarquismo—no es posible. El empleo de la fuerza en las relaciones entre los individuos se evita reservándolo para la comunidad”

Y más adelante sostiene que esa paz debe estar bajo el sistema garante:

“para garantizar la paz, el orden social no excluye actos coercitivos de todas clases: autoriza a ciertos individuos para que realicen actos determinados en ciertas condiciones. El empleo de la fuerza prohibido en general como una trasgresión, es permitido en casos excepcionales como una reacción contra la trasgresión, es decir, como una sanción. (...) el orden social hace así del uso de la fuerza un monopolio de la comunidad y al obrar de ese modo pacifica las mutuas relaciones de sus miembros. La característica esencial del derecho como un orden coercitivo consiste en establecer un monopolio de la fuerza común.”<sup>368</sup>

La seguridad es, por definición, compleja en extremo, pero tratemos de darnos una idea a través de proyectar ciertos lineamientos; así pues, seguridad significa según el diccionario:

**seguridad.** (Del lat. *securitas*, *-ātis*). f. Cualidad de seguro.

**seguro, ra.** (Del lat. *secūrus*). adj. Libre y exento de todo peligro, daño o riesgo.

Así pues, en última instancia podríamos incluir en el concepto ‘seguridad de la humanidad’ su supervivencia dadas las atroces experiencias vividas ---y vívidas--- de los niveles de destrucción, en términos económicos, políticos, sociales, culturales —en una palabra- humanos; la seguridad de la humanidad como tal, se ha ganado su carta de naturalización en el catálogo de aspiraciones realizables —o bienes comunes universales— a las que el derecho en general y, el derecho internacional en particular, deben en caminar.

Lo que implica que, el crimen de agresión estará llamado a hacer ----en términos generales----- en un futuro incierto pero deseable, en el que se lleve a cabo la disposición que contenga la definición y las condiciones del ejercicio de la competencia, será la limitación, en clave de criminalización, del derecho o libertad de cometer agresión *lato sensu* (actos de agresión, guerra de agresión, ataque armado, etc); y de otro lado, preservar la paz<sup>369</sup> y la seguridad de la Humanidad<sup>370</sup>.

---

<sup>368</sup> KELSEN, Hans, *La paz por..., op. cit.*, p. 39.

<sup>369</sup> “La paz sería, pues, la primera ley natural.”. MONTESQUIEU, el espíritu de las leyes, libro I, capítulo II.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Ahora bien, después de apuntar anteriores ideas, diremos que, en los otros crímenes contenidos en el Derecho Internacional Penal de Roma, no existe este bien tutelado como tal, es aquí en donde radica su diferencia. Paradójicamente, incluso ni en el crimen propiamente llamado “Crímenes de lesa Humanidad”. Pues, este crimen (lesa humanidad) pensamos que no se comete contra la existencia de la Humanidad en sí misma, sino más bien, contra la calidad de *humanidad* de las personas en tanto pertenecientes a aquella, sobre las que se perpetra dicho crimen. Lo que convierte a ‘la humanidad en *parte o sujeto* —legítimamente— *ofendido* por la comisión del crimen, pero no en la parte o sujeto fatalmente pasivo o víctima del crimen de lesa la humanidad.

Por ello, un punto de inflexión respecto del crimen de agresión, es sin duda la transfiguración del derecho absoluto del *ius ad bellum* — catalizado quizá por *ius in bellum*— a favor de una prohibición al uso y amenaza de uso de la fuerza en las relaciones interestatales, o un *ius contra bellum*. Evidenciándose un interés general, es decir, un propósito a conseguir a través del recurso de la guerra, que a ultranza y paradójicamente es la paz. Se muestra esto en las transformaciones de guerra justa a guerra legal, pero en la actualidad son caóticos los parámetros pues, se busca ya no la paz, sino la seguridad de un orden que se preconiza pacífico y progresista, liberal, democrático, etc. Entonces estamos ante no la santidad<sup>370</sup>, ni la justicia, ni la legalidad de la guerra<sup>372</sup>; sino frente a la pura y dura lucha por la sobre vivencia de la Humanidad en tanto elemento social indispensable de la sociedad internacional contemporánea, a la que también se pretende proteger.

---

<sup>370</sup> “la historia parece enseñarnos que no es el camino del derecho, sino el de la fuerza, el que conduce a la paz.” KELSEN, Hans, *La paz por...*, *op. cit.*, p.41.

<sup>371</sup> Como se estipulaba en el articulado del Tratado de Versalles, en donde se pretendía fincar el ajusticiamiento de Guillermo II Káiser de Alemania.

<sup>372</sup> Según se desprende de lo consignado de la normatividad del Pacto de la Sociedad de Naciones.

### **3. EL PROBLEMA DE SU UBICACIÓN EN EL UNIVERSO JURÍDICO**

*“El derecho penal no es, por lo tanto, un regulador de la libertad humana. Es el protector de ésta. Quien lo describió como un freno de la libertad, falseo su naturaleza y lo convirtió en un instrumento de desorden, del cual, desgraciadamente, se aprovecharon los déspotas de la tierra.”<sup>373</sup>*

Para acometer un ejercicio de ubicación, con respecto de la categoría jurídica el crimen de agresión, dentro del universo jurídico, es necesario efectuar una bifurcación dialéctica eficiente. Así pues, en primera instancia debemos considerar la aspiración de la humanidad de conseguir la paz, sino *perpetua*, al menos si duradera y efectiva, en el discurrir histórico como una constante; en segunda instancia debemos considerar la faceta de expresión jurídica que se ha venido operando respecto de ésta eterna aspiración humana. La primera instancia la concebimos en sentido axiológico, tal como lo expresa la Asamblea General de la ONU en su Declaración sobre la preparación de las Sociedades para vivir en Paz:

*“Reconociendo que la paz entre las naciones es el valor supremo de la humanidad, que aprecian en el más alto grado todos los principales movimientos políticos, sociales y religiosos”*

En la misma Declaración la AG esboza la segunda instancia de la bifurcación mencionada; pues sostiene:

*“Toda nación y todo ser humano, independientemente de su raza, convicciones, idioma o sexo, tiene el derecho inmanente a vivir en paz. El respeto de ese derecho, así como de los demás derechos humanos, redundan en el interés común de toda la humanidad y es una condición indispensable”*

Y es la misma AG quien tiende un lazo dialéctico entre ambas consideraciones, pues desvela la importancia de la eterna aspiración y el destacado papel que juega su faceta jurídica:

---

<sup>373</sup> FRANCESCO CARRARA, *Opusculi de diritto criminale*, (Derecho penal, Harla México 1997.) p. 93.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

“*Convencida* de que una vida sin guerras constituye en el plano internacional el requisito previo primordial para el bienestar material, el florecimiento y el progreso de los países y le realización total de los derechos fundamentales del hombre proclamados por las Naciones Unidas,

*Conciente* de que en la era nuclear el establecimiento de una paz duradera en la Tierra constituye la condición primordial para preservar la civilización humana y su existencia,”<sup>374</sup>

*Ergo*, la constante aspiración de la humanidad a conseguir en cada momento histórico dado la paz (primera instancia de la bifurcación), ha devenido, en una dinámica de evolución connatural al desarrollo del DI que se perfila en los ordenes *institucional, social y humano*<sup>375</sup>, y está inserta en el fenómeno de Organización Internacional en la medida en que, por ejemplo —según CARRILLO SALCEDO— la Sociedad de Naciones y la Organización de las Naciones Unidas,

“han pretendido responder simultáneamente a los tres problemas básicos que están presentes en el fenómeno de Organización Internacional: la ordenación de poder, la satisfacción de necesidades concretas en materia precisas, y *la construcción de la paz.*”<sup>376</sup>(énfasis añadido),

En tanto que, encuentra su expresión jurídica al ser considerada como un derecho inmanente de la Humanidad (segunda instancia de la bifurcación), la cual tiene su positivación en la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2.4 de la Carta de la ONU). Pero esta dinámica evolutiva no encuentra su dimensión funcional sólo en las declaraciones de la AG (que en términos efectivos, sería no muy contundente dado el valor específico de las declaraciones del Órgano en cuestión)<sup>377</sup> por vía de afirmación de la existencia de un *derecho*, sino que,

---

<sup>374</sup> (Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz).

<sup>375</sup> “... el Derecho internacional ha venido experimentando un triple proceso de *institucionalización, de socialización y de humanización* que ha corregido progresivamente los rasgos que habían caracterizado al Derecho internacional tradicional.” CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>376</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., *El derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>377</sup> Sobre esta cuestión del valor jurídico de las resoluciones y declaraciones de la AG, el profesor de la Universidad de Sevilla CARRILLO SALCEDO nos comenta: “...si desde un punto de vista formal no son obligatorias, pues en principio la Asamblea General no tiene competencias legislativas, la practica muestra que a veces son *actos jurídicos concertados de naturaleza no convencional (...)* y a veces contribuyen a *precisar normas jurídicas consuetudinarias vigentes o a cristalizar normas consuetudinarias que se encontraban en proceso de formación.* En

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

advirtiendo la otra cara de la misma moneda, la práctica internacional en la pasada centuria nos ofrece variados elementos de prueba, en cuanto a la existencia de una suerte de *obligación de ius cogens* al respecto, como parte de un binomio jurídico tendiente a realizar y alcanzar el valor de la paz; piénsese verbigracia en los Procesos de Nüremberg y Tokio, los Tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda y en la reciente creación y entrada en vigor de la CPI y sobre todo en las múltiples resoluciones del Consejo de seguridad<sup>378</sup>, que por otro lado, encuentran su fundamento legal en la prohibición contenida en el artículo 2.4<sup>379</sup>.

Ahora bien, como dijimos antes el concebir la paz como un valor supremo y al estado de paz *como una condición naturalmente necesaria del orden internacional actual, constituye uno de los mayores hitos alcanzados en la evolución del derecho internacional como tal, y de la humanidad misma, lo cual encuentra en el ius in bellum*

---

ambos supuestos, (...) tienen valor jurídico y son causas de positivación de normas de Derecho internacional general, en la medida en que expresan un consenso general de la comunidad internacional.”. Además sostiene en otro lugar que: “Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas desempeñan, por tanto, un papel importante e indiscutible en la elaboración de las normas jurídicas internacionales, *por estar situadas a mitad de camino entre los dos procedimientos tradicionales de positivación del Derecho internacional: los tratados y la costumbre*”. El derecho internacional en perspectiva histórica, Madrid, 1991, p. 172 y 158 respectivamente. Una opinión divergente la encontramos en las palabras del profesor ALFRED VEDROSS, cuando sostiene que: “...si la Asamblea General con fundamento en el Estatuto de la Organización de Naciones Unidas puede dirigir a los Estados sólo recomendaciones, tales resoluciones no pueden ser ni obligatorias, ni cuasiobligatorias.”. La cita es de: TUNKIN, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 70. Otros, como el destacado jurista MICHEL VIRALLY, consideran a las resoluciones de la AG como instrumentos diplomáticos pero no carentes por ello de significación y contenido jurídico. *L'ORGANIZATION MONDIALE*, PARIS, LIBRAIRIE ARMAND COLIN, 1972. La cita es igualmente de TUNKIN, supra, p. 71. Por su lado TUNKIN, considera que: “La solución correcta al problema de la naturaleza de las resoluciones-recomendaciones de las organizaciones internacionales puede ser encontrada sólo en el fundamento de la teoría de la coordinación de las voluntades de los Estados.(...) Las resoluciones-recomendaciones legalmente adoptadas representan uno de los medios de desarrollo, cooperación y de consecución de los fines de la organización internacional, por eso la ignorancia permanente de estas resoluciones-recomendaciones, por parte de uno u otro Estado miembros de una organización sería una violación a su estatuto.”. p. 73 y 74, *Ídem*.

<sup>378</sup> Véase la lista de las resoluciones que se mencionan en el Capítulo II.1.

<sup>379</sup> “...la prohibición general del recurso a la fuerza o a la amenaza de fuerza en las relaciones internacionales es el fundamento de las competencias de la Organización para recomendar, o decidir, una acción colectiva en caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz, o actos de agresión (Capítulo VII, arts. 39 a 51 de la Carta de las Naciones Unidas).” CARRILLO SALCEDO, J. A., *El derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 83.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*un catalizador idóneo; pues esto no siempre fue así, en la antigüedad (que no necesariamente es lejana y, tampoco, superada) la paz se concebía como una suerte de tregua —proyectada largamente en el tiempo o no— al estado natural, anárquico y caótico, de guerra entre los pueblos.*

A todas luces es obvio que, a nuestro estudio, interesa la segunda instancia de la bifurcación dialéctica apuntada, esto es, la cristalización, en clave de expresión jurídica, de la aspiración de la paz por parte de la humanidad, como valor ético, moral, político y ---ahora--- jurídico. Sin embargo, aunque la primera instancia corresponde más a una especie de disciplina jurídico-antropológica es necesario no perderla de vista en el desarrollo de nuestros esfuerzos intelectuales ya sean de análisis, de reflexión o meramente expositivos respecto del crimen de agresión y sus implicaciones; pues, esta segunda instancia dialéctica se perfila como “*hilo conductor*”<sup>380</sup> de estas actividades intelectuales, tal cual corresponde a todo *desideratum* humano válido.

Ya instalados en la plataforma dialéctica esbozada antes, desde la que se considera al crimen de agresión como expresión material y formalmente jurídica de la aspiración a la paz como valor realizable, (con la connatural doble fisonomía del Derecho: *derecho-obligación, facultad-deber o permisión-prohibición*) es pertinente plantearnos la ubicación de éste respecto de los siguientes ordenes:

1. En un plano general el crimen de agresión debe ubicarse dentro de la fenomenología del Estado;
2. En un plano más restringido debe ubicarse dentro de la dinámica interestatal propiamente dicha;
3. Dentro del Derecho Internacional general debe ubicarse en el Derecho Internacional Penal de Roma;
4. Situado dentro del entramado jurídico del Estatuto de Roma debe ser ubicado en una categoría aparte y especial.

Con el fin de clarificar nuestra postura ahondaremos un poco más en cada una de las cuestiones planteadas supra.

---

<sup>380</sup> Parafraseando al profesor CARRILLO SALCEDO, “*Me he fijado en algunos problemas centrales que a lo largo del libro aparecerán como hilos conductores de la reflexión...*”.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

*a. En un plano general el crimen de agresión debe ubicarse dentro de la fenomenología del Estado.*

Esto debemos entenderlo simple, llana y literalmente pues, aunque el crimen de agresión lo efectúen los seres humanos es desde el mecanismo estatal donde se ejecuta, así que sólo desde la maquinaria estatal se perpetra, lo que convierte al Estado en un elemento *sine qua non* del crimen de agresión, *verbi gratia*, pensemos en que en épocas pretéritas en que no tomaba aún subjetividad existencial el Estado en el discurrir histórico, no hubiese sido posible hablar de crimen de agresión entre aldeas, comarcas u otras entidades sociales determinadas en orden a un grupo humano<sup>381</sup>. En la actualidad existen entidades (internacionales y transnacionales) que poseen mucho más capital (en términos humanos, económicos, organizacionales, de desarrollo, de poder de influencia, mediático, institucional, etcétera, lo cual se traduce, al igual que en el caso del Estado, ya sea en una capacidad de daño o de beneficio), que algunos ---si no es que muchos--- Estados; pero las consideraciones anotadas *supra* son igualmente válidas, pues este mismo tenor de ideas no nos permiten hablar de crimen de agresión cometido por, en o desde una entidad diversa al Estado. Ahora bien, en un caso hipotético, el Estado podrá servirse de estas coludidas entidades pero eso no implica la comisión del crimen por ellas. O de otro lado, y a manera de ejemplo, piénsese en la organización internacional terrorista Al-Qaeda que no es —ni tiene la calidad de— un Estado en Derecho internacional, así pues esta organización no puede cometer el crimen de agresión que se le pretendió en su momento atribuir.

Una vez más la experiencia inapreciable de los Tribunales Internacionales nos auxilian para esclarecer la cuestión, así observando a *contrario sensu* la Sentencia del Tribunal de Nüremberg que enunciaba:

*“...los crímenes contra el Derecho de Gentes fueron cometidos por hombres y no por entidades abstractas y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las normas del Derecho internacional”*

---

<sup>381</sup> “Desde la consolidación, a partir del inicio del s. XVI, del Estado soberano como último y definitivo centro de atribución del poder político, la guerra comenzará a considerarse como un medio al servicio de la *razón de Estado*, último fin y justificación del quehacer estatal.” PELÁEZ MARÓN, J. M., en: CARRILLO SALCEDO, J. A. (COORD.), *La criminalización...*, *op. cit.*, p. 92.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Obviamente que el Tribunal se refiere en este caso a los Estados cuando habla de entidades.

***b. En un plano más restringido debe ubicarse dentro de la dinámica interestatal propiamente dicha.***

Puesto que, el crimen de agresión supone la convergencia existencial de dos sujetos del DI general (tanto en la categoría de sujeto activo como pasivo), lo cual puede ser semilla de desconcierto pues, podría invitarnos a situar al crimen de agresión en una dinámica tributaria de la protección de los Derechos Humanos (en la cual podrían situarse los otros crímenes del Estatuto). Por ello es necesario dilucidar esta cuestión; para ello tenemos que distinguir entre dos esferas jurídicas diversas como lo son: el Derecho Internacional (penal) general y el Derecho Internacional Penal de Roma (DIPR); mientras en la primera la preeminencia es respecto del Estado como sujeto primario, en la segunda el Estado se encuentra como sujeto ---primario sí--- pero como complemento eficiente y necesario en la comisión del crimen de agresión. Así, el individuo en la primera es sujeto derivado activo (en tanto que es sujeto de obligaciones y derechos, pero sin participar en la creación de las normas propias del sistema jurídico internacional) pues actúa sólo como agente eficiente mas no necesario; en la segunda se encuentra en un plano prioritario y exclusivo, pues es el único que ostenta un régimen efectivo de responsabilidad internacional, esto se desprende del análisis del Art. 25 el cual dispone que:

*“1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.*

*2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.*

*3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: (...)*

*4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.”*

Lo que significa que el régimen de responsabilidad del Estado no es que sólo se desplaza a un segundo plano, sino que en realidad, se sustrae de lleno del universo

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

competencial de la CPI. Esto debe entenderse en ambos sentidos positivo y negativo, es decir, el hecho judicial de fincar responsabilidad individual en un caso concreto, no supone la responsabilidad estatal; pero a la inversa, tampoco la excluye, pues en el hipotético caso de que la Corte no fincara responsabilidad individual a sujeto alguno por la comisión del crimen de agresión, podría darse el caso de que el Consejo de Seguridad de la ONU decidiera comprometer la responsabilidad del Estado en cuestión mediante la imposición y establecimiento de un Comité de Sanciones<sup>382</sup>, ya que el Art. 25 párrafo 4 no interfiere ---en nuestra opinión--- en nada en la facultad del Consejo de Seguridad, actuando dentro del Capítulo VII, en cuanto a determinar y establecer algún Comité de Sanciones en virtud de un acto de agresión sobre el cual él se haya pronunciado ---que por lo demás, es un requisito *sine qua non* previo---. Pero en este hipotético caso nos encontraríamos situados dentro de una interacción del Sistema jurídico de la ONU con el Derecho Internacional Penal de Roma. Y con todo debemos aclarar que, de este supuesto tampoco se puede inferir la similitud e identidad entre los regímenes de responsabilidad (individual y estatal)<sup>383</sup>.

Existen varios métodos para formular una definición de Derecho Internacional, al decir del profesor PASTOR RIDRUEJO<sup>384</sup> --quien a su vez se apoya de alguna manera en lo que sostiene y propone Miaja de la Muela-- para llegar a la definición del DI se pueden adoptar varios criterios operativos como son: *el material* y *el formal*. Pues bien, vamos a extrapolar tales ideas para servirnos de ellas y así nos ayuden a dilucidar nuestra cuestión. El crimen de agresión por su contenido (materialmente) es propio de una dinámica interestatal, pues va dirigido a regir, limitar y sancionar (no en términos penales) el universo conductual del Estado, el cual se encuentra interactuando en una sociedad de Estados. En atención al criterio formal diremos que: el crimen de agresión es de naturaleza interestatal en tanto que sus disposiciones normativas emanan de un procedimiento propio de la Sociedad internacional.

---

<sup>382</sup> Hoy por hoy existen varios Comités de Sanciones: Libia, Somalia, Ruanda, Sierra Leona, Irak, Liberia y el 1267.

<sup>383</sup> Remítase al epígrafe VI.3. de este Capítulo, en donde abordamos el problema de la naturaleza *sui generis* del crimen de agresión en DI.

<sup>384</sup> PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional...*, op. cit., 2001 p. 29 y 30.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

En todo caso, y por lo expuesto anteriormente, la ubicación del crimen de agresión dentro de una dinámica interestatal se impone radicalmente sobre cualquier otra cuestión.

### ***c. Dentro del Derecho Internacional general debe ubicarse en el Derecho Internacional Penal de Roma.***

Como pudimos observar en el Capítulo VI.1. el argumento sobre la existencia del crimen de agresión en ---y propio de--- el Derecho Internacional general es sostenible, lo cual se infiere de la existencia del crimen de agresión dentro del DIPR en virtud de su inclusión en el art. 5,1. Esto nos permite a su vez sostener que: si el crimen de agresión existe en DI general independientemente de su existencia en DIPR (por el art. 5,1 lo cual se convierte en expresión de aquel y ---constituye--- un elemento crucial de prueba, es conveniente encaminar los subsecuentes esfuerzos, tanto institucionales como doctrinarios, para lograr la concreción jurídica del crimen, dentro del universo del Derecho Internacional Penal de Roma; pues de hacerlo dentro de la dinámica del DI general se correría el riesgo de perdernos en divagaciones iusfilosóficas desaprovechando la oportunidad que nos brinda la positivación del crimen de agresión en DIPR, y conseguir avanzar hacia la concreción jurídica de la norma general (es decir, tanto convencional como consuetudinaria) partiendo de esta formidable plataforma.

### ***d. Situado dentro del entramado jurídico del Estatuto de Roma debe ser ubicado en una categoría aparte y especial.***

Dentro del catalogo de Crímenes del DI general entre los que se encuentran: el de Genocidio, los de Lesa humanidad, los de Guerra, el de Agresión; encontramos también los llamados “*treaty crimes*” como lo son: el de piratería, terrorismo, etc. Esto en si mismo nos presenta una diferenciación metodológica inicial, pero no es trascendental para nuestro propósito actual, pues es nuestro afán está situado en los crímenes de DI consuetudinario, es decir, los primeros. Esta categoría de crímenes internacionales a su vez presenta ---y precisa--- una división más; por un lado tenemos la subclase de los crímenes que en el fondo tienden a proteger al ser humano como individuo, ya sea como tal o como perteneciente a un grupo (ya sea social, religioso, de género, político, económico, étnico, nacional, combatiente, civil, etcétera), y en los cuales encontramos, en

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

cierto grado, contenidos los Derechos Humanos o un núcleo duro de ellos<sup>385</sup>; así pues la protección del individuo (como tal o en grupo) se convierte en un interés genuino y legítimo de la Comunidad Internacional en su conjunto y al que se pretende proteger jurídicamente a través de su positivación ---*verbi gratia*--- en el Estatuto de Roma.

Por otro lado, tenemos a los que tienden igualmente (por antonomasia) a proteger los intereses fundamentales de la Comunidad Internacional, mas sin embargo, ésta categoría presenta peculiares caracteres, pues la protección que despliegan no está formulada en clave de protección del individuo, si no que se presenta como protección directa de la misma Comunidad Internacional en su conjunto<sup>386</sup>, al tratar de proteger la paz y la seguridad de la humanidad, tal es el caso del crimen de agresión.

Por esto, tanto en el plano doctrinal como en el institucional, este crimen debe ser considerado dentro de la categoría de los crímenes del Derecho Internacional consuetudinario, junto al de Genocidio, Lesa humanidad y Guerra, pero en una subcategoría aparte de los demás, en la que la paz y seguridad de la humanidad son el Bien Jurídico Tutelado<sup>387</sup>.

---

<sup>385</sup> ALCAIDE FERNÁNDEZ, JOAQUÍN, *La interacción entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Cuadernos de Derecho número 3, Sevilla 1990.

<sup>386</sup> En términos utilizados por GROS ESPIELL, al considerar a la Comunidad Internacional como un genuino sujeto internacional; en: *No discriminación y libre determinación como normas imperativas de derecho internacional*, anuario 6 del IHLADI, p. 74.)

<sup>387</sup> “La paz y la seguridad internacional son en la actualidad un valor incorporado al derecho internacional, cuya referencia aparece como justificación de gran parte de sus normas e, incluso, virtualmente como instancia legitimadora de todo el sistema jurídico internacional, desde sus principios generales a los mecanismos para su aplicación y cumplimiento; percepción esta última cuya máxima expresión jurídica positiva está formalizada en la Carta de las Naciones Unidas.” ABELLAN HONRUBIA, V., “La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: “fundamento jurídico y discrecionalidad política”, en: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Homenaje al profesor M. Díez de Velasco, autores varios, Madrid, Tecnos, 1993, p. 3.

***CAPÍTULO V.  
LA PROBLEMATICIDAD DEL  
CRIMEN DE AGRESIÓN  
DENTRO DEL ESTATUTO DE ROMA***

### ***1. EL CRIMEN DE AGRESIÓN COMO CATEGORÍA JURÍDICO-PENAL INTERNACIONAL.***

“Ahora bien; la razón moralmente práctica pronuncia este veto irresistible: *No debe haber ninguna guerra*, ni entre Tú y Yo en el estado natural, ni entre nosotros como pueblos que, constituidos legalmente en nuestro interior, estamos sin embargo en un estado extra-legal exteriormente ó en nuestras mutuas relaciones, porque el derecho no debe buscarse por medio de la guerra.”<sup>388</sup>

A nuestro entender en la cuestión del crimen de agresión se presentan, en términos teóricos, dos posibles vertientes: una es la de todos aquellos problemas que se suscitan para llegar a la concreción típica-conceptual, de índole exclusivamente jurídica, lo que podríamos llamar en clave de *aporía jurídica*<sup>389</sup>. Esta vertiente, a su vez, podría albergar dentro de sí dos categorías de distinta envergadura, a saber: una *material* y otra *formal*. Dentro de la primera categoría de problemas (jurídica material) estarían contenidos los problemas que damos en llamar *de ámbito iusinternacional*, verbigracia: el tener que resolver la cuestión de adoptar una definición de talante subjetivo u objetivo, enumerativa o ecléctica, etc.; el tener que decidir la cuestión de cómo conjugar la inserción del tipo dentro de la estructura del sistema del derecho internacional institucional, en otras palabras, que tipo de función se le dará al juego de la definición y con las funciones del C de S; el tener que procurar que dicha definición típica encuadre con la esencia y el real desarrollo progresivo del derecho internacional general, es decir, que tanto al momento del ejercicio *legislativo* que realice la Asamblea de Estados Parte, al adoptar una definición tipo, este debe ser conforme a la realidad evolutiva del derecho internacional; y que al momento de la aplicación funcional del tipo por parte de la Corte Internacional Penal, esta no exceda sus funciones a las que fue llamada<sup>390</sup>; y en concreto la existencia del crimen de agresión en el derecho internacional general, la especificación

---

<sup>388</sup> Emmanuel Kant, *La paz perpetua...*, *op. cit.*, conclusiones.

<sup>389</sup> Remítase al apartado de anexos del presente trabajo, para una aportación esquematizada de las anteriores ideas (Anexo I, Cuadro 1).

<sup>390</sup> “Some of the States involved with creation of the I.C.C. may be willing to limit a definition of the “crime of aggression” due to a fear of possible abuse by the Court’s personnel.” NESBIT, TERENCE, *The international Criminal Court: The Crime is Aggression*, Valparaiso University, School of Law, 2002.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

terminológica, su naturaleza *sui generis*, su ubicación en el universo jurídico y su concreción típica-conceptual.

Aquí en esta categoría (jurídica material) también estarían previstas las cuestiones, más concretas y operativas, referentes y propias del *ámbito de la dogmática jurídica penal*, la cual, por ejemplo, se ocupa de ayudarnos a determinar ante que tipo de bien jurídicamente tutelado nos encontramos, y de cómo éste (el bien tutelado) condiciona tanto la concreción típica-conceptual y las condiciones del ejercicio de competencia, como la eventual aplicación e interpretación del tipo penal; así como las cuestiones sobre la verificación del crimen de agresión en razón de la persona, de la materia, del tiempo y por supuesto la *mens rea*.

La siguiente categoría, la *jurídica formal*, contendría las cuestiones relativas a cuando y como podría incluirse, la definición adoptada dentro del maderamen de la CPI; así como algunos acuerdos operativos a los que la Asamblea de Estados Parte llegara en función de dirigir las conversaciones y negociaciones de la concreción del tipo; en específico estamos hablando de dos cuestiones, en concreto: una *estructural*: El juego operativo que se da entre el párrafo 2 del artículo 5 y los artículos 121 y 123 que estipula que sólo pasados 7 años podrá revisarse y enmendarse el estatuto. Y otra *procedimental*: todos aquellos acuerdos a los que los Estados Parte y los terceros, en el seno de la Asamblea General, lleguen con el fin de actualizar la disposición del párrafo 2 del art. 5, así como las reservas y declaraciones interpretativas que en su momento se verificarán.

La segunda vertiente de la cuestión del crimen de agresión a la que me referí antes, contiene los problemas que por su naturaleza podemos definir como extra-jurídicos, es decir, todos aquellos que aunque condicionen o complementen el quehacer jurídico, no pertenecen propiamente a la dogmática jurídica en sí. Por lo tanto podríamos nombrarla como la vertiente de *aporía extra-jurídica o política*; y en la cual hacinaríamos —sin animo exhaustivo— las siguientes cuestiones de corte predominantemente político: El recelo de los Estados Parte del Estatuto de Roma a, por un lado, las extralimitaciones en el ejercicio de sus funciones del personal de la Corte Internacional Penal y, por otro lado, a verse ellos mismos limitados en el ejercicio de su soberanía (considerada *lato sensu*) al dotar a la Corte de un tipo más para el ejercicio de su competencia —aun cuando no se extralimite el ejercicio de ésta—; miedo o recelo de

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

el virtual enfrentamiento dialéctico y efectivo con Estados no Partes del Estatuto de Roma<sup>391</sup>. La cuestión relativa al rol o papel del Consejo de Seguridad respecto del ejercicio de la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión, contenida en el artículo 5,2. La tensión que se presenta entre Estados Parte y terceros, provocada por la presión que estos últimos hacen por temor de verse involucrados en la comisión del crimen de agresión en virtud del artículo 12. Como podremos advertir, unas cuestiones se encuentran insertas en una dinámica *intra-Estatuto*, o en una dinámica propia de los Estados Parte del Estatuto y, las otras, en una dinámica *extra-Estatuto* o en la dinámica propia de la interacción de una organización internacional con Estados ajenos a ella. Para tener una visión esquematizada de las ideas antes esbozadas, remítase al apartado de los anexos (anexo I, cuadro 1).

Obviamente que, de todo el universo aporético que podemos advertir referente al crimen de agresión, la parcela de conocimiento que nos interesa es el de la *aporía jurídica* del crimen que nos ocupa. En efecto, a ello nos abocaremos con esfuerzo y deseo intelectual de aportar. Así pues, comenzaremos en el siguiente apartado con el problema del crimen de agresión como categoría jurídica en el Derecho Internacional general.

Una de las aporías que hemos encontrado —y de la que hemos querido ocuparnos— es la que se refiere al crimen de agresión como categoría jurídica propia del Derecho Internacional general<sup>392</sup>. Este problema se puede plantear de la manera que sigue: ¿existe en DI general una categoría jurídica llamada crimen de agresión? Y más importante aún, de existir esta categoría jurídica, ¿existe una *norma* de DI general en la que se funda esta categoría jurídica llamada crimen de agresión? Es evidente que para nosotros, sendas respuestas son afirmativas, de no serlo, incluso este trabajo se llamaría

---

<sup>391</sup> Ya en su momento THOMAS PAINE concreto y condense las razones de este temor con las siguientes palabras: "... *la avidez por castigar es siempre peligrosa para la libertad, porque conduce a una nación, a ampliar, malinterpretar y aplicar equivocadamente aun la mejor de las leyes*".

<sup>392</sup> Cuando utilizamos el término DI general, obvio, tratamos de aglutinar tanto el DI consuetudinario y al DI convencional, pero también, y sobre todo, a las Normas de DI que encuentran tanto en el DI consuetudinario como en el DI convencional una expresión jurídica positiva y funcional, en virtud de los procesos evolutivos de *institucionalización, socialización y humanización* del Derecho Internacional; en términos utilizados por el profesor CARRILLO SALCEDO, *El derecho internacional...*, op. Cit

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

necesariamente de otro modo. Dentro de algunos sectores de la doctrina iusinternacionalista especializada, la consideración del crimen de agresión como categoría jurídica en DI se niega —o al menos se pone en duda— en razón de una serie de argumentos que en adelante abordaremos y que en concreto son:

— la inexistencia del crimen de agresión como categoría jurídico-penal dentro del DI general basada en la falta de una concreción típica-conceptual penal, y la imposibilidad material de llegar a ella, ya por medios institucionales como por práctica estatal;

— la ausencia del crimen de agresión como categoría jurídico-penal dentro del derecho Internacional Penal de Roma basada en dos argumentos concretos:

A. *en la solución de compromiso utilizada en la conferencia diplomática de plenipotenciarios y plasmada en el estatuto de roma.*

b. *en falta de concreción típica-conceptual de las provisiones referidas en el artículo 5,2.*

Como sostuvimos *supra* nosotros mantenemos la idea de que el crimen de agresión existe como categoría jurídica en DI general y por supuesto en DIPR, por ello trataremos de demostrar, a la postre, que estas conclusiones que acusan la inexistencia, no resisten la prueba del análisis crítico, y nos proponemos dar contestación a las afirmaciones anteriores. Pero es menester en este punto del desarrollo del trabajo fundamentar nuestra posición al respecto, para ello hemos de echar mano una vez más de la herencia jurídica iusinternacionalista<sup>393</sup> y de la cultura normativa propia del sistema de

---

<sup>393</sup> Según la propia CDI, la idea de verificar estudios entorno al desarrollo progresivo y codificación del DI no es propia de la era institucionalizada de la ONU, así sostiene que:

*“The idea of developing international law through the restatement of existing rules or through the formulation of new rules is not of recent origin. In the last quarter of the eighteenth century Jeremy Bentham proposed a codification of the whole of international law, though in a utopian spirit. (In his Principles of International Law (written in the period 1786-1789), Bentham envisaged that an international code, which should be based on a detailed application of his principle of utility to the relations between nations, would not fail to provide a scheme for an everlasting peace. However, he made little effort to base his plans for such a code upon the*

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

las Naciones Unidas<sup>394</sup>; así pues, nos proponemos verificar la existencia de la categoría jurídica el crimen de agresión en DI general en orden a los siguientes vectores:

- a. El desarrollo progresivo del DI<sup>395</sup>
- b. La codificación del DI<sup>396</sup>

---

*existing law of nations.) Since his time, numerous attempts at codification have been made by private individuals, by learned societies and by Governments."*

Y mantiene que, los primeros esfuerzos institucionales, encuentran su germen eficiente el la era de la Sociedad de las Naciones:

*"The intergovernmental effort to promote the codification and development of international law made a further important advance with the Resolution of the Assembly of the League of Nations of 22 September 1924, envisaging the creation of a standing organ called the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, which was to be composed so as to represent "the main forms of civilization and the principal legal systems of the world." This Committee, consisting of seventeen experts, was to prepare a list of subjects "the regulation of which by international agreement" was most "desirable and realizable" and thereafter to examine the comments of Governments on this list and report on the questions which were "sufficiently ripe", as well as on the procedure to be followed in preparing for conferences for their solution. This was the first attempt on a worldwide basis to codify and develop the whole field of international law rather than simply regulating individual and specific legal problems."*

Documento obtenido de la Web, referente al desarrollo histórico de la CDI:  
<http://www.un.org/law/ilc/introfra.htm>

<sup>394</sup> Esto tiene su fundamento normativo funcional en la siguiente disposición de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas:

*"Artículo 13*

*1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes:*

*a. fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación".*

<sup>395</sup> El artículo 15 del Estatuto de la CDI estipula: "derecho progresivo del derecho internacional se emplea, convencionalmente, para designar la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional, o respecto de los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas".

<sup>396</sup> El mismo artículo dispone respecto de la Codificación del Derecho Internacional: "... para designar la formulación más precisa y la sistematización de las normas de Derecho Internacional en materias en las que ya existe amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrina.". La misma CDI ha sostenido que, en tratándose de estas dos cuestiones, es sumamente difícil esclarecer una distinción clara, véase para ello los comentarios de la CDI a la Convención de Viena de 1969, informe de 1966, párrafo 35, (doc. A/6309/Rev.1).

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### **A. EL CRIMEN DE AGRESIÓN COMO CATEGORÍA JURÍDICO-PENAL DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.**

Lógicamente que el hecho de que la agresión no cuente con una definición eficiente y suficiente, apoyada en el DI general, suscita algunos problemas. Debemos recordar que la resolución 3314(XXIX) de 14 de diciembre de 1974 de la Asamblea General tiene el objetivo de proveer de dicha definición mas, sin embargo, dos ideas deben ser apuntadas: primero la naturaleza jurídica de las resoluciones de la AG; y segundo el carácter específico de esta resolución en especial<sup>397</sup>, el cual queda apuntado en ella misma en su numeral 4, cuando dispone que:

*“4. Calls the attention of the Security Council to the Definition of Aggression, as set out below, and recommends that it should, as appropriate, take account of that Definition as guidance in determination, in accordance with the Charter, the existence of an act of aggression.”*

Y esto queda confirmado por el artículo 2 que estipula:

*“Article 2. The First use of armed force by a State in contravention of the Charter shall constitute prima facie evidence of an act of aggression although the Security Council may, in conformity with the Charter, conclude that a determination that an act of aggression has been committed would not be justified in the light of other relevant circumstances, including the fact that the acts concerned or their consequences are not of sufficient gravity.”*

Pues bien, estas cuestiones comportan algunos problemas, entre ellos, el más destacado es: que se derive de allí, por inducción, la inexistencia del crimen en cuestión como categoría jurídico-penal. Nosotros pensamos que es muy aventurada un pronunciamiento en semejante sentido, pues en la ciencia jurídica el uso de categorías indeterminadas —e indeterminables— no conlleva la inexistencia de la categoría o de la institución; además, en una categoría jurídico-criminal como la del crimen de agresión

---

<sup>397</sup> Por su parte la CIJ en el caso *Nicaragua vs. EE. UU.*, llegó a sostener que: “description, contained in article 3, paragraph (g), of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3314(XXIX) may be taken to reflect customary international law.” ICJ, Reports (1996) 14 at 103.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

que tiene una naturaleza dual (política y jurídica)<sup>398</sup>, el elemento de consenso es de vital importancia, pero no podemos elevarlo a elemento *sine qua non* constitutivo. Trataremos de exponer muy brevemente, esbozar mejor dicho, como es que estos argumentos pueden ser confeccionados, así pues, fijaremos nuestra atención en lo que la doctrina especializada viene produciendo.

Así *verbigratia*, por su parte el profesor Antonio CASSESE confiere un lugar muy especial al crimen de agresión, pues lo ubica en el limbo jurídico entre la existencia e inexistencia como categoría jurídica propia del DI general. Mientras que por un lado lo sitúa dentro de los crímenes internacionales con carta de naturalización dentro del Derecho Internacional general, por otro lado, lo excluye de la categoría nombrada “core crimes”, en donde acomoda a los crímenes de genocidio, contra la humanidad y los de guerra. Empero, el profesor CASSESE no tiene empacho en sostener que el crimen de agresión no tiene cabida dentro del grupo o categoría de crímenes que la doctrina iusinternacionalista ha venido llamando *treaty crimes*<sup>399</sup>; con lo que significa que el crimen de agresión no es una simple creación volitiva concertada de los Estados, con el fin de organizar sus respectivas acciones tendentes a la cooperación judicial respecto de actos criminales especialmente relevantes para los Estados como miembros de la sociedad internacional<sup>400</sup>.

Sin embargo, el profesor CASSESE admite que cierta clase de agresión en realidad sí se encuentra prohibida bajo el amparo del Derecho Internacional consuetudinario, a esta clase de agresión él la llama *formas tradicionales de agresión*; así nos comenta que:

“...at least some *traditional forms of aggression* are prohibited by customary international law, and are not authorized under the head of *self-defense* pursuant to Article 51 of UN Charter. These forms of aggression may therefore be held to provide

---

<sup>398</sup> “Lo que es cierto, por el contrario, es que el derecho internacional esta sometido a presiones políticas que ningún otro derecho soporta (salvo el derecho constitucional en ciertos estados). (...) existe tensión entre la fuerza y el derecho, que son dos poderes antagonistas” VIRALLY, MICHEL, *El devenir del derecho...*, *op. cit.*, pp. 105 y 109.

<sup>399</sup> Según ADRIAAN BOS los *treaty crimes* son definidos por la CDI como: “crimes established under a number of international treaties and constituting exceptionally serious offences of international concern”. CASSESE, Antonio, Paola GAETA and John R. W. D. JONES (eds), *The Rome Statute...*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>400</sup> CASSESE, Antonio, *International Criminal...*, *op. cit.*

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

the objective elements of the crime. These instances of aggression, constituting the core of the notion at issue, are basically those envisaged in terms in the 1974 Definition, and confirmed, at least in part, by the ICJ in 1986. (...)

International practice, particularly as evidenced by the aforementioned actions of the UN SC, the views set forth by States within the United Nations (in particular on the occasion of the adoption of the Definition), as well as the authoritative holding by ICJ, seem to bear out the proposition that customary rules have evolved to the effect that at least some instances of aggression may be regarded as criminalized.”<sup>401</sup>

Es difícil no estar de acuerdo, en gran parte, de lo sostenido por el destacado iusinternacionalista, pues también creemos que la criminalización de la agresión en el Derecho Internacional general puede ser sustentada en la práctica internacional posterior a la Carta de San Francisco<sup>402</sup>; sin embargo, no nos es posible estar totalmente en conformidad con el doctrinario en otros sentidos que apuntaremos enseguida. Nos parece que el profesor CASSESE concede demasiada relevancia a los elementos materiales objetivos del crimen de agresión, y parece que él considera que son —*al menos*— estos actos los que están expresamente prohibidos y consagrados por el DI general; pues bien, es en este punto en donde nosotros disentimos con él, pues creemos que el *substratum* del crimen de agresión no son —o al menos no únicamente son— los hechos materiales objetivamente considerados, sino en forma muy especial la prohibición del uso y amenaza de uso de la fuerza entre los Estados en sus relaciones internacionales consagrada en el artículo 2.4<sup>403</sup>; de lo cual se desprende que, los hechos materiales se traducen en meros medios de prueba idóneos y eficientes para sustentar el acaecimiento y la comisión del crimen en cuestión por tal o cual Estado, y mostrar las condiciones de tal

---

<sup>401</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>402</sup> “Justice Jackson said it best: “It is high time that we act on the juridical principles that aggressive war-making is illegal and criminal ... so as to make war less attractive to those who have governments and the destinies of people in their power.” Mr. Justice Jackson's Report to the President, June 6, 1945, International Conference on Military Trials (London, 1945) pp. 42-54. FERENÇZ, Benjamin, *The Evolution of International Criminal Law* - S & F Foundation, Hamburg, Germany, November 28, 1999

<sup>403</sup> La CDI ha considerado que: “an international crime a serious breach o fan international obligation of essential importance for the maintenance peace and security, such as that prohibiting aggression. YILC, 1980, Vol. II, Part Two, at 32” la cita es de: GAJA, GIORGIO, CASSESE, Antonio, Paola GAETA and John R. W. D. JONES (eds), *The Rome Statute...*, *op. cit.*, p. 427.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

comisión que, en todo caso, servirían al Consejo de Seguridad o la Asamblea General para determinar la existencia de un acto de agresión.

Así pues, pensamos que los hechos que el profesor CASSESE expone en su libro efectivamente se identifican con acciones que el DI general considera como prohibidas y por ende, criminalizadas<sup>404</sup>; pero esta cuestión no la sustentamos en lo mismo que él, sino en el hecho de que estas acciones materiales caen —muy evidentemente— dentro de la noción jurídico-criminal del crimen de agresión<sup>405</sup> y se configuran como medios de prueba de la comisión de dicho crimen y no de la naturaleza deletérea, cruel o devastadora de dichos actos, realizados y a la vez valorados a través de un crisol político-coyuntural histórico.

Ahora moviéndonos un poco hacia otras latitudes argumentales, nos abocaremos a exponer lo siguiente, la falta de sustantividad real del crimen de agresión como categoría jurídico-penal también se fundamenta desde el DI particular, en especial el Derecho Internacional Penal de Roma, especialmente en la falta de concreción típica-conceptual estipulada en el artículo 5 del Estatuto. Sobre esta cuestión expondremos por ejemplo lo que GIORGIO GAJA sostiene, así nos comenta que:

“The implications of defining aggression as a crime under general international law are controversial. Within the context of this commentary only a few remarks are called for. The existence of a duty of State to repress aggression would find no support in practice: States have been criticized for failing to exercise their jurisdiction with regard to individuals who were involved in a war or other act of aggression. On the other hand, should one view aggression as a crime ‘triable only before an international court’, the definition as a crime would make little sense until the ICC is given jurisdiction over the crime. Conduct for which all means of repression are declared unavailable cannot be

---

<sup>404</sup> “Nuremberg confirmed that when cruelties, such as genocide, reached a magnitude that shocked the conscience of humankind, it should and could be punished as a crime against all of humankind.” FERENÇZ, Benjamin, *The Evolution of International Criminal Law - S & F Foundation*, Hamburg, Germany, November 28, 1999.

<sup>405</sup> “es sin duda posible reducir la indeterminación de los conceptos jurídicos, pero es ilusorio pretender una objetivación tal que automatice la función judicial y parece exagerado ir rasgándose las vestiduras por eso. la función de interpretación y de calificación son típicamente judiciales y no hay por qué sorprender a los espíritus más candidos agitando el espantajo del juez-legislador. Los problemas del juez internacional no nacen de su amplia discrecionalidad, sino de la perplejidad que puede adueñarse de él cuando tiene la oportunidad de explotarla.” REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 28.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

regarded as a criminal. (...) In absence of any indication from practice with regard to repression by national courts, it would be difficult to say whether jurisdiction may be exercised even in the absence of any link between aggression and the court's State, as would be admissible with regard to several acts that are considered to be crimes under international law."<sup>406</sup>

Ahora bien, ¿de el hecho de que en DI la categoría jurídico-criminal del crimen de agresión no cuente con una definición generalmente aceptada —y llamamos la atención de que esto de *no generalmente aceptada* parece referirse a los cinco grandes con derecho de veto en el CS, pero, ¿y que son cinco entre más de 190 Estados?, entonces esto de *generalmente aceptada* queda muy relativizado, sobre todo tomando en cuenta la participación en las resoluciones 3314(XXIX)<sup>407</sup>, 2625(XXV) y en la creación de la CPI— nos es válido inducir la inexistencia del carácter criminal de las guerras de agresión? Creemos que en definitiva la respuesta es negativa.

En todo caso consideramos que debemos fijar la atención en el indicio de la naturaleza del crimen que el mismo artículo nos da, y es necesario tener siempre presente que el Derecho Internacional Penal de Roma y la Corte Penal Internacional y su andamiaje jurídico tanto el sustantivo, el adjetivo, como el constitutivo, son producto de un ejercicio, material y formalmente, propio de la dinámica interestatal y corresponden a una válida expresión jurídica en un momento dado del decurso histórico, pero que a lo sumo puede ser considerado como un continente de expresión del Derecho Internacional general<sup>408</sup>. Además, debe tenerse en cuenta que, todo el conjunto del fenómeno de la CPI

---

<sup>406</sup> GAJA, GIORGIO; CASSESE, Antonio, Paola GAETA and John R. W. D. JONES (eds), *The Rome Statute...*, *op. cit.*, p. 432.

<sup>407</sup> "description, contained in article 3, paragraph (g), of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3314(XXIX) may be taken to reflect customary international law." ICJ, Reports (1996) 14 at 103.

<sup>408</sup> "2. Absence of an international criminal jurisdiction does not necessarily mean that the perpetrators will escape punishment completely. If the aggressor is defeated, the guilty party may still be tried by the victor or by a new national government should the wrongdoing state have been replaced. Standards of fair trial may, or may not, be applied, depending upon the domestic law and practices of the state concerned. 3. The criminal may also be brought to trial by an *ad hoc* tribunal created at some future date by the Security Council. Such UN tribunals are under consideration in addition to the existing ICTY and ICTR and the possibility of expansion along those lines should not be ruled out. "FERENÇZ, Benjamin, "CAN AGGRESSION BE DETERRED BY LAW?", *Pace International Law Review*, Fall 1999.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

se corresponde con una pertenencia a —lo que los iusinternacionalistas llaman— el DI convencional y, por ello, es participe pues de la naturaleza del genero al que pertenece. Así pues, podemos plantearnos que: ni *todo* el Derecho Internacional Penal está contenido en el Estatuto de Roma, ni el DIP contenido en él es *todo* el DIP. De esto resulta que al derecho contenido en el Estatuto de Roma en su conjunto, podríamos llamarle el Derecho Internacional Penal de Roma<sup>409</sup>; así pues, en consecuencia, la CPI y su entramado jurídico responden en esencia a la lógica de la Organización Internacional en general, es decir, es tributaria del fenómeno de la Organización Internacional, pues esto es lo que ella es y no otra cosa; esto quiere decir que lo que en ella se incluya o deje de incluir no modifica en nada el universo jurídico al que pertenece la categoría jurídica del crimen de agresión, esto es: las normas imperativas del DI general; esto es, además, un principio jurídico universal “*ius publicum privatorum pactis Mutare non potest*” (D.2.14.38). Con razón consigna, el destacado filósofo iusinternacionalista mexicano Fernández del Valle, las siguientes palabras:

“Los tratados no constituyen al Derecho Internacional, sino que lo suponen.”<sup>410</sup>

Por su parte la Corte Internacional de Justicia en su momento sostuvo que:

“...el hecho de que los principios antes mencionados, reconocidos como tales, han sido codificados o incluidos en convenciones multilaterales no significa que dejen de existir y aplicarse como principios de derecho consuetudinario, aun respecto a países que son partes en dichas convenciones. Principios tales como los del no uso de la fuerza, la no intervención, el respeto por la independencia e integridad territorial de los estados(sic) y la libertad de navegación continúan siendo obligatorios como parte del derecho internacional consuetudinario, a pesar de la aplicación de las disposiciones del derecho convencional al cual han sido incorporados.”<sup>411</sup>

Una de las consecuencias que podemos desprender de estas consideraciones que anotamos, están en el siguiente orden de ideas: La CPI, su derecho y su actividad en

---

<sup>409</sup> Como en su caso se le denomina —al conjunto de normas de carácter humanitario- *derecho de Ginebra, derecho de la Haya y derecho de Nueva York*. Que por lo demás corresponden a niveles de desarrollo —o de simple expresión— material y formal, distinto el uno del otro; así pues el ‘derecho de Ginebra’ no es sinónimo de ‘derecho de la Haya’ o del ‘derecho de Nueva York’; aunque en esencia sendos derechos se refieran al derecho humanitario en general.

<sup>410</sup> FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín Basavé, *Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p.38.

<sup>411</sup> Extracto del fallo del 26 de noviembre de 1984 sobre la admisibilidad de la demanda incoada por Nicaragua; transcrito en: MARION LAUDY, *Nicaragua ante la Corte Internacional...*, *op. cit.*, p. 190.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

general son tributarias del fenómeno de Organización Internacional y por ello se encuentran sujetas a un *meta* orden jurídico encarnado por el Derecho Internacional general, el cual por ejemplo impone las siguientes condicionantes y limitaciones a la dinámica jurídica de la CPI en su conjunto: la figura del objetor persistente, el principio *inter partes* y en general todos aquellos principios pertenecientes y aplicables a las organizaciones Internacionales, y de todos los atributos del derecho internacional convencional. Ergo, aun cuando la definición legislativa del crimen de agresión se formule en el marco de una institución internacional (la Corte Penal Internacional) que se funda en acuerdo de voluntades soberanas<sup>412</sup>; y que la asamblea general (órgano de naturaleza política) sea quien delimite formalmente el tipo legal, esto no priva al crimen de agresión de su naturaleza específica de ser un ilícito contra la comunidad internacional de especial envergadura. Pues, este crimen en especial, va inoculado de un germen civilizador contra la barbarie<sup>413</sup>, además, de entrañar una evolución del derecho internacional general en tanto categoría jurídica propia del *ius cogens*, según palabras de la CIJ en su famoso *obiter dictum* de la *Barcelona Traction*<sup>414</sup>.

---

<sup>412</sup> “Whether aggression can be deterred by law depends upon the willingness of states to change their way of thinking and acting. No one expects perfection but the enforcement of criminal law is still regarded as a useful tool for the benefit of humankind. (...) When such a needed system of international controls is finally put in place and its decisions fairly enforced, one can hope that wars of aggression can be deterred and the world will become a more humane and peaceful place for everyone.” FERENÇZ, B., “CAN AGGRESSION BE DETERRED BY LAW?”..., *op. cit.*, obtenido de la internet en: <http://www.benferencz.org/defined.htm>

<sup>413</sup> En términos utilizados por el profesor CARRILLO SALCEDO, al plantear “la existencia de *obligaciones positivas* de los Estados en la prevención y represión de la barbarie, esto es, de ilícitos cuya tipificación tiende a la protección de intereses de la comunidad internacional en su conjunto en tanto que bienes jurídicamente protegidos”. Prologo a: *delitos de derecho internacional*, Casilda RUEDA FERNÁNDEZ, BOSCH. 2001. En la Encíclica *Pacem in terris* de 11 de abril de 1963 de Juan XXIII, TRUYOL Y SERRA, dice que al ocuparse de “las relaciones de los individuos y de las comunidades políticas con la comunidad mundial”. Con ello revela la intuición profunda de un orden internacional que desde ahora ya trasciende el orden internacional clásico y cuya noción de base es la de un “bien común universal” que postula, por definición, “unos poderes públicos capaces e actuar eficazmente en el plano internacional” (parr.141). TRUYOL Y SERRA, Antonio, *La sociedad internacional*, Alianza Universidad, tercera reimpresión, 2001.

<sup>414</sup> Véase sentencia de la CIJ Barcelona TRACTION 1970, PARR. 34 Y 33, “estas obligaciones (*ius cogens*) resultan por ejemplo, de la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona...”

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

### ***B. ... Y ¿EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL DE ROMA?***

Hemos querido ocuparnos de dos cuestiones en particular, aunque de ante mano sabemos que existen otras, sobre la cuestión de los argumentos en que en general se articula la puesta en duda de la sustantividad del crimen de agresión en DIPR. Así pues, trataremos de analizar los argumentos que se basan en la solución de compromiso en virtud de la cual el artículo 5 del Estatuto de Roma tiene la estructura y contenido que actualmente posee; y la falta de concreción típica-conceptual del crimen de agresión en virtud de las provisiones referidas en el artículo 5,2. Para ello, trataremos de analizar en un caso la naturaleza, ubicación y alcance de la “solución de compromiso” empleada en la creación del artículo 5 de la CPI, con el fin de averiguar si a partir de esta cuestión resulta válido sostener la inexistencia del crimen de agresión; y en el otro caso analizaremos en particular la estructura del artículo 5 del Estatuto de Roma para estar en posición de establecer si, de la estructura y contenido del artículo, es posible sostener la inexistencia del crimen de agresión, así procedemos.

#### ***í. LA INCLUSIÓN DEL CRIMEN DE AGRESIÓN EN VIRTUD DE UNA SOLUCIÓN DE COMPROMISO.***

El *substratum* materialísimo del crimen que nos ocupa lo forma *la guerra* (en realidad no todas las guerras sino en específico las guerras de agresión). Y las guerras como tales no son otra cosa que la expresión de la barbarie dentro de una sociedad internacional y, que además, la supone (claro situados en la guerra interestatal) sugiriendo la precariedad de esa sociedad, pero no la su negación; esto debemos tenerlo en cuenta dentro de la reflexión iusinternacionalista para no perder el rumbo de que nos encontramos ante un estadio determinado de la evolución, tanto de la sociedad internacional, como del Derecho Internacional. Además, toda guerra es en esencia *un medio* no *un fin* en sí misma, y esta naturaleza la comparte con el Derecho, la una al servicio de la política, el otro al servicio de la colectividad. Luego el conflicto que se

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

suscita entre guerra y Derecho es un conflicto entre *medios* y no entre *finés*, de lo que desprendemos que es un conflicto por necesidad secundario<sup>415</sup>.

Como hemos visto, es un hecho irrefutable la falta de *definición* del crimen de agresión en el Estatuto, pero digamos una perogrullada: también es un hecho indubitable la inclusión de este crimen dentro del catálogo de los crímenes más serios para la sociedad internacional en su conjunto. Pero, ¿Esta inclusión y pertenencia del crimen de agresión a los crímenes más serios que implicaciones tiene?, será que ¿se identifica con la expresión de un *desideratum* en DI? O, por el contrario ¿debe entenderse que el crimen de agresión es un terreno en donde la tensión dialéctica entre la *política* y el *Derecho* encuentra su mejor expresión, y este último se presenta ya no como simple instrumento de aquella, sino como la expresión más acabada de fuerzas (éticas y racionales) que tratan de recanalizarla hacia derroteros más humanos y axiológicos?.

En algunos destacados sectores de la doctrina iusinternacionalista se esgrimen ideas y argumentos que nos sugieren que, la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto es más la expresión de *lege ferenda* que otra cosa y se sustentan en la utilización de cierta fórmula de una solución de compromiso, por parte de los artífices de la CPI; así GIORGIO GAJA nos comenta:

“The compromise solution that was adopted in the Statute includes aggression in Article 5(1) among the most serious crimes of concern to ‘the international community as a whole’. This would seem to imply that there is a crime for which repression is called for. However, and somewhat contradictorily, Article 5(2) restricts the Court’s jurisdiction over the crime of aggression until a provision will be ‘adopted in accordance with Article 121 and 123 defining the crime and setting out the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction with respect to this crime. (...)

It is anyway clear that, pending the entry of the amendment into force, the reference to aggression in Article 5 of the Rome Statute will have no effect on the repression of this crime by the ICC. It is also clear that the Statute does not *per se* affect the jurisdiction that national courts may not have over the crime of aggression.”

Más adelante el mismo doctrinario nos informa sobre su parecer y análisis respecto de la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto, en donde sostiene que:

---

<sup>415</sup> En este sentido véase: ARON, Raymond, *Paz y guerra...*, *op. cit.* p. 46 y subsecuentes.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

“The implications of defining aggression as a crime under general international law are controversial.(...) The existence of a duty of State to repress aggression would find no support in practice: States have been criticized for failing to exercise their jurisdiction whith regard to individuals who were involved in a war or other act of aggression. On the other hand, should one view aggression as a crime ‘triable only before an international court’, the definition as a crime would make little sense until the ICC is given jurisdiction over the crime. Conduct for which all means of repression are declared unavailable cannot be regarded as a criminal”

Para nosotros, sostener que en derecho internacional no es posible encontrar los elementos necesarios para determinar la existencia de una norma jurídica meta-legal que pueda contener una categoría jurídica —por definir y por determinar las condiciones procedimentales del ejercicio de la competencia del órgano llamado a conocerla— llamada crimen de agresión, es dar la nota sobre un apego a los viejos (el mote viene por antiguo, no por anacrónico) postulados del positivismo jurídico; y ello supondría que la naturaleza del artículo 5,2 del Estatuto de Roma, se circunscribe al mundo de lo político y no de lo jurídico, pues se estaría concibiendo como una *solución de compromiso*. Lo que se traduce en una simple manifestación de la buena fe de los Estados, en donde la dinámica de la negociación — el juego de demanda y concesión— propia del universo político, da como resultado el acuerdo sobre una cuestión controvertida, reconociéndola como tal, pero sin proveerle solución definitiva. Lo que se traduce en una formula vacía de contenido jurídico alguno, y en estos términos —jurídicos— totalmente irrelevante e intrascendente.

Pero nos preguntamos: ¿qué hace una herramienta propia de la ciencia, la técnica y la práctica política y que, además, contiene una manifestación de orden y contenido exclusivamente político y programático, en un instrumento sustancialmente jurídico como el Estatuto de Roma y, en el cual, se consagra un cuerpo normativo de naturaleza orgánica, sustantiva y adjetiva?; y por otro lado, de ser de naturaleza sólo política la manifestación contenida en el artículo 5,2, ¿por qué se encuentra insertado en el articulado destinado a consagrar la competencia de la Corte Penal Internacional y no, como seria lo más apropiado atendiendo a ese propósito, en el preámbulo del Estatuto de Roma? Es obvio que las respuestas nos proveen de una guía para sopesar adecuadamente la cuestión de la solución de compromiso y advertir la naturaleza jurídica real del artículo 5 del Estatuto, pues como veremos más adelante, este artículo es una normativa

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

dispositiva, es decir, que tiene un carácter dispositivo ya que en él se fundamenta todo el quehacer material de la Corte que se está creando, así pues tiene un carácter adjetivo pero también sustantivo ya que enumera taxativamente los crímenes internacionales más graves; en contraposición a la naturaleza declarativa en la cual los Estados parte solamente consignan un *desideratum*, por decirlo de otra manera, que el apartado en cuestión no es en definitiva de *lege ferenda*.

Por ello hacemos eco de las equilibradas palabras con que el iusinternacionalista —quizá más enterado sobre la cuestión de la agresión— Benjamin FERENÇZ dilucida lacónicamente la cuestión de la solución de compromiso, como instrumento de la política y del Derecho, en la dinámica internacional:

“Surely, it should be possible - by way of compromise - for nations to accept what has already been so universally accepted.”<sup>416</sup>

### ***ii. LA FALTA DE CONCRECIÓN TÍPICA-CONCEPTUAL<sup>417</sup> DE LAS PROVISIONES REFERIDAS EN EL ARTÍCULO 5,2.***

El hecho irrefutable de que el crimen de agresión<sup>418</sup> no cuente con una definición en el artículo 5 del Estatuto de Roma, es decir, que no cuente con la concreción jurídica en clave típica-conceptual, suscita algunas expectativas, entre ellas, el sustentar en esta falta de *definición* la inexistencia del crimen de agresión, tanto en el DIPR como en DI general, como categoría jurídico-penal. Por ello, es de importancia el poder establecer que tan fuertes son estos argumentos en pro de la inexistencia del crimen en cuestión como categoría jurídica, por ende es necesario realizar un análisis estructural del contenido del artículo 5 del Estatuto.

---

<sup>416</sup> FERENÇZ, Benjamin, *CAN AGGRESSION BE DETERRED BY LAW?...*, *op. cit.*

<sup>417</sup> Este problema en concreto lo abordaremos en el capítulo V.2.

<sup>418</sup> Al hablar de crimen de agresión, nos acogemos al concepto de crimen internacional esbozado por el iusinternacionalista Antonio CASSESE, quien afirma que: “International crimes are breaches of international rules entailing the personal criminal liability of the individuals concerned (as opposed to the responsibility of the State of which the individuals may act as organs)”. CASSESE, Antonio, *International Criminal...*, *op. cit.*, p. 23.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Comencemos por echar un vistazo a lo que ciertas personalidades de la doctrina iusinternacionalista aportan a la cuestión; así *verbigratia* el profesor A. CASSESE nos dice:

“We will now discuss three classes of international crimes (aggression, torture, and terrorism) that share two main features. Firstly, they are normally not regarded as being included in the so-called ‘core crimes’ (a category comprising the most heinous crimes: war crimes, crimes against humanity, and genocide). Secondly, at least at present they do not fall under the jurisdiction of any international criminal tribunal or court.(...) The reasons for the current exclusion of those three classes from international jurisdiction differ for each class. In case of aggression,(...) the reason for the exclusion is that the offence is too politically charged to be defined in sufficiently clear and exhaustive criminal provisions and consequently entrusted to international independent judicial bodies for adjudication.”<sup>419</sup>

Por nuestra parte, no podemos más que estar en franco desacuerdo con el profesor CASSESE, pues creemos que el profesor concede —en primer lugar—demasiada importancia a la concreción típica-conceptual (definición del tipo penal) del crimen de agresión, que a su vez tiene su fuente aporética en su naturaleza *sui generis* (política y jurídica); en segundo término, da importancia crucial, dentro de la dinámica de la creación y concreción de las categorías jurídicas en clave de crímenes, a una cuestión secundaria en cualesquiera universo jurídico, como lo es: la existencia o no de la jurisdicción (y/o competencia); hasta donde sabemos la *jurisdicción* no es uno de los elementos *sine qua non* constitutivos de una categoría jurídico-criminal; y esto es así tanto en Derecho doméstico como en Derecho internacional<sup>420</sup>; sino piénsese en los argumentos de los Tribunales Internacionales de Nüremberg y Tokio<sup>421</sup> y en la práctica

---

<sup>419</sup> CASSESE, Antonio, *International Criminal...*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>420</sup> En cierto sentido, nos hacemos eco de las ideas apuntadas por el profesor MICHEL VIRALLY, “...el derecho es más eficaz y tiene mayores probabilidades de ser respetado si su aplicación es forzosa y si las violaciones de las que es objeto son reprimidas por la fuerza. (...) Pero no por ello debe integrarse la noción de apremio a la definición de derecho. El apremio es una garantía (muy importante, más no única) de una mejor observación del derecho, y no un elemento de su definición.” VIRALLY, MICHEL, *El devenir del derecho...*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>421</sup> “In its Judgment the Nüremberg Tribunal noted that the Charter made ‘the planning or waging of a war of aggression or a war in violation of international treaties a crime’ and that it was ‘therefore not strictly necessary to consider whether and to what extent aggressive war was a crime before the execution of the London Agreement’. However, the Tribunal stated its view that aggression was already a crime before it was so defined in the IMT Charter. The Tribunal

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

estatal contemporánea, como por ejemplo, la sentencia del 29 de mayo de 1962 en el caso de Israel contra *Eichmann*<sup>422</sup>. Y por último, y más importante en nuestra visión, el profesor CASSESE parece obviar por completo la dinámica evolutivo-creativa del DI general (ya consuetudinario, ya convencional) y sus procesos de desarrollo progresivo y codificación, de los cuales el crimen de agresión ha participado intensa e incesantemente desde 1919.

En cambio, si procedemos a encaminar nuestros esfuerzos intelectuales a analizar el contenido, la estructura y la forma del artículo 5,2 sin apartarnos de *la naturaleza de las cosas* que implica el DI como sistema jurídico y como ciencia, nos adentraremos en una gama de posibilidades nada despreciable<sup>423</sup>, pues es significativo que el artículo tenga esa estructura, ya que el crimen de agresión contenido en la enumeración exhaustiva en el artículo 5,1 hace referencia a la existencia del crimen de agresión en términos de norma (e imperativa) en Derecho Internacional general, y el párrafo 2 se refiere a la concreción típica-conceptual la cual está conformada por una o varias definiciones y por las condiciones de ejercicio de la competencia por parte de la CPI y todo esto en dentro del orden de ley dentro del derecho internacional. Veámoslo:

---

referred to the Kellogg-Briand Pact and noted that '(f)or many years past... military tribunals have tried and punished individuals guilty of violating the rules of land warfare laid down by (the Hague 1907) Convention. In the opinion of the Tribunal, those who wage aggressive war are doing that which is equally illegal, and of much greater moment than a breach of the rules of the Hague Convention.' GAJA, GIORGIO; "The long journey towards repressing aggression", en: CASSESE, Antonio; Paola GAETA and John R. W. D. JONES (eds), *The Rome Statute...*, *op. cit.*, p.428.

<sup>422</sup> Esta sentencia sostenía que: "Not only do all crimes attributed to the appellant bear an international character, but their harmful and murderous effects were so embracing and widespread as to shake the international community to its very foundations. The State of Israel therefore was entitled, pursuant to the principle of universal jurisdiction and in the capacity of a guardian of international law and an agent for its enforcement, to try the appellant. The being the case, no importance attaches to the State of Israel did not exist when the offences were committed." La cita es de: CASSESE, Antonio, *International Criminal...*, *op. cit.*, p.6.

<sup>423</sup> "A nuestro entender, la dogmática jurídica no puede quedar desnuda de finalidad, y nuestro derecho penal tiene carácter finalista. En efecto; el derecho, puesto que se ocupa de conductas, no puede menos de tener un fin. El Estado debe recoger y enfocar, teleológicamente, todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida." JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Lecciones de derecho...*, *op. cit.*, p. 3.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

“1. La competencia<sup>424</sup> de la Corte se **limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto**. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) **El crimen de agresión.**

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.” (todo el énfasis es añadido).

De entrada tenemos que destacar la necesidad de detenernos en el apartado 1 del artículo 5, el cual consigna en nuestra opinión, una cuestión de capital importancia ya que, en él se circunscribe y delimita inequívocamente el ámbito competencial de la CPI, determinando que: *se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*. Pero ¿Qué carácter tiene semejante disposición? Es decir, ¿esta disposición es declarativa o dispositiva?, y luego de saber que carácter tiene es necesario cuestionarse ¿Qué naturaleza y alcance tiene esta disposición del artículo 5 del Estatuto, será constitutiva o codificadora<sup>425</sup>?

Pues bien, en primer término, nosotros pensamos que el apartado 1 del artículo 5 es una normativa dispositiva, es decir, que tiene un carácter dispositivo ya que en él se fundamenta todo el quehacer material de la Corte que se está creando, así pues tiene un carácter adjetivo pero también sustantivo ya que enumera taxativamente los crímenes

---

<sup>424</sup> Es de destacar que la versión inglesa del Estatuto maneja el término: “*jurisdiction*”; mientras que las versiones francesa y española se sirven del vocablo: “*competencia*”.

<sup>425</sup> “En cualquier rama del derecho interno, codificar es la tarea consistente en la reducción a unidad sistemática de las normas que comprende aquella rama jurídica, a la vez que en la elaboración de reglas nuevas y la modificación de las existentes con un criterio político y jurídico también unitario. Es, por consiguiente, algo más que la ordenación sistemática o cronológica de reglas jurídicas de los más variados orígenes y tiempos, que es en lo que consisten las compilaciones o recopilaciones.” MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional público*, Madrid, 1960, p. 161.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

internacionales más graves; en contraposición a la naturaleza declarativa en la cual los Estados parte solamente consignan un *desideratum*, por decirlo de otra manera, que el apartado en cuestión no es en definitiva de *lege ferenda* <sup>426</sup>. Además, las disposiciones declarativas tienen su lugar bien determinado dentro de la estructura formal de un tratado, y este lugar es: el preámbulo.

Luego de determinar lo anterior es necesario abocarnos a dilucidar la cuestión planteada en segundo lugar, sobre la naturaleza y el alcance de la disposición del apartado 1 del artículo 5. Sobre esta cuestión debemos recordar que lo mismo se plantea al hablar de la prohibición del uso de la fuerza en DI general y su positivación en el artículo 2.4 de la Carta de San Francisco, pues se cuestiona si este artículo condensa y codifica el Derecho preexistente a la Carta o, por el contrario, es constitutivo al crear positiva y convencionalmente la prohibición y obligación, a cargo de los Estados, de abstenerse del uso y amenaza de uso de la fuerza en sus relaciones internacionales. Nosotros pensamos que, después de la Conferencia de San Francisco en 1945, la sociedad internacional se encuentra ante una conciencia jurídica —operativa, funcional y activa— sobre la criminalidad de la agresión y de las guerras en general, y no sólo eso, sino que ella opera una concreción jurídica sin precedente ni parangón pues logra un desarrollo normativo sobre la cuestión y lo plasma en lo que a partir de ahí será la Carta constitutiva de la nueva Organización Internacional. Y además, no es sino hasta la creación de la ONU que el carácter criminal de la agresión encuentra su expresión como norma convencional positiva del Derecho Internacional general; creando con ello un nuevo orden internacional sobre la base de una prohibición general del uso y amenaza de uso de la fuerza.

Así pues, la prohibición del uso y amenaza de uso de la fuerza en las relaciones internacionales entraña la criminalización de la agresión, y esto se identifica con una norma convencional que, encuentra su expresión positiva en el artículo 2.4<sup>427</sup>. Y esta

---

<sup>426</sup> “El derecho esta lleno de fraseología tomada a préstamo de la Moral, y por la simple fuerza del lenguaje nos invita continuamente a pasar de un dominio al otro sin percibirlo, invitación que no sabremos resistir a menos que tengamos permanentemente en cuenta la línea fronteriza entre ambos conceptos”. OLIVER WENDELL HOLMES (1841-1935).

<sup>427</sup> “Ego cum ob eas, quas jam dixi, rationes, compertissimum haberem, esse aliquod inter populos ius commune, quod & ad bella & in bellis valeret...” “(estoy plenamente convencido,

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

norma convencional comporta una evolución jurídica trascendental, pues en general, a partir de la Carta de San Francisco las relaciones internacionales parten de un presupuesto lógico insoslayable: el *statu quo* eclosionado como resulta de la Segunda Guerra Mundial; y la instauración, mantenimiento y consecución de la paz como un propósito fundamental e institucional de la ONU<sup>428</sup>.

Por ello, sostenemos que: el artículo 2.4 de la Carta donde se consagra la prohibición del uso y amenaza de uso de la fuerza, que a su vez se identifica como el basamento constitucional de la criminalización de la agresión en DI, tiene un carácter codificador y de concreción jurídica eficiente; y esta naturaleza la comparte con el artículo 5.1 del Estatuto de Roma, pues, ¿cómo sería posible concebir una disposición constituyente sobre otra norma constituyente sin que mediara entre ellas un proceso de reforma o derogación?, en definitiva pues que el artículo 5.1 del Estatuto tiene un carácter codificador del Derecho Internacional preexistente. De todo lo anterior se desprende necesariamente que, sostener que el artículo 5.1 del Estatuto es constitutivo, es obviar por completo la naturaleza entera del DI general, ya que se soslaya el desarrollo progresivo que tanto el crimen de agresión como los demás crímenes han venido experimentando.

Después de sostener lo anterior, debemos de ocuparnos ahora de la segunda parte del artículo 5 del Estatuto, es decir, el párrafo 2. Empecemos por las obviedades de la cuestión; es evidente que el artículo 5 tiene una estructura dicotómica: párrafo 1 y párrafo 2; ahora bien, el párrafo 2 es evidentemente condicionante del párrafo 1, es decir, no lo complementa, lo condiciona; así pues, no es parte integrante del párrafo 1, sino que tiene la autonomía necesaria como para tener el carácter condicionante que apuntamos. Pues de no tener autonomía en todo caso esta disposición se encontraría insertada en el mismo párrafo 1. La autonomía y carácter condicionante que tiene y despliega del párrafo 2, lo hace diferente al párrafo 1, en otras palabras, ya *supra* vimos que el párrafo 1 del artículo 5 tiene una naturaleza codificadora y un carácter dispositivo dual, pues a la vez contiene

---

por las consideraciones mencionadas, que hay un derecho común entre las naciones, válido tanto para hacer la guerra como en la guerra...). Grotius,, *De iure belli ac pacis*, prolegómenos.

<sup>428</sup> “Las afirmaciones, incluso programáticas, de los principios que han de regir el comportamiento internacional del Estado son un factor de moralización de la vida pública y de educación de su opinión, coadyuvando a la germinación de una conciencia popular solidaria con los intereses de la humanidad.” REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 31.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

una norma dispositiva sustantiva y otra adjetiva, al hacer un listado taxativo de los crímenes internacionales y al establecer la competencia de la Corte sobre aquellos. Pues bien, el párrafo 2 del artículo 5 tiene sólo un carácter condicionante respecto de una dimensión del párrafo que lo precede, esto es, sobre el carácter dispositivo adjetivo — procesal pues— del párrafo 1, ya que consigna:

*“2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.”*

Como podemos advertir, este párrafo sólo se ocupa de *la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión condicionándola al momento en que se apruebe una disposición en la que se consigne una definición y las condiciones del ejercicio de la competencia*. No es necesario agudizar demasiado los sentidos para observar que el párrafo 2 nada dispone sobre la existencia o no del crimen de agresión en DI general o el DIPR como categoría jurídico-penal, nada. En todo caso es válido cuestionarnos lo siguiente: ¿si estos dos párrafos del mismo artículo 5 tuvieran la misma naturaleza, alcance y carácter, *ergo*, para que dividir el artículo en dos secciones?

Al analizar el contenido del artículo 5, debemos de planteárnoslo en términos aristotélicos, es decir, en realidad se trata de un conflicto entre *materia* y *forma*, en la que el párrafo 1 del artículo 5 se corresponde con la materia, y la segunda parte del artículo 5 se identifica con la forma. Según el Estagirita *materia* y *forma* se encuentran ineludiblemente unidas, la una a la otra, pero ellas tienen problemas puntuales determinados, y la una supone a la otra, es decir, que si estamos ante la materia estaremos también ante la forma y viceversa, y la falta de materia supone la falta de forma y la falta de forma comporta la falta de materia necesariamente. *Ergo*, la cuestión para nosotros se plantea así: si el Estatuto de Roma consagra la existencia de la materia (crimen de agresión) dentro del maderamen jurídico de la CPI (artículo 5(1), y a su vez condiciona y prevé la existencia de la forma (artículo 5,2); ¿Cómo pretender la falta de sustantividad jurídica material y formal de la categoría penal que se identifica con crimen de agresión? En todo caso, ¿no será que en realidad nos encontramos ante la falta de *forma* de la Forma?

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

En efecto, podremos ver que el párrafo 2 al utilizar la frase adverbial de tiempo: “una vez que” —que por otro lado puede funcionalmente ser sustituida por cualquier otra, como: “cuando...”, “hasta en tanto...”, “en cuanto...”, “luego de que...”, “en el momento en que...”, “en cuanto...”—, no califica, ni condiciona la existencia de la norma contenida en el A. 5,1, es decir, no modifica en manera alguna la *materia* (la norma jurídica que se identifica con el crimen de agresión), sino que tiene como objeto eficiente a la *forma* (la disposición procesal que se identifica con competencia de la CPI respecto del crimen). En todo caso, esto no siempre es apreciado, pues como veremos algunos doctrinarios tienen diferentes visiones al respecto; así Giorgio GAJA al hablar sobre la resolución 95(I) de 11 de diciembre de 1946 de la AG, sostiene que: “However—and here we can see a sign of the paradox mentioned at the beginning---- while repression was partly provided for crimes against humanity through the adoption of the 1948 Genocide Convention and for war crimes under the 1949 Geneva Conventions, no parallel initiative was taken with regard to crimes against peace.”<sup>429</sup>; y más adelante termina diciendo que: “Thus, Article 5 of the Statute represents only a very limited step towards an effective repression of aggression.”<sup>430</sup>

Para finalizar, queremos apuntar que, el DI tiene respecto de los demás sistemas jurídicos, una entraña especial, pues a la vez es nutrido por normas consuetudinarias y positivas, en él convergen y coexisten disposiciones jurídicas que encuentran su fundamento y expresión en clave de costumbre (generalmente aceptada) y en clave de algún tipo de positivación. En base a lo anterior podemos afirmar que, el argumento en virtud del cual se pretende probar la falta de sustantividad real del crimen de agresión en DI y en especial del Derecho Internacional Penal de Roma por falta de una concreción típica-conceptual se encuentra sesgado pues deja de lado las otras fuentes del DI<sup>431</sup>.

---

<sup>429</sup> CASSESE, Antonio, Paola GAETA and John R. W. D. JONES (eds), *The Rome Statute...*, *op. cit.*, p. 429.

<sup>430</sup> *Ibidem*, p. 441.

<sup>431</sup> Recuérdese lo que dijo la CIJ: “...el hecho de que los principios antes mencionados, reconocidos como tales, han sido codificados o incluidos en convenciones multilaterales no significa que dejen de existir y aplicarse como principios de derecho consuetudinario, aun respecto a países que son partes en dichas convenciones. Principios tales como los del no uso de la fuerza, la no intervención, el respeto por la independencia e integridad territorial de los estados(sic) y la libertad de navegación continúan siendo obligatorios como parte del derecho internacional consuetudinario, a pesar de la aplicación de las disposiciones del derecho

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### **C. EL CRIMEN DE AGRESIÓN COMO CATEGORÍA JURÍDICO-PENAL DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL**

En atención a lo que hemos venido exponiendo en los apartados anteriores, no debe sorprender a ninguno que ahora sostengamos que del crimen de agresión tiene sustantividad como categoría jurídico-penal en Derecho Internacional tanto en el general como en el particular. Ya vimos que la idea contraria a la que aquí se esboza puede ser sustentada en al menos tres argumentos, unos que se insertan en el orden del DI general y dos en el convencional o particular, y de los cuales se induce —por lo menos— la precaria y controversial existencia del crimen de agresión<sup>432</sup>.

En algunos sectores de la doctrina iusinternacionalista consideran que —por ejemplo— el crimen de apartheid no tiene fundamento suficiente para ser considerado como un crimen internacional bajo el DI consuetudinario, por considerar que este crimen comporta más la responsabilidad estatal que la individual; así mismo, se considera que la inclusión del crimen de apartheid en el entramado jurídico de la CPI, debe ser considerado como una buena oportunidad para que se establezca una base suficiente que genere la inclusión del crimen de apartheid en DI consuetudinario.<sup>433</sup> Este catalogo argumental no puede ser extrapolado al caso del crimen de agresión, pues, como ya hemos tenido oportunidad de ver y sostener, que este crimen no comparte la naturaleza jurídica y material de los demás crímenes.<sup>434</sup> Además, y sobre todo, el patrimonio

---

convencional al cual han sido incorporados.” Extracto del fallo del 26 de noviembre de 1984 sobre la admisibilidad de la demanda incoada por Nicaragua; transcrito en, MARION LAUDY, *Nicaragua ante la Corte Internacional...*, *op. cit.*, p. 190.

<sup>432</sup> “Two main objections are brought forward against the existence of the crime of aggression. Firstly, that there is no crime of aggression under customary international law. Secondly, it is said that in fact there is no need for the crime of aggression under customary international law as an offender of the crime will most likely be guilty of one of the Court’s other three core crimes.” MÜLLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression under the Statute of the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, p. 409-430, p. 414.

<sup>433</sup> CASSESE, Antonio, *International Criminal...*, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

<sup>434</sup> Esto lo abordamos en el capítulo IV.2.A. de este trabajo y consideramos importante haberlo abordado, para inocular *ab ovo* la tentación de hacer todo tipo de ejercicios analógicos en detrimento del análisis objetivo y crítico de la naturaleza jurídica del crimen de Agresión.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

jurídico en clave de desarrollo normativo que posee el crimen de agresión, no lo comparte el crimen de apartheid<sup>435</sup>.

En otras latitudes intelectuales se tienen otras visiones —que compartimos en cierto grado—, así verbigracia Richard L. GRIFFITHS nos comenta que:

“Article 5(1) of the Rome Statute of the International Criminal Court sets out the offences against international criminal law over which the ICC, when established, will have jurisdiction.2 Paragraph (d) of Article 5(1) specifies that the Crime of Aggression is within the jurisdiction of the ICC but, by Article 5(2), the exercise of the ICC’s jurisdiction over the crime restricted...” “Two observations are apparent from the inclusion of the Crime of Aggression in the statute. Firstly, the use of force by states is now as much a part of international criminal law as it is public international law and, secondly, in order to properly define the Crime of Aggression consideration must be given to the law relating to the use and non-use of force. ...”<sup>436</sup>

En términos generales la dinámica evolucionista del DI efectuada en la última centuria, se condensa y encarna en la inclusión a nivel antológico al DI de una cuestión esencial para la existencia de cualquier sistema jurídico<sup>437</sup>: la incorporación de la noción, régimen y teoría del “deber jurídico”. El cual encuentra su expresión conceptual-operativa en las nociones de *ius cogens*<sup>438</sup>, obligación erga omnes, obligación imperativa,

---

<sup>435</sup> Y es el mismo Antonio CASSESE quien excluye al crimen del apartheid del catalogo de los crímenes internacionales consuetudinarios, pero incluye al crimen de Agresión en este catalogo; aunque también él hace una categoría que llama “core crimes” en la que subsume al crimen de genocidio, contra la humanidad y crímenes de guerra; excluyendo así al crimen de Agresión de esta categoría. CASSESE, Antonio, *International Criminal... Op. cit.*, pp. 23-24 y 110.

<sup>436</sup> “International Law, the Crime of Aggression and the Ius ad Bellum”, *International Criminal law review* 2, 301-373, 2002.

<sup>437</sup> “En principio, tras cualquier violación de cualquier obligación internacional surge una relación bilateral entre el Estado autor del hecho ilícito y el Estado víctima, y, en su caso, la autoprotección se sitúa en el mismo paradigma bilateralista. El DI contemporáneo, no obstante, en tanto que acoge unos intereses comunes y una cierta jerarquización de su normativa, y por lo que respecta a la reacción a los crímenes internacionales, tiende a abrir la relación de responsabilidad a los demás Estados, de un lado, y, de otro, a agravar las consecuencias jurídicas de dichos hechos ilícitos.” ALCAIDE FERNÁNDEZ, JOAQUÍN, *Las actividades terroristas ante el derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 211.

<sup>438</sup> “Su recepción en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, significa, sin la menor discusión, una innovación profunda y un gran paso adelante, por cuanto que fue la plena incorporación, al derecho internacional positivo, de una institución que hasta entonces no había rebasado el marco de la doctrina y la jurisprudencia internacional” GOMEZ ROBLEDÓ, Antonio, *El ius cogens...*, *op. cit.*, p. 1.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

principios generales de derecho, etc.<sup>439</sup>. Pues en DI tradicional la dinámica relacional de los Estados estaba entroncada en un desempeño interestatal, es decir, esta dinámica se podía representar gráficamente por medio de una telaraña (conformada en un solo plano) en la cual todo los actores estaban incluidos y conexos mediante un sin numero de combinaciones de relaciones bilaterales. Esto en DI contemporáneo no es de ninguna manera así, pues la dinámica ahora es tridimensional pues ya no es en un solo plan horizontal, sino representada en una figura con el mismo tejido arácnido pero formando una figura tridimensional esférica en donde cada lazo de unión es vital para la vida esférica. Y cada línea colectora que representa al deber jurídico, esta determinada por las leyes que encarnan la figura geométrica que representa al sistema jurídico, y no al libre albedrío o capricho de los Estados. Pues bien, el crimen de agresión no encontraría su lugar dentro de la figuración geométrica del DI tradicional, pues su naturaleza es propia de una pieza esencial de un sistema, es decir, como parte de las leyes que encarnan una figura que representa al sistema jurídico; en cambio en la figuración geométrica tridimensional del DI contemporáneo el crimen de agresión cumple y encuentra un lugar como ley formadora constituyente -entre otras, no muchas por cierto- del sistema jurídico y lo hace en clave de “deber jurídico” a cargo de los Estados respecto de la Comunidad internacional en su conjunto<sup>440</sup>. (para tener una visión grafica de la idea esbozada *supra*, remítase al capítulo de anexos, anexo I, cuadro 4).

Nosotros pensamos que, si es cierto, como lo es, que en Derecho Internacional coexisten dos esferas de contención normativa que son: el DI consuetudinario y el DI

---

<sup>439</sup> “53. *Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*” Convención de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969.

<sup>440</sup> “Criminalisation (*sic*) in that respect corresponds to the constant efforts of the international community to condemn recourse to the use of force as a means to solve international disputes. Furthermore, if the crime of aggression can be initially prevented this will in return have a positive impact on the other core crimes.” MÜLLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression”..., *op. cit.*, p. 414.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

convencional; nada nos hace pensar que alguna es —en términos generales y absolutos— superior jerárquicamente que la otra. Esto podría concretarse (la diferencia jerárquica) en casos concretos y verificables históricamente, pero será sólo en forma particular y puntual al caso concreto y con una carga de relatividad importante.

Al respecto, recordemos una vez más el criterio utilizado por la CIJ, en su sentencia del asunto de *Nicaragua vs. EE. UU.*, en donde sostiene que: “...el hecho de que los principios antes mencionados, reconocidos como tales, han sido codificados o incluidos en convenciones multilaterales no significa que dejen de existir y aplicarse como principios de derecho consuetudinario, aun respecto a países que son partes en dichas convenciones. Principios tales como los del no uso de la fuerza, la no intervención, el respeto por la independencia e integridad territorial de los estados (*sic*) y la libertad de navegación continúan siendo obligatorios como parte del derecho internacional consuetudinario, a pesar de la aplicación de las disposiciones del derecho convencional al cual han sido incorporados”.

Pues bien, este criterio nos da la pauta a seguir, pues si realizamos un ejercicio de interpretación a *contrario sensu*, podríamos llegar a afirmar que si una cuestión, institución o categoría jurídica ya tiene presencia en la esfera de contención normativa del DI consuetudinario, aunque no se haya dado la convocatoria volitiva necesaria para dotar —no de contenido a la cuestión (al crimen de agresión en este caso) sino— de operatividad jurídico-represiva; y si en la esfera convencional prevalece una idéntica situación (donde se le reconoce sustantividad objetiva a la categoría jurídica, pero no se la dota de operatividad represiva, por cuestiones que se desprenden de la propia naturaleza de las cosas); *ergo*, podremos plantearnos que esa categoría jurídica existe, a la espera de su concreción jurídico operativa, pero existe en tanto categoría jurídica en la habencia jurídica.

Así pues, si nos despojamos un poco de nuestras vestiduras positivistas, y analizamos con verdadero afán filosófico y riguroso talante humanista, nos daremos cuenta que el quehacer de todos los intentos de la sociedad internacional — institucionalizada o no— de criminalizar la barbarie mediante la creación típica operativa del crimen de agresión, siempre ha girado en torno a una cuestión en esencia secundaria (y no en cuanto a nivel de importancia, sino más bien en cuanto a su aparición en el

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

mundo de lo ideal y real), como lo es: la definición y establecimiento de las condiciones del ejercicio de la competencia; más que sobre una cuestión primaria como lo es: la sustantividad o falta de ella del crimen de agresión como categoría jurídico-penal en DI tanto consuetudinario como convencional<sup>441</sup>. Y el ejemplo y la nota, de este ejercicio de despojarnos de las vestiduras positivistas, nos lo da nada menos que el mismísimo KELSEN, cuando sostiene, sin ninguna clase de empacho o temor de dismantelar su propia teoría “pura” del derecho, que:

“Aunque la decisión de un tribunal internacional no constituya la aplicación estricta de una regla jurídica pre-existente, se supone que está fundada por lo menos en la idea del derecho, es decir, en una disposición que, si bien no es todavía derecho positivo, debe, de acuerdo con la convicción de los jueces independientes, convertirse en derecho y que en realidad se convierte en derecho positivo para el caso resuelto por la decisión judicial particular. Es el sometimiento al derecho, al derecho no como un sistema de valores invariables, sino como un cuerpo de normas que cambian lenta y constantemente, lo que no es incompatible con el principio de igualdad de soberanía, ya que es únicamente este derecho el que garantiza la coexistencia de los Estados como comunidades soberanas e iguales”<sup>442</sup>

Pues bien, ya en tiempos de la Sociedad de Naciones se trató el asunto de la definición del crimen de agresión y, en aquellos ayeres, se llegó a conclusiones que, hoy por hoy, aún señorean en las salas más selectas de la reflexión iusinternacionalista: “no es posible elaborar una definición simple de agresión, y que tampoco es posible idear una prueba sencilla para determinar cuándo ha ocurrido efectivamente un acto de agresión”. La Comisión concluyó asimismo que, por consiguiente, era “necesario dejar al Consejo plena discrecionalidad en la materia” y simplemente indicar los factores que podían servir

---

<sup>441</sup> “Among other important subjects, these were the seemingly insurmountable hurdles faced by the signatory states during the Rome conference. Yet it remains the case that the debate on the crime of aggression represented the most difficult issue. Member states feared that the outcome of the whole process of establishing a permanent court would be jeopardized by the ongoing and unresolved discussion over a possible definition of the crime.<sup>5</sup> In the light of this, must one draw the conclusion from the outcome of the Rome conference that there is no crime of aggression under customary international law? Or rather, will it be possible to establish its elements, only to have the international community prove unwilling to provide a definition, general enough to comprise the range of imaginable situations, but precise enough to meet the requirement of the principle of legality?” MÜLLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression”..., *op. cit.*, p.410.

<sup>442</sup> KELSEN, Hans, *La paz por...*, *op. cit.*, p. 74.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

de elementos para una decisión justa.”<sup>443</sup>. Pasaje histórico jurídico internacional<sup>444</sup> en el que nosotros deseamos ver como que presupone que —desde aquellos ayeres— en el quehacer iusinternacional campea la conciencia de la existencia de la guerra como crimen y no sólo como simple manifestación de la política por otros medios, por emplear términos de Clausewitz; y que los ejercicios y esfuerzos analíticos, descriptivos y creativos de los juristas internacionalistas, van encaminados a la concreción (desde entonces) de esa cuestión secundaria, que apuntamos *supra*, de la definición y operatividad represiva por medio de una convocatoria volitiva generalizada estatal.

Además, todo ese esfuerzo intelectual, social, cultural y espiritual de generaciones enteras de juristas, diplomáticos, políticos, filósofos, humanistas, estadistas, *amicus veritas* todos ellos, —en constante evolución y movimiento— no debe pasarnos de desapercibido, pues es muestra inequívoca de una constante y silenciosa convicción sobre la criminalidad de las guerras de agresión y de todas en general, y de su urgente positivación mediante su definición consensuada y pactada, inter partes, en las esferas tanto convencional como consuetudinaria del DI<sup>445</sup>.

---

<sup>443</sup> Comité Especial de la Comisión Temporal Mixta para la Reducción de Armamentos creada por la Sociedad de las Naciones, obtenido del documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1, p. 188.

<sup>444</sup> KELSEN nos informa que: “En el informe que presentó a la Conferencia Preliminar de la Paz, EL 29 de marzo de 1919, la Comisión de la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Imposición de Castigos distinguía “dos clases de actos culpables: a) actos que provocaron la guerra mundial y acompañaron a su comienzo; b) violaciones de las leyes y costumbres de la guerra y de las leyes de la humanidad”. La Comisión aconsejaba que los actos que provocaron la guerra no fuesen imputados a sus autores ni sometidos a las actuaciones de un tribunal. (...) Las principales razones para el consejo negativo de la Comisión de Responsabilidades eran, en primer lugar, que, en opinión de la Comisión, “una guerra de agresión no puede ser considerada como un acto directamente contrario al derecho positivo, o que pueda ser llevado con buen resultado ante un tribunal tal como el que la Comisión está autorizada a considerar de acuerdo con sus términos de referencia”; en segundo lugar, que “una investigación sobre los autores de la guerra debe, para ser completa, extenderse a los acontecimientos que han ocurrido durante muchos años en diferentes países europeos, y suscitar muchos problemas difíciles y complejos que podrían ser investigados más apropiadamente por los historiadores y los estadistas que por un tribunal destinado a juzgar a los transgresores de las leyes y costumbres de la guerra” KELSEN, Hans, *La paz por...*, *op. cit.*, p.104-105

<sup>445</sup> “The drafters of the Definition thereby signaled clearly that not every act of aggression constitutes a crime against peace: only war of aggression does.(...) When an aggressive act short of war is committed, although a violation of international law occurs, no crime against peace is perpetrated.” DINSTEIN, Yoram, *War, aggression...*, *op. cit.*, p. 125.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Por todo lo anterior podemos decir que, teniendo en cuenta tanto la doctrina y sus esfuerzos intelectuales, filosóficos y espirituales, como la práctica internacional tanto de los Estados como de las Organizaciones Internacionales, y sustentados en la convicción del carácter teleológico del Derecho en general<sup>446</sup> como fenómeno del ser humano en sociedad o comunidad (carácter del cual el DI necesariamente participa); y dejándonos guiar por esa luz de razón que emana de dichas convicciones, podemos concluir que: nos parece que en realidad sí existe una conciencia y convicción, de talante jurídica, extendida tanto entre los individuos como entre los Estados y las Organizaciones Internacionales<sup>447</sup> —y proyectada en el tiempo, pues ese es, en un sentido práctico, el objetivo del artículo 5 del Estatuto de Roma— del carácter criminal de la guerra de agresión<sup>448</sup>; y a su vez esta convicción sobre el carácter criminal de la guerra de agresión

---

<sup>446</sup> “A nuestro entender, la dogmática jurídica no puede quedar desnuda de finalidad, y nuestro derecho penal tiene carácter finalista. En efecto; el derecho, puesto que se ocupa de conductas, no puede menos de tener un fin. El Estado debe recoger y enfocar, teleológicamente, todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida.” JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Lecciones de derecho...*, *op. cit.*, p. 3.

“Para quienes pensamos que el derecho es una sanción finalista, la ley, hija de un estado de hecho, tiene un telos y valora en orden a los fines. De aquí surgen estas dos grandes verdades:

a) La ley nace de una determinada serie de hechos y por eso puede hablarse de que tiene una base fáctica; y

b) La ley supone un estado de cultura que la norma encauza y dirige, lo que constituye su base axiológica.” *Ibidem*, p. 44.

<sup>447</sup> Así, Irina Kaye MULLER-SCHIEKE, al hablarnos de los argumentos contra la existencia del crimen de agresión en DI consuetudinario, nos dice que: “The criticism as regards the first point is certainly obsolete. The judges in Nuremberg already noted that the tribunal “is the expression of international law existing at the time of its creation; and to that extent is itself a contribution to international law”. Either the trial enforced existing customary international law or represented the first act whereby the international community inaugurated a new custom. As Mr Justice Jackson, the American Chief Prosecutor, stated in his opening speech, “every custom has its origin in some single act and every agreement has to be initiated by the action of some State.” MULLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “defining the Crime of Aggression”..., *op. cit.*, p. 415.

<sup>448</sup> “The decisive point is that war is a cataclysmic event. There is no way in which war can be waged as if it were a chess game. In the nature of things, blood and fire, suffering and pain, are the concomitants of war. As a result, war simply must be a crime.” DINSTEIN, Yoram, *War, aggression...*, *op. cit.*, p. 121.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

se convierte en basamento ético y social de la prohibición del uso y amenaza de uso de la fuerza en DI<sup>449</sup>, positivada en el artículo 2.4 de la Carta de la ONU<sup>450</sup>.

En efecto, y de otro lado, nosotros consideramos que sería interesante tener en cuenta —y acogernos— a las ideas del profesor alemán BINDING, quien tienen el mérito de introducir en el Derecho penal moderno las consideraciones referentes a la distinción entre *norma* y *ley*. Esta distinción operativa y ontológica la esboza en el sentido de que, la *norma* crea lo antijurídico, es decir, es el contenedor de la criminalidad; mientras que la *ley* confecciona el delito o crimen, o sea que contiene el tipo penal operativo y la fórmula represiva empleada. Así pues, se desprende que el sujeto activo del delito, es decir, el delincuente o criminal, no quebranta la *ley* sino al contrario, la colma actualizando el supuesto previsto en ella con su conducta; ello implica que lo que el sujeto activo del crimen quebranta es la *norma* contenida en la *ley*, que se identifica con la expresión positiva de aquella (la *norma*). Estas ideas tienen la virtud de la claridad y dotan al Derecho penal de una unidad y concreción incomparable, pues al separar el concepto de *norma* y *ley* separa al medio del fin inmediato, pues si el fin inmediato del Derecho penal es el cumplimiento de la *norma*, el fin mediato o último es la paz social, el orden, la existencia y supervivencia del orden social y de la sociedad misma; y el medio de que esa sociedad dispone es consagrar sus *normas* de conducta en *leyes* operativas. Por su parte el profesor JIMÉNEZ DE ASÚA nos expone las ideas planteadas por el profesor BINDING:

“Él descubrió que el delincuente no infringía las leyes, sino que, más bien, llenaba con su conducta real la flácida fórmula de la ley. Lo que quebrantaba era algo que se encontraba por detrás y por encima de la ley misma: la norma.”<sup>451</sup>

El mismo profesor JIMÉNEZ DE ASÚA nos comenta que, estas ideas las tenemos también representadas en las teorías y aportaciones de los doctrinarios: Franz VON LISZT y Max E. MAYER. También nos informa que KELSEN ataca frontalmente

---

<sup>449</sup> “President Theodore Roosevelt, in his message to Congress, hailed “the great advance which the world is making toward the substitution of the rule of reason and justice for simple force.” La cita es de: Benjamin B. FERENCZ, “MISGUIDED FEARS ABOUT THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT”, *Pace International Law Review*, Spring 2003

<sup>450</sup> “le droit des Gents ou Principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains” VATTEL, la cita es de : PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, 2001, p. 43.

<sup>451</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Lecciones de derecho...*, *op. cit.*, p. 47.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

estas ideas, desde su teoría de la pureza del Derecho. Por nuestra parte creemos que estas consideraciones apuntadas *supra*, encuentran en el Derecho Internacional Penal, dada su naturaleza y nivel de desarrollo<sup>452</sup>, un continente fértil, así al extrapolarlas, resulta que podemos plantear que el orden jurídico<sup>453</sup> se identifica con el DI general, este contiene al sistema jurídico de las Naciones Unidas que a su vez subsume al subsistema jurídico del DIPR<sup>454</sup>; *ergo*, el análisis que sostendremos sobre la existencia del crimen de agresión como categoría jurídico-penal propia del DI general, debe estar regido por esta lógica como hilo conductor, comencemos.

Así pues, para nosotros el artículo 5,1 del Estatuto contiene —al reconocer en virtud de un ejercicio de inclusión— una norma que pertenece a un sistema jurídico llamado Derecho Penal Internacional (en su dimensión consuetudinaria) y por antonomasia al DIPR (el cual a su vez viene ubicarse dentro del Derecho Internacional convencional), los cuales se encuentran contenidos en un *meta-orden Jurídico* que llamamos Derecho Internacional general; ahora bien, el párrafo 2 del Estatuto contiene una disposición referente a la competencia, pero esta disposición se ubica —consideramos— en el orden del sistema jurídico y, además, es de naturaleza *adjetiva* o *procedimental*, puesto que solamente condiciona la *competencia* de la Corte respecto del crimen de agresión. Esto nos lleva a cuestionarnos lo siguiente: ¿pertenece la *competencia* al conjunto de elementos constitutivos y característicos de una Norma o

---

<sup>452</sup> “La opinión más comúnmente aceptada, tanto por los juristas como por el público, caracteriza al derecho internacional ante todo por sus “fallas”, de las cuales las más notorias son la falta de un legislador y, más aún, la inexistencia de un juez capaz de condenar todas las violaciones de las que es objeto este derecho y de hacer cumplir sus decisiones. (...)El epíteto de “primitivo” aplicado al derecho internacional nos parece criticable porque se le utiliza con fines de comparación con el derecho estatal y sugiere, por consiguiente, que existiría una línea única de desarrollo del derecho, en el que el primero se encontraría muy a la zaga del segundo. VIRALLY, MICHEL, *El devenir del derecho...*, *op. cit.*, pp. 104 y 105.

<sup>453</sup> “... un orden jurídico no sólo es una realidad intelectual, es decir, un conjunto de proposiciones verbales que definen normas; es, ante todo, una realidad sociohistórica. El contenido de todo orden jurídico está determinado, en el sentido más amplio de la palabra, por la historia, la estructura, los caracteres sociológicos y culturales, etc., de la sociedad a la que se aplica.” *Ibidem*, pp. 112 y 113.

<sup>454</sup> En virtud del artículo 2 del Estatuto de Roma que dispone que: “*La Corte estará vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta.*”

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

incluso una Ley? A nuestro entender la respuesta a esta interrogante se antoja positiva, empero, es negativa<sup>455</sup>.

En este punto nos apoyamos en las ideas aportadas por J. RAZ, quien sostiene que: “Es lógicamente imposible para un sistema jurídico contener sistemas jurídicos momentáneos vacíos. En otras palabras, no existe ningún momento en el cual un sistema jurídico exista y no tenga ninguna disposición jurídica válida en ese momento.”<sup>456</sup>. Así pues, el plantearse la idea de que el artículo 5 con sus dos párrafos contienen una disposiciones normativas vacías de contenido sustancial o que tienen un contenido ajurídico o extrajurídico —quizás político— en clave de expresión de una solución de compromiso, es una afirmación jurídicamente arriesgada. Y si al considerar y estudiar la CPI y su fenomenología formal y material, creemos estar ante un sistema jurídico internacional bien acabado, así pues, tendremos que dilucidar la cuestión de... “Si es un sistema tiene normas, entonces no es vacío y si el sistema no tiene normas, entonces no es un sistema normativo.”<sup>457</sup>.

Pero vayamos más allá; nosotros consideramos que, el llegar a la conclusión de que el crimen de agresión no existe, sobre la base de la falta de concreción típica-conceptual, en realidad es poner en el epicentro de la atención al desarrollo progresivo que en general los crímenes internacionales han venido experimentando. Pero al constatar que el crimen de agresión no tiene su expresión jurídico operativa (en términos de represión) en el orden de ley dentro del DIPR, uno se puede desilusionar y cometer un arrebató de pesimismo jurídico. Estamos convencidos de que, en toda cuestión relativa y propia del Derecho en general y del Derecho Internacional en particular, debe estar —y de hecho lo está— presente una razón en clave de *meta-lenguaje*: “el progreso” (ya sea *in-* y *e-volutivo*) constante del DI hacia su propia perfección como orden jurídico, a través de una conciencia en clave de *opinio iuris* que, de este, se forman tanto los

---

<sup>455</sup> “Un importante tipo de respuesta a la pregunta ¿por qué esto o aquello debe (puede, no debe) ser hecho? Es el siguiente: *hay una norma* al efecto de que esto debe (puede, no debe) ser hecho. La existencia de la norma es, en este caso, la base o fundamento de verdad de las proposiciones normativas.” G. H. Von Wright, *The foundations of norms and normative statements*, la cita es de: MORESO, José Juan, *Normas jurídicas y estructura del derecho*, Distribuciones Fontamara, México 1997, p. 13.

<sup>456</sup> *Ibidem*. p. 18.

<sup>457</sup> Esto lo sostuvo RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, 1986. la cita de nuevo es de: MORESO, J. J., *Normas jurídicas y...*, *op. cit.*, p. 19.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

individuos como tales, como los Estados y las naciones en tanto tales. Por ello, vemos necesario servimos de las valiosísimas aportaciones y reflexiones de HÖOFFE<sup>458</sup>, respecto del concepto y contenido del *progreso*, según lo plantea él, en orden de tres ideas:

*Progreso técnico,*

*Progreso pragmático,*

*Progreso ético.*

Así nos daremos cuenta de que, el hecho de que el Estatuto consigne en su artículo 5 al crimen de agresión, corresponde a una expresión de progreso ético, y que el párrafo 2 condicione el párrafo 1 se corresponde con una consignación de progreso pragmático, en consecuencia menor, que la anterior pero en términos objetivos nada desdeñables.

Pues, por un lado, que el DIPR considere el carácter criminal de las guerras de agresión dentro de él, es un gran paso cualitativo, ético pues, de la sociedad internacional contemporánea respecto de la misma sociedad en tiempos pretéritos<sup>459</sup>; y esto mismo podemos decir respecto del progreso a nivel pragmático operado, en virtud de la solución de compromiso utilizada en el artículo 5.2 del Estatuto. Por ello el *progreso* o desarrollo progresivo que se opera —y operará— respecto del crimen de agresión sigue en realidad dos vertientes que —se complementan, sí, pero— no se diluyen en una mezcla, y que no debemos confundir: la ética por un lado, que considera el crimen de agresión como

---

<sup>458</sup> HÖOFFE, Otfried, *Giba es in der geschichte einen juristischen Rechtsfortschritt?*, G. Blumle, *fortschritt und Shopfungsglaube oder die Machbarkeit des Glucks*, Verlag Schnell und Steiner, Munich, 1984, p. 34-55. En castellano lo encontramos en: Estudios sobre teoría del derecho y la justicia, biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, Fontamara, 1997

<sup>459</sup> “The evidence that has been referred to above indicates that under customary international law, there is and has been for 50 years an opinion iuris as well as state practice concerning the criminalization (sic) of the war of aggression. The valuable efforts already achieved by the Working Group should be continued with the same vigour. A clear and precise definition of the crime in respect of its constitutive elements as well as the conditions for the exercise of the jurisdiction are of utmost importance. A stringent definition has the potential to strengthen the belief of the international community in the court’s impartiality, independence, and effective functioning.” MULLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression”..., *op. cit.*, p. 428.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

categoría jurídica-criminal, es decir, como una norma del DI general contenida en el artículo 5; y de otro la pragmática consignada en el párrafo 2 del mismo artículo. Así mismo la dinámica evolutiva de cada una (ética y pragmática) no se superponen una sobre otra, así los avances de una no presuponen los de la otra, pero los estancamientos o, incluso, involuciones de la una no comporta la de la otra.

Hagamos un ejercicio de imaginación que nos ayude a comprender las ideas antes esbozadas; imaginemos que de pronto bajo ciertas y evidentes causas el Estado “A” arremete haciendo uso de la fuerza armada contra el Estado “B”, y dichos actos embonan a la perfección en los actos consignados en la resolución 3314(XXIX) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1974; y ante estos lamentables sucesos el Consejo de Seguridad de la ONU se pronuncia, en razón del articulado que lo faculta para ocuparse de los quebrantamientos de la paz y la determinación de actos de agresión, y en este pronunciamiento el CS determina que efectivamente se ha verificado la comisión de un acto de agresión del Estado “A” contra el Estado “B”, y que ante la gravedad del quebrantamiento del derecho de la Carta de las UN y en virtud de que en Derecho Internacional no existe ningún órgano competente como para juzgar los hechos y ajusticiar a los responsables, decide —dentro de las medidas que él ha estipulado para restablecer la paz y seguridad internacionales— crear un Tribunal Internacional para juzgar a los responsables por el crimen de agresión cometido por “A” contra “B”; y que este Tribunal Internacional tendrá el ámbito temporal, espacial y material restringido, es decir, será un Tribunal Internacional *ad hoc*. Pensamos que nadie dudaría en que el CS en este hipotético caso estaría actuando dentro de la legalidad internacional y de sus atribuciones y —más importante aún— que el crimen (que se encuentra confeccionado en los hechos valorados por él mismo como actos de agresión) que pretende juzgar el Tribunal en realidad existía en Derecho Internacional general antes del pronunciamiento del CS, aclaremos la cuestión con interrogantes: ¿podría decirse que en este caso en CS estaría realizando una función material y formalmente *legislativa*, al crear un nuevo crimen internacional llamado crimen de agresión?

Nosotros creemos que la respuesta es: No; pues como hemos venido sosteniendo a lo largo del trabajo, el crimen de agresión cuenta con sustantividad existencial como categoría jurídica criminal dentro del DI general como norma imperativa, aun cuando no cuente con su concreción típica-conceptual operativa como el resto de los crímenes

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

internacionales; además, el afirmar la existencia de este crimen tanto en DI general como en DIPR, corresponde a una expresión jurídica del *principio de razón suficiente*,<sup>460</sup> principio lógico elemental. Con el anterior ejercicio podemos ver como los problemas de la existencia del crimen no son tales, sino mas bien los problemas del crimen de agresión son de efectividad de su régimen de represión y aplicabilidad.

Al parecer en algunas de las ideas antes expuestas no nos encontramos en la solitaria argumental, pues algunos iusinternacionalistas se pronuncian en forma distinta —pero no distante—, y en sentido parecido —pero no igual, así el profesor Yoram DINSTEIN nos comparte que:

“In all, the criminality of aggression war has entrenched itself in an impregnable position in contemporary international law. It is true that the full consequences of this criminality are not always agreed upon. But it cannot be denied that responsibility for international crimes, as distinct from responsibility for ordinary breaches of international law, entails the punishment of individuals. The criminality of war of aggression means the accountability of human beings, and not merely of abstract entities.”<sup>461</sup>

Muchos observan en el hecho de que el párrafo 2 del artículo 5 del Estatuto de Roma contenga la referencia a que la definición y condiciones de la competencia debe ser conforme a las normas de la ONU, un gran óbice en la realización del ajusticiamiento del crimen de agresión, sin embargo, yo veo una gran visión pesimista irracional. El hecho que el crimen se encuentre contenido en el artículo 5 del estatuto junto con otros crímenes trascendentes para la comunidad internacional, no supone que el proceso y estadio de evolución y concreción jurídica de ambos cuatro crímenes sean iguales; por otro lado, el hecho de que el crimen de agresión no cuente con concreción típica-conceptual (a diferencia de los demás) no comporta su inexistencia en el DI como categoría jurídico-penal. La cuestión es que el crimen de agresión responde a un proceso evolutivo diverso y bien diferenciado de los tres restantes y que además, la misma naturaleza del crimen es *sui generis* en clave dualista: la política y la jurídica. El hecho de tratar de identificar las naturalezas de los crímenes contenidos en el artículo 5 y de no tener en cuenta sus diferentes procesos de evolución nos puede llevar a tener una postura

---

<sup>460</sup> GUTIERREZ SAENZ, RAUL, *Introducción a la lógica*, México, editorial ESFINGE, 2000, p. 157.

<sup>461</sup> DINSTEIN, Yoram, *War, aggression...*, *op. cit.*, pp. 124 y 125.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

y visión pesimista ---sino negadora--- sobre el crimen de agresión, además de desvirtuar las genuinas expectativas reales que respecto del crimen nos podemos trazar.

Así pues, el hecho de que la futura definición del crimen en cuestión deba estar acorde con las disposiciones de la ONU es significativamente importante, ya que, en virtud del juego de los artículos 2.4, 39 y demás del Capítulo VII de la Carta, la intervención del C de S (y sin importar que tipo de papel se le proporcione y en que medida) respecto de la determinación y ajusticiamiento de la comisión del crimen de agresión, no será de negativa ni en términos operativos ni axiológicos, pues estas determinaciones son de índole obligatoria para los miembros de la ONU. Y todo esto responde en esencia a la propia naturaleza del crimen.

Ni el estadio de evolución jurídica que el crimen de agresión guarda actualmente, se corresponde a una etapa incipiente o previa del actual estadio de evolución de los otros crímenes, ni el actual estadio evolutivo que guardan los crímenes de Genocidio, Lesa Humanidad y de Guerra, es el rumbo escalonado hacia donde este crimen se mueve en su evolución; pues huelga decirlo: no comparten la misma naturaleza aquellos con éste.

**2. CONCRECIÓN TÍPICA-CONCEPTUAL  
DEL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL  
ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

*“Hay que reconocer, por tanto, la existencia de relaciones de equidad anteriores a la ley positiva que las establece”<sup>462</sup>*

*“Entonces un jurista preguntó: “Maestro, ¿qué nos decís de nuestras leyes?”. Y él respondió: “Os delatáis haciendo leyes. Y os delatáis más aún quebrantándolas.”  
Gibrán Jalil Gibrán.*

Una de las aporías más emblemáticas del Derecho Internacional, que discurre impregnándolo todo, desde práctica Estatal hasta la doctrina iusinternacionalista especializada es, sin temor al equivoco, el uso de categorías jurídicas determinadas —pero indeterminables— o, al menos de difícil concreción jurídico-conceptual, lo cual por obvias razones dificulta, en ambas esferas el quehacer del jurista interesado en la arena internacional del Derecho<sup>463</sup>. Es por ello que es necesario centrar el análisis y el esfuerzo intelectual en tratar de delimitar, lo más posible, las categorías jurídicas de las que nos servimos para desarrollar el presente trabajo. El estudio y análisis sobre el crimen de agresión se ve especialmente inculcado por la problemática antes expuesta, pues en concreto, no existe una definición jurídica —es decir con los atributos jurídicos necesarios para su validez científica y práctica— propiamente dicha, pues en tiempos pretéritos en realidad no era factible semejante cristalización, y no sólo por cuestiones de geopolítica u otras cuestiones extra-jurídicas, sino en razón del órgano productor de dicha y afortunada definición de esta categoría jurídica “crimen de agresión”.

Pues si bien, el Consejo de Seguridad es el órgano principal de las Naciones Unidas encargado del mantenimiento de la paz, en virtud del capítulo VI y VII de la Carta y con base en el artículo 24 de la misma, en consecuencia es legalmente capaz de emprender semejante tarea jurídica, también es cierto que en el fondo se encuentra sumamente fisurada su eventual acción, pues el peso de su naturaleza eminentemente

---

<sup>462</sup> MONTESQUIEU, *el espíritu de las leyes*, libro I, capítulo I.

<sup>463</sup> Carl SCHMITT, dice que las cláusulas generales o que las categorías jurídicas indeterminadas habitualmente son manifestaciones propias del derecho natural y de un desmoronamiento del normativismo y el positivismo. *Sobre los tres modos de pensar en la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 66-69.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

política compromete seriamente la universalidad y efectividad de la virtual definición del crimen de agresión. Así pues, la naturaleza política y jurídica de las actuaciones del Consejo de Seguridad, nunca —en nuestra opinión— engendrará una simbiosis equilibrada, sino que la cuestión jurídica siempre estará subordinada a cumplir una función coagulante respecto de la política y, además, sólo en cada caso concreto. Todo esto al margen de la espinosa, y en otrora necesaria, función del veto dentro de la dinámica práctica del Consejo de Seguridad.

Ahora bien, la Asamblea General de las Naciones Unidas haciendo un esfuerzo de progresión de su naturaleza y sobre una interpretación extensiva de sus atributos y expectativas emprendió la labor de definir el crimen de agresión, así pues llegó el 14 de diciembre de 1974 a la adopción de la resolución 3314(XXIX) en la cual define el crimen de agresión; más como ya hemos advertido antes, estamos ante un Órgano de la ONU que tiene especial estatus respecto de las resoluciones que en ella se adoptan; esto al margen de que en la dicha resolución no se implementa ningún mecanismo de aplicación de el contenido normativo materia de la resolución, y sobre todo, esta resolución remite a la autoridad del C de S respecto del tema, al estipular que la definición de agresión sólo tiene como fin el servir de guía a la actividad del C de S en el tópico.

Empero, este momento histórico ha llegado de la mano de la creación de la Corte Penal Internacional, pues en el seno de la asamblea de Estados Parte en donde la esperada definición y delimitación jurídico-conceptual del crimen de agresión puede y debe tomar forma. En efecto, nos encontramos ante el momento histórico plétórico de oportunidades en términos institucionales, políticos, sociales y jurídicos para llegar a la concreción típica-conceptual jurídica del crimen de agresión; existe una Institución internacional especialmente dotada de competencia para ello, y en la cual no existe ningún derecho de veto que lo impida. En todo caso la política servirá, en el seno de la Asamblea de Estados Parte, para —con su respectivo jaloneo de intereses— como catalizador de la concreción típica-conceptual del crimen.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### **A. ¿PUEDE HABLARSE VÁLIDAMENTE DE LA DEFINICIÓN DE CRIMEN DE AGRESIÓN?**

La palabra “definición”<sup>464</sup> se encuentra haciendo acto de presencia en casi todas las discusiones y disertaciones acerca del crimen de agresión, ya sean coloquiales o científicas, orales o escritas, institucionales o particulares<sup>465</sup>. En este uso excedido de esta palabra me parece encontramos una equivocación estructural considerable, pues esta confusión lleva a algunos a considerar que el crimen de agresión no tiene sustantividad como categoría jurídico-penal pues ‘no está definido’<sup>466</sup>; y nos invita a soslayar —sin ninguna causa razonable aparente— por un lado, el hecho objetivo de que el crimen de agresión en realidad sí existe como norma en Derecho Internacional contemporáneo, y por otro, confundir la sustancia con el accidente<sup>467</sup>. Pues, por más que hemos buscado, no vemos la conexión dialéctica entre el hecho que el crimen de agresión no haya encontrado —por motivos extra-jurídicos— su concreción típica-conceptual, en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para la creación del Estatuto de Roma ( en adelante Conferencia de Roma) por que no pudieron ponerse de acuerdo sobre sus

---

<sup>464</sup> “definición. (Del lat. definitio, -ōnis). f. Acción y efecto de definir. || 2. Proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial.”. Diccionario de la RAEL.

<sup>465</sup> Debe notarse que en la jerga de la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma, no se utiliza el término: definición; sino disposición. Esto en consonancia con el tenor del artículo 5, párrafo 2 del propio Estatuto y de su espíritu, pues es obvio que el crimen de Agresión en derecho internacional existe, el hecho de que los Estados, convocados a una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios con el fin de dar lugar a la creación de la Corte Penal Internacional, no hayan llegado, por la naturaleza propia del crimen, a su concreción típico-conceptual no priva a éste de su realidad objetiva. Sobre este punto volveremos más adelante en el presente trabajo He aquí un fragmento de la resolución ICC-ASP/1/Res.1:

“(…) *Decide* establecer un grupo de trabajo especial sobre el crimen de Agresión, abierto en condiciones de igualdad a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de los organismos especializados o del Organismo internacional de Energía Atómica, con el propósito de elaborar propuestas relativas a una disposición sobre la agresión de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5 del Estatuto y el párrafo 7 de la resolución F, aprobada el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional; (...) 3. *Decide también* que el grupo de trabajo especial presentará esas propuestas a la Asamblea en una conferencia de examen, con miras a llegar a una disposición aceptable sobre el crimen de Agresión para su inclusión en el Estatuto de conformidad con las disposiciones pertinentes de éste”.

<sup>466</sup> Véase las consideraciones que se formularon en el este capítulo IV.1.2.B

<sup>467</sup> Por usar términos aristotélicos.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

elementos y la manera en que la CPI podría ejercer su eventual jurisdicción, y la afirmación de que el crimen de agresión no existe en el universo jurídico del derecho internacional como norma jurídica —y, además, imperativa como, por cierto, lo es—. No debemos olvidar que, todo el cúmulo de dificultades para lograr la concreción típica-conceptual del crimen de agresión no es de nueva y reciente acuñación, pero tampoco debemos olvidar que no siempre han sido insuperables. Así es, pues en el devenir histórico moderno y cuasi contemporáneo el crimen de agresión ya encontró su concreción jurídica, y no sólo eso, sino su aplicación por un órgano judicial —ad hoc— pero judicial. Nos referimos claro a la época de los Tribunales d Nüremberg y de Tokio.

Al hilo de lo expuesto, consideramos y concluimos que no es funcional hablar —en términos generales— de definición del crimen de agresión, sino que nos parece más correcto y funcional jurídicamente hablando, expresarnos en términos de: concreción típica-conceptual del crimen de agresión; por que con ello se hace énfasis en un meta-proceso de evolución operado desde el Tratado de Versalles hasta el Estatuto de Roma; y se puntualiza sobre las distintas fases que el crimen de agresión ha venido experimentando como categoría jurídico-criminal del Derecho Internacional; que lato sensu podemos identificar con la conciencia jurídica, a cargo de los Estados y de la opinión pública internacional, sobre carácter criminal de las guerras de agresión; el ajusticiamiento de los criminales de la Segunda Guerra Mundial condenados por Crímenes contra la Paz sobre la base de esa conciencia; el respectivo desarrollo progresivo normativo referente al crimen de agresión efectuado en una dinámica institucional internacional tanto en el ámbito de la AG como del C de S y de la CIJ, lo que comporta la existencia del crimen de agresión en DI general como norma; la consagración —y por ende confirmación de su calidad de norma del DI general— del crimen de agresión como crimen internacional dentro del DI convencional. Además, si nos atenemos a lo que estipula el Estatuto de Roma, *ergo* veremos que en realidad el Estatuto menciona que, la condicionante de la competencia de la CPI respecto del crimen, no es solamente la definición sino también las condiciones del ejercicio de la competencia, que se identifica con la necesidad de reconocer el rol del Consejo de Seguridad como el detentador primordial de la responsabilidad del mantenimiento de la paz.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

### ***B. CONCRECIÓN TÍPICA-CONCEPTUAL DEL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL SENO DE LA ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.***

Para abordar la problemática de la concreción típica-conceptual criminal del crimen de agresión, es necesario situarnos de nuevo en las consideraciones referentes a la norma y ley. Es decir, que existen dos órdenes a los que pertenecen todas las consideraciones jurídicas que se puedan formular, ya en general, ya en particular; un orden es el concerniente a la norma y otro a la ley. Los esfuerzos de toda índole: intelectuales, económicos, sociales, mediáticos, políticos, civiles, institucionales, históricos, etc., encaminados a la concreción de la norma que contenga la categoría jurídica crimen de agresión, ¡ya se dieron!, y encontraron su acaecer más eficiente en la Conferencia de Roma; pues luego de las negociaciones este crimen fue incluido —no creado, ni como norma, ni como ley— en el Estatuto de Roma. En consecuencia, no es necesario afanarse más en tratar de encaminar los esfuerzos a lograr esta noble tarea (que por lo demás, no dejaría de ser un ejercicio de soberbia intelectual, conciente o no); todo este quehacer o proceso pertenece al orden de la norma, en su faceta de concreción jurídica. En cambio, los esfuerzos todos para lograr la concreción típica-conceptual, que a su vez se compone de una o varias definiciones y de las condiciones del ejercicio de la competencia, son propios de un proceso de concreción jurídica inserto en el orden de la ley.

Este proceso podemos decir que se desvela como una faceta operativa del proceso de evolución de la norma. Pues es muy importante que esto no lo perdamos de vista. Pues así, nuestra tarea será no crear un crimen, que por lo demás ya existe como categoría jurídica, sino como se decía en otra parte de este trabajo, es necesario atender a la forma, contenido y estructura del articulado que consagra al crimen de agresión en el Estatuto de Roma, y darnos cuenta que la categoría jurídica ya existe, sólo que le falta dotarla de contenido, el cual está formado por la concepción típica y las condiciones operativas de la competencia. Y así los esfuerzos deberán encaminarse a la consecución del contenido de la categoría jurídica crimen de agresión, lo cual sitúa a estos esfuerzos en el orden de la ley.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### **C. EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN TÉRMINOS TÍPICO-CONCEPTUALES A TRAVÉS DEL DECURSO HISTÓRICO.**

Es casi una cláusula de estilo, el sostener que el deletéreo cataclismo que supuso la Primera Gran Guerra fue seguido por la conciencia jurídica, política, y social acerca del carácter criminal de las guerras en general, y por antonomasia, de las guerras de agresión. Así *verbigratia*, observamos que la profesora MÁRQUEZ CARRASCO expone que:

“Durante el periodo de entre guerras, por tanto, se produjo una transformación radical en la regulación jurídica de la fuerza armada ya que la idea de que la guerra estaba prohibida había arraigado en la convicción jurídica de los Estados.”<sup>468</sup>

Por su parte, y situada —en términos geográficos y dialécticos— muy cerca de la profesora MÁRQUEZ CARRASCO, la profesora, también de la hispalense, CASILDA RUEDA nos comenta que “Habrà que esperar al periodo comprendido entre las dos contiendas mundiales para observar una cierta tendencia hacia la criminalización respecto al derecho a la guerra por parte de los Estados.”<sup>469</sup>. En otras latitudes del universo iusinternacional encontramos que MARIE DUMÉE sostiene que “la première guerre mondiale va marquer le début de cette période ou la guerre d’agression devient synonyme de guerre illicite.”<sup>470</sup>

En efecto, esta dinámica multidimensional que engarza la guerra con un crimen internacional, del cual deben responder individualmente aquellos que participan en la guerra a nivel de jefes de Estado y un poco por debajo de este escaño<sup>471</sup>, comienza en el

---

<sup>468</sup> *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>469</sup> Delitos de derecho internacional, editorial BOSH, 1ª Edición, p. 128.

<sup>470</sup> DUMMEE, MARIE, (Le crime d’agression), en: ASECIO, HERVÉ, DECAUX, Emmanuel et PELLET, ALLAIN (Directoires), *Droit International... op. cit.*, p. 252.

<sup>471</sup> La CDI en sus comentarios al artículo 16 de su Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, sostiene que: “Los autores de un acto de agresión sólo pueden buscarse entre las categorías de personas que tienen la autoridad o el poder necesarios para desempeñar, llegado el caso, un papel determinante en la comisión de una agresión. Se trata de las personas que en el artículo 16 se designan con el nombre de “dirigente” u “organizador”, expresiones tomadas del Estatuto de Nuremberg. Estos términos deben entenderse en un sentido amplio, es decir que abarcan, además de los miembros del gobierno, las personas que ocupan un alto cargo en el aparato militar, el cuerpo diplomático, los partidos políticos o el mundo de los negocios. Así lo determinó el Tribunal de Nüremberg al afirmar: “Hitler no podía, por sí solo,

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

periodo de entre guerras, y a lo largo del siglo pasado va a desembocar en una serie de esfuerzos por concretar el *tipo jurídico-criminal* que contenga toda esta “convicción” sobre el carácter criminal de la guerra, y establezca su comportado régimen de responsabilidad internacional penal de la persona humana como tal.

Por su parte el profesor MERON nos indica que “Crimes against peace had a considerable foundation in the normative statements prohibiting aggressive war as national policy and defining aggressive war as a crime. It was the United States, and especially Justice Jackson, who insisted on criminalizing war of aggression in the Nuremberg Charter (...) Now, on the eve of the twenty-first century, international law is indeed moving towards a greater degree of criminalization.”<sup>472</sup>

De lo anterior se desprende que es necesario abordar la cuestión referente a la mención y análisis de todo este patrimonio iusinternacional, con el fin de tener una idea de la dinámica evolutiva que, en términos típica-conceptuales, el crimen de agresión viene experimentando y, así, estar en capacidad de advertir hacia que derroteros se mueve esta dinámica.

Vamos para ello a realizar un muestreo de las concreciones típica-conceptuales que se han intentado, primero veremos las que se realizaron durante la Sociedad de Naciones; para ver enseguida las de los Tribunales de Nüremberg y Tokio que se identifican con las únicas concreciones que se han plasmado en un instrumento internacional que ha contado con un entramado institucional para cumplimentar su aplicación y efectividad judicial, y desembocado en sentencias; así mismo veremos las que se han efectuado en la vida institucional de la ONU; para terminar con las que la CDI ha aportado como parte integrante de sus varios proyectos y trabajos de codificación del DI.

Durante la existencia de la S de N se formó un Comité Especial dentro de la Comisión Temporal Mixta para la Reducción de Armamentos, el cual elaboró un informe en el que concluía que no era posible arribar a una definición sencilla de lo que era la agresión, y así mismo no sería fácil determinar una prueba de la existencia de un

---

hacer una guerra de agresión. Necesitaba la colaboración de estadistas, jefes militares, diplomáticos, financieros”

<sup>472</sup> MERON, Theodor, “Is International Law Moving...”, *op. cit.*, p. 4.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

acto de agresión; así que lo que la Comisión recomendaba era que se dejara al Consejo libertad discrecional, lo que equivalía a reservar el asunto al universo político arrebatándolo del jurídico. Esta Comisión, empero, sostuvo que era posible a lo sumo, tratar de esbozar unos lineamientos o factores que indicaran la existencia de ciertos elementos que dirigieran al Consejo a una decisión justa. Así propuso que los indicadores fuesen:

*“ a) Efectiva movilización industrial y económica llevada a cabo por un Estado, ya sea en su propio territorio o por personas o sociedades en territorio extranjero.*

*“b) Movilización militar secreta mediante la formación y el empleo de tropas irregulares o mediante una declaración de un estado de peligro de guerra que serviría de pretexto para comenzar hostilidades.*

*“c) Un ataque aéreo, químico o naval llevado a cabo por una parte contra otra.*

*“d) La presencia de las fuerzas armadas de una parte en el territorio de otra.*

*“e) Negativa de cualquiera de las partes a retirar sus fuerzas armadas detrás de una línea o de líneas indicadas por el Consejo.*

*“f) Una política definitivamente agresiva aplicada por una de las partes para con la otra, y la consiguiente negativa de dicha parte a someter el objeto de la controversia a la recomendación del Consejo o a la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional y a aceptar la recomendación o decisión que se expida. (...)*

*en el caso de un ataque por sorpresa, sería relativamente fácil decidir quién es el agresor, pero que en los casos generales, cuando la agresión está precedida por un período de tensión política y movilización general, la determinación del agresor y del momento en que ocurrió la agresión resultaría muy difícil.* <sup>473</sup>

Como podremos ver, esta definición se decanta por un estilo cerrado enunciativo, al estilo de lo que más tarde hará la AG de la ONU. Por su parte en el Tribunal de Nüremberg en el artículo 6 se estableció que:

*“ El Tribunal creado por el acuerdo mencionado en el artículo 1 del presente Estatuto para el juicio y castigo de los principales criminales de guerra de los países del Eje europeo será competente para juzgar y castigar a las personas que, actuando en interés*

---

<sup>473</sup> Diario Oficial de la Sociedad de las Naciones, Suplemento Especial 26, págs. 183 votos contra 185. la cita esta contenida en el Documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1, pp. 188 y 189.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*de los países del Eje europeo, a título individual o en carácter de miembros de organizaciones, hayan cometido alguno de los crímenes siguientes.*

*Todos y cada uno de los actos siguientes son delitos sobre los que tiene competencia el Tribunal y entrañarán responsabilidad individual:*

*a) Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados “*

En esta concreción típica-conceptual se advierte claramente que se abandona en tono enumerativo material, y sólo se pone el énfasis en el tipo de actividad en que se puede participar individualmente en la perpetración del crimen contra la paz. El Tribunal de Tokio tiene el mismo talante que el de Nüremberg, pero muestra una variante bien determinada; en su artículo 5 dispone que:

*“ El Tribunal tendrá competencia para juzgar y castigar a los criminales de guerra del Lejano Oriente a quienes, en carácter individual o en calidad de miembros de organizaciones, se les imputen delitos que comprendan crímenes contra la paz.*

*Todos y cada uno de los actos siguientes son delitos sobre los que tiene competencia el Tribunal y entrañarán responsabilidad individual:*

*a) Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra declarada o no declarada de agresión o una guerra que viole el derecho internacional o tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados “*

Así, en el Tribunal de Tokio, queda bien claro que la declaración de la guerra o la falta de esta declaración es irrelevante al momento de fincar responsabilidad internacional penal individual. Esta idea de la irrelevancia de la declaración de la guerra va ligada a la idea de la criminalidad de la misma, pues en el derecho internacional tradicional el concepto de “guerra legal” estaba íntimamente ligado al de la declaración de la guerra como acto formal, elevado a elemento constitutivo de ilegalidad o legalidad de la guerra. Más tarde la CDI sostendrá que en este cambio de la irrelevancia de la declaración de guerra, en detrimento de la formalidad como elemento de legalidad de la guerra, se encuentra el punto medular y sustancial de la evolución del Derecho Internacional contemporáneo, y la demostración del tránsito del DI de un estadio llamado *tradicional* a un estadio llamado *contemporáneo*.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Situándonos en ese estadio del DI general del que venimos hablando, veremos que en la dinámica institucional de la ONU se han dado algunas aportaciones. Estos intentos de concreción típica-conceptual del crimen de agresión encuentran su culmen en la resolución 3314(XXIX) de 1974, en la cual la AG retoma el planteamiento que ya antes había dado la Comisión Temporal Mixta en la época de la S de N. en esta resolución solamente se realiza una definición material de lo que es la *agresión*, mas no se efectúa en realidad una concreción típica-conceptual. Y lo hace de la siguiente manera en su artículo 3:

*“Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, subject to and in accordance with the provisions of article 2, qualify as an act of aggression:*

*(a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof,*

*(b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;*

*(c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;*

*(d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;*

*(e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;*

*(f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;*

*(g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.”*

Además en esta resolución la AG confirma lo que antes ya había sostenido el Tribunal de Tokio, que la declaración de guerra no tiene relevancia en el DI contemporáneo.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Contemporánea a los Tribunales internacionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, la Ley No. 10 del consejo de Control Aliado, estipulaba en su artículo II que:

*“1. Se consideran delitos todos y cada uno de los actos siguientes:*

*a) Delitos contra la paz: Iniciar invasiones de otros países y guerras de agresión en violación de leyes y tratados internacionales, lo que incluye, entre otras cosas, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados.”*

Por su parte la Comisión de Derecho Internacional a lo largo de su trayectoria como valuarte del desarrollo progresivo y de codificación del DI, ha hecho lo suyo respecto de la concreción típica-conceptual del crimen de agresión. Queda patente este trabajo desde su Proyecto de Código de 1954, en donde determina en su artículo 2 que:

*“The following acts are offences against the peace and security of mankind:*

*(1) Any act of aggression, including the employment by the authorities of a State of armed force against another State for any purpose other than national or collective self-defence or in pursuance of a decision or recommendation of a competent organ of the United Nations. (2) Any threat by the authorities of a State to resort to an act of aggression against another State.”*

La relativa pobreza conceptual demostrada en este planteamiento, se ve luego rectificada en el siguiente Proyecto de Código en 1996. en este Proyecto la CDI en su Artículo 16 dispone que:

*“An individual who, as leader or organizer, actively participates in or orders the planning, preparation, initiation or waging of aggression committed by a State shall be responsible for a crime of aggression.”*

Es evidente que la CDI en este proyecto vuelve a retomar en parte el patrimonio legado por los Tribunales de Nüremberg y Tokio, pero agregándole algo de su cosecha, como es la frase *aggression committed by a State*. En otro lugar ya hemos manifestado nuestras impresiones sobre el mencionado artículo y la vinculación que efectúa entre los actos del Estado y la responsabilidad del individuo<sup>474</sup>.

---

<sup>474</sup> En este capítulo en el epígrafe: IV.3.2. La Responsabilidad Individual Vs. La Responsabilidad Estatal.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

### ***D. LA RECIENTE PRÁCTICA ESTATAL REFERENTE A LA CONCRECIÓN TÍPICO-CONCEPTUAL DEL CRIMEN DE AGRESIÓN.***

En el apartado anterior hablábamos de *patrimonio iusinternacional*, al hablar de los intentos que, en el transcurrir histórico, se han venido operando respecto de la *concreción típico-conceptual criminal* del crimen de agresión. A continuación veremos que en la actualidad y con motivo de la creación de la Corte Penal Internacional, este patrimonio jurídico internacional ha sido en gran medida enriquecido, ya que, se ha verificado —en cuatro momentos distintos bien determinados, en el Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, la Comisión Preparatoria de la CPI y la asamblea de Estados Parte— una serie de proposiciones y tomas de posición por parte de los Estados, respecto del crimen de agresión como parte del *maderamen* jurídico del Estatuto de Roma.

Al respecto, empero, hemos decidido valernos de la clasificación que desde la doctrina ha elaborado Kriangsak KITTICHAISAREE<sup>475</sup>. Esta clasificación esta hecha en función de las posiciones que los diferentes Estados han tomado a lo largo de los cuatro momentos que ya hemos mencionado *supra*. Así ello, Kriangsak KITTICHAISAREE sostiene que al menos se pueden encontrar ocho tipos de posiciones:

*La primera* se refiere a una actitud favorable sobre la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto de Roma;

*La segunda* es aquella posición desde la que se sostiene que la inclusión del crimen de agresión es viable sólo si se inserta una definición del crimen dentro del Estatuto;

*La tercera* aboga por que la definición del crimen de agresión se apege a la definición de agresión que la Asamblea General de la ONU hiciera en 1974 en su resolución 3314(XXIX);

*La cuarta* es la que considera que el crimen de agresión debería tener una expansión e incluir así, por ejemplo, el bloqueo de puertos y de vías aéreas;

---

<sup>475</sup> KITTICHAISAREE, KRIANGSAK, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, NY 2002.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*La quinta* pretende incluir la amenaza o uso de la fuerza en la definición del Estatuto de Roma;

*La sexta* se identifica con la intención de incluir dentro del crimen de agresión, la agresión al medio ambiente;

*La séptima* pone el énfasis en la importancia que tiene el rol que el Consejo de Seguridad debe jugar respecto del crimen de agresión, y sostiene que para que la CPI tenga jurisdicción sobre el crimen es necesario que el C de S determine la existencia de un acto de agresión por parte de un Estado;

*La octava* es la posición más radical de todas pues sostiene que el crimen de agresión no debe estar dentro del Estatuto de Roma, por considerarlo un asunto político y no jurídico.

También nos menciona en cual el orden en que los diferentes Estados han llenado respectivamente cada posición según sus propias manifestaciones; veamos algunos ejemplos:

<i><b>Primera posición:</b></i>	<i><b>Segunda posición:</b></i>	<i><b>Tercera posición:</b></i>	<i><b>Cuarta posición:</b></i>	<i><b>Quinta posición:</b></i>	<i><b>Sexta posición</b></i>	<i><b>Septima posición:</b></i>	<i><b>Octava posición:</b></i>
Afganistán, Azerbaijón, Bahrein, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Georgia, Grecia, Guinea, Indonesia, Irán, Irlanda, Italia, Macedonia, Filipinas, Eslovaquia, Tanzania, Uganda, Vietnam, Zambia.	Angola, Brunei, Croacia, Estonia, Kazajstán, Malta, México, Mozambique, Namibia, Holanda, Portugal, Sierra Leona.	Egipto, Omán, Liga Árabe, Siria.	Armania.	Cuba.	Libia.	Republica Checa, Francia, Alemania, Hungría, Lituania, Polonia, Rusia, Turkia, Reino Unido, Estados Unidos de America.	Marruecos.

En algunos casos es interesante —y necesario— rescatar algunas de las propuestas que los Estados han venido efectuando en torno a la definición y las condiciones del ejercicio de la competencia del crimen de agresión. A eso nos avocaremos enseguida.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

### **Alemania:**

*“Definición del crimen de agresión*

*1. A los fines del presente Estatuto y con sujeción a la determinación del Consejo de Seguridad indicada en el párrafo 2 del artículo 10, relativa al acto de un Estado, se entenderá por crimen de agresión cualquiera de los actos siguientes cometidos por una persona que esté en posición de ejercer el control o que puede dirigir la acción política o militar de un Estado:*

*a) iniciar o*

*b) ejecutar un ataque armado dirigido por un Estado contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, cuando dicho ataque armado se haya emprendido en violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas con el objetivo o el resultado de la ocupación*

*militar por las fuerzas armadas del Estado atacante, o la anexión mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de éste.*

*2. Cuando se haya cometido uno de los actos previstos en el párrafo 1*

*a) la planificación*

*b) la preparación o*

*c) la expedición de órdenes a ese respecto por una persona que esté en situación de ejercer el control o que pueda dirigir la acción política o militar del Estado constituirá también un crimen de agresión.”<sup>476</sup>*

### **Rusia:**

*“Definición del crimen de agresión*

*A los efectos del presente Estatuto y a reserva de la previa determinación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de que el Estado interesado ha cometido un acto de agresión, se entenderá por crimen de agresión cualquiera de los actos siguientes: planificar, preparar, iniciar o llevar a cabo una guerra de agresión.”<sup>477</sup>*

### **Colombia:**

*“Artículo 1º. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de agresión” la actuación de una persona que:*

---

<sup>476</sup> Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Nueva Cork, Propuesta presentada por Alemania, PCNICC/1999/DP.13, 30 de julio de 1999.

<sup>477</sup> Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional Grupo de Trabajo sobre los Elementos del crimen. Nueva Cork, PCNICC/1999/DP.12, 29 de julio de 1999.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*a) Estando en la posición de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado intencionalmente ordene o activamente y a sabiendas participe en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión;*

*b) Estando en posición de contribuir o cooperar eficazmente a conformar de manera fundamental la acción política o militar de un Estado, participe activamente con actos esenciales en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión, y con el conocimiento de que el acto en cuya perpetración toma parte constituye o ha de constituir un acto de agresión, siempre que dicho acto de agresión se lleve realmente a cabo o se ejecute.*

*Artículo 2º. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “acto de agresión” un acto comprendido en la definición contenida en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1974, cometido por un Estado que, por sus características, su gravedad y su escala equivalga a una guerra de agresión o constituya una violación manifiesta de la prohibición de atentar contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado consagrada en la Carta de las Naciones Unidas.”<sup>478</sup>*

### ***Cuba:***

*“Definición del crimen de agresión y condiciones para el ejercicio de la competencia  
Propuesta presentada por Cuba*

*1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por agresión un acto cometido por una persona que, estando en la posición de controlar o dirigir efectivamente la acción política, económica o militar de un Estado, ordene, permita o participe activamente en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto que afecta directa o indirectamente la soberanía, la integridad territorial o la independencia política o económica de otro Estado, de forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.*

*2. La Corte podrá ejercer su jurisdicción sobre un crimen de agresión de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto, incluidas las disposiciones de los artículos 12, 13, 17 y 18. La falta de un pronunciamiento del Consejo de Seguridad sobre la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate no impedirá el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre el caso en cuestión.”<sup>479</sup>*

### ***Grecia y Portugal:***

---

<sup>478</sup> Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión Nueva York, 1º a 12 de julio de 2002, Propuesta de texto de definición del crimen y el acto de agresión Propuesta formulada por la delegación de Colombia, PCNICC/2002/WGCA/DP.3.

<sup>479</sup> Asamblea de los Estados Partes, Primer período de sesiones, 6 de febrero de 2003

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*“A los fines del presente Estatuto, se entenderá por agresión el uso de la fuerza armada, incluida la iniciación de dicho uso, por un individuo que esté en posición de ejercer el control o que puede dirigir la acción política o militar de un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado en violación de la Carta de las Naciones Unidas.*

*2. La Corte ejercerá su jurisdicción con respecto a este crimen a reserva de la determinación por el Consejo de Seguridad, de conformidad con el Artículo 39 de la Carta, de que el Estado interesado ha cometido un acto de agresión.*

*3. Cuando se haya presentado una denuncia en relación con el crimen de agresión, la Corte tratará de establecer primero si el Consejo de Seguridad ha efectuado una determinación con respecto a la supuesta agresión del Estado interesado y, en caso negativo, pedirá al Consejo de Seguridad, con arreglo a las disposiciones del Estatuto, que proceda a efectuar tal determinación.*

*4. Si el Consejo de Seguridad no efectuara tal determinación o no aplicara el artículo 16 del Estatuto dentro de los 12 meses de formulada la petición, la Corte procederá con la causa de que se trate.”<sup>480</sup>*

### **Guatemala:**

*“Definición del crimen de agresión*

*A los efectos del presente Estatuto, el crimen de agresión se define de la siguiente manera:*

*1. Comete crimen de agresión quien, estando en situación, de manera efectiva, [?] de ejercer control sobre la acción política o militar de un Estado o pudiendo dirigirla, intencionadamente y a sabiendas ordena la planificación, la preparación, el inicio o la ejecución de actos de agresión cometidos por ese Estado o participa intencionadamente, activamente y a sabiendas en ellos.*

*2. A los fines del párrafo anterior ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión de conformidad con el Estatuto, por agresión cometida por un Estado se entenderá el uso por ese Estado de la fuerza armada contra para atacar la integridad territorial o la independencia política de otro Estado en clara violación de la*

---

<sup>480</sup> Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional Grupo de Trabajo sobre el crimen de Agresión, Nueva York, 27 de noviembre a 8 de diciembre de 2000. PCNICC/2000/WGCA/DP.5.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*Carta de las Naciones Unidas y en una escala lo suficientemente grande para perjudicar gravemente esa integridad territorial o independencia política.*<sup>481</sup>

Estas no son las únicas propuestas pero si las más destacadas hasta el momento. Además, debemos mencionar que, todas estas propuestas, deben ser debidamente sopesadas a la luz del artículo 10 del propio Estatuto de Roma.

---

<sup>481</sup> Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de trabajo sobre el crimen de Agresión, Nueva York, 26 de febrero a 9 de marzo de 2001, documento PCNICC/2001/WWGCA/DP.2.

**3. EL ESTATUTO DE ROMA: SU EFECTO  
CODIFICADOR Y DESARROLLO NORMATIVO  
SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN.**

Básicamente se puede realizar una clasificación —arbitraria desde luego— de las actitudes que el estudioso del Derecho Intencional penal puede tener: considerar que la inclusión del crimen de agresión no tiene mayor relevancia y asimilarla a un *desideratum* de los Estados presentes en la Conferencia de Roma, pero esta inclusión ni afecta ni beneficia al DI general ni al funcionamiento de la CPI; considerar que la inclusión del crimen de agresión es, no sólo un *desideratum*, sino incluso un exceso y que bien se podría prescindir de él dentro de la estructura del Estatuto; y considerar que es una expresión de *lege ferenda* y que constituye un error la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto, pues no encuentra en el DI general ningún fundamento normativo, y a la postre entorpecerá las funciones de la CPI. Estos posicionamientos pueden ser encontrados en algunos exponentes de la doctrina iusinternacionalista.

De las anteriores actitudes se puede llegar indistintamente a las conclusiones de que: el crimen de agresión no tiene fundamento normativo en el DI ni como norma consuetudinaria ni como norma convencional; que en realidad el crimen de agresión no tiene ninguna función práctica pues con la criminalización de los demás “core crimes”<sup>482</sup>, este crimen se ve ya cubierto<sup>483</sup>. Algunos sectores de la doctrina iusinternacionalista opinan que el crimen de agresión no debió ser inserto en el Estatuto de Roma —incluso—, debería ser quitado de su lugar; así lo expresa el profesor Matthias

---

<sup>482</sup> Sin embargo existen voces que argumentan en cierto modo una postura contraria: "For example, genocide and crimes against humanity can be committed in the absence of a war situation. War crimes can be committed in the course of lawful war, say in the course of self-defence. War crimes can also be committed in the course of an internal armed conflict. Nevertheless, once an aggressive war breaks out it is more likely than not that the forces of evil that it unleashes will result in genocide, crimes against humanity, war crimes and other outrages being committed. NTANDA NSEREKO, DANIEL D., "Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court", *Nordic Journal of International Law* 71, 497–521, 2002. Kluwer Law International. Printed in the Netherlands, p. 499.

<sup>483</sup> "it is said that in fact there is no need for the crime of aggression under customary international law as an offender of the crime will most likely be guilty of one of the Court's other three core crimes." MULLER-SCHIEKE, Irina Kaye, "Defining the Crime of Aggression...", *op. cit.*, p.414.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

SCHUSTER: “This paper will therefore conclude that it is preferable to completely remove the crime of aggression from the text of the Rome Statute” y concluye sosteniendo que: “As has been demonstrated, the inclusion of the crime of aggression in the Rome Statute is extremely problematic(...)It is the author’s belief that for all these reasons, the crime of aggression should be deleted from the text of the Rome Statute. Would that mean impunity for the perpetrators of aggression? The answer to this question must be yes and no”<sup>484</sup>.

Para otros autores la inclusión del crimen de agresión en el estatuto tiene la virtud de que consagra la oportunidad de que este crimen pueda ser perseguido por las jurisdicciones nacionales<sup>485</sup>. Se advierte también que para algunos la inclusión del crimen de agresión dentro del Estatuto de Roma, respondió a una suerte de *política y negociación nostálgicas* pues, desde Nüremberg el crimen de agresión se ha en vuelto en cierto misticismo, y hubiese sido políticamente incorrecto<sup>486</sup>. Según A. PAULUS en una buena parte de la doctrina iusinternacional, no se pone en seria duda la inclusión del crimen de agresión en el estatuto: “remarkably, none of the authors in these volumes questions in earnest the very desirability of the inclusion of aggression in the jurisdiction of the court.”<sup>487</sup>.

Sin embargo, nosotros nos posicionamos en la siguiente línea: la inclusión del crimen de agresión dentro de maderamen de la CPI tiene una diferente lectura que se aleja un poco de las anteriores ya que, el artículo 5.1(d) y párrafo 2 concreta una codificación respecto del Derecho Internacional preexistente a la Conferencia de Roma, pues incluye al crimen de agresión dentro de los “core crimes” de la Corte; y se identifica

---

<sup>484</sup> “The Rome statute and the crime of aggression: A Gordian...”, *op. cit.*, p. 50 y 51. Para considerer unas opiniones diferentes a las del professor SCHUSTER, véase: SIEN HO YEE, “A Proposal to Reorganize Article 23 of the ILC Draft Statute for an International Criminal Court”, 19 *HASTINGS INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW REVIEW* 529 (1996).

<sup>485</sup> GAJA, Giorgio, ‘The Long Journey towards Reprising Aggression’, in CASSESE, Antonio, Paola GAETA and John R. W. D. JONES (eds), *The Rome Statute...*, *op. cit.*, p. 432.

<sup>486</sup> “... to leave out the crime would have been “politically incorrect” – ever since Nuremberg, there has been a certain myth surrounding aggression, the sway of which over the negotiators cannot be underestimated” SCHUSTER, MATTHIAS, “The Rome statute and the crime of aggression: A Gordian...” *op. cit.*, p. 19.

<sup>487</sup> Véase: PAULUS, ANDREAS L., “Legalist Groundwork for the International Criminal Court: Commentaries on the Statute of the International Criminal Court”, *EJIL* 2003, Vol. 4, N. 14 pp. 843-860

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

con una expresión de la dinámica de desarrollo progresivo del DI en el siguiente sentido: desde la resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974 la sociedad internacional institucionalizada no había realizado ningún jaloneo de desarrollo normativo y codificación con respecto al crimen de agresión, y en aquellos entonces —al igual que en todas las veces que la sociedad internacional se había ocupado de la cuestión de la agresión (desde la era de la S de N)— la cuestión quedo centrada en la “definición de la agresión” y en la “determinación del agresor”, y no en cuestiones relativas a la concreción típico-conceptual del crimen de agresión.

Así pues, en el trayecto que va desde la resolución 3314 (XXIX) de la AG a la Conferencia de Roma, se opera cierto desarrollo ya que, ahora en la dinámica de la CPI, el crimen de agresión ha pasado, de estar en la indefinición completa y contar sólo con la definición de la agresión (cuestión material-objetiva), a un estadio más acabado en donde la cuestión ya no es meramente material-objetiva sino sobre todo, jurídico-sustantiva y jurídico-adjetiva. Es decir, que se a pasado de los esfuerzos por encontrar una definición material-objetiva del crimen de agresión a un estadio de concreción más acabado jurídicamente hablando, ya que ahora la cuestión se centra en los elementos del crimen y las condiciones del ejercicio de la competencia por la CPI, según se desprende del párrafo 2 del artículo 5, y no en la cuestión de definir el “hecho agresivo”<sup>488</sup> y fijar los criterios objetivos sobre los cuales se determinara al “agresor”.

Pero el Estatuto de Roma hace esta concreción no solamente desde el artículo 5, sino que esto se realiza mediante una acción catalizadora que ejerce el artículo 25 inciso 4 del mismo Estatuto, ya que en el se estipula que la CPI, no tendrá ingerencia sobre el régimen de responsabilidad internacional del Estado, sino únicamente sobre el régimen individual de responsabilidad internacional. Así pues, son en realidad dos cuestiones sobre las cuales el Estatuto de Roma ha realizado un ejercicio codificador y emprendido una dinámica de desarrollo progresivo del crimen de agresión, a saber:

- a) lleva la cuestión del crimen de agresión a una dinámica evolutiva más jurídica, así pues los trabajos de los Estados y de la doctrina se ven reconcentrados a dos cuestiones puntuales como son: los elementos del

---

<sup>488</sup> Decimos “hecho” porque según la dogmática jurídica un acto se identifica con una acción positiva del agente en cuestión, en cambio un hecho comprende tanto a la acción como a la omisión.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

tipo y las condiciones del ejercicio de la competencia (artículos 5 párrafo 2, 121 y 123);

- b) traza una delimitación conceptual y práctica necesaria entre los dos regímenes de responsabilidad internacional: la estatal y la individual, decantándose por ocuparse de esta última en exclusiva (artículo 25.4).

Así pues, todo el quehacer de los Estados dentro de los trabajos de la Asamblea de Estados Parte y de la doctrina iusinternacionalista estarán condicionados por esta concreción jurídica operada en el Estatuto de Roma, y esta evolución en concreto, tiene la apariencia de haber pasado inadvertida por la doctrina más especializada.

El crimen de agresión despliega su problematicidad en una bifurcación dialéctica, en el derecho internacional actual, y más específicamente en el DIPR. Así pues, tenemos que esta bifurcación se ve condicionada por la propia estructura del artículo 5 del Estatuto de Roma, cuya redacción establece que:

### *Artículo 5*

#### *Crímenes de la competencia de la Corte*

*1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:*

*(...)*

*d) El crimen de agresión.*

*2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.<sup>489</sup>*

---

<sup>489</sup> La versión inglesa del Estatuto dispone: Article 5 Crimes within the jurisdiction of the Court  
1. The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes: (...) (d) The crime of aggression.  
2. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression once a provision is adopted in accordance with articles 121 and 123 defining the crime and setting out the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction with respect to this crime. Such a provision shall be consistent with the relevant provisions of the Charter of the United Nations.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Como vemos, el párrafo 2 del artículo 5 nos indica que la Corte no ejercerá competencia mientras no se provea de una disposición —una sola— que entraña dos cuestiones:

- a) la definición del crimen o, como nosotros preferimos, una disposición en que se contenga la concreción típico-conceptual del crimen de agresión;  
y
- b) se establezcan las condiciones del ejercicio de la competencia.

Como decíamos antes, este párrafo del artículo 5 condiciona de entrada toda la problemática del crimen de agresión en Derecho Internacional actual. Así pues, todos los problemas que se pudieren enunciar respecto del crimen deberán ser encasillados en cualesquiera de los dos estancos. Ciertamente la cuestión está centrada en estas dos cuestiones vertebrales, sin embargo, existe otra que es residual pero importante: La interacción del crimen de agresión en el entramado jurídico del Estatuto de Roma, una vez cumplimentadas las dos cuestiones anteriores. Por ello vamos a ocuparnos de estas tres cuestiones en seguida.

---

Por su parte la versión francesa estipula que: Article 5 CRIMES RELEVANT DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR

1. La compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. En vertu du présent Statut, la Cour a compétence à l'égard des crimes suivants : (...) d) Le crime d'agression.
2. La Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard. Cette disposition devra être compatible avec les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### **A. LOS ELEMENTOS DEL TIPO<sup>490</sup>.**

Como sosteníamos *supra*, el Estatuto de Roma supuso para el crimen de agresión un efecto de codificación y desarrollo progresivo, en tanto que, de este punto de inflexión en adelante, las cuestiones y disertaciones respecto del crimen en cuestión se centran en dos cuestiones sustantivas y otra adjetiva: la definición del tipo, las condiciones del ejercicio de la competencia y, por último, la interacción del crimen con respecto de los demás crímenes y las disposiciones generales del Estatuto de Roma. Para nosotros —por todas las razones que hemos apuntado en este apartado— la cuestión de la definición del crimen de agresión en términos *generales o enumerativos*, corresponde a un escaño de evolución (en donde la preocupación vertebral era de talante material objetiva: la determinación del agresión y de la agresión) ya superada y, sobre la cual, se sedimenta el actual estadio de evolución. Sin embargo, esto no es del todo generalizado, pues por ejemplo, en el Grupo Especial de Trabajo sobre el crimen de agresión, instituido en virtud de la Declaración F del Acta Final de la Conferencia de Roma, considera que uno de los puntos vértices sobre los que gira la dinámica de negociaciones sigue siendo esta cuestión: la definición en términos generales o enumerativos<sup>491</sup>.

En ciertos sectores doctrinales del quehacer científico jurídico, ya se advierte que este proceso evolutivo ha tenido lugar, pero a pesar de ello, se plantea el estructurar la cuestión de la definición del crimen de agresión en términos de *definición general en*

---

<sup>490</sup> Algunos doctrinarios consideran que esta concepción de ‘elementos’ de los crímenes, es novedosa para el Derecho Internacional y sus implicaciones, así por ejemplo: “Earlier statutes of tribunals such as those for Nuremberg and Tokyo and for former Yugoslavia and Rwanda did not contain a general part which addressed issues such as the nature of mental and physical elements. The International Law Commission’s draft which provided the starting point on the road to Rome had no such general part. The Preparatory Committee and the Rome Conference worked diligently on agreeing to so much of the general part as a consensus negotiation would allow. (...) I doubt that anyone involved in the process had a completely clear perception of what “Elements of Crime” are. Since the concept was a new one in international practice, like much else in the Rome Statute, it could have whatever meaning the traffic would bear.” CLARK, ROGER S., “Rethinking Aggression as a Crime...”, *op. cit.*, p 864 y 865.

<sup>491</sup> Véanse los documentos relativos al tema propuestos por el Coordinador del Grupo Especial de Trabajo sobre el crimen de agresión: PCNICC/1999/WGCA/RT.1, PCNICC/2000/WGCA/RT.1, PCNICC/2002/WGCA/RT.1, PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.1, PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*detrimento de una definición enumerativa*<sup>492</sup>. Nosotros no profesamos esta línea de pensamiento, pues consideramos, que situada como está la cuestión de crimen de agresión, es decir, dentro del Estatuto de Roma, el tópico de la *definición del acto de agresión o de la agresión lato sensu*, no reviste ninguna relevancia ya que, este ejercicio de determinar la existencia de la agresión o acto de agresión no lo hará la CPI, sino un órgano a *extra muros* de ella, que podrá ser el Consejo de Seguridad, la Asamblea General o la Corte Internacional de Justicia. Y este ejercicio de determinación lo hará — en el caso del Consejo de Seguridad— conforme a parámetros meramente políticos y en todo caso tomando como referente la resolución 3314 de 14 de diciembre de 1974 de la Asamblea General; que por lo demás, esto no tiene ningún precedente en los anales de la práctica institucional del C de S. En este sentido parece que nos encontramos en la solitariedad argumental, pues, el profesor GRIFFITHS nos comparte que “*An important point to note is that Article 5(2) of the Rome Statute requires that the Crime of Aggression be defined, not the Act of Aggression*”<sup>493</sup>.

Así pues, reiteramos nuestra postura sobre la cuestión: la definición del acto de agresión o agresión *lato sensu*, corresponde a un esquema material-objetivo, es decir, se identifica con el elemento material del tipo penal<sup>494</sup>, y esto a su vez corresponde a un

---

<sup>492</sup> “Nevertheless, in an overall assessment and having weighed the respective advantages as well as disadvantages of both approaches, a general definition should be favoured. Certainly, the fact that the other crimes under the Court’s jurisdiction take an enumerative approach militates, not least for reasons of conformity, in favour of the same approach in regard to the crime of aggression. Moreover, there are voices raising the opinion that to verify a list of different acts that represent the crime in their essence might facilitate consensus”. MULLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression...”, *op. cit.*, p.415.

<sup>493</sup> GRIFFITHS, Richard L., “International law, the crime of aggression and...”, *op. cit.*, p. 313.

<sup>494</sup> Artículo 30, Elemento de intencionalidad:

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.
2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:
  - a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella,
  - b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.
3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Órgano internacional diferente de la CPI, el cual está situado, institucionalmente hablando, a *extra muros* del Estatuto de Roma; y este Órgano internacional de la ONU — presumiblemente el C de S, aunque no únicamente él— determinará o constatará la existencia de la agresión con plena independencia de lo que la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma haya convenido respecto del crimen de agresión que pretende meter dentro del universo competencial de la CPI, y no sólo eso, sino que utilizará parámetros de actuación políticos y no jurídicos. Del texto del artículo 30 del Estatuto de Roma se trae a colación que existen tres tipos de elementos materiales:

1. conducta
2. consecuencia
3. circunstancia

En el Documento de los Elementos de los Crímenes elaborado por la Comisión Preparatoria en 2000, en la introducción en su párrafo 7 se establece que:

“La estructura de los elementos de los crímenes sigue en general los principios siguientes:

- Habida cuenta de que los Elementos de los Crímenes se centran en la conducta, las consecuencias y las circunstancias correspondientes a cada crimen, por regla general están enumerados en ese orden;
- Cuando se requiera un elemento de intencionalidad específico, éste aparecerá después de la conducta, la consecuencia o la circunstancia correspondiente;
- Las circunstancias de contexto se enumeran en último lugar.”

Pues bien, entre los Estados que se han venido ocupando más activamente sobre el tema del crimen de agresión, no existe una visión clara de, a cual tipo de elemento material pertenece el acto de agresión o la agresión *lato sensu*<sup>495</sup>, y que deberá ser determinado por un Órgano competente para ello dentro de la legalidad internacional de las Naciones Unidas.

Por ello sostenemos que dentro de la dinámica de concreción del crimen de agresión debe primar la cuestión de los elementos del tipo, pero no el elemento material objetivo, sino los referentes a la responsabilidad individual y sobre todo la cuestión de la

---

<sup>495</sup> Véase la propuesta sometida por Samoa en el documento de 21 de junio de 2002, PCNICC/2002/WGCA/DP.2.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

determinación de las condiciones del ejercicio de la competencia por parte de la CPI. Hechas las anotaciones anteriores, resta ocuparnos de las cuestiones que hemos apuntado ya, lo referente a los elementos del tipo con referencia a la responsabilidad individual penal.

El crimen de agresión, al ser una categoría jurídico-penal, participa de los naturales caracteres de toda categoría jurídica, es decir, que al igual que otros crímenes en general y crímenes internacionales en concreto, el crimen de agresión es susceptible de ser desdoblado o desglosado —al menos conceptualmente— en elementos<sup>496</sup> constitutivos de esa categoría<sup>497</sup>. Así pues, diremos que los elementos del crimen de agresión también pueden ser considerados en términos de<sup>498</sup>:

- a. Elemento objetivo
- b. Elemento subjetivo
- c. Mens rea

Pues bien, con sus debidos matices, esta puede ser el catalogo de elementos del crimen de agresión, un elemento objetivo, uno intencional o de conocimiento y uno subjetivo; así ello, vamos a servirnos de esta enumeración para el desarrollo de nuestras ideas; trataremos de exponer en que sentido se esta moviendo dialécticamente la doctrina

---

<sup>496</sup> “Artículo 9 Elementos de los crímenes

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

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

- a) Cualquier Estado Parte,
- b) Los magistrados, por mayoría absoluta,
- c) El Fiscal.

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

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

<sup>497</sup> “I understand “elements” to be those basic building blocks which fit together to constitute “a crime.” CLARK, ROGER S., “Rethinking Aggression as a Crime...”, *op. cit.*, p. 866.

<sup>498</sup> “Any international crime is necessarily constituted of two elements: the *actus reus* or voluntary act or omission to which criminal responsibility can attach, and the *mens rea*, that is, the criminal intent which makes the performance of a particular act a crime.” SCHUSTER, MATTHIAS, “The Rome statute and the crime of aggression...”, *op. cit.*, p. 24.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

iusinternacionalista respecto de cada uno de los elementos antes enumerados, y también alternaremos con el análisis de los documentos que en el seno del Grupo Especial de Trabajos sobre el crimen de agresión (en adelante GETCA) están sirviendo de base para su labor, y que en gran medida refleja los diferentes posicionamientos que los Estados participantes en los debates están teniendo respecto de la concreción típico-conceptual o definición del crimen de agresión. En el desarrollo de cada uno de ellos trataremos de ir exponiendo nuestras ideas al respecto.

### *a. Elemento objetivo:*

Una de las primeras cosas en las que uno debe poner su atención con respecto al elemento *actus reus*, es que, en el crimen de agresión —y como resultado de su consabida naturaleza *sui generis*— existe una dualidad de actos efectuados, uno realizado por el Estado (acto colectivo), y otro realizado por un individuo presunto responsable (acto individual). Y en este sentido es en el que parece que se encuentra la línea de evolución<sup>499</sup> y de trabajo del GETCA, así en sus documentos de trabajo se puede leer:

“1. A los efectos de del presente Estatuto, se entenderá por acto de agresión un acto comprendido en la definición dada en la resolución 3314 (XXIX) de la asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cometido por un Estado...

2. A los efectos de el presente Estatuto, se entenderá por crimen de agresión un acto cometido por una persona que, estando en condiciones...”<sup>500</sup>

Esto tiene la apariencia de no representar mayor problema, sin embargo, conduce a múltiples equívocos y confusiones, pues como veremos posteriormente cuando hablemos de la cuestión de la tentativa del crimen de agresión, plantea la cuestión de saber si ésta se basa en el acto estatal o en el acto individual, y lo mismo ocurre con las formas de participación.

En los primeros documentos de trabajo del GETCA podía apreciarse una cierta indecisión sobre la cuestión de una separación conceptual entre *acto de agresión* (acto eminentemente estatal, o la actuación colectiva) y *crimen de agresión* (acto individual o

---

<sup>499</sup> “Having addressed the definition of the Act of Aggression and the permissible/impermissible use of force, one may go on to consider the definition of the Crime of Aggression which, when viewed as separate but linked to the Act of Aggression, is a surprisingly simple thing.” GRIFFITHS, Richard L., “International law, the crime of aggression and...”, *op. cit.*, p. 360.

<sup>500</sup> Documento de debate propuesto por el Coordinador, PCNICC/2002/WGCA/RT.1.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

participación individual)<sup>501</sup>. Luego en posteriores documentos la separación conceptual entre acto y crimen fue tomando forma y fuerza, hasta llegar a consolidarse efectivamente, pues ya en las propuestas de los Estados que participan en los debates, se encuentra manifiestamente esta separación conceptual<sup>502</sup>, que por lo demás, nosotros consideramos esencial., y que denotan una manifestación más del escaño evolutivo del que ya hemos hecho mención *supra*.

En unas parcelas de la doctrina iusinternacional se contemplan otros cuestionamientos enraizados en el elemento material objetivo; así verbigracia, tenemos que para Richard GRIFFITHS la cuestión se centra en saber si al hablar de acto de agresión se esta considerando a la *guerra de agresión* o al *uso de la fuerza*. Así nos explica que:

“the debate focuses on whether all Acts of Aggression are capable of attracting individual criminal liability, or whether such liability is restricted to those Acts of Aggression amounting to a War of Aggression. The debate is closely balanced; the arguments for each side are summarised below.”<sup>503</sup>

Plantea también que existe un debate entre el uso de una definición restrictiva de acto de agresión que implicaría solamente a las guerras de agresión como tales, y unas proposiciones que propugnan por una definición amplia<sup>504</sup> y flexible de acto de agresión que tendría un margen mayor de captación de el hecho materialmente considerado; y él prefiere decantarse por la segunda opción, mas, nos sugiere que en realidad es mejor la

---

<sup>501</sup> En el documento PCNICC/1999/WGCA/RT.1 consta la opción 1 en donde no se distingue entre acto de agresión y crimen de agresión, y en la opción 2 se sugiere tenuemente esta separación conceptual.

<sup>502</sup> Véase el documento PCNICC/2002/WGCA/DP.2. Presentado por Samoa; este documento constituye uno de los esfuerzos más acabados en lo tocante al crimen de agresión, pues constituye uno de los primeros esfuerzos por entender conceptual y teóricamente el crimen de agresión respecto de sus elementos y de las condiciones del ejercicio de la competencia por parte de la CPI.

<sup>503</sup> GRIFFITHS, Richard L., “International law, the crime of aggression and...”, *op. cit.*, p. 362.

<sup>504</sup> “The prime example is The Ministries Case<sup>231</sup> in which the tribunal found that the invasions of Austria and Czechoslovakia gave rise to individual criminal liability for the Crime Against Peace even though both countries capitulated without resistance and therefore there was no “war” in relation to those countries.” GRIFFITHS, Richard L., “International law, the crime of aggression and...”, *op. cit.*, p. 362.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

utilización del termino *uso de la fuerza*<sup>505</sup>, que en general está prohibido en la Carta de las Naciones Unidas salvo tres situaciones concretas: la autorización, la invitación y la legítima defensa:

“The aim is to build upon that foundation by considering the nature and boundaries of the Crime of Aggression in its current context. Having thus established what we understand by the concept of “aggression”, one is in a position to go on to consider the circumstances in which the use of force will not constitute a Crime of Aggression. I will argue that since the prohibition in the Charter of the United Nations is absolute save for Articles 42 and 51, the acceptable use of force is limited to three sets of circumstances that can conveniently be termed:

- Authorisation (by the United Nations)
- Invitation (by the territorial state)
- Self-defence”<sup>506</sup>

Por nuestra parte rubricamos de conformidad los planteamientos de GRIFFITHS, pues nos parece que esta muy acorde con el DI general y sobre todo, por que se asimila a nuestras posturas ya expuestas al respecto. En concreto la idea de que no es viable el centrar el debate en la definición de lo indefinible como lo es el crimen de agresión, y reiteramos, para nosotros esa cuestión pertenece a otro escaño de evolución jurídica. Pero incluso pretendemos apoyarnos en estos análisis de GRIFFITS e ir más allá como veremos más adelante.

Consideramos que, el crimen de agresión —incluso la agresión— no responde a una construcción objetivamente material<sup>507</sup>, pues no es posible construir una categoría

---

<sup>505</sup> The current position remains as it has throughout the debate: divided. Considering the above arguments and the Purposes and Principles of the United Nations, the over-riding aim of maintaining Peace and Security and, most importantly, the prohibition on the use of force contained in Article 2(4) of the UN Charter which, as is noted elsewhere in this article, uses the “use of force” formulation rather than the “War” formulation used in its predecessor, the Kellog-Briand Pact, I take the view that the broader definition can be justified as customary international law and is better suited to the purpose than the restrictive definition. Consequently, I believe that the best definition that is representative of customary international law would use the “use of force” formulation. *Idem*, p. 363.

<sup>506</sup> *Ibidem*, p. 302.

<sup>507</sup> “To define the actions which constitute the crime of aggression is the crux of the matter. The signatory states should be aware that effective prosecution can only be guaranteed if the scope of the crime is firmly established in customary international law. The scope has to be traced

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

jurídica semejante en base materialmente objetiva, es decir, no son los hechos materiales y objetivamente determinables (ataque armado, invasión armada, iniciación de la guerra, etc.) los que deben constituir y nutrir la categoría jurídica del crimen de agresión, sino el *animus* agresivo del Estado, el que debe tomarse encuentra para actualizar y llenar de contenido a la categoría jurídica del crimen de agresión, en otras palabras, los hechos materiales y objetivamente determinables como los antes mencionados, pueden realizarse, verbigracia, bajo la excepción del uso de la fuerza en virtud del ejercicio de la legítima defensa, y así estos hechos igualmente catastróficos quedan fuera del ámbito del crimen de agresión, en virtud de una justificante.

En cambio, si ponemos al *animus agresivo* en el juego de gravedad del contenido del crimen de agresión, la mismísima legítima defensa queda contenida y encausada por este, pues la legítima defensa podría constituir un crimen de agresión si esta no cumple con los requisitos que le son connaturales: inmediatez, proporcionalidad y provisionalidad. En cambio si nos movemos en el universo de la materialidad objetiva para dotar de contenido a la categoría jurídica, corremos el alto riesgo de no dejar cumplir su objetivo primordial: la criminalización de la barbarie.

En efecto, una cosa es la agresión y otra muy distinta el crimen de agresión<sup>508</sup>; una se ve compuesta por hechos materiales objetivamente determinables, como sería el caso del ataque armado<sup>509</sup>, invasión armada, iniciación de las hostilidades, uso de la fuerza,

---

back to the narrowest compromise possible. Such a compromise can be reached by restricting the crime to the prosecution of wars of aggression. Direct and indirect acts of aggression have to be left to the field of political condemnation. As far as the international criminal law level is concerned, there is, as yet, no room for prosecution of those acts.” MULLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression...”, *op. cit.*, p. 418.

<sup>508</sup> “Therefore, whilst it is true that that there can be no Crime of Aggression without an Act of Aggression (or a conspiracy or plan to commit one), the two are not the same thing. The definition of the Crime of Aggression is the enumeration of the circumstances in which an individual will be held criminally responsible for the commission of an Act of Aggression by a state; the definition of the Act of Aggression is the enumeration of those acts which, when committed by a state, constitute an Act of Aggression in international law. The topic of aggression is a much simpler one when one keeps this difference in mind.” GRIFFITHS, Richard L., “International law, the crime of aggression and...”, *op. cit.*, 301-373.

<sup>509</sup> ATAQUES: en el lenguaje militar, se entiende por ataque la acción que una unidad lleva a cabo para que su propia capacidad ofensiva incida sobre una unidad adversaria. En cuanto acto estratégico, el ataque es una fase de la batalla en la que se busca afectar a fondo a un objetivo, normalmente defendido por grandes unidades de primera línea. En cuanto acto táctico, es una

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

etc. Mientras que el crimen de agresión es una construcción jurídico-conceptual, que se quiera reconocer o no, tiene un contenido meta-legal —incluso jurídico— de talante ético, filosófico, ecuménico<sup>510</sup>, humanístico<sup>511</sup>, y por ello teleológico<sup>512</sup>; que si bien debe contener algunos elementos materiales objetivamente determinables, no deben ser estos el centro de gravedad de la categoría jurídica que deseamos construir, sino debemos darles el lugar que les corresponde como elementos constitutivos y probatorios del *animus agresivo*, el cual será el epicentro de la categoría jurídica. No debemos, pues, cometer el error de identificar la agresión<sup>513</sup> (hecho material pluriconstituido, heterogéneo, objetivamente determinable e históricamente comprobable) con la concreción jurídica de una categoría —en clave de crimen—, del más íntimo anhelo del ser humano de vivir en paz.

---

parte del combate que permite a una unidad terrestre, aérea o naval conquistar o destruir un objetivo militar mediante la coordinación del fuego y el desplazamiento. En el sentido del derecho internacional, el ataque es un acto de violencia cometido contra el adversario, cuyo objetivo es tanto ofensivo como defensivo e independientemente del territorio sobre el cual se lleva a cabo. Esta definición se aplica a: a) toda operación de guerra terrestre, naval o aérea que pueda afectar, en tierra, a la población civil y a los bienes de carácter civil;

b) todos los ataques navales o aéreos dirigidos contra objetivos en tierra.

Están prohibidos los ataques contra la población civil como tal, los actos de violencia cuyo principal objetivo sea sembrar el terror entre la población, así como los ataques indiscriminados contra lugares determinados y bienes de carácter civil determinado. Se deben tomar medidas de precaución en la preparación y ejecución de los ataques, así como contra los efectos de los ataques (cf. GP I, arts. 49, 51-60).

<sup>510</sup> Entre algunos internacionalistas es frecuente encontrar referencias a este carácter ecuménico del DI, así por ejemplo tenemos a CARRILLO SALCEDO, Derecho internacional privado, Tecnos, Madrid 1971, y a FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín Basavé, *Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*.

<sup>511</sup> En los términos planteados por RENÉ GROUSSET, *L'homme et son histoire*, Paris, Plon, 1954.

<sup>512</sup> “El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca.” IHERING, RUDOLF VON, *El fin en el derecho...*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>513</sup> El *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, publicado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, nos plantea la su concepto de agresión y de ataque en los siguientes términos: “AGRESIÓN: empleo de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado. Haya o no declaración de guerra...”. *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, Publicación CICR, obtenido de la Internet en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/>

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Por otra parte, en los actuales debates del GETCA se ha insertado la preocupación por el tema de la comisión del crimen de agresión en grado de tentativa. En estos debates la cuestión se centra básicamente —siguiendo la línea de planteamiento del Coordinador, de separar entre acto de agresión y crimen de agresión, aunque en el GETCA se plantea como acto colectivo y acto individual— en dos cuestiones concretas:

1. saber si era necesaria la consumación del acto colectivo o sólo su intento de ejecución bastaría;
2. saber si se requería la participación en el acto colectivo o con sólo el intento de participación en el acto colectivo configuraría el acto individual.

Dentro de los argumentos que se esgrimen a favor o en contra de estas cuestiones, encontramos unos que sostienen que es necesario prever una tentativa del crimen de agresión en aras del tratamiento igualitario entre los diferentes crímenes; otros sostienen que debe incluirse la tentativa en aras del funcionamiento armoniosa del Estatuto de Roma; otros que el crimen de agresión requería que el acto su hubiese consumado y por ende, la tentativa quedaba fuera de toda consideración.

Nosotros consideramos que este problema es un gran problema así como ha sido planteado, pues pudiera darse el caso de que la Corte se encontrara ante una tentativa de participación individual en un acto colectivo o estatal de agresión, el cual a su vez ha sido consumado en grado de tentativa; y de aquí a estar juzgando las simples pretensiones y las ideas hay sólo una delgada línea de separación. El acto de agresión o *uso de fuerza no autorizado, invitado o necesario*, como plantea GRIFFITHS, se encuentra inextricablemente unido en una simbiosis existencial al acto individual y viceversa<sup>514</sup>, y esto —insistimos nuevamente— es resultado de la naturaleza *sui generis* del crimen de agresión, y en la medida en que esto no lo tengamos en cuenta será muy fácil perderse en argumentos que no hacen sino extrapolar la problematicidad de los demás “core crimes” al universo aporético del crimen de agresión, que redundará al final en que el crimen de agresión no cuente con una concreción típica-conceptual dentro del Estatuto de Roma.

---

<sup>514</sup> « L'utilisation du concept d'agression par le Conseil, jusqu'ici rarissime, devenait la condition *sine qua non* de l'engagement d'une responsabilité individuelle » DUMÉE, Marie en : ASCENCIO, HERVET; DECAUX, Emmanuel et PELLET, ALLAIN (Directoires), *Droit International... op. cit.* p. 262.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Pensemos en que el crimen de agresión tiene un presupuesto lógico-material irreductible: *un acto de uso de fuerza no autorizado, no invitado o no necesario o, una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o un acto de agresión* (utilizando el bagaje terminológico iusinternacional de la ONU). Si en algún lugar cabe el grado de tentativa es en este elemento: en el acto estatal o colectivo, que por otra parte, este acto material-objetivo siempre tiene como base la actuación directa del jefe de Estado o individuos que se encuentran en posición de dirigir las políticas estatales; pues se consume o no el acto estatal, siempre estaremos ante una actuación positiva de los individuos que están en posición de dirigir políticas.

No cabe pues la tentativa de la tentativa, aun cuando sea respecto de actos diferenciados como el colectivo y el individual. Si el crimen de agresión solamente puede ser cometido por los jefes de Estado o los individuos que estén en posición de efectuar y dirigir políticas estatales, entonces será difícil pensar en cómo puede haber una tentativa de un acto de agresión estatal fundado sobre otra tentativa de acto individual; o la consumación de un acto de agresión estatal fundado en una tentativa de acto individual.

Así pues, aun cuando se determinara por el Órgano competente de la ONU que se está ante una tentativa de acto de agresión, quebrantamiento de la paz o amenaza de uso de fuerza, siempre estaríamos ante no una tentativa de acto individual, sino necesariamente una consumación *per se* de un acto individual, que dirigió al Estado a cometer el acto de agresión en grado de tentativa. En definitiva, una mención a la tentativa dentro del tipo no debe ser incluida. Sobre la cuestión que abordamos, el profesor Yoram DINSTEIN nos comparte que:

“... conspiracy, planning and preparation for aggression constitute crimes against peace as soon as they are committed”<sup>515</sup>

Creemos sin embargo, que la concreción típico-conceptual debe de contener una referencia expresa a que, en base al pronunciamiento por el Órgano competente de la ONU, en el sentido de la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, puede fundar la acción penal contra los presuntos responsables del crimen de agresión. Pues el crimen se denomina: crimen de agresión, pero eso no conlleva que solo se pueda basar en un acto de agresión, sino también en una amenaza a

---

<sup>515</sup> DINSTEIN, YORAM, *War, aggression and self-defense*, Cambridge, Grotius, 2001, p. 121.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

la paz o un quebrantamiento de la paz internacional, en el caso de la amenaza de la paz en si misma esta situación comporta y se corresponde con la tentativa del crimen de agresión, y esto sin necesidad de preverlo en el tipo penal que se insertará el Estatuto.

En la jurisprudencia de los Tribunales internacionales de la post guerra, el de Nüremberg y los creados sobre la base de la Ley No. 10, así como el de Tokio, se estableció una serie de modalidades en las que el crimen contra la paz —ahora crimen de agresión— podía ser desplegado en el universo fáctico. Así pues, se estaba ante la comisión del crimen si el Estado había cometido: *agresión, acto de agresión, acto de guerra, acto de guerra de agresión y guerra de agresión*.

Esta distinción actualmente no es entera y satisfactoriamente aplicable, pues antes no existía ninguna normatividad en el orden internacional que fungiera como el *substratum* normativo, ningún *ius preceptivum* que formara el alma prohibitiva y criminalizadora del crimen de agresión; pero en el Derecho Internacional contemporáneo esto ya no es así. En efecto, el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas establece la prohibición del uso y amenaza de uso de la fuerza en DI y esta prohibición se identifica con el *substratum* normativo del crimen de agresión.

De otro lado, es necesario no perder de vista un detalle que ha estado presente en todo el quehacer del GETCA desde sus inicios, y que en ocasiones toma formas más contundentes y en otras un tanto desdibujadas, pero siempre esta presente: el umbral de gravedad. En efecto, en todas las propuestas del Coordinador encontramos una referencia al umbral de gravedad, que en ocasiones se encuentra en las últimas opciones y variantes, y en otras se encuentra enraizado en el texto principal, es decir, en la primera opción de la definición. Así por ejemplo citamos las siguientes:

“Variante 3 Añádase al párrafo 1 de la variante 1 el párrafo siguiente:

2. A condición de que los actos de que se trate o sus consecuencias sean de gravedad suficiente, [son actos constitutivos de agresión] [constituye empleo de la fuerza armada] los [actos] siguientes [sean o no precedidos de una declaración de guerra]<sup>516</sup>

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, esa persona intencionalmente y a sabiendas ordena o participa activamente en la

---

<sup>516</sup> PCNICC/1999/WGCA/RT.1.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.<sup>517</sup>”

En lo que respecta a este punto en concreto, nosotros no podemos más que disentir profundamente, pues pensamos que el introducir un *umbral de gravedad* —que será por antonomasia difícil de acometer dentro de ciertos parámetros ya jurídicos, ya políticos— a una cuestión de por sí ya complicada, como lo es las consideraciones de *actus reus* o elemento material, es aumentar innecesariamente el grado de dificultad en la concreción típico-conceptual del crimen de agresión.

Además, este umbral de gravedad proporciona más problemas que los que resuelve, pues cuestionémonos ¿este umbral de gravedad será utilizado por el órgano competente para determinar la existencia del acto de agresión, o por la CPI para determinar —por ejemplo— la participación y aplicación de la pena que corresponda? Por todo ello, propugnamos por que estas consideraciones del *umbral de gravedad* sean despejadas de los trabajos del GETCA, y más certeramente, que no sean contenidas en la futura definición del tipo penal.

### ***b. El elemento subjetivo***<sup>518</sup>

Sin lugar a duda este es un elemento crucial, y nuevamente nos encontramos con el factor de la naturaleza específica del crimen de agresión, pues *mientras los crímenes de Genocidio, Lesa y de Guerra pueden tener como elemento subjetivo a cualquier individuo sin ostentar ninguna calidad en particular; el crimen de agresión requiere que el elemento subjetivo se identifique con aquellos individuos que poseen una calidad específica, a saber: un puesto dentro o fuera de la estructura del Estado que le permita llevar a cabo las siguientes acciones, “planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión*<sup>519</sup>.

---

<sup>517</sup> PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2.

<sup>518</sup> The common goal of all definitions is to punish those who wage aggressive war. Nevertheless, if this concept is broadly interpreted then most of the combatants of the side that has been designated the aggressor in a conflict could potentially be held responsible as perpetrators of aggression. SCHUSTER, MATTHIAS, “The Rome statute and the crime of aggression, A Gordian...”, *op. cit.*, p. 21.

<sup>519</sup> En este sentido tenemos la Propuesta de Samoa, en la que se puede leer: “Las palabras “no tiene por qué ser oficialmente” tienen por objeto captar la esencia de los fallos de Nüremberg en

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Situados en este punto, algunas cuestiones saltan a la arena del protagonismo dubitativo. Y creemos conveniente ir de lo general a lo particular. La primera cuestión a dilucidar es, por ejemplo, ¿es el crimen de agresión detentador de un elemento subjetivo *erga omnes*, como en el caso de todos los demás crímenes? O ¿tiene un elemento subjetivo restringido? En otras palabras, ¿cualquier persona podrá ser llevada a juicio por la comisión de un crimen de agresión?, y de no ser así ¿Qué persona o personas podrán ser consideradas presuntas responsables de un crimen de agresión?

Estas cuestiones han estado planteadas y vinculadas *ab ovo* al crimen de agresión, desde los tiempos de los primeros intentos por ajusticiar a los responsables de la Primera Guerra Mundial. Así pues, esto sigue ocupando las mentes de los que se aproximan desde cualquier punto al crimen de agresión, ya desde la doctrina, ya desde la esfera estatal o actualmente desde la mesa de debates del Grupo Especial de Trabajo sobre el crimen de agresión.

Los últimos debates dentro de la dinámica del GETCA parecen estar más centrados en los derechos del presunto responsable que en la determinación y alcance del elemento subjetivo o *ratione personae*. Sin embargo, esto tiene su explicación, ya que desde los trabajos de la Comisión Preparatoria hasta los actuales trabajos del GETCA, existe un amplio consenso con respecto al elemento subjetivo del crimen; así en los documentos podemos encontrar que se hace una expresa referencia a que los presuntos responsables será *la o las personas que estando en posición o condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado*. Esta cuestión tiene la apariencia de contar con la venia de la doctrina especializada, ya que a la luz de nuestras investigaciones, parece no haber ninguna voz que ponga en tela de duda este elemento subjetivo especial del crimen de agresión.

Estas consideraciones que se aprecian en los debates actuales son expresión —y se sirven de— la herencia *iusinternacional* que suponen los Tribunales de la post guerra.

---

las causas I.G. Farben y Krupp. Los tribunales sostuvieron que tal vez fuera posible condenar a agentes no gubernamentales por la comisión de un crimen contra la paz (aunque se dictaron absoluciones teniendo en cuenta los hechos planteados en esas causas). Las palabras “real” y “efectiva” se refieren a esos casos y a la posición de testaferro del Jefe del Estado que oficialmente forma parte del gobierno pero que, de hecho, no ejerce ningún control.” Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión Nueva Cork, 1º a 12 de julio de 2002, Elementos del crimen de agresión, Propuesta presentada por Samoa. Documento: PCNICC/2002/WGCA/DP.2.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Pues en ellos se abordó estas mismas cuestiones y se estableció un parámetro infranqueable en la tarea del ajusticiamiento del crimen de agresión. Así verbigracia tenemos que en la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado se estableció que:

*“Artículo II, párrafo 2 Se considerará que ha cometido un crimen en el sentido definido en el párrafo 1º del presente artículo [crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad] cualquier persona, independientemente de su nacionalidad o de la calidad en que haya actuado, que haya sido a) autor o b) cómplice de la comisión de cualquiera de dichos crímenes o lo haya ordenado o facilitado o c) haya participado con consentimiento en dicho crimen o d) haya estado conectado con planes o empresas que hayan entrañado su comisión o e) haya sido miembro de cualquier organización o grupo conectado con la comisión de cualquiera de dichos crímenes o f) **con referencia al inciso a) del párrafo 1 [crímenes contra la paz], que haya ocupado un alto puesto político, civil o militar (incluso de estado mayor) en Alemania o en uno de sus aliados, cobeligerantes o satélites** o haya ocupado un alto puesto en la vida financiera, industrial o económica de cualquiera de dichos países.”*

En base a esta normativa en el caso Estados Unidos de América contra Carl Krauch y otros (el caso I.G. Farben), el tribunal maneja un catálogo argumental que resiste los embistes del tiempo y de la irracionalidad, así dispuso que:

“es preciso hallar un criterio razonable para medir el grado de participación necesario para configurar un crimen contra la paz mediante la realización de una guerra de agresión. El Tribunal Militar Internacional fijó ese grado de participación en un nivel muy alto, entre las personas que llevaron a su país a la guerra (...) Apartarse del criterio de que sólo los principales criminales de guerra –es decir, las personas que en las esferas política, militar o industrial, por ejemplo, estuviesen encargadas de la formulación y la ejecución de políticas – podrían estar sujetos a responsabilidad por hacer guerras de agresión, llevaría muy lejos. En tales circunstancias no habría ningún límite práctico a la responsabilidad penal(...) De hecho, ello crearía la posibilidad de castigos en masa(...) Ello equivaldría a una determinación de culpabilidad colectiva cuyo resultado lógico es un corolario de castigo en masa que no tiene precedentes en el derecho internacional ni justificación alguna en las relaciones humanas. (...) Por más que nos esforcemos, no podremos encontrar, una vez que hayamos descendido debajo del nivel de quienes llevaron a un país a una guerra de agresión, una marca racional que separe a los culpables de lo inocentes. (...) digamos que la marca ya ha sido fijada por aquel Honorable Tribunal en el juicio de los criminales internacionales. La fijó debajo de los

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

planificadores y líderes, como Göring, Hess, von Ribbentrop, Rosenberg, Keitel, Frick, Funk, Dönitz, Raeder, Jodl, Seyss-Inquart y von Neurath<sup>520</sup>

No obstante, es de llamar la atención como los debates y trabajos en la actualidad se llevan a cabo, ha excluido —o no se han hecho eco de— otra de las aportaciones de los tribunales de post guerra; pues no se hace mención alguna de que, las personas que no aun no perteneciendo *formalmente* a la estructura del Estado, puedan devenir en responsables de un crimen de agresión. Y esto se encontraba expresamente establecido en la Ley No. 10 del Consejo que ya hemos mencionado, pues se establecía que el inculpado “*haya ocupado un alto puesto en la vida financiera, industrial o económica de cualquiera de dichos países*”.

Esta cuestión en concreto ha influido fuertemente en unas propuestas actuales, pues ha sido rescatada y defendida muy recientemente por Samoa en un documento sometido a debate<sup>521</sup>, y en el cual se hacen importantes aportaciones, y por su destacada relevancia vamos a transcribir aquí:

**“El autor, quien no tiene por qué ser oficialmente un miembro del gobierno o del ejército, [se encontraba en] [ocupaba] una posición [real] [efectiva] para ejercer el control o dirigir la acción política o militar del Estado que [fue responsable del] [cometió el] acto de agresión.**

Notas:

a) Este es probablemente un elemento de conducta, aunque también podría ser calificado de elemento de circunstancia. Su esencia estriba en que el autor se atribuyó (o permitió que se le atribuyera) un papel concreto.

b) Las palabras “no tiene por qué ser oficialmente” tienen por objeto captar la esencia de los fallos de Nuremberg en las causas *I.G. Farben* y *Krupp*. Los tribunales sostuvieron que *tal vez* fuera posible condenar a agentes no gubernamentales por la comisión de un crimen contra la paz (aunque se dictaron absoluciones teniendo en cuenta los hechos planteados en esas causas). Las palabras “real” y “efectiva” se refieren a esos casos y a la posición de testaferro del Jefe del Estado que oficialmente forma parte del gobierno pero que, de hecho, no ejerce ningún control.

c) Hemos puesto entre corchetes diversas palabras con objeto de que la oración tenga el sentido que pretendemos.”

---

<sup>520</sup> obtenido del Documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1.

<sup>521</sup> PCNICC/2002/WGCA/DP.2.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Como vemos la propuesta de Samoa esta influenciada por las argumentaciones de los tribunales de la post guerra, sin embargo, no se identifica enteramente con estos argumentos, pues en otras palabras, la propuesta de Samoa esta pensada en el caso del testafarro. Con todo, nosotros nos sumamos a la proposición de Samoa al respecto, y esperamos que sea tomada en cuenta en los futuros trabajos y debates, aunque en los últimos debates esto no se ha visto abordado. Pero creemos que la cuestión debería de sumar tanto la propuesta del testafarro como la participación de financieros, empresarios y toda clase de personas que en definitiva tienen y pueden llegar a tener influencia sobre los líderes de los Estados. En este sentido algunas voces nos dicen que:

“Whilst the “war of aggression” has evolved into “use of force”, the position of the individual remains much the same, at least for the political and military leadership. Since none of the preparatory commission drafts mention industrial leaders, it is arguable that they are excluded from the scope of the definition. That however, is unlikely. On a proper construction the draft renders criminally liable any person who has de facto influence or control over the political or military actions of the state. It follows that a business leader with the influence to exert such control can be criminally responsible notwithstanding that [s]he was not a formal part of the military or political leadership.”<sup>522</sup>

Ahora bien, una cosa es proponer que algunas personas que no pertenecen formalmente al Estado, y en virtud de la influencia o ayuda que eventualmente pueden proporcionar a los fines agresivos estatales, puedan ser procesadas por la comisión o participación en la comisión de un crimen de agresión —que en todo caso estará vinculada y basada en la realización y determinación de un acto de agresión, amenaza de la paz o quebrantamiento de la paz— y otra cosa es proponer que *actores no estatales* puedan cometer los hechos materiales objetivos (que se identifican con el *actus reus* u objetivo) que a la postre comprometa su responsabilidad individual penal internacional por esos hechos (tales como terrorismo o actos en relación con una revolución o conflicto armado). En este sentido se han expresado algunos doctrinarios, así *verbigratia* el profesor Matthias SCHUSTER nos dice que:

“The International Criminal Court is not intended to judge the criminal behaviour of States or other legal entities but that of individuals, It therefore becomes clear that it is another major limitation – shared commonly by all definitions – to omit any reference to individuals who are not linked to a State in the classical sense. (...)”

---

<sup>522</sup> GRIFFITHS, Richard L., “International law, the crime of aggression and...”, *op. cit.*, p. 369.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

The exclusion of non-State groups is quite surprising, considering that aggressive actions of non-State forces possess the potential to threaten the political stability, if not independence, of States just as much as those of traditional “State actors” do. The failure to address nongovernmental groups can only be explained, as Rayfuse notes, as “an unfortunate perpetuation of the traditional, and arguably outdated, state-centric concept of what constitutes international peace and security”. Although it could be argued that international law traditionally deals only with the relations between States, this is certainly not true of the Court, which is a forum within which individuals are tried.

The “State” approach to the definitions is therefore extremely deplorable, especially when taking into account that a majority of the conflicts after the Second World War were not fought between States but were of an internal nature. Indeed, in the context of discussions on the Court’s war crimes regime, this point was one of the main arguments for including crimes committed in internal armed conflict. One may wonder why this line of reasoning has not been taken up with regard to aggression. It is possible that States fear that their sovereignty could be infringed when an outside tribunal targets their own citizens; however, the Rome Statute’s notion of complementarity, allowing the Court jurisdiction only if national systems fail to prosecute,<sup>153</sup> should have put those worries to rest. In any event, to exclude non-State actors from the Court’s jurisdiction will prove detrimental to its supposed deterrent effect as these individuals will not have to fear prosecution.”<sup>523</sup>

En un sentido diametralmente opuesto en el concierto de los argumentos, nos encontramos doctrinarios que sostienen que aunque los crímenes que los *actores no estatales* son igual o más terribles que los que se comenten desde el aparato estatal, en el actual estadio de evolución normativa y conceptual del Derecho Internacional, no es posible dar cabida a estas consideraciones, que por otro lado, caerían dentro de algunas otras categorías jurídico-penales del Estatuto de Roma. Para nosotros esta es la línea a seguir dentro de un posicionamiento dialéctico, por ello, estamos en concordancia con lo que I. MULLER-SCHEKE sostiene y que —curiosamente— basa en la misma referencia bibliográfica que M. SCHUSTER (R. Rayfuse, *The Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: Eating Disorders at the International Law Commission*, 8 Criminal Law Forum 60 (1997)). Así pues, MULLER-SCHEKE sostiene:

“... the crime of aggression can only be committed in the context of an international armed conflict. Customary international law has certainly not developed to the extent of perceiving aggressive conduct of non-state entities as a punishable offence. The *opinio*

---

<sup>523</sup> SCHUSTER, MATTHIAS, “The Rome statute and the crime of aggression...” *op. cit.*, p. 23.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

*iuris* has moved forward concerning other international crimes, enlarging the application of, for example, crimes against humanity to internal armed conflicts. Whereas the Statutes of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the Tribunal for Rwanda substantially contributed to this development, they equally demonstrate that the scope of the crime of aggression could not follow that path. Both Statutes did not include any reference to the crime as a punishable offence. The consequences are twofold: firstly, an attack of the government of a state on an ethnic group within that state, such as Yugoslavia's attack on Kosovo in spring 1999, does not, as yet, constitute a crime of aggression punishable under public international law. Secondly, initiators of a non-state entity launching a military attack on the legitimately elected government of that same state also cannot be held responsible for the crime of aggression. Unquestionably, it would be welcomed to provide justice for those being attacked by their own state as this equally constitutes a crime as heinous as an attack on another state. However, today's standing of public international law suggests no *opinio iuris* nor *consuetudo* in that regard.”

Para nosotros es evidente que el crimen de agresión como tal, no puede encontrar otro basamento objetivo-material que no sea un acto de agresión, una amenaza a la paz o un quebrantamiento de la paz; o como propone GRIFFITHS, un uso no autorizado, invitado o necesario de la fuerza armada ejecutado por un Estado como tal. Y estas ideas tienen la apariencia de estar más generalizadas en la doctrina, verbigracia:

“As a preliminary point it must be pointed out that aggression is a crime of state par excellence. Only states can commit it against other states. Therefore before the issue of individual criminal responsibility can be inquired into, it must first be established that aggression has been committed by a state”<sup>524</sup>

El argumento que se esgrime alegando que algunos actores no estatales pueden — y de hecho lo hacen— causar tanto o más daño que un Estado, es tristemente cierto, pero la ciencia del Derecho se sirve de categorías jurídicas que han costado mucho tiempo y esfuerzo dentro de un proceso evolutivo, y que su primordial función es dotar de claridad y seguridad meridianamente estática a las relaciones interestatales (en el caso del Derecho Internacional); por ello, estas categorías jurídicas no deben ser despreciadas en cuanto no se corresponden con la realidad imperante o dejan de contener y prever la

---

<sup>524</sup> NTANDA NSEREKO, DANIEL D., “Aggression under the Rome Statute of...” *op. cit.*, p. 504.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

totalidad de esa realidad, sino al contrario, se debe tratar de poner en marcha un nuevo proceso de evolución de éstas, y alzarlas sobre los ensayos anteriores<sup>525</sup>.

### *c. Mens rea.*

En el artículo 30 del Estatuto de Roma se establece lo que podríamos llamar como los elementos de intencionalidad y conocimiento residual, pues, para el caso de de que algún crimen no consigne ningún *dolo* específico este artículo entrará en aplicación. El artículo reza:

“1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.”

El profesor CASSESE nos comenta en su ilustrativo y elaborado libro *International Criminal Law*, que el Tribunal de Nüremberg concluyó en el caso *IG Farben* y en el de *Göring and others*, que los acusados carecieron del *mens rea* que la comisión del crimen contra la paz requiere. Y nos comenta que GLASER sostiene que para que se configure la comisión del crimen de agresión es necesario que se de una *intención especial*, el cual se identifica con alcanzar aumentos territoriales o ventajas económicas, etc. Así nos expone:

“ It has been argued by Glaser that aggression also requires a *special intent*, that is, the will to achieve territorial gains, or to obtain economic advantage, or to interfere with the internal affairs of the victim State. “<sup>526</sup>

---

<sup>525</sup> “Yet under the current state of International Criminal Law states cannot be tried or punished for the crime or for any other international crime for that matter” *Ibidem*, p. 499.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Por lo que de aquí se desprende que, no todo ataque, aunque viole el DI, debe ser considerado como un crimen. Más adelante el profesor muestra sus objeciones al respecto, utilizando unos argumentos, que compartimos, para mostrar su desacuerdo, con estas construcciones argumentales, que también compartimos, y rubricamos así nuestra adherencia a tales argumentos del profesor CASSESE, y expone:

“Nonetheless, it would seem that current international law proscribes engaging in aggression whatever the purpose or motivation of the aggressor. (...) To require a special intent would presuppose that aggression is only prohibited and thus only constitutes an international crime when, in addition to unlawfully attacking another State by military force, a State also pursues a special goal. In fact, it may happen that the aggressor State does pursue a particular goal when engaging in military action; this goal, however, does not acquire autonomous legal status; in other words, it does rise to the level of a subjective legal ingredient of the crime.”<sup>527</sup>

Así pues, concluimos con el profesor CASSES que no es posible sostener que para que se establezca la comisión del crimen de agresión, se requiera a nivel de requisito *sine qua non*, un elemento intencional especial o *mens rea*. Pero ¿esto que concluimos tiene algún sustento normativo? Creemos que sí; si recordamos el artículo 1.1 de la Carta de la ONU establece que “*los propósitos de las Naciones Unidas son*”:

*“Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”*

Y al tenor de esta normativa, el artículo 2.4 dispone que “*Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios*”:

*“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”*

---

<sup>526</sup> CASSESE, Antonio, *International Criminal...*, op. cit., p. 115.

<sup>527</sup> *Íbidem*.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Como podemos ver —y ya hemos sostenido, estas disposiciones se perfilan como el contenido normativo protegido del crimen de agresión— estas normas positivas del DI nada disponen respecto a un elemento de intencionalidad al hablar de *actos de agresión, amenaza a la paz, etc.* En conclusión, el crimen de agresión no requiere ningún *dolus, intención, mens rea o elemento de intencionalidad especial* para ver confeccionada su comisión, y esto tiene sustento dentro del Derecho Internacional general.

Los trabajos del GETCA presentan una cuestión en la que nosotros volvemos a estar en franco desacuerdo, por todas las razones antes expuestas; y es que en ellos se hace referencia a una suerte de elemento intencional específico para el crimen de agresión que es configurado así:

### **“Variante 2**

un ataque armado dirigido por un Estado contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado cuando se lleve a cabo en manifiesta contravención de la Carta de las Naciones Unidas con el objetivo o el resultado de que las fuerzas armadas del Estado atacante ocupen militarmente, en todo o parte, el territorio del otro Estado o procedan a su anexión.”<sup>528</sup>

Al respecto sólo un cuestionamiento: ¿Qué pasa con aquellos ataques que no tienen por objetivo o el resultado de la ocupación militar ni en todo ni en parte y no procedan a su anexión? Como por ejemplo lo sería, un ataque *terrorista* efectuado por agentes de un Estado en calidad de tales, o el apoyar movimientos subversivos en un tercer Estado con ayuda militar y envío de mercenarios, etc.

En todo caso estamos de acuerdo con R. GRIFFITHS cuando afirma que “*The requirement for the prosecution to prove that the defendant knew that their actions formed part of a plan or policy of aggression is, in the writer’s opinion, a legally sound mechanism for ensuring that the correct defendants are brought to trial*”<sup>529</sup>.

### **B. LAS CONDICIONES DEL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA.**

Desde la época de la Sociedad de Naciones, pasando por los esfuerzos institucionales en el seno de la ONU, ya en la Asamblea General y en los trabajos de la CDI, los debates protagonizados en el escenario de la Conferencia Diplomática de

---

<sup>528</sup> PCNICC/1999/WGCA/RT.1

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Plenipotenciarios sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional hasta los trabajos del GETCA —en tratándose del crimen de agresión— una cuestión a quedado evidente y parece entorpecer la debida evolución normativa de esta categoría jurídica en particular: *la naturaleza dicotómica del crimen de agresión*<sup>530</sup>, por un lado la dimensión política y, por otro, la jurídica. Y es que, como se ha podido ver y sostener a lo largo de todo el presente trabajo de investigación, esta naturaleza *sui generis* del crimen de agresión se trasluce al pretender verificar su existencia en el tiempo, trazando para ello un estudio retrospectivo analítico, y en el espacio, es decir, en el universo jurídico encarnado en su máxima expresión totalizadora como un orden jurídico y que en todo caso se identifica con el DI tanto consuetudinario como convencional; al tratar de clarificar su haber terminológico; al querer ubicarlo en la fenomenología y universo jurídicos, así como al abordar el problema de su concreción típica-conceptual.

Evidentemente esta naturaleza ontológica dual del crimen de agresión condiciona todo el quehacer y el esfuerzo ya institucional, ya estatal, ya doctrinario, ya civil por arribar —en tiempo y espacio— a una plena capacidad de ajusticiamiento —que no vigencia— del crimen de agresión en el escenario de, y por parte de, la CPI. Sin embargo, no vemos por qué este condicionamiento deba de ser negativo, deconstructivo, en lugar de positivo y constructivo. Para poder cambiar de perspectiva es necesario un cambio de actitud ante la realidad imperante en el actual Derecho Internacional —tanto general como convencional— pues el actual debate se mueve entorno a el papel que debe dársele al C de S; y las tendencia —las más— son en sentido de restringir este papel o rol del C de S en lo tocante al crimen de agresión dentro de la CPI.

A lo largo de los trabajos y debates que se han venido sucediendo entorno al crimen de agresión, se advierte la presencia de dos ideas centrales, que son denominadas, por el Coordinador del GETCA en su nota explicativa al documento PCNICC/1999/WGCA/RT.1, como: ideas fundamentales de aceptación generalizada. Esas ideas son: el crimen de agresión se comete por los dirigentes políticos o militares de un Estado y, planificar, preparar u ordenar una agresión debe penalizarse únicamente cuando tenga lugar un acto de agresión. Estamos de acuerdo en ello, pero de estas dos ideas fundamentales generalmente aceptadas se desprenden muchas cuestiones más como

---

<sup>530</sup> Véase en el capítulo VI.2. El Problema De Su Naturaleza *Sui Generis*.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

ya hemos podido ver; pero la que nos ocupa ahora es la segunda de ellas, la cuestión de las condiciones del ejercicio de la competencia por parte de la Corte<sup>531</sup>.

En todos los documentos de propuestas del Coordinador puede verse que esta cuestión tiene una posición importante y los debates entorno a ello lo demuestran; de las diferentes opciones y variantes que se plantean se puede concluir que, unas tienen por objeto “otorgar” un rol preponderante al Consejo de Seguridad en la determinación del acto de agresión; otras “conceden” la importancia prioritaria de la determinación del acto de agresión al Consejo de Seguridad, pero buscan una válvula de escape ya sea en la Asamblea General de las Naciones Unidas o en la CIJ; y por último otra tratan de elevar a la CPI por encima del orden internacional de la ONU erigiéndola como paladín de la justicia internacional penal ya que proponen que la CPI ajusticie los crímenes de agresión sin, a pesar de o en contra de lo que los órganos de las Naciones Unidas determinen.

En los actuales debates del GETCA se advierte que existe una tendencia a centrar la cuestión del ejercicio de la competencia, entorno a tres ideas clave: en la primera se cuenta con un generalizado consenso y versa sobre que las disposiciones del párrafo 2 del artículo 5 del Estatuto de Roma deben guardar compatibilidad con la normativa de la Carta de San Francisco, en segundo lugar está la cuestión de saber si esto implica que la competencia de la CPI estaba supeditada a la determinación de un acto de agresión previo; y como corolario de las anteriores, se plantea el saber si esta determinación del acto de agresión debe ser hecha exclusivamente por el Consejo de Seguridad<sup>532</sup>.

Ahora bien, dentro de sendas opciones-variantes que tienen presencia en las diferentes propuestas del Coordinador, están contenidas unas consecuencias que fluctúan entre la sustanciación y el sobreseimiento del crimen de agresión, según cada caso previsto por ellas. Las primeras opciones-variantes pueden ser catalogadas como afines o remitentes al Consejo de Seguridad en exclusiva, las segundas como incluyentes e

---

<sup>531</sup> “The focus of this discussion is the issue whether only the Security Council solely and exclusively has the power to pronounce on the existence of aggression, not only for the purpose of determining enforcement measures to be levied against an aggressor state but also for any other purpose. Is a prior Security Council determination of the commission of aggression by a state”. NTANDA NSEREKO, DANIEL D., “Aggression under the Rome Statute of...” *op. cit.*, p 505.

<sup>532</sup> Véase al respecto el documento ICC-ASP/4/SWGCA/INF.1.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

interactivas ya que insertan a la CPI en la totalidad de la normatividad de las Naciones Unidas; y las terceras como reformadoras, pues como veremos, estas propuestas conllevan cierto grado de *reforma* al orden normativo internacional imperante.

Como es de esperarse, en el universo doctrinal estas clasificaciones se han visto reflejadas, así en ciertos sectores podemos encontrar diferentes posicionamientos tanto para unas opciones-variantes propuestas por el Coordinador, como para otras. Así que veremos algunos de estos posicionamientos doctrinales.

Vamos a ocuparnos de las posiciones conceptuales que giran en trono a la cuestión de las condiciones del ejercicio de la competencia por parte de la Corte, en lo que respecta al crimen de agresión; como adelantábamos, existen al menos tres posicionamientos al respecto:

- a. La postura que remite directamente al Consejo de Seguridad, como único que puede determinar un acto de agresión.
- b. La postura interactiva, que sostiene que cualquier órgano puede determinar un acto de agresión.
- c. La postura reformadora, que sostiene que sólo la CPI debe determinar la existencia de un acto de agresión para los efectos de su competencia.

### **a. La postura que remite directamente al Consejo de Seguridad.**

Por obvias razones, los Estados que tienen una silla permanente en el Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas<sup>533</sup>, se sienten muy propensos a defender esta postura tanto dentro de los debates y trabajos que se dieron en la Comisión Preparatoria como en la misma Conferencia de Roma, así como actualmente en el Grupo Especial de Trabajo sobre el crimen de agresión; pero no sólo ellos defienden esta postura<sup>534</sup>. El argumento central de esta postura se basa en la interpretación y la vinculación directa de los artículos 24 y 39 de la Carta de la ONU; en resumidas cuentas este argumento concluye que si el C de S tiene la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales (artículo 24), y en virtud del artículo 39 tiene la exclusividad de la prerrogativa de

---

<sup>533</sup> La Federación Rusa presentó su documento: PCNICC/1999/DP.12.

<sup>534</sup> Téngase en cuenta que Camerún presentó una propuesta en este sentido en la Conferencia de Roma, documento: A/CONF.183/C.1/L.39. Así mismo esta el caso de Alemania que presentó su documento: PCNICC/1999/DP.13.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

determinar la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, por virtud de ello, el C de S tiene también en exclusiva que de determinar si ha habido un acto de agresión o no sobre el que la CPI pretende fincar responsabilidad penal individual, al ajusticiar un crimen de agresión.

En los documentos de propuestas del Coordinador se puede leer esta opción-variante así:

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por acto de agresión un acto comprendido en la definición dada en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cometido por un Estado, a reserva de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se pronuncie previamente al respecto. (...)

3. Cuando el Fiscal tenga la intención de iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, la Corte verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. De no existir un pronunciamiento del Consejo de Seguridad, la Corte notificará al Consejo de Seguridad la situación que se le ha presentado, a fin de que el Consejo de Seguridad pueda adoptar las medidas pertinentes con arreglo al Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas.”<sup>535</sup>

En la doctrina encontramos algunas personalidades que se sienten identificadas con estos argumentos y sostienen que estas opciones son la que deben prevalecer, por ejemplo tenemos a T. MERON que argumenta que aunque la responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacional es primordial y no exclusiva, en cambio su “*prerogative to determine the existence of an act of aggression under Article 39, however, is exclusive*”<sup>536</sup>.

Por su parte Andreas ZIMMERMANN sostiene que la disposición del párrafo 2 del artículo 5 del Estatuto de Roma necesariamente se refiere al papel del Consejo de Seguridad en lo tocante al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, así sostiene que:

“This formula addresses which role the Security Council should play for purposes of criminals proceedings involving the prosecution of such crime. It seems that the Statute,

---

<sup>535</sup> PCNICC/2002/WGCA/RT.1

<sup>536</sup> MERON, Theodore, “Defining Aggression for the International Criminal Court”, 25 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 1, at 14 (2001).

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

by stating explicitly that such a provision must be in line with Charter of the United Nations acknowledges the special role and prerogatives that the Security Council possesses when it comes to maintenance of international peace and security.”<sup>537</sup>

En este mismo sentido, aunque con argumentos aún más contundentes y técnicos, Matthias SCHUSTER alega que el único que puede determinar la existencia de un acto de agresión es el Consejo de Seguridad; y apoya su sostenido en los artículos 1, 24 y 39, del análisis de los cuales, él concluye que al Órgano al que se le otorgó la potestad primordial del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional y la determinación de la existencia de un acto de agresión (el Consejo), actúa con total discrecionalidad en todas sus actividades; además, recuerda que todas las propuestas de inclusión de una definición de agresión, en los trabajos preparatorios de la Carta de la ONU, fueron tajantemente rechazadas. Y sostiene:

“The Security Council is free in its determination of whether an act of aggression has occurred and what criteria it applies. In fact, when the Charter was drafted, suggestions to include a definition of aggression that would be binding on the Security Council, and other proposals aimed at limiting the Council’s discretion, were explicitly rejected. Thus, the 1974 definition of aggression that was adopted by the General Assembly and *may* be utilised by the Security Council, nevertheless lacks any binding force, and the Security Council is left with absolute discretion on this issue”<sup>538</sup>

El profesor SCHUSTER esgrime un interesante argumento, que en otros lados y a la luz de nuestras investigaciones, no hemos encontrado; sostiene que sobre todo, es en la naturaleza misma del Estatuto de Roma donde podemos encontrar la respuesta a la cuestión, y en esto no le falta razón, pues nos dice que en esencia el Estatuto es un tratado multilateral en el cual han participado Estados que son miembros de las Naciones Unidas y obligados por el universo jurídico que a Carta supone, y que en el momento en que entren en colisión el Estatuto y la Carta, ésta deberá prevalecer:

“... and even more important, the Court is established by a multilateral treaty, and it sits outside of the United Nations system. Article 103 of the Charter of the United Nations stipulates that in the case of conflict between the obligations of a State under the Charter and its obligations under another international agreement, such as the Rome Statute, the

---

<sup>537</sup> Véase en: TRIFFTERER, OTTO (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers’ Notes, Article by Article*. Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 105 y 106.

<sup>538</sup> SCHUSTER, MATTHIAS, “The Rome statute and the crime of aggression...” *op. cit.*, p. 36.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

former will prevail. Therefore, future amendments to the Statute or any interpretation of its provisions must be in accordance with the Charter; if the provisions violate that principle, the Statute has to be regarded as invalid in that respect”<sup>539</sup>

Además, el profesor SCHUSTER plantea otra cuestión interesante al afirmar que ni la Asamblea General ni la Corte Internacional de Justicia pueden ocuparse de una cuestión que se encuentre en el marco del capítulo VII de la Carta, y que esté siendo vista por el Consejo de Seguridad, y esto —obviamente— incluye hacer una determinación de un acto de agresión; y si esto es imperante para los Órganos principales de la ONU, debe serlo también para la CPI<sup>540</sup>; y llega a la conclusión de que en definitiva:

“Nevertheless, as unfortunate as it is, the current legal situation prescribes the *absolute* primacy of the Security Council when it comes to the question of aggression. Indeed, the prerogatives of the Council are reflected elsewhere in the framework of the Rome Statute itself: following contentious negotiations that mirrored the discussions on the involvement of the Security Council with regard to the crime of aggression, it was decided to provide the Council with the opportunity to stop *any* proceeding before the Court if it deems this necessary in light of its obligations under Chapter VII of the Charter of the United Nations.”<sup>541</sup>

En términos generales, estamos de acuerdo con las ideas expresadas y sostenidas por el profesor M. SCHUSTER, con sus debidos matices que más adelante expondremos, por lo pronto diremos que la idea de no contener la actividad del Consejo de Seguridad en lo referente al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional, y esto obviamente incluye la determinación de la existencia de un acto de agresión, nos parece fundamental e irreductible. Desde una perspectiva jurídica esta idea es chocante y hasta perversa, pero los juristas debemos entender que el derecho es sólo un sistema de solución de conflictos, más o menos confiable y seguro, pero sólo un sistema más en el concierto de los sistemas de solución, pues —por lo menos— existen tres: *la fuerza, la política y el derecho*. Y mientras la sociedad internacional arregle sus entuertos fluctuando entre la utilización de

---

<sup>539</sup> *Ídem*, p. 35.

<sup>540</sup> Furthermore, another main body of the United Nations, the General Assembly, is, under article 12 of the Charter, at least in theory, barred from making recommendations while the Security Council is seized with a situation under Chapter VII of the Charter. Thus, if an intrinsic organ of the United Nations cannot act independently of the Security Council, it is unrealistic to assume that the International Criminal Court – being a treaty organisation outside the Charter – can possess powers that are broader than those of such an organ” *Ídem*, p. 38.

<sup>541</sup> *Ídem*, pp. 38 y 39.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

la política y el derecho, es señal de un invaluable estado de progreso cultural y humano; la otra opción es a barbarie pura y dura, aunque la fuerza en realidad sigue siendo un medio de solución de entuertos<sup>542</sup>.

### **b. La postura interactiva:**

La posición que parece ser la más moderada de entre todas las que se esgrimen en las opciones-variantes de los documentos del Coordinador, es la que propugna por que cualquier órgano de las Naciones Unidas —incluso— la misma CPI esté facultado para determinar la existencia de un acto de agresión, sobre el que inminentemente se apoyará la acusación correspondiente al crimen de agresión.

El Coordinador viene proponiendo una pregunta sobre la que tiene la intención de provocar el debate y se ha estado trabajando sobre sus posibles respuestas; así el Coordinador ha preguntado: ¿Qué papel debe desempeñar el Consejo de Seguridad en relación con la jurisdicción de la Corte respecto del crimen de agresión? Y ¿Qué medidas podrían adoptarse en el caso de que el Consejo de Seguridad no determinara o se negara a determinar que había tenido lugar un acto de agresión?<sup>543</sup>

En las propuestas concretas de opciones-variantes, estas preguntas toman forma de la siguiente manera:

“4. Cuando el Fiscal tenga la intención de iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, la Corte verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. De no existir un pronunciamiento del Consejo de Seguridad, la Corte notificará al Consejo de Seguridad la situación que se le ha presentado, a fin de que el Consejo de Seguridad pueda adoptar las medidas pertinentes:

---

<sup>542</sup> Es cierto que en situaciones de crisis graves, que pueden llegar incluso hasta la ruptura de la paz, el derecho internacional a menudo debe ceder delante de la fuerza; pero las relaciones internacionales no están siempre y en todas partes en crisis. En las relaciones internacionales normales, el derecho internacional es respetado en general. (...) Lo que es cierto, por el contrario, es que el derecho internacional esta sometido a presiones políticas que ningún otro derecho soporta (salvo el derecho constitucional en ciertos estados) (...) existe tensión entre la fuerza y el derecho, que son dos poderes antagonistas (y por consiguiente separados). Todo orden jurídico debe resolver un problema esencial, el de someter la fuerza al derecho, y para ello poner por lo menos una parte de las fuerzas sociales al servicio del derecho” VIRALLY, MICHEL, *El devenir del derecho...*, *op. cit.*, pp. 104, 105 y 109.

<sup>543</sup> PCNICC/2000/WGCA/RT.1.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

**Variante 1:** con arreglo al Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas. **Variante**

**2:** de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

5. Cuando el Consejo de Seguridad no emita un pronunciamiento sobre la existencia de un acto de agresión por un Estado:

**Alternativa a):** ni haga valer el artículo 16 del Estatuto dentro de un plazo de seis meses a partir de la fecha de notificación.

**Alternativa b):** [elimínese la alternativa a)].

**Variante 1:** la Corte podrá proceder a sustanciar la causa.

**Variante 2:** la Corte sobreseerá las actuaciones.

**Variante 3:** la Corte, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los Artículos 12, 14 y 24 de la Carta, pedirá a la Asamblea General de las Naciones Unidas que haga una recomendación dentro de un plazo de [12] meses. En el caso de que no se haga tal recomendación, la Corte podrá sustanciar la causa.

**Variante 4:** la Corte podrá pedir

**Alternativa a):** a la Asamblea General

**Alternativa b):** al Consejo de Seguridad, actuando con el voto a favor de nueve miembros. que solicite una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el Artículo 96 de la Carta y el Artículo 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sobre la cuestión jurídica de la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate.

**Variante 5:** la Corte podrá sustanciar la causa si verifica que la Corte Internacional de Justicia ha determinado, en las actuaciones iniciadas con arreglo al Capítulo II de su Estatuto, que el Estado de que se trate ha cometido un acto de agresión.<sup>544</sup>

El profesor CASSESE parece estar en la línea de pensamiento que propugna por la posibilidad de que no solamente sea el Consejo de Seguridad quien determine la existencia de un acto de agresión en conformidad con el Derecho internacional, sino que sería deseable que también el fiscal o incluso los Estados Parte del Estatuto de Roma puedan hacerlo; pero siempre y cuando se haya llegado a un acuerdo sobre la definición del crimen de agresión, y sostiene que *“It is also important that if a definition of aggression is ever agreed upon, the ‘conditions under which the Court shall exercise jurisdiction with respect to this crime’ remain to be agreed, and the Statute does not exclude the possibility that, in addition to the Security Council, the Prosecutor or states*

---

<sup>544</sup> PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*might one day be allowed to initiate investigations into whether aggression has been committed. This eventuality would be a welcome development inasmuch as it would break the Security Council's stranglehold on the notion of aggression. Judicial review of aggression might prove a useful counterbalance to the monopolizing power of the Security Council”*<sup>545</sup>.

Por otra parte, otras ideas pueden tener cabida sobre este apartado, pues existen algunos doctrinarios que consideran que puede ser cualquier órgano de las Naciones Unidas y también la misma Corte Penal Internacional —incluso mejor ésta última—. Así encontramos que el profesor GRIFFITHS se posiciona en un lugar muy especial, pues para él, la mejor opción es la que en su momento fue planteada por Egipto e Italia<sup>546</sup>, que consistía en introducir una cláusula que él llama de “definición autónoma” del acto de agresión por parte de la CPI que rezaba: “en modo alguno se ha de interpretar que la determinación realizada por el Consejo de Seguridad(...) afecta a la independencia de la Corte para decidir sobre la comisión del crimen de agresión por una persona determinada”. Sin embargo, él propone una solución alternativa, pues ve difícil la puesta en marcha de la propuesta de Egipto e Italia, así nos dice que:

“Whilst this could, in theory, be drafted ab initio on the basis of negotiations between State Parties, history – and in particular the history of the Definition of Aggression 1974 – suggests that such a task would be at best Herculean and at worst impossible. Fortunately, an alternative route to an autonomous definition of the Act of Aggression is available which, whilst not straight-forward, should at least be acceptable to most, if not all, State Parties. This latter route would consist of a definition that did no more than rely upon existing customary law and thus may be called a “declaratory definition”<sup>547</sup>

Ésta propuesta de GRIFFITHS que él denomina “declaratory definition”, tiene la ventaja de que —según él— la cuestión de la determinación del acto de agresión puede ser sustraída de las complicadas negociaciones, con sólo pedir o solicitar una opinión

---

<sup>545</sup> CASSESE, Antonio, “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *EJIL* 1999, vol. 10 (1999), no. 1, p. 147 y ss.

<sup>546</sup> A/AC.249/1997/WG.1/DP.6, de 21 de febrero de 1997.

<sup>547</sup> GRIFFITHS, Richard L., “International law, the crime of aggression and...”, *op. cit.*, p. 312.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

consultiva a la Corte Internacional de Justicia<sup>548</sup>. Por todo ello el profesor GRIFFITHS concluye que:

“Consequently, the ICC could exercise its jurisdiction over matters of aggression on the basis of a definition of the Crime of Aggression that made reference to the Act of Aggression in terms of the use of force contrary to international law. This would pose no problem to the court as it is permitted by Article 21(b) to apply inter alia “the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict.” The court, in determining whether a particular use of force was legal or illegal, would be applying established rules and principles of law and hence its determination could not be said to breach the nullum crimen sine lege and non retro-activity principles since this is properly interpreted as recognising the legitimacy of customary law. It follows that an autonomous determination of the existence of an Act of Aggression could legitimately be made without a written enumeration of Acts of Aggression merely by reference to the accepted law. That aid, an advisory opinion from the ICJ on the ius ad bellum would no doubt avoid countless debates and arguments from defendants. For the reasons set out above, I am of the opinion that a declaratory definition of the Act of Aggression is, in all the circumstances, the most workable solution.”<sup>549</sup>

En un sentido muy parecido al antes expuesto por el profesor GRIFFITHS, nos encontramos a Giorgio GAJA, quien sostiene que la determinación de la existencia de un acto de agresión es en realidad una pre-condición para que el Consejo de Seguridad ejerza sus poderes en el marco del capítulo VII de la Carta. Y que a partir de esto no debe

---

<sup>548</sup> “The declaratory definition has several advantages that weight in its favour. Firstly, complicated and drawn out negotiations could be avoided simply by seeking an advisory opinion from the International Court of Justice.<sup>45</sup> Secondly, whilst some states may wish to see included acts that the ICJ did not consider to amount to Acts of Aggression, they would have no legal basis for their position. Likewise, any state seeking to argue for the exclusion of an act included by the ICJ would find their position impossibly weak since they would be arguing for a regressive step. Finally, in a situation where the court was acting under its Article 13(b) jurisdiction and neither the victim state nor national state are State Parties (which is possible since under Art. 13(b) the court would be authorised by the Security Council under its Chapter VII powers<sup>46</sup>) it would not be possible for the defendant to argue nullum crimen sine lege on the basis that in the place where he committed the acts alleged they did not amount to criminal conduct.” *Ibidem*, p. 313.

<sup>549</sup> *Ibidem*, p. 314.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

argumentarse que el C de S tiene un poder exclusivo para tomar una decisión sobre un acto de agresión<sup>550</sup>; por estas razones GAJA concluye que:

“... nor that a decision by the Security Council would have to be binding also for a treaty body entrusted with the repression of individual crimes. (...)

Should one consider that the Court could make an independent finding on whether aggression has take place, the Court’s determination would have no legal consequence for the Security Council.”<sup>551</sup>

### **c. La postura reformadora.**

Es posible encontrar en la doctrina voces que sostienen que el ejercicio de la competencia de la CPI respecto del crimen de agresión, no debiera estar supeditado a la determinación previa de la existencia de un acto de agresión por un órgano externo, incluso, como el Consejo de Seguridad. Estas conclusiones son basadas en una serie de interpretaciones concretas que se hacen del articulado de la Carta de UN, en especial de los artículos 24<sup>552</sup> y 39<sup>553</sup>. Se interpreta que el artículo 24 efectivamente dispone que el

---

<sup>550</sup> En un sentido parecido encontramos que Irina Kaye MÜLLER-SCHIEKE sostiene que: “However, the attitude taken by the Council inevitably has implications on the trigger mechanism of the Court’s jurisdiction. Whether the Council avoids the wording of ‘act of aggression’ but decides instead to pass a resolution whereby it identifies a state of having committed a “breach of the peace” or whether it utterly declines to pronounce itself at all on a conflict situation, the prosecutor must be granted the right to commence investigations on its own initiative. The responsibility of the Council is certainly primary, but it cannot create an overall barrier to every other international body performing its duty in that field.<sup>61</sup> This assumption has been equally supported by the International Court of Justice in its Advisory Opinion on the *Case of Certain Expenses of the United Nations* where it stated, although in relation to Article 24 of the Charter, that the responsibility of the Security Council in the matter was primary, however it was not exclusive (...) If the sole basis for the exercise of the Court’s jurisdiction in this regard is dependent on a decision of the Security Council then there is a serious risk that the Council will in fact dominate the Court in this matter. The Criminal Court’s trigger mechanism would become purely dependent on non-legal considerations. Not only would the independence of the judiciary and the principle of legality and justice, but also the principle of equality before the law be substantially negated.” “Defining the Crime of Aggression”..., *op. cit.*, p. 425 y 426.

<sup>551</sup> GAJA, Giorgio, en el libro: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola and JONES, John R. W. D. (eds), *The Rome Statute...*, *op. cit.*, p.433.

<sup>552</sup> Artículo 24. A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacional y esto está vinculado al artículo 39, pero que en este último, solamente se refiere a la determinación de una *amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión del acto* en el marco del capítulo VII de la misma Carta, ya sean el artículo 41 o el 42. y que nada de lo dispuesto en estos artículos lleva a pensar que el Consejo de Seguridad tenga la exclusividad en la determinación del acto de agresión que lleve a la CPI a justiciar el crimen de agresión. Sobre esta tesis dialéctica, tenemos a Daniel NTANDA que nos dice:

“It is true, as Article 24 of the Charter affirms, that ‘[i]n order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its members [conferred] on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security and [agreed] that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on its behalf’. It is also true that when there are allegations of ‘any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression’ the Security Council is mandated under Article 39 to determine whether these violations do indeed exist. But, and this is where the crux of the matter lies, the purpose for making the determination is to lay the basis for (a) making recommendations or (b) deciding what measures to take to maintain or to restore international peace and security. Such measures may or may not involve use of armed force under Article 41 or 42. The making of the determination is thus a pre-condition to the Council’s recommendations or decision on enforcement measures against a recalcitrant or aggressor state.

When read in context, the emphatic verb shall in Article 39 should be understood to mean that the Council must make the determination as a prelude to making its recommendations or decision on enforcement measures. And, in accord with principles of justice and the Charter, the Council must give the state or states concerned an opportunity to be heard before it takes these grave steps. The language does not mean, as we shall demonstrate presently, that the Council has exclusive competence to make the determination, even for purposes other than those spelt out above. For example, where one state sues another before the International Court of Justice seeking reparations or

---

<sup>553</sup> Artículo 39. El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

other relief on the ground that the latter has committed acts of aggression against its territory, that dispute should be a matter for the Court and not the Security Council”<sup>554</sup>

Y estos argumentos conducen a su autor a concluir que:

“Is the Court’s competence limited only to assigning individual criminal responsibility and imposing appropriate sentences? Or may the Court make that determination for itself before it embarks on the task of assigning individual criminal responsibility? This author maintains that the last statement is the correct one; further, that the only condition that should be imposed on the Court’s exercise of jurisdiction over the crime of aggression as required under Article 5(2) of its Statute is that it should honour the Council’s request for the deferral of investigation and prosecution under Article 16.”<sup>555</sup>

Como podemos ver, estos argumentos llevan a su autor a considerar que en realidad la determinación del acto de agresión debe implicar única y exclusivamente a la misma Corte Penal Internacional. Estos argumentos son utilizados también en los debates del GETCA, llegando a conclusiones muy parecidas a las de NTANDA, aunque actualmente en el seno de los trabajos y debates del Grupo Especial de Trabajo sobre el crimen de agresión, se está operando una dinámica que lleva a centrar la cuestión del ejercicio de la competencia en sólo dos criterios: uno a favor de la exclusividad del C de S y la segunda a favor de que sean todos los órganos. Veamos lo que se propone en el GETCA:

“69. Se señaló que, incluso si se concediera que debería haber una predeterminación por otro órgano, no había ninguna disposición en el derecho internacional vigente que diera al Consejo de Seguridad el derecho exclusivo de efectuar esa determinación. Se advirtió igualmente a este respecto que el párrafo 2 del artículo 5 del Estatuto no hacía referencia al Artículo 39 de la Carta. Los que ponían en duda que la Carta confiriera una

---

<sup>554</sup> “Similarly, it is contended that the International Criminal Court must have power to pronounce for itself on the existence or non-existence of aggression for the purpose of seizing or declining to seize itself with jurisdiction over *individuals* – the architects of the crime. It may do this whenever charges alleging aggression have been properly presented before it in accord with its Statute and Rules. Additionally, even where the Council has made the determination, such determination should not *ipso facto* be binding on the Court. The Court must be able to make that determination for itself, basing itself on the law and the evidence before it. Nevertheless, where the Security Council has made a determination the Court must as a matter of courtesy accord the utmost *respect* to such determination, coming as it does from an organ of the United Nations trusted with primacy in matters pertaining to the maintenance of international peace and security.” NTANDA NSEREKO, DANIEL D., “Aggression under the Rome Statute of...” *op. cit.*, p 506 y 507.

<sup>555</sup> *Ibidem*, p. 505.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

competencia exclusiva al Consejo declararon que, como máximo, confería una competencia primaria, mientras que las determinaciones podían ser realizadas por otros órganos como la Asamblea General o la Corte Internacional de Justicia, como había sucedido en el pasado. Se sostuvo asimismo que el Artículo 39 de la Carta se limitaba a determinar si un acto de agresión se había efectuado a los efectos de adoptar medidas y de mantener la paz y la seguridad, y no con el fin de autorizar una acción judicial (...)

71. Se declaró que, en consecuencia, el ejercicio de la jurisdicción por la Corte no debería estar vinculado a la determinación por el Consejo de Seguridad ni debería estar restringido por las consideraciones del Consejo de Seguridad, salvo en las circunstancias previstas por el artículo 16 del Estatuto. La inquietud con respecto a la competencia exclusiva se basaba también en el hecho de que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad podían vetar una determinación propuesta de que se había producido un acto de agresión y bloquear, en consecuencia, la investigación y el procesamiento penales. Como la agresión era un crimen ordenado, esto podía poner en peligro el principio de que todos los acusados disponían de medios legales similares a su disposición, independientemente de su nacionalidad.”<sup>556</sup>

Después de haber expuesto las posturas que vienen cristalizándose en torno a la cuestión de las condiciones del ejercicio de la competencia por parte de la CPI respecto del crimen de agresión, es menester abordar la y exponer nuestra postura al respecto. Nosotros proponemos una visión *realista del orden internacional*, y decimos orden con la intención clara de no decir Derecho Internacional, pues así abarcamos tanto al derecho como a realidad política, social, militar, etc. Esta visión realista la ponemos en orbita dialéctica girando en torno a dos ideas fundamentales: La primera es, la naturaleza del Consejo de Seguridad y de sus funciones; y la segunda, sobre la naturaleza *sui generis* del crimen de agresión.

Así pues, si bien es cierto que la responsabilidad del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional es *primordial* y no *exclusiva*, según la interpretación más generalizada del artículo 24 de la Carta, también es cierto que el artículo 39 estipula que el *Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*. Nosotros estamos convencidos de que el determinar la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de

---

<sup>556</sup> ICC-ASP/4/SWGCA/INF.1.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

agresión —en el marco de unas relaciones internacionales complejas, es decir, entre Estados que pueden pertenecer o no al Estatuto de Roma— es facultad exclusiva del C de S; pues la última parte del artículo 24 le confiere al C de S esa legitimidad necesaria: “y reconocen (los Miembros de la ONU) que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad. Y esta legitimidad sí es exclusiva para el C de S. Ergo, nos encontramos ante una facultad delegada de la Sociedad internacional en su conjunto sobre el C de S. También creemos que esto estaba muy presente en las mentes de los negociadores de la Conferencia de Roma, pues previeron la disposición contenida en el artículo 16; así pues, no se debe tratar de vaciar de contenido —por deseable que esto sea— a todo un sistema normativo, como lo es el Derecho Internacional.

Ello así, nosotros entendemos que el pretender contener al quehacer del Consejo de Seguridad en virtud de una categoría jurídica contenida en el andamiaje del Estatuto, que es de naturaleza eminentemente convencional, comporta en realidad una reestructuración y modificación del orden edificado sobre la Carta de la ONU, pues esta no es la naturaleza ni de la dinámica de codificación del DI, ni la naturaleza de la función encomendada del C d S, así que, si queremos ser realistas y ver concretada la positivación del crimen de agresión, es necesario no perdamos contacto con la realidad imperante; ello implica irreductiblemente, que el crimen de agresión debe ser propuesto desde la óptica de no reformar el orden internacional estructural actual, sino servirse de él, reconociendo al C d S el rol que en realidad tiene, el de la responsabilidad *primordial* de la seguridad internacional y la determinación exclusiva de un acto de agresión. Así pues, el crimen de agresión que desde la estructura convencional del Estatuto de Roma, se concrete, debe prever la determinación de un acto de agresión del órgano competente para ello, y limitarse a implementar el régimen de responsabilidad individual penal que se desprende de dicha constatación del órgano referente al acto de agresión.

No se puede pretender realizar una evolución del DI general tratando de saltarnos etapas o escaños de evolución, pues además de absurdo, no tendría respaldo en la realidad y a la postre devendría en una simple manifestación de lege ferenda. Pero es muy válido tratar de jalinear la evolución normativa del crimen de agresión sobre la base de legalidad internacional imperante, que si no es suficiente es lo que tenemos y es resultado de muchos años de esfuerzo, lo que nos provee de un sólido basamento o plataforma de

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

evolución; no debemos pues olvidar que el DI no es malo o inadecuado, sino simplemente es perfectible —en tanto sistema normativo tendente a realizar ciertos *finés*<sup>557</sup>—, pero perfectible sobre sus propios rieles de evolución y a su ritmo. Claro que es deseable que la política y más, la alta política se circunscriba a los parámetros del derecho, pero esto no puede ser por decreto, sino por evolución paulatina, consciente y congruente tanto de la *idea del derecho o jurídica*<sup>558</sup> como de la política, del orden internacional y, sobre todo, de la humanidad.

Por ello, pensamos que Consejo de Seguridad es el órgano competente para determinar que una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión se ha realizado. Pero, si este no puede o no quiere desplegar sus funciones, entonces la Asamblea General en base a los mismos razonamientos que la llevaron a la concreción de la resolución 377(V) Unión Pro Paz de 3 de noviembre de 1950, podrá intervenir; y en su caso, y en atención estricta a su Estatuto, la Corte Internacional de Justicia también podrá hacerlo. Pero si por alguna razón estos órganos principales de la ONU no se pronuncian en un

---

<sup>557</sup> “El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en si una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a el conduzca.” VON IHERING, *La lucha por el derecho*, México, Porrúa, 2ª edición, 1989, p. 1.

<sup>558</sup> “La idea del derecho, o sea, la afirmación de que el sentido de este último consiste en realizar determinados valores, por lo que no es posible comprender su función social cuando no se toman en cuenta los fines a que debe servir, e, bien vistas las cosas, la *raíz común* del iuspositivismo y de la actitud de los partidarios del derecho natural. Esta idea permite también descubrir la relación dialéctica entre las diversas pautas de validez, y da sentido al anhelo de que su aplicación conduzca al establecimiento de un orden que resulte, a la vez, vigente, eficaz y justo.(...) El desarrollo dialéctico de la idea jurídica, que se inicia con la afirmación de los ideales de justicia, conduce a la creación de una instancia que si bien tiene como finalidad última la realización de esos ideales, empieza por negarles beligerancia como criterios ultrapositivos de valoración , y pretende reemplazarlos por un criterio nuevo, de índole formal. (...) El dualismo normativo aparece entonces como oposición *transitoria y relativa* de los momentos iniciales de un solo desarrollo, que encuentra su culminación en la síntesis superadora de esos momentos. La relación —y oposición pasajera— entre el ideal no realizado y la realidad que para afirmarse niega los principios que le confieren sentido, encuentra su cumplimiento y elimina todo antagonismo cuando la idea se transforma en realidad y esta realiza la idea. La pugna entre los dos criterios queda superada en el tercer estadio del proceso, al coincidir en un solo orden jurídico los atributos de validez intrínseca, validez formal y positividad... Al romperse el equilibrio y resurgir la pugna entre los dictados de la justicia y los preceptos en vigor, inevitablemente se produce una relación de tensión, y la pauta material de validez es opuesta criterio formal...” GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico...*, *op. cit.*, p. 175 y ss.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

sentido o en otro, en ningún caso la CPI podrá sustanciar un caso por crimen de agresión, por deseable que esto fuere. En este sentido el profesor FERENÇZ sostiene una postura interesante, con la cual nosotros nos identificamos plenamente:

“There can be no doubt that Article 39 of the United Nations Charter assigns primary responsibility to the Security Council to determine whether an act of aggression by a State has occurred. The Council is also vested with authority to determine what actions should be taken to restore peace. No Treaty can derogate from that responsibility and authority that binds all members of the United Nations. If the Council were to be bypassed by the ICC before it had determined that a State had committed the acts of aggression for which an individual defendant had been charged, the argument could be made by the accused that the Court was exceeding its authority by usurping a responsibility that all UN Members had legally delegated to the Security Council. A conviction by the Court under such circumstances might have to be set aside as illegal and could not be enforced. That legal and political reality should not be overlooked.”<sup>559</sup>

Por otra parte, y en virtud de la idea de la *naturaleza sui generis* del crimen de agresión, diremos que, si advertimos y aceptamos que el crimen de agresión es de naturaleza dual: política y jurídica, *ergo* debemos preguntarnos ¿y esa naturaleza en cuanto a la evolución normativa y su concreción típica-conceptual es constructiva o destructiva?, ¿en aras de esa evolución y concreción alguna de las dos partes integrantes de la naturaleza del crimen de agresión debe prevalecer sobre la otra, es decir, la tensión dialéctica entre política y derecho debe encontrar en el crimen de agresión su capítulo final, resolutivo en donde alguna de las dos cuestiones sucumba a favor de la otra?, o ¿será acaso que en realidad respecto del crimen de agresión estamos ante una manifestación muy especial de esa tensión dialéctica ancestral en la que la tensión se vuelve atracción y se funden ambas —política y derecho— en una simbiosis indisoluble para no sucumbir alguna de ellas, sino para complementarse como sistemas de solución de conflictos humanos? Es decir, en el último fondo qué son la política y el derecho, sino, fuentes de sistemas de solución de problemas humanos, uno más rígido que el otro, pero no necesariamente más efectivo, y el otro más dinámico, pero menos seguro, más incierto, más inestable.

---

<sup>559</sup> FERENÇZ, Benjamin, *Deterring Aggression By Law - A Compromise Proposal* – January 11, 2001.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Ahora bien, si la naturaleza del crimen de agresión es dual, pues su definición y concreción debe ser dual también, es decir, lo que el crimen de agresión busca en última instancia es evitar y en su caso sancionar (ajusticiar) la agresión lato sensu, lo cual según hemos visto es tanto político como jurídico, pues bien para alcanzar tal fin el universo de posibilidades se amplía de manera dual al no poder eliminar lo político de la naturaleza del crimen de agresión, y al no tratar de eliminar lo político de la concreción típica-conceptual del crimen en realidad estamos enriqueciendo el universo de soluciones al problema de ajusticiamiento del crimen de agresión. Así la definición del crimen de agresión no será menos jurídica si reconocemos que lo político es parte inseparable del crimen, por ello, se ha insistido en la naturaleza *sui generis*, como forma exclusiva y excluyente con respecto a los demás crímenes competencia de la CPI<sup>560</sup>, en realidad es nociva toda comparación o asimilación del crimen de agresión con los demás crímenes, pues nos lleva a concluir que el crimen de agresión puede no existir como categoría jurídica penal pues no cuanta —como los demás crímenes— con la concreción jurídica necesaria, ni con el desarrollo normativo y progresivo de aquellos y que lo político es muestra de su *pobre* carácter jurídico; quienes piensan así se ponen a la sombra de la ignorancia de la naturaleza del crimen de agresión. Por ello, reconociendo y aceptando la *sui generis*<sup>561</sup> naturaleza del crimen de agresión: política y jurídica, podemos emprender el camino a su efectivo ajusticiamiento; pues de ninguna manera es en detrimento de la posible efectividad de su ajusticiamiento.

En todo caso nos sumamos a la línea de pensamiento que estipula que, la determinación de un acto de agresión —ya sea por el C de S, la AG o la CIJ— no deberá ir más allá de las fronteras de lo procesal, ni invadir el universo de la sustantividad. Así, en los debates del GETCA se ha llegado a una importante visión respecto de las condiciones del ejercicio de la competencia por parte de la CPI, y es que cualesquiera visión que prevalezca al final, esta “*debería ser sólo de carácter procesal y no vinculante*

---

<sup>560</sup> “In view of the unusual nature of the crime a prior consideration of a situation by the Council— of its own volition or upon referral by the Court – is a necessary prerequisite.” MULLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression”..., *op. cit.*, p. 423.

<sup>561</sup> “23. Se dijo que el crimen de agresión era distinto de los demás crímenes de la competencia de la Corte puesto que podía requerir que el Consejo de Seguridad determinara previamente la comisión de la agresión” Véase el documento: ICC-ASP/3/SWGCA/INF.1

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*para la Corte. Si fuera vinculante, tendría una repercusión radical en los derechos del acusado*”<sup>562</sup>

### **C. LA INTERACCION DEL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL ENTRAMADO DEL ESTATUTO.**

La cuestión de la interacción del crimen de agresión con el entramado jurídico del Estatuto de Roma, tiene un prosupuesto lógico —proyectado en el futuro—irreductible: El hecho de que se haya aprobado “*una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará*”, según reza el párrafo 2 del artículo 5 del Estatuto de Roma. Lo cual no obsta para que desde ahora se este pensando en el impacto que supondrá la aprobación de la disposición referida, y se trate de reducir al mínimo las fricciones entre el crimen de agresión y el resto de las disposiciones del Estatuto; pues de ello depende, en gran parte el éxito de la Corte Penal Internacional en su tarea de ajusticiar dicho crimen. Esta cuestión es de tal relevancia que, en los dos informes que del Grupo Especial de Trabajo sobre el crimen de agresión (GETCA) han presentado a la Asamblea de Estados Parte, se hace hincapié en la necesidad de estudio sobre la interacción del crimen en el entramado del Estatuto de Roma, de hecho, en el primer informe única y exclusivamente se abordó esta cuestión, y no las referentes a la definición y las condiciones del ejercicio de la competencia<sup>563</sup>.

Pero antes de comenzar a analizar la cuestión queremos destacar lo siguiente: entre los dos informes media solamente un año de arduo trabajo y debates, pero entre ellos existe una clara diferencia, pues en el último informe se aprecia claramente como las cuestiones son abordadas con más técnica —incluso— jurídica; así por ejemplo, todas las cuestiones referentes a las posibles colisiones entre el crimen de agresión y las diferentes disposiciones del entramado jurídico del Estatuto (nosotros la llamamos: la interacción del crimen de agresión), en el informe del 2005 se manejan en función de las posibles acciones que se deben tomar para cada caso en concreto, así la cuestión queda centrada en tres acciones a tomar:

#### 1. Retención.

---

<sup>562</sup> ICC-ASP/4/SWGCA/INF.1. párrafo 64.

<sup>563</sup> Véase los informes: ICC-ASP/3/SWGCA/INF.1, de 13 de agosto del 2004, y ICC-ASP/4/SWGCA/INF.1, de 29 de junio del 2005.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

2. Exclusión.

3. adaptación.

Así, los artículos que ya están dentro del entramado del Estatuto de Roma solamente podrán ser *retenidos, excluidos o adaptados* al crimen de agresión. Esta técnica en concreto es propia del informe del 2005.

Por todo lo anterior, nosotros vamos a ocuparnos de esta cuestión en especial, y lo haremos a partir de los artículos sobre los cuales —tentativamente—, la aprobación de la disposición que contenga la definición y las condiciones del ejercicio de la competencia, tendrá incidencia, y que se identifican con:

- a) las formas de participación y la tentativa (párrafo 3 del artículo 25);
- b) el rango de “responsabilidad subjetiva” en clave de excluyente de supra a subordinación y viceversa (artículo 28 y artículo 33);
- c) la *mens rea* (artículo 30);
- d) el régimen de aceptación de la disposición que contenga la definición y las condiciones de la competencia (párrafo 3, 4 y 5 del artículo 121);

*a) las formas de participación y la tentativa (párrafo 3 del artículo 25):*

Debe tenerse en cuenta desde un principio que, respecto al crimen de agresión, nos encontramos condicionados de raíz por su *naturaleza sui generis*; así pues, es de esencial importancia que no perdamos de vista el radical punto de toque de esta naturaleza del crimen: la diferencia entre acto de agresión y crimen de agresión, como la expresión más emblemática de un crimen esencialmente de Estado.

En el seno de los trabajos del Grupo Especial de Trabajo sobre el crimen de agresión, se ha venido gestando un punto de discusión sobre esta temática que, por antonomasia, es reflejo de las diferentes posiciones de los Estados. Esta discusión parte de un prosupuesto lógico en concreto: distingue entre el *hecho material objetivo o elemento material (el acto de agresión)* y *las formas de la actuación y participación del individuo*, o entre el acto colectivo y el acto individual.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Así ello, si queremos entrar en el debate de la tentativa del crimen de agresión, es necesario que distingamos entre estas cuestiones; para que exista un crimen de agresión es necesario que esté se funde en un acto de agresión —efectuado por un Estado— que deberá ser determinado por un Órgano de las Naciones Unidas idóneo para ello; *ergo*, si hemos de determinar si párrafo 3 del artículo 25 es aplicable o no al crimen de agresión, es necesario estar atentos a la naturaleza misma del crimen en cuestión.

Nosotros consideramos que en especial esta normatividad no debe ser aplicable al crimen de agresión. En este sentido podemos encontrar algunos planteamientos que desde la doctrina iusinternacional se vienen haciendo; *verbigratia*, Roger CLARK sostiene que:

“... given that, by its very nature, the crime of aggression is a leadership crime involving purposive activity (...) Article 25(3)(a) to (d), deal in quite complex detail with what is often called “accomplice” liability, “secondary parties” or “complicity.” In total, they attach criminal responsibility not only to the perpetrator who personally commits the offense, but also to those who “order,” “solicit,” “induce,” “aid,” “abet,” “otherwise assist,” or contribute to the commission “by a group of persons acting with a common purpose.” The crime of aggression as currently formulated has its own set of verbs and nouns: “orders” and “participates” on the verb front, and the nouns “planning,” “preparation,” “initiation” or “execution.” The verbs in Article 25(3)(a) to (d) are simply overwhelmed by this lot. Trying to mesh the two would only be a recipe for confusion. In short, Article 25(3)(a) to (d) should be specifically excluded from applying to the crime of aggression. (...) In short, Article 25(3)(a) to (d) should be specifically excluded from applying to the crime of aggression.”<sup>564</sup>

Sobre esta cuestión en concreto el Grupo Especial de Trabajo sobre el crimen de agresión, formuló importantes conclusiones<sup>565</sup>:

“Conclusiones

53. a) Se acordó que:

la agresión constituía un crimen que se caracterizaba por estar cometido por personas que ejercían funciones de dirección;

---

<sup>564</sup> CLARK, ROGER S., “Rethinking Aggression as a Crime...”, *op. cit.*, p. 883 y 884.

<sup>565</sup> Véase el informe de 2004 en el documento: ICC-ASP/3/SWGCA/INF.1, Página 9.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

que existía una amplia superposición del párrafo 3 del artículo 25 con la definición propuesta del Coordinador<sup>2</sup>. Sin embargo, se llegó a conclusiones distintas en cuanto a lo que había que hacer:

...excluir la aplicabilidad del párrafo 3 del artículo 25 al crimen de agresión, o mantener la aplicabilidad del párrafo 3 del artículo 25 al crimen de agresión, ya sea en su totalidad o parcialmente;

b) hubo desacuerdo en cuanto a si una tentativa de cometer un crimen de agresión debía incluirse y si era de hecho posible incluirla;

c) otro procedimiento propuesto consistía en aclarar la cuestión mediante la incorporación de nuevas disposiciones en el propio artículo 25.”

*b) el rango de “responsabilidad subjetiva” en clave de excluyente de supra a subordinación y viceversa (artículo 28 y artículo 33):*

En nuestra opinión, ni el artículo 28 ni el 33 son funcionalmente aplicables al crimen de agresión, pues de nuevo, debemos hacer mención de la naturaleza *sui generis* del crimen de agresión (dual: política y jurídica), y sobre todo poner el énfasis en la naturaleza jurídica de los artículos mencionados que, según nosotros advertimos, ellos consagran dos argumentos de defensa de eximentes de responsabilidad, en concreto: el argumento basado en la in-imputabilidad del crimen por razones de orden material, y el otro argumento basado en la in-imputabilidad por cuestiones de índole formal.

Nosotros creemos que, tanto el artículo 28 como el 33 del Estatuto de Roma, tienen como función estructural el excluir expresamente los argumentos de inimputabilidad por no ejecución o participación material del hecho delictivo y de inimputabilidad por estar ante una ejecución de ordenes superiores e imperativo leal, del universo argumental de la defensa. Estos dos argumentos en concreto, junto con los de la inimputabilidad por razones de retroactividad, de no criminalización de las guerras en derecho internacional, etc., fueron acuñados y utilizados en los procesos ante los Tribunales internacionales de la post guerra. Estos Tribunales se ocuparon en concreto de estos argumentos, Así el Estatuto de Nüremberg consignaba lo siguiente:

“artículo 8: (...) “El hecho de que el acusado haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no liberará al acusado de responsabilidad, pero podrá considerarse circunstancia atenuante, si el Tribunal determina que así lo exige la equidad (...)”

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

artículo 7 (...) El cargo oficial de los acusados, sean Jefes de Estado o funcionarios responsables de dependencias gubernamentales, no será considerado circunstancia eximente de su responsabilidad ni motivo para atenuar la pena”

Por su parte los Tribunales creados en virtud de la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado estipulo en su artículo II párrafo 4, inciso b) y a) que:

b) “El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por su Gobierno o por un superior no la exime de responsabilidad por el crimen cometido, pero podrá considerarse circunstancia atenuante.

a) El cargo oficial de una persona, ya sea Jefe de Estado o jefe de una dependencia estatal, no la exime de responsabilidad por el crimen cometido ni le da derecho a que se atenúe la pena”.

El Tribunal de Tokio por su parte estipuló en su artículo 6 que:

“El cargo oficial que en cualquier momento haya ocupado el acusado o el hecho de que haya actuado en cumplimiento de órdenes de su Gobierno o de un superior jerárquico no lo eximirá *per se* de responsabilidad por un crimen que se le haya imputado, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal determina que así lo exige la equidad”

Como podemos ver esta práctica jurídica es de antiguo raigambre en el Derecho Internacional, así pues, consideramos que es innecesario tratar de establecer una vinculación entre el crimen de agresión y estos artículos que en realidad están pensados en otras formas de criminalidad y no en la del crimen de agresión que es en definitiva un crimen de Estado puro y duro.

Pero abundemos más, los artículos 28 y 33 están situados en la parte correspondiente a los principios generales de derecho penal consagrados por el Estatuto de Roma, y en este mismo lugar se consagra el artículo 31 que contiene las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, y este artículo dispone que “sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta(...)”. Así pues, esas eximentes a las que hace mención este artículo son en parte recogidas por los artículos 28 y 33 del Estatuto de Roma.

En conclusión, nosotros consideramos que estos artículos no son aplicables funcionalmente al crimen de agresión o — al menos— no en los términos en los que se

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

encuentran redactados y recogidos en ellos estos dos argumentos de defensa<sup>566</sup>. Y que en todo caso, servirán a modo de referente normativo para cuando la Corte esta juzgando un asunto de crimen de agresión en concreto<sup>567</sup>.

De hecho, en los debates del GETCA se advierte que el sentir general de los participantes esta tendiendo a considerar que el artículo 28 no debe ser aplicado al crimen de agresión, pero la preocupación del Grupo esta en otra línea, pues se ha concluido en el informe que *“El debate giró en torno a saber si la inaplicabilidad del artículo 28 debería especificarse. Una vez más, se mostró preocupación por excluir expresamente la aplicabilidad de determinados artículos, puesto que ello requeriría un inventario completo del Estatuto para determinar qué era o qué no era aplicable al crimen de agresión y porque se sentaría asimismo un precedente negativo al darse por supuesto que una disposición era aplicable a menos que se hubiera excluido.”*<sup>568</sup>

### *c) la mens rea (artículo 30)*

La cuestión del elemento de intencionalidad y conocimiento no ha venido sembrando muchas diferencias en el Grupo Especial de Trabajo, pues por general se tiene la opinión de que el artículo 30 del Estatuto de Roma, es aplicable al crimen de agresión de forma residual.

Nosotros consideramos que el crimen de agresión no colisiona con este artículo en especial, pues en efecto, el objetivo de éste artículo es operar sólo en el caso en que algún crimen no prevea algún tipo de intencionalidad específica. Pero aun cuando el crimen de agresión no cuente en su concreción típico-conceptual futura con una intencionalidad

---

<sup>566</sup> “I am not quite so confident about Article 33, although I believe that the Coordinator’s draft is probably right in excluding it also. This is the controversial superior orders provision in the Statute. Superior orders is a defense in situations where the accused was under a legal obligation to obey, did not know the order was unlawful, and the order was not manifestly unlawful.97 Article 33’s defense appears to be limited to war crimes” CLARK, ROGER S., “Rethinking Aggression as a Crime...”, *op. cit.*, p 885.

<sup>567</sup> “I do not believe that the structure of (...) Article 28 (responsibility of commanders and other superiors) and (here my belief is less strong) Article 33 (superior orders and prescription of law) “fits” it. It should, accordingly, as the Coordinator suggests, be defined so as to exclude any residual effect of those provisions.” *Íbidem*, p 884.

<sup>568</sup> ICC-ASP/4/SWGCA/INF.1, Página 11, párrafo 49. Y ya en su anterior informe había dicho que: “Sin embargo, los participantes opinaron mayoritariamente que el artículo 28 no se aplicaba al crimen de agresión y que la referencia a él en el párrafo 3 del documento del Coordinador debía mantenerse.” ICC-ASP/3/SWGCA/INF.1 Página 9.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

específica, éste no incidirá o colisionará en el artículo 30. En todo caso reiteramos lo que antes hemos expuesto: que no es posible sostener que para que se establezca la comisión del crimen de agresión, se requiera a nivel de requisito *sine qua non*, un elemento intencional especial o *mens rea*; y esto tiene sustento normativo en los artículos 1.1 y 2.4 de la Carta de San Francisco; estas disposiciones se perfilan como el contenido normativo protegido del crimen de agresión— estas normas positivas del DI nada disponen respecto a un elemento de intencionalidad al hablar de *actos de agresión, amenaza a la paz, etc.* En conclusión, el crimen de agresión no requiere ningún *dolus, intención, mens rea o elemento subjetivo de conocimiento especial* para ver confeccionada su comisión, y esto tiene sustento dentro del Derecho Internacional general<sup>569</sup>.

En el seno del GETCA se ha llegado a la conclusión de que es más funcional retirar la referencia a esta cuestión del artículo 30 de los documentos de trabajo propuestos por el Coordinador: “*Después de recordar el debate sobre la utilización de “con intención y conocimiento” en la definición preliminar, tal como se reflejaba en el párrafo 55 del informe de 2004, los participantes convinieron en que el artículo 30 era una norma por defecto que debería aplicarse a menos que se especificara otra cosa. En consecuencia, la frase pertinente en el párrafo introductorio de la propuesta del Coordinador se podía eliminar*”<sup>570</sup>.

d) *el régimen de aceptación de la disposición que contenga la definición y las condiciones de la competencia (párrafo 3, 4 y 5 del artículo 121);*

Esta cuestión en particular es de total novedad dentro de los debates y trabajos del Grupo Espacial de Trabajo sobre el crimen de agresión, ya en el informe del 2004 nos encontramos alguna referencia expresa a este tema. Pero es en el informe de 2005 donde el Grupo Especial aborda la cuestión con mucha más técnica. Por ello, en la doctrina *iusinternacional* no encontramos ninguna referencia ni en pro ni en contra de los debates formulados en el seno del GETCA.

---

<sup>569</sup> Remítase al capítulo IV.2 de este trabajo, para verse las diferencias que se presentan entre el crimen de agresión y los demás ‘core crimes’.

<sup>570</sup> ICC-ASP/4/SWGCA/INF.1, Página 11, párrafo 51.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

Los debates se abordan bajo el epígrafe de: *1. Posibilidad de que un Estado “opte por la exclusión voluntaria” de la jurisdicción de la Corte.* Y el problema puede ser planteado así:

En el momento en el que la concreción típico-conceptual del crimen de agresión se consolide y las condiciones del ejercicio de la competencia se hayan concretado, es decir, que exista ya un consenso generalizado sobre estas cuestiones, y se vaya a proceder a la incorporación del crimen de agresión al entramado jurídico del Estatuto de Roma, ¿estaremos ante una enmienda del Estatuto de Roma? O en realidad, ¿estaremos ante una faceta final —en clave de aprobación— de un proceso de creación que comenzó en Roma y que había quedado en suspenso hasta ese momento? Por otro lado ¿estas disposiciones serán aplicables a todos los Estados Parte?, o por el contrario ¿podrán algunos Estados rechazar la enmienda? Y por último, en el caso de los Estados que pretendan signar el Estatuto de Roma, después de la incorporación de las disposiciones de que habla el artículo 5.2, ¿podrán aceptar o no las *enmiendas*? En todo caso, nos encontramos ante un dilema central, respecto del crimen de agresión y su incorporación al Estatuto de Roma, y el cual se pretende resolver en los debates: ¿un Estatuto de Roma a la carta?

Todas estas cuestiones y las demás que se plantean, nos posicionan dentro de un sólo artículo del Estatuto de Roma, el artículo 121<sup>571</sup>; en consecuencia, la pregunta

---

<sup>571</sup> *Artículo 121 Enmiendas:*

- 1. Transcurridos siete años desde la entrada en vigor del presente Estatuto, cualquier Estado Parte podrá proponer enmiendas a él. El texto de toda enmienda propuesta será presentado al Secretario General de las Naciones Unidas, que lo distribuirá sin dilación a los Estados Partes.*
- 2. Transcurridos no menos de tres meses desde la fecha de la notificación, la Asamblea de los Estados Partes decidirá en su próxima reunión, por mayoría de los presentes y votantes, si ha de examinar la propuesta, lo cual podrá hacer directamente o previa convocación de una Conferencia de Revisión si la cuestión lo justifica.*
- 3. La aprobación de una enmienda en una reunión de la Asamblea de los Estados Partes o en una Conferencia de Revisión en la que no sea posible llegar a un consenso requerirá una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.*
- 4. Salvo lo dispuesto en el párrafo 5, toda enmienda entrará en vigor respecto de los Estados Partes un año después de que los siete octavos de éstos hayan depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación o de adhesión.*
- 5. Las enmiendas a los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente Estatuto entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. La Corte no ejercerá su competencia respecto de un*

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

totalizadora será: ¿Cuál de las disposiciones del artículo 121 deberá ser aplicable al crimen de agresión en su carrera de incorporación al Estatuto de Roma? En el informe del 2005<sup>572</sup> del Grupo Especial de Trabajo sobre el crimen de agresión, se puede apreciar que la cuestión esta reconducida a tres *enfoques* que, en general, aglutinan todas las anteriores inquietudes. Así el informe establece que el primer *enfoque* comporta que la disposición que debe ser aplicada al crimen de agresión es el párrafo 4 del artículo 121. Quienes defienden este enfoque sostienen que:

“... que era esencial mantener un régimen jurídico unificado con respecto a los crímenes sobre los que la Corte tenía jurisdicción. Según este enfoque, una vez que los siete octavos de los Estados Partes hubieran ratificado o aceptado una enmienda al Estatuto, la enmienda resultaría vinculante para todos los Estados Partes, con inclusión de los Estados que posteriormente pasaron a ser partes. Además, se alegó que el crimen de agresión ya estaba incluido en el Estatuto y que los Estados Partes ya lo habían aceptado al pasar a ser partes en el Estatuto; en consecuencia, un método de “opción de aceptación” del crimen de agresión tal como estaba previsto en el párrafo 5 del artículo 121 era contrario al Estatuto. Otro argumento en favor del párrafo 4 era que el crimen de agresión no debería tratarse de manera diferente de los demás crímenes en el marco de la jurisdicción de la Corte. Como argumento adicional contra la aplicabilidad del párrafo 5 del artículo 121 se declaró que el Estatuto debería constituir un conjunto coherente<sup>573</sup>.”

Este enfoque tiene una virtud especial, y es que propone una solución que no es ajena a la metodología del Estatuto de Roma:

“... si acaso, un enfoque de “opción de exclusión” era preferible al enfoque “de opción de aceptación” que se reflejaba en el párrafo 5 del artículo 121. A este respecto, se mencionó la cláusula de “opción de exclusión” que figuraba en el artículo 124, y algunos Estados repitieron sus críticas de esa disposición. Se manifestó la opinión de que la disposición de

---

*crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya aceptado la enmienda.*

6. *Si una enmienda ha sido aceptada por los siete octavos de los Estados Partes de conformidad con el párrafo 4, el Estado Parte que no la haya aceptado podrá denunciar el presente Estatuto con efecto inmediato, no obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 127 pero con sujeción al párrafo 2 de dicho artículo, mediante notificación hecha a más tardar un año después de la entrada en vigor de la enmienda.*

7. *El Secretario General de las Naciones Unidas distribuirá a los Estados Partes las enmiendas aprobadas en una reunión de la Asamblea de los Estados Partes o en una Conferencia de Revisión.*

<sup>572</sup> ICC-ASP/4/SWGCA/INF.1

<sup>573</sup> ICC-ASP/4/SWGCA/INF.1, Página 6, párrafo 8.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

“opción de exclusión” proporcionaría un régimen jurídico más unificado que el enfoque de “la opción de aceptación” (párrafo 9).

El segundo *enfoque* se encuentra nutrido por todas aquellas delegaciones que consideran que respecto del crimen de agresión, la disposición que debe aplicarse es la contenida en el párrafo 5 del artículo 121. Así manifestaron sus deferentes posturas:

“... se sostuvo que un Estado tendría que optar por la aceptación antes de reconocer la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión.

11. Se expresó la opinión de que la incorporación del crimen de agresión entrañaría automáticamente una modificación del artículo 5. Como el párrafo 5 del artículo 121 se refería al artículo 5, era obvio que el párrafo 5 del artículo 121 era aplicable automáticamente.”

Por último, el tercer *enfoque* implicaba que la disposición a ser aplicada no era ni el párrafo 4 ni el 5 del artículo 121, sino que era el párrafo 3 del mismo artículo, y se sostuvo que:

“El tercer enfoque consideraba que el párrafo 2 del artículo 5 sólo requería la “aprobación” de la disposición para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte y señalaba que en esa disposición no figuraba ninguna referencia a una “enmienda”. Según esta opinión, la aprobación por la Asamblea de los Estados Partes bastaría para entrar en vigor de manera que sólo se aplicaría el párrafo 3 del artículo 121.” (párrafo 14)

La cuestión de saber cual de las distintas disposiciones del artículo 121 del Estatuto de Roma deberá ser aplicada al crimen de agresión, no es para nada fácil o simple; por el contrario, es complicada pues el tomar una decisión en un sentido o en otro, comporta importantes consecuencias para el régimen de vigencia del crimen en cuestión. Por nuestra parte, nosotros nos identificamos más con el primer enfoque, que sostiene que el párrafo 4 del artículo 121 debe ser el que se aplique, sobre todo por que este enfoque se cimienta sobre el presupuesto de que el crimen de agresión ya tiene sustantividad normativa como categoría jurídico-penal dentro del Estatuto de Roma, una categoría jurídico-penal indeterminada sí, pero no vacía de contenido; y por esta misma razón nos sentimos atraídos por el enfoque tercero (párrafo 3 del artículo 121), aunque consideramos inviable este último.

Entendemos también que, el enfoque segundo (párrafo 5 del artículo 121) engendraría el problema de tener un sistema de aplicación del Estatuto diferenciado, lo

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

que implica un Estatuto de Roma a la carta. Además, consideramos que la mayor crítica a este enfoque es que parte del presupuesto de que el *crimen de agresión no está incluido* dentro del entramado jurídico que supone el Estatuto de Roma; pues la naturaleza y función del párrafo 5 del artículo 121, es en definitiva aplicable sólo a los *nuevos crímenes que sean incorporados al universo competencial de la Corte Penal Internacional, lo cual sólo se podría hacer mediante una adición al artículo 5, pues en él se establece este universo competencial en términos generales.*

Por todo ello, nosotros estamos en la línea de pensamiento y de propuesta que el primer enfoque supone, y creemos que la propuesta de la “cláusula de exclusión” es en sumo grado interesante y viable, pues no sólo es preferible esta cláusula a la “cláusula de aceptación” del párrafo 5, sino que esta muy acorde con el espíritu del Tratado en general y no es una fórmula extraña a él, pues esta cláusula ya está prevista en el artículo 124.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

### **COROLARIO**

*“El derecho para nosotros se dirige a las conductas y es finalista porque enfoca éstas hacia el telos de la existencia. Recibe en su seno los bienes jurídicos y tiene, como fundamental contenido, la justicia y la libertad.”<sup>574</sup>*

*“finis legis non cabit sub lege” Suárez.*

Aunque en objetivo principal del presente trabajo de investigación no es arribar a una definición pragmático-funcional idónea de lo que debe ser el crimen de agresión dentro del derecho Internacional general<sup>575</sup>, sino que este propósito se inserta en el concierto de objetivos del trabajo de investigación, que en resumen es el presentar un análisis y sistematización sucintos, jurídicos y no exhaustivos de las cuestiones —en clave aporética— que plantea este crimen de, y en, Derecho Internacional Penal tanto el general como el de Roma. Por ello, de todo lo expuesto en este capítulo, y amenera de corolario, se desprende que es necesario el formular una propuesta de definición típica-conceptual del crimen de agresión que se inserte en el orden de ideas, de tal crimen, como *ley*, en la que quede plasmada la naturaleza del crimen como *norma* de derecho internacional general y convencional y que, además, esta definición típica-conceptual sea una confirmación de nuestra posición ya sostenida antes<sup>576</sup> respecto a que: toda disposición relativa al crimen de agresión y encaminada a definirlo y a proveer las condiciones del ejercicio de la competencia por parte de la CPI, debe ser única y necesariamente inserta en el marco del párrafo 2 del artículo 5 del Estatuto.

En efecto, pensamos que en todos y cada uno de los intentos del ser humano — desde los más remotos<sup>577</sup> hasta los más recientes— de considerar, sancionar y regular al

---

<sup>574</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Lecciones de derecho...*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>575</sup> “The starting point for most discussions on the topic of aggression is the Charter and judgment of the International Military Tribunal at Nuremberg (IMT). However, when addressing the definition of the Act of Aggression this is of no use. The Charter of the IMT recognized the criminality of aggression in the form of the Crime Against Peace, the triggering event of which was a “war of aggression”, however, neither the statute nor the judgment made any attempt to define such a war but rather, found such to have occurred on the facts of the case on the basis *res ipsa loquitur*.” GRIFFITHS, Richard L., “International law, the crime of aggression and...”, *op. cit.*, p. 314.

<sup>576</sup> Véase en este mismo capítulo V.1.B epígrafe ii.

<sup>577</sup> “... l’agression a été tout naturellement l’objet des premières réglementations. La première guerre mondiale va marquer le début de cette période ou la guerre d’agression devient

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

fenómeno bélico desde el derecho, debe observarse un teleológico anhelo de alcanzar tarde que temprano su prohibición y abolición —a través del derecho— en cualesquiera de sus manifestaciones e intensidades. Esto nos lleva a considerar que los avances en este rubro del progreso y herencia jurídica humana, no deben entenderse como simples pasos encaminados a acotar y contener al fenómeno bélico dentro de los cauces del derecho y la legalidad procedimental; sino como pasos contundentes e inacabados hacia la proscripción, por medio del derecho y con base en la razón, de la guerra y —con ello— el fin de la barbarie<sup>578</sup>.

En esta tesitura, la concreción típica-conceptual del crimen de agresión se identifica como uno de los últimos escaños o estadios evolutivos en esa carrera hacia la proscripción, y la cristalización de toda la evolución inmediata y mediata anterior del Derecho de Gentes respecto del *ius ad bellum* y el *ius in bellum*, transmutando en un *ius contra bellum*. Este estadio evolutivo de la proscripción de la guerra, es decir, la asunción del crimen de agresión a la arena iusinternacional, se entiende a su vez no sólo como el *telos* de la evolución y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional, sino como una fase, inserta en algún punto más bien pasando el meridiano, catalizadora y basamento de la evolución hacia lo que Kant llamó “la paz perpetua” y una paz “por medio del derecho” para decirlo en palabras de Kelsen.

De entre los obstáculos con que la concreción típica conceptual del crimen de agresión se topa, podemos destacar el hecho de que se centra la visión en la cuestión de la determinación de agresor. Así pues, de cualesquiera forma que se defina el crimen de agresión esta comportará la determinación de lo que la agresión es, por supuesto, cosa que por otro lado no es tan difícil, casi nos bastaría lo que cualquier ciudadano del mundo

---

synonyme de guerre illicite.” DUMÉE, Marie en: ASCENCIO, HERVET ; DECAUX, Emmanuel et PELLET, ALLAIN (Directoires), *Droit International... op. cit.*, p. 251.

<sup>578</sup> En este sentido la profesora de la Universidad de Sevilla Eulalia PETIT DE GABRIEL, en su excelente libro: *LAS EXIGENCIAS DE HUMANIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL TRADICIONAL (1789-1939)*, Madrid, Tecnos, 2003, al hablar de la distinción entre el derecho de la paz y el derecho de la guerra en DI tradicional, nos comenta: “El recurso a la guerra es objeto de discusión doctrinal durante este periodo histórico en tanto que facultad discrecional del Estado. Asimismo, es objeto del desarrollo normativo tendente a la proscripción de la fuerza en las relaciones internacionales. (...) el debate sobre la guerra justa no desaparece radicalmente: su pervivencia doctrinal se encabalga con la evolución normativa hacia la proscripción de la guerra...” p. 118.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

piense qué es agresión, y más o menos nos dará la pauta a seguir en el camino a su definición, es pues cuestión de sentido común; problema más enraizado es el hecho que en esa definición subyacerá la determinación del *agresor*. Lo que a primera instancia genera un recelo en todos y cada uno de los Estados, pues todos son candidatos al papel dramático-antagónico de agresor.

Por otro, debemos tener en cuenta que el efecto de cualquier definición que se adopte, enumerativa, objetiva o subjetiva será en último caso siempre restrictivo, pues en términos prácticos y reales, sería muy fácil determinar cuando estamos ante una agresión y en términos parecidos sería también relativamente fácil determinar al agresor, pues como digo sería el resultado del juego entre los datos objetivos y el sentido común. Así pues cualquier definición lo que plantea es la restricción a términos operativos (regidos por cuestiones extrajurídicas como: políticas, económicas, ideológicas, *culturales*, etc.) de los datos reales y del sentido común, en detrimento de la funcionalidad y, a ultranza, de la justicia.

Ahora bien, cabe mencionar que, aun cuando la definición legislativa del crimen de agresión se formule en el marco de una institución internacional (la Corte Penal Internacional) que se funda en acuerdo de voluntades soberanas; y que la Asamblea General de los Estados Parte (órgano de naturaleza política) sea quien delimite formalmente el tipo legal, esto no priva al crimen de agresión de su naturaleza específica de ser un *hecho internacional contra la comunidad internacional en su conjunto*<sup>579</sup> de especial envergadura. Pues, este crimen en especial, va inoculado de un germen civilizador contra la barbarie.<sup>580</sup> Además, de entrañar una evolución del derecho internacional general en tanto categoría jurídica propia del *ius cogens*.<sup>581</sup>

---

<sup>579</sup> Según nos informa la profesora Casilda RUEDA FERNÁNDEZ, este concepto lo propuso el profesor CARRILLO SALCEDO en los años 70, como sucedáneo del término crimen internacional. RUEDA FERNÁNDEZ Casilda, *Delitos de derecho...*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>580</sup> En términos utilizados por el profesor CARRILLO SALCEDO, al plantear la existencia de “*obligaciones positivas* de los Estados en la prevención y represión de la barbarie, esto es, de ilícitos cuya tipificación tiende a la protección de intereses de la comunidad internacional en su conjunto en tanto que bienes jurídicamente protegidos”. Prologo a: Casilda RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos de Derecho Internacional*, Bosch, 2001.

<sup>581</sup> Según se desprende de la Sentencia de 1970 Barcelona Traction párrafo 33 y 34, de la CIJ, en la cual sostiene que: “Estas obligaciones (*ius cogens*) resultan por ejemplo, de la prohibición de

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Luego de sostener todo lo antes dicho, es menester tratar de exponer una serie de propuestas que algunos doctrinario se han dado a la tarea de elaborar, y que nos serán de utilidad para intentar hacer una propuesta sobre el tema de la concreción típica-conceptual penal del crimen de agresión y sobre las condiciones del ejercicio de la competencia por parte de la CPI.

Comencemos por el profesor B. FERENCZ, al que su trabajo y dedicación de muchos años, le vale el primer lugar en el catalogo de las citas y menciones; pues el profesor nos propone que las disposiciones de que habla el artículo 5.2, debe quedar así:

“(1) The Definition of Aggression:

For purposes of this Statute, aggression shall be defined as set forth in General Assembly Resolution 3314 (xxix) on December 14, 1974.

Particular attention is drawn to the reaffirmations contained therein of "the duty of States not to use armed force to deprive peoples of their right to self-determination, freedom and independence, or to disrupt territorial integrity," and that "the territory of a State shall not be violated by being the object even temporarily of military occupation taken by another State in contravention of the charter". Furthermore, "any annexation by the use of force of the territory of another state or part thereof" may qualify as an act of aggression. Nothing can prejudice the above rights. Particularly of "peoples under colonial and racist regimes or other forms of alien domination."

(2) Elements of the Crime of Aggression:

- 1- The perpetrator was a leader or organizer who actively participated in or ordered the planning, preparation, initiation or waging of acts of aggression by a State.
- 2- The perpetrator occupied a position of such authority or power that the elements of intent and knowledge can reasonably be inferred from the facts and circumstances.
- 3- The aggression was of sufficient gravity to be comparable, in magnitude, intensity and actual injurious consequences, to be equivalent to a war, whether declared or not.

(3) Role of the Security Council:

No complaint of aggression may be brought under this Statute unless the Security Council has first determined that a State has committed the act of aggression which is the subject of the complaint. Failure of the Council to respond to allegations of aggression

---

los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona....”.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

within a reasonable time shall not prevent the court from investigating the charges and publishing its findings and recommendations.

Particular attention is drawn to the fact that humanitarian intervention by the use of force without prior authorization by the Security Council shall not constitute an act of aggression if it is shown that the intervention was a last resort after other available means had been exhausted, that the intervention was for purely humanitarian purposes and not motivated by the self-interest of the intervening party, and to the maximum extent possible, was carried out in a manner designed to protect the human rights of all persons concerned.

Particular attention is drawn to the fact that both the Security Council and the Court are bound by article 1 of the United Nations Charter that calls for the suppression of acts of aggression "in conformity with the principles of justice and international law." In determining whether an individual is guilty of the crime of aggression, the Court shall be completely independent in its judgment.<sup>582</sup>

Por otro lado, tenemos la definición que MULLER-SCHIEKE nos propone:

“1. For the purpose of the present Statute, the crime of aggression means either of the following acts committed by an individual who is in a position of exercising control or directing the political or military action of a state: (a) planning;

(b) preparing;

(c) initiating; or

(d) carrying out an armed attack of that state directed against the territorial integrity or political independence of another state in violation of the Charter of the United Nations.

2. The Court shall exercise its jurisdiction with regard to the crime of aggression subject to a consideration by the Security Council in accordance with Article 39 of the Charter, whether an act of aggression has been committed by the state concerned.

3. When a complaint regarding the crime of aggression has been submitted to the prosecutor, the Court shall first request the Security Council to make a determination with regard to the alleged aggression by the state concerned. If the Security Council does not pass such a resolution within six months of the request, the Court shall proceed with the case in question.

---

<sup>582</sup> FERENCZ, Benjamin, *Deterring Aggression By Law - A Compromise Proposal* – January 11, 2001.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

4. The decision of the Security Council shall not be interpreted as in any way impairing the Court in the exercise of its jurisdiction with regard to the crime of aggression.”<sup>583</sup>

Como podremos observar, las definiciones de FERENÇZ y MULLER-SCHIEKE ponen el énfasis en el rol que el Consejo de Seguridad debe jugar respecto del crimen; mas en nuestra opinión el profesor FERENÇZ es mucho mas preciso que MULLER-SCHIEKE, ya que él hace referencia a la resolución 3314 de la Asamblea General para que el Consejo de Seguridad se ayude en la determinación del acto de agresión atribuible a un Estado. Como ya hemos expuesto antes el crimen de agresión posee una naturaleza *sui generis* en clave dual: política y jurídica, por ello tampoco podemos estar de acuerdo con MULLER-SCHIEKE cuando propone que “If the Security Council does not pass such a resolution within six months of the request, the Court shall proceed with the case in question”. Ante tal situación debemos considerar que la normativa contenida en el artículo 39 de la Carta de la ONU, no sólo se identifica con una prerrogativa del Consejo de Seguridad o como una obligación a cargo de la CPI (en su caso), sino también como un derecho y garantía del debido proceso de los eventuales enjuiciados por la comisión del crimen de agresión.

El profesor Martin HUMMRICH nos presente una propuesta un tanto diferente a las otras que hemos tenido oportunidad de analizar. Veamos la aportación del profesor HUMMRICH:

“The crime of aggression is committed by an individual who is in a position of exercising control or capable of directing the political or military action of a State”. Furthermore, “(…) the crime of aggression means the carrying out of an armed attack, directed by a State against the territorial integrity or political independence of another State, when this armed attack was undertaken in manifest contravention of the Charter of the United Nations with the object of establishing a military occupation of or annexing, the territory of such other State or part thereof by armed forces of the attacking State”.<sup>584</sup>

Como podremos notar, la propuesta del profesor no hace referencia a la agresión como tal, sino solo al crimen de agresión, así nos dice que: “...the crime of aggression

---

<sup>583</sup> MULLER-SCHIEKE, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression”..., *op. cit.*, p. 428.

<sup>584</sup> HUMMRICH, MARTIN, *Der völkerrechtliche Straftatbestand der Aggression: Historische Entwicklung, Geltung und Definition im Hinblick auf das Statut des Internationalen Strafgerichtshofes*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, 259 pp, p. 239.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

jeans the carrying out of an armed attack...” Y eso no es todo, sino que introduce un elemento cualitativo al ataque, así propone que... “when this armed attack was undertaken in manifest contravention of the Charter of the United Nations with the object of establishing a military occupation of or annexing”. Nosotros consideramos que esto reduce seriamente las posibilidades del crimen de agresión —en términos técnicos y realizativos— a la postre pues, como ya hemos sostenido antes: una cosa es la agresión como acto, y otra cosa es el crimen de agresión como categoría jurídica criminal del ordenamiento internacional. Además, esta definición de HUMMIRICH no contiene ninguna referencia al papel del Consejo de Seguridad, omisión que para nosotros resulta insostenible.

Otra de las propuestas que tenemos la oportunidad de exponer es la del profesor Richard GRIFFITHS, que ya en otros apartados de este trabajo hemos expuesto sus valiosas aportaciones sobre el tema, así pues el profesor GRIFFITHS nos propone:

*“1. For the purposes of this Statute, the Act of Aggression means the use of force which is more than de minimis by a state directed against the territorial integrity, political independence or sovereignty of another state or otherwise in violation of the Charter of the United Nations.*

*2. For the purposes of this Statute, the Crime of Aggression means an act committed by a person who, being in a position to exercise control over or direct the political or military actions of a State, intentionally or knowingly orders or participates actively in the planning, preparation, initiation or waging of an Act of Aggression.*

*3. The International Criminal Court shall not exercise its jurisdiction until such time as a body of the United Nations which is empowered by international law to make a determination as to the existence or otherwise of an Act of Aggression, has made such a determination or has declined to determine the issue.*

*4. The determination by a body of the United Nations referred to in paragraph (3) shall not be interpreted as in any way affecting the independence of the Court in deciding on the commission of the Crime of Aggression by a given person.*

*5. The Court shall not find a defendant guilty of the Crime of Aggression unless it is satisfied that all the relevant requirements of the present Statute have been met.”<sup>585</sup>*

---

<sup>585</sup> GRIFFITHS, Richard L., “International Law, the Crime of Aggression and...”, *op. cit.*, p. 372. El profesor GRIFFITHS defiende su definición de la siguiente manera: “The author is of the opinion that the definition proposed in this article is sufficiently clear to satisfy the principle of

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

Ésta definición anterior, esta muy en consonancia con todo el trabajo del profesor GRIFFITHS, sin embargo, por todas las razones que en este trabajo hemos esgrimido, no nos es posible estar de acuerdo enteramente con el profesor, para mayor evidencia, más adelante expondremos nuestra propuesta concreta.

En términos generales, consideramos la propuesta del profesor Benjamin FERENCZ como la más viable, por ello rubricamos nuestra adherencia, y con la que nos distanciamos sólo en la cuestión de estilo, y en las siguientes consideraciones que nosotros le añadiríamos:

1. La cuestión de la extralimitación de la legítima defensa, pues consideramos que la legítima defensa solamente excluye el carácter criminal de la agresión, aunque esta en realidad se presenta como un hecho objetivo y comprobable históricamente, por ello al extralimitarse en el ejercicio de ese derecho inmanente de legítima defensa, destruye el carácter excluyente de esta, y hace surgir de nuevo y —por ende— prevalecer el carácter criminal de la agresión<sup>586</sup>.

2. la cuestión de que el crimen de agresión no estuviera limitado por cuestiones técnico-legalistas, es decir, que si se emprende una invasión o alguna otra acción armada contra algún Estado cualquiera por razones humanitarias o de otra índole, así si estas

---

legality for the following reasons. Firstly, a greater degree of complexity can be tolerated as the criminalization does not apply to the man in the street, but only to those who are in a position of leadership which, as a fiduciary position in relation to the citizenship of a state, carries with it a duty, and the resources, to inform oneself of the rules and laws relating to the position. Secondly, and most importantly, the concepts used in the definition are generally understood within the fields of international law and international relations; when taken separately, each concept is easily understood. Where there is dispute or uncertainty this is due to a dearth of litigation on the point; it is not that the dispute cannot be resolved, but that it has not yet been addressed in an appropriate judicial forum. The disputed words and concepts can be resolved by negotiation between the State parties, by the International Criminal Court itself or, most preferably, by the International Court of Justice in an Advisory Opinion. That said, even were the disputed parts of the definition left to the ICC to resolve, the definition would, in the present writer's view be sufficiently clear; were one to ask a passer-by on the street what the definition meant the writer suspects one would receive a coherent and generally correct answer. It is a mistake to underestimate the intelligence of the passer-by." Ídem, p. 371.

<sup>586</sup>“Pues la causa profunda de la guerra es la intención hostil y no el sentimiento de hostilidad.” ARON, Raymond, *Paz y guerra entre...*, *op. cit.*, p. 46.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

acciones se extralimitan o desvirtúan su propósito, se conviertan en un crimen; para ello es necesario encontrar una fórmula jurídica idónea<sup>587</sup>.

3. La imprescriptibilidad de la que habla el Estatuto de Roma, debe ser aplicada al crimen de agresión, pero no en el sentido apuntado para los demás crímenes, sino en el sentido de que el Consejo de Seguridad en un hipotético caso en el que haya decidido no pronunciarse sobre la determinación de un acto de agresión, luego —al cambiar las coordenadas de la situación política que condicionaron esa decisión— pueda virar su pronunciamiento a favor de la determinación del acto de agresión.

4. Creemos que una mención expresa a la resolución 3314 de 14 de diciembre de 1974 de la Asamblea General, no tiene ninguna relevancia y sólo contribuye a la confusión y el rebuscamiento de la concreción típico-conceptual del crimen de agresión, pues en esencia esta resolución no es vinculatoria para el Consejo de Seguridad, así que este previsiblemente no la tomará en cuenta como no lo ha hecho en sus ya tres décadas de existencia. Así que el tipo legal del crimen de agresión no debe contener una referencia tal resolución.

5. La mención expresa de que, el crimen de agresión tenga su base procesal de procedencia o condiciones para el ejercicio de la competencia, en la determinación, por parte del Órgano de la ONU competente para ello, de un acto de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz y acto de agresión. Y así ser más congruente con el espíritu de la Carta de San Francisco. Y con especial referencia al acto de amenaza de la paz, como la forma más evidente del crimen de agresión en grado de tentativa.

Con base en todo lo que hemos expuesto, es momento de exponer nuestra propuesta de tipo penal del crimen de agresión dentro del Estatuto de Roma, la cual reza:

*A los efectos del presente Estatuto, se entiende por crimen de agresión aquellos actos que:*

---

<sup>587</sup> “**definición.** (Del lat. definitio, -ōnis). f. Acción y efecto de definir. || **2.** Proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial.”. Según las reglas que la lógica marca para la consecución de una definición correcta, nos dicen que ésta debe ser: “Breve. Aplicable a todo y a sólo lo definido, Clara, La palabra definida no debe emplearse en la definición, No debe ser negativa, Debe indicar atributos esenciales.”. GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, *Introducción a la lógica*, México, editorial ESFINGE, 2000.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

*1) previamente han sido calificados como: una amenaza a paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, primordialmente por el Consejo de Seguridad en base a los artículos 24 y 39 de la Carta de las Naciones Unidas o, por la Asamblea General sobre la base de los artículos 11 y 12 de la misma Carta o, por la Corte Internacional de Justicia sobre la base de su Propio Estatuto; y que además,*

*2) hayan sido cometidos por cualquier persona que estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, ordena o participa activamente en la planificación, preparación, iniciación o realización de los actos materia del crimen.*

## ***CONCLUSIONES***

## **CONSIDERACIONES FINALES**

*“...puesto que las guerras nacen en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz”<sup>588</sup>*

*“Para los hombres de ciencia —como para Platón— las ideas son la única realidad. Esta realidad abstracta conduce a nuestro espíritu al convencimiento de lo concreto.”<sup>589</sup>*

Después de todo el esfuerzo intelectual —y demás ídoles— realizado hasta ahora es necesario, y estamos en oportunidad de ello, redactar un ejercicio de concentración y simplificación, y mostrar un ideario, nuestro ideario, acerca del crimen de agresión. Obviamente todo lo dicho y sostenido en el presente trabajo de investigación da muestra —ya no sólo de nuestras ideas, sino también y sobre todo— de nuestros ideales más íntimos y confesables sobre el tema. Creemos que, aunque el crimen de agresión corresponde a un estadio, de los más altos, de la evolución y progreso de la humanidad, que ve en la comunidad internacional en su conjunto su hábitat ideal, y a la sociedad internacional como un paso previo a tal fin, empero, este *progreso o evolución* corresponde a un rubro en particular: al progreso social, técnico o práctico de la humanidad, más no a un progreso ético o espiritual<sup>590</sup>. Creemos también que, para que la humanidad enderece su andadura hacia derroteros más éticos más espirituales, y alcance ciertos estadios —cuando menos los más incipientes— de ese progreso, es necesario que pasen aún más siglos. Por ello estamos íntimamente de acuerdo con las sabias palabras del *profeta* Gibrán Jalil Gibrán<sup>591</sup>.

---

<sup>588</sup> Preámbulo de la constitución de la UNESCO, 16 de noviembre de 1945.

<sup>589</sup> CARREL Alexis, *La incógnita del Hombre*, México, 9ª edición, editorial Época, 1967.

<sup>590</sup> HÖOFFE, Otfried, *Giba es in der geschichte einen juristischen Rechtsfortschritt?, G. Blumle: fortschritt und Shopfungsglaube oder die Machbarkeit des Glucks*, Verlag Schnell und Steiner, Munich, 1984, p. 34-55. en castellano lo encontramos en: Estudios sobre teoría del derecho y la justicia, biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, distribuciones Fontamara, México 1997.

<sup>591</sup> “Y uno de los jueces de la ciudad, adelantándose dijo: “Háblanos del crimen y del castigo”. Y él respondió: (...) En vosotros todavía hay mucho que es hombre, y mucho que todavía no lo es, una forma grotesca que camina dormida entre la niebla en busca de su propio despertar.(...) Mas yo os digo que, de igual forma que el más santo y el más justo no puede elevarse por encima de lo más sublime que existe en cada uno de vosotros, tampoco el débil y el malvado

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

La existencia de cierta conciencia, más o menos extendida tanto en coordenadas de tiempo como de lugar, respecto del carácter criminal (que no maléfico o devastador) de la guerra y, sobre todo, del iniciar una guerra de carácter agresivo —es decir, la criminalización de la agresión— históricamente verificable. Y se advierte una suerte de progreso en el orden de ideas apuntado por el profesor Otfried HOFFE, estos es, un progreso *Técnico* en tanto que se comienza a someter algunas cuestiones relativas a la guerra al imperio del derecho; *Pragmático* en cuanto que este imperio del derecho se comienza a extrapolar, de ciertas cuestiones puntuales, hacia la totalidad de la *guerra* como tal; y un estos dos ordenes se desarrollan sustentados en un relativo y —a su vez— dinámico progreso *Ético*, que se caracteriza por la conciencia jurídica del carácter criminal de la guerra considerada en la totalidad de sus facetas, dimensiones y manifestaciones. Además, las transformaciones antes mencionadas se encuentran catalizadas por una dinámica humanizadora del Derecho Internacional.

Pero además, no es sino hasta la creación de la ONU que la criminalización de la agresión encuentra su expresión como norma convencional positiva del Derecho Internacional general; creando con ello un novísimo orden internacional sobre la base de una prohibición general del uso y amenaza de uso de la fuerza, en el artículo 2.4 de la Carta. La prohibición del uso y amenaza de uso de la fuerza en las relaciones internacionales entraña la criminalización de la agresión, y esto se identifica con una norma convencional que, encuentra su expresión positiva en el artículo 2.4. Y esta norma convencional comporta una evolución jurídica trascendental, pues en general, a partir de la Carta de San Francisco las relaciones internacionales parten de un presupuesto lógico irreductible: la paz. Así mismo podemos advertir que la sociedad internacional

---

pueden caer más debajo de lo más de lo más bajo que existe en cada uno de vosotros.(...) Y sabed esto también, aunque mis palabras hieran con fuerza vuestros corazones. El asesinado es también responsable de su propio asesinato. Y el robado es también responsable de su propio robo. Y el justo no es inocente de los actos del malvado. Y el puro no es ajeno a los actos del felón.(...) No podéis separar al justo del injusto, ni al bueno del malvado.(...) Y vosotros jueces que pretendéis ser justos. ¿Qué sentencia pronunciaréis contra quien, aunque honesto según la carne, es ladrón en espíritu? ¿Qué condena impondréis a quien asesina según la carne cuando él mismo ha sido muerto en el espíritu?(...) Y sin embargo, no podréis imponer el remordimiento en el corazón del inocente, ni hacerlo desaparecer del corazón del culpable.(...) Y vosotros, los que os pretendéis llamados a entender de lo justo y de injusto, ¿Cómo podríais hacerlo si no miráis todos los hechos a plena luz del día?”

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

progresivamente más institucionalizada, nunca más ha retrocedido este estadio de evolución iusinternacional por vía de lo jurídico, no así por vía de los hechos; en otras palabras, la sociedad internacional en su conjunto no ha dado marcha atrás al proceso de criminalización de la barbarie —incluso en clave de crimen de agresión— lo que significaría una involución jurídica trascendental, sino que todas las retrotracciones realizados a estos procesos han sido sólo del orden fáctico y siempre agudizando cada vez más los argumentos jurídicos y políticos para su justificación. Pero eso sí, siempre desde una dialéctica dictada por —y basada en— este estadio de evolución jurídica de la sociedad internacional en su conjunto; lo que no deja de ser —consideramos— una expresión más del ancestral tópico de la tensión dialéctica entre lo político y lo jurídico.

A su vez, actualmente el Derecho Internacional Penal y más concretamente la criminalización de las guerras de agresión y por antonomasia el crimen de agresión, se inscriben en ese tránsito de lo *tradicional* hacia lo *contemporáneo*, que es propio del Derecho Internacional General en el discurrir histórico, y participa de los atributos tripartitos propios de este tránsito que son, en palabras del profesor CARRILLO SALCEDO, institucionalización, socialización y humanización.

Consideramos que, para tener una mejor posición en el debate y el trabajo que en la actualidad se está desarrollando respecto del crimen de agresión, es muy importante no perder de vista su naturaleza *sui generis*. Pues, el hecho de que el crimen se encuentre contenido en el artículo 5 del estatuto junto con otros crímenes trascendentes para la comunidad internacional, no supone que el proceso y estadio de evolución y concreción jurídica de ambos cuatro crímenes sean iguales. La cuestión es que el crimen de agresión responde a un proceso evolutivo diverso al de los tres restantes y que además, la misma naturaleza del crimen es *sui generis* en clave dualista: la política y la jurídica. Y sobre todo, ni el estadio de evolución jurídica que el crimen de agresión guarda actualmente, se corresponde a una etapa incipiente o previa del actual estadio de evolución de los otros crímenes, ni el actual estadio evolutivo que guardan los crímenes de Genocidio, Lesa Humanidad y de Guerra, es el rumbo escalonado hacia donde este crimen se mueve en su evolución. Y esta naturaleza dual del crimen de agresión no debe despistar y desalentar a nadie, pues aunque, al momento de la adopción de la definición del tipo penal y de las condiciones del ejercicio de la competencia, se encuentre presente la tensión dialéctica

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

entre lo *político* y lo *jurídico*, este último se sirve de aquel para su concreción en un momento dado; es decir, el aspecto *político* cumple funciones vehiculares y catalizadoras

A raíz de estas consideraciones nosotros creemos que el artículo 5.1(d) y párrafo 2 concretan una codificación respecto del Derecho Internacional preexistente a la Conferencia de Roma, pues incluye al crimen de agresión dentro de los “core crimes” de la Corte; y se identifica con una expresión de la dinámica de desarrollo progresivo del DI en el siguiente sentido: desde la resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974 la sociedad internacional institucionalizada no había realizado ningún jaloneo de desarrollo normativo y codificación con respecto al crimen de agresión, y en aquellos entonces —al igual que en todas las veces que la sociedad internacional se había ocupado de la cuestión de la agresión— la cuestión quedó centrada en la “definición de la agresión” y en la “determinación del agresor”, y no en cuestiones relativas a la concreción típico-conceptual del crimen de agresión.

Ahora en la dinámica de la CPI, el crimen de agresión ha pasado, de estar en la indefinición completa y contar sólo con la definición de la agresión (cuestión material-objetiva), a un estadio más acabado en donde la cuestión ya no es meramente material-objetiva, sino sobre todo, jurídico-sustantiva y jurídico-adjetiva. Ahora la cuestión se centra en los elementos del crimen y las condiciones del ejercicio de la competencia por la CPI, según se desprende del párrafo 2 del artículo 5, y no en la cuestión de definir el “hecho agresivo” y fijar los criterios objetivos sobre los cuales se determinara al “agresor”.

Así pues el Estatuto de Roma lleva la cuestión del crimen de agresión a una dinámica evolutiva más jurídica, así pues los trabajos de los Estados, del Grupo Especial de Trabajo sobre el crimen de agresión y de la doctrina se ven reconcentrados a dos cuestiones puntuales como son: los elementos del tipo y las condiciones del ejercicio de la competencia (artículos 5 párrafo 2, artículo 121 y 123); y traza una delimitación conceptual y práctica necesaria entre los dos regímenes de responsabilidad internacional: la estatal y la individual, decantándose por ocuparse de esta última en exclusiva (artículo 25.4). Como resultado de esto, todo el quehacer de los Estados dentro de los trabajos de la Asamblea de Estados Parte y de la doctrina iusinternacionalista estarán condicionados

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

por esta concreción jurídica operada en el Estatuto de Roma. Y creemos que esta evolución operada, no ha hecho más que comenzar y no tiene retroceso.

Como se ha podido observar a lo largo de todo en presente trabajo como una consideración argumental indeleble, el crimen de agresión ---al tener sustantividad como categoría jurídico-penal en el universo del Derecho Internacional general--- necesita de una concreción típica-jurídica operativa; obviamente no podremos hablar de una euritmia jurídica estructural del Estatuto de Roma mientras el crimen de agresión no este dotado de las disposiciones de que habla el artículo 5(2); pues bien, pensamos que esta concreción dentro del maderamen jurídico de la CPI puede darse, y al analizar los debates y avances que se están logrando en el Grupo Especial de Trabajo sobre el crimen de agresión, este pensamiento parece tener sustento. Claro en estas palabras se trasluce una esperanza, y la *“esperanza no nos pertenece a nosotros, sujetos cambiantes y a menudo indiferentes, la esperanza le pertenece a la vida, es la vida misma defendiéndose”*<sup>592</sup>. Con todo, la creación de la CPI, con su categoría jurídico penal más civilizadora ---el crimen de agresión---, cada vez más, se comienza a vislumbrar ese derecho común de la humanidad del que en ocasiones se habla:

“...por graves que hayan sido los retrocesos y los reveses, estamos evolucionando gradualmente hacia un Derecho común de la humanidad; estamos desarrollando gradualmente el Derecho de la comunidad mundial; estamos edificando gradualmente un nuevo mundo del Derecho; estamos aceptando gradualmente el concepto del Derecho al servicio de la humanidad. Existe amplia prueba de estas tendencias en cada pagina de la historia contemporánea. Ellas muestran de manera concluyente que sólo siendo impenitentes idealistas podemos ser realistas para la solución de los problemas actuales y aliviar nuestros presentes descontentos.”<sup>593</sup>

---

<sup>592</sup> CORTAZAR.

<sup>593</sup> La nota es de PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, op. cit., 2001, p. 32.

## ***BIBLIOGRAFÍA***

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

### ***ENCICLOPEDIAS, CÓDIGOS Y DICCIONARIOS***

**CORRAL SALVADOR, CARLOS y JUAN J. GONZALEZ RIVAS**, *Código Internacional de Derechos Humanos*, Madrid, editorial COLEX, primera edición.

*DICCIONARIO DE DERECHO INTERNACIONAL*, Moscú, Progreso, 1988.

*DICCIONARIO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS*,  
Publicación CICR; obtenido de la Internet en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/>

*ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA*, tomo I A, editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.

**LA ROSA, A. M.**, *Dictionnaire de droit international pénal, termes choisis*, Ginebra, Institute Universitaire de hautes études internationales, Presses Universitaires de Frances, 1998.

**MUÑIZ CASTRO, EMILIO-GERMÁN**, *Nuevo diccionario de derecho y relaciones internacionales*, Centro Iberoamericano de Terminología, Madrid, La Ley-Actualidad, 2003.

**OSMANCZYK, EDMUND JAN**, *Enciclopedia mundial de relaciones internacionales y Naciones Unidas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976.

**PAENSON, ISAAC**, *Manual de la terminología del derecho internacional público (derecho de la paz) y de las organizaciones internacionales*, traducción española bajo la dirección del prof. Medina, verificado por A. Sureda, Bruxelles, Bruylant, 1983.

**PALOMAR DE MIGUEL JUAN**, *Diccionario para juristas*, México, editorial MAYO, 1ª edición, 1981.

**SALADO OSUNA, ANA**, *Textos Básicos de Naciones Unidas*, Universidad de Sevilla, primera edición.

**VASCO V., MIGUEL ANTONIO**, *Diccionario de derecho internacional*, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana "Benjamín Carrión", 1986.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

### **MANUALES Y OBRAS SOBRE:**

#### **A) DERECHO INTERNACIONAL GENERAL:**

**ABELLÁN HONRUBIA, VICTORIA (dirección)**, *Prácticas de derecho internacional público*, Barcelona, Bosch, 2001.

**ABI-SAAB, GEORGE**, « les sources du droit international : essai de déconstruction », En *le droit international dans un monde en mutation, Liber Amicorum en Hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Arechaga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay 1994, pp. 29-49

**ACCIOLY, HILDEBRANDO**, *Manual de derecho internacional público*, Río de Janeiro, 11ª ed., Saravia, 1988.

**ANTOKOLETZ, DANIEL**, *Tratado DE Derecho Internacional Público*, La facultad, 1951.

**BROWNLIE, IAN**, *Principles of public international law*, Oxford, Clarendon Press, 2003.

**CALVO, CARLOS**, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, Paris, 1868.

**CARRILLO SALCEDO, J. A.**, *Derecho internacional privado*, Madrid, Tecnos, 1971.

**DEL ARENAL, CELESTINO.**, *Introducción a las relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 1990.

**D'ESTEFANO, MIGUEL**, *Derecho Internacional Público*, la Habana, editorial nacional de cuba, 1965.

**DE VISSCHER, CH.**, *Teorías y realidades en derecho internacional público*, Barcelona, Bosch, 1962.

**FENWICK, CHARLES**, *Derecho internacional*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963.

**FERNÁNDEZ DEL VALLE, AGUSTÍN BASAVÉ**, *Filosofía del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1ª reimpresión, 2001.

**FRIEDMANN, WOLFGANG**, *La nueva estructura del Derecho Internacional*, México, editorial Trillas, 1967.

**JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA**, *Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, 1980.

**KELSEN, HANS**, *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, editorial Ateneo, 1965.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

- MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO**, *Derecho Internacional público*, Madrid, Trotta, 2ª edición, 1995.
- MARTENS, FEDERICO DE.**, *Tratado de Derecho Internacional*, Madrid, La España moderna, tomo I, 1894,
- MAQUIAVELO, NICOLAS**, *Del arte de la guerra*, Madrid, Tecnos, 1995.
- OPPENHEIM, L.**, *Tratado DE Derecho internacional público*, tomo I y II, Barcelona, Bosch, 1966.
- ORTIZ AHLF LORETTA**, *Derecho Internacional Publico*, México, HARLA, 2ª edición, 1997.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A.**, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2001.
- *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003.
- *Lecciones de derecho internacional público*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Sección de Publicaciones, 1985.
- REMIRO BROTONS ANTONIO**, *Derecho internacional*, Madrid, editorial MacGraw-Hill, 1ª edición, 1997.
- RODRÍGUEZ CARRION, A.** *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 4ª ed., Madrid 1998.
- ROUSSEAU, CHARLES**, *Droit international public*, Paris, éditions Sirey, 1970.
- SEARA VAZQUEZ, MODESTO**, *Tratado general de la organización internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- *Derecho internacional público*, México, 1976.
- SEPÚLVEDA, CESAR**, *Derecho internacional*, México, Porrúa, 1980.
- SORENSEN, MAX**, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- SUN TZU**, *El arte de la guerra*, México, ediciones Leyenda, 2001.
- TUNKIN, G.I.**, *El derecho y la fuerza en el sistema internacional*, México, UNAM, 1989.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

### **B) DERECHO INTERNACIONAL PENAL:**

**AMBOS, KAI**, *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*, traducción de Ezequiel Malariño, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005.

**ASENCIO, HERVÉ ; DECAUX, EMMANUEL ET PELLET, ALLAIN (Directoires)**, *Droit International pénal*, Paris, A. Pedone, 2000.

**CASSESE, ANTONIO**, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

**GLASER, STEFAN**, *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1978.

**KITTICHAISAREE, KRIANGSAK**, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

**QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO**, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1950.

### **C) LA CORTE PENAL INTERNACIONAL:**

**BASSIOUNI, CHERIF; WILLIAMS, SCHARF, GURULÉ, ZAGARIS (eds)**, *International Criminal Law, Cases and Materials*, Durham, Carolina Academia Press, 1996.

— *The Statute of the International Criminal Court: De Documentary History*, New York: Transnational Publishers, 1998.

— *A draft international criminal code and draft statute for an international criminal tribunal*, Dordrecht [etc.], Martinus Nijhoff, cop. 1987.

— *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

**CASSESE, Antonio; GAETA, Paola and JONES, John R. W. D. (eds)**, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

**CARRILLO SALCEDO, J. A. (COORD.)**, *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

### **D) LAS RELACIONES INTERNACIONALES:**

**ARON, RAYMOND**, *Paz y guerra entre las naciones*, Madrid, Revista de Occidente, 1963.

**ARTAUD, D.**, *La fin de l'innocence. Les États-Unis de Wilson a Reagan*, Armand Colin, 1985.

— «Wilson a la Conférence de la Paix», *Revue d'histoire de la Deuxième Guerre mondiale*, 1981.

**BARBE, ESTHER**, *Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003.

**BARNES, H. E.**, *The genesis of World War*, New York, 1927.

**BAYLEY, T.**, *Woodrow Wilson and the Lost Peace*, New York, 1945.

**LLOYD, GEORGE**, *The truth about the Peace Treaties*, London, Gollancz, Ltd. 1938.

**RENOUVIN, P.**, *Le Traité de Versailles*, Flammarion, 1969.

**SEARA VAZQUEZ, MODESTO**, *La paz precaria*, 2ª edición, México, 1980.

**TEMPERLEY, H. W. V.**, *History of the Peace Conference of Paris*, Oxford, Oxford University Press, London, 1924.

**TRUYOL Y SERRA, ANTONIO**, *La sociedad internacional*, Madrid, Alianza Universidad, 2001.

**ZORGBIBE, CHARLES**, *Historia de las relaciones internacionales*, tomo 1 y 2, Madrid, Alianza Editorial, 1997,.

### **MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS SOBRE:**

#### **A) SOBRE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL:**

**ALLOTT, PHILIP**, “The Concept of International Law”, *EJIL*, Vol. 10, 1999 N. 1, p31.

**AMOS J. PEASLEE**, “The Sanction of International Law”, *The American Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2 (Apr., 1916), pp. 328-336.

**ARTEAGA NAVA, ELISUR**, “Los Estados y los tratados”, *Revista Mexicana de Justicia*, Vol. V, núm. 1, ene-mar 1987.

**BONET PEREZ, JORDI**, *Las reservas a los tratados internacionales*, Barcelona, Bosch, 1996.

**CANCADO TRINDADE ANTONIO A.**, *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Derechos Humanos Vol. 9.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

**CARRILLO SALCEDO, J. A.**, *Dignidad frente a barbarie*, Madrid, TROTTA, 1999.

— *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid, 1991.

— *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, 2001.

— “Reflections on the existence of hierarchy of norms in international law”, *EJIL*, vol. 8 (1997) No. 4.

**DUTTLI, M.TM y PELLANDINI, C.**, “El comité internacional de la Cruz Roja y la aplicación del sistema de represión de las infracciones de las normas del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 123, 1994.

**GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO**, *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*, México, UNAM, 1982.

— *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989.

**GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, ALONSO**, “El estado actual de la jurisdicción internacional y el futuro de la misma”, *jurídica*, núm. 12, México, 1980.

— *Temas selectos de derecho internacional público*, UNAM, México 1986.

**GROS ESPIELL, H.**, “No discriminación y libre determinación como normas imperativas de derecho internacional”, *anuario 6 del IHLADI*, p. 74.

**JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA**, “International Law in the Past Third of a Century”, 159 *Hague Recuil*, 1978.

**KAPLAN, M. Y KATZENBACH, N.**: *Fundamentos políticos del derecho internacional*, Limusa, México 1965,

**KELSEN, HANS**, *La paz por medio del derecho*, Madrid, Trotta, 2003.

— *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*, México, FCE, 1980.

— “Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals”, *California law review*, 31 (1943).

— « La technique du droit international et l'organisation de la paix », *Revue de Droit International et de Legislation Compareé*, 1934, 3<sup>a</sup> serie, vol. 15, pp 5-24.

— *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, 1996.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

- LA ROSA, A. M.**, “Trascendental reto para los tribunales penales internacionales conciliar las exigencias del derecho internacional humanitario y de un procedimiento equitativo”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 144, 1997.
- LAUDY MARION**, *Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya*, México, siglo XXI editores, 1988
- LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M<sup>a</sup> EUGENIA**, *Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: la legalidad de sus decisiones y el problema de su control*, Madrid, Civitas [etc.], 2003.
- MILLÁN MORO, LUCIA**, *La opinio iuris en el derecho internacional contemporáneo*, Madrid, editorial centro de estudios Ramón Areces, S.A.
- MOYANO BONILLA, CESAR**, *La interpretación de los tratados internacionales*, Montevideo, MBA, 1985.
- PETIT DE GABRIEL, EULALIA**, *Las exigencias de humanidad en el Derecho Internacional Tradicional (1789-1939)*, Madrid, Tecnos, 2003.
- ROBERTS, ANTHEA ELIZABETH** “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, *American journal of international law*, VOL. 95 October NO. 4, 2001
- SUY, ERIK**, *The concept of ius cogens in international law*, Geneva, 1967.
- TRUYOL Y SERRA, ANTONIO**, *Los Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 4<sup>a</sup> edición.  
— *Historia del Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1998.
- VIRALLY, MICHEL**, *El devenir del derecho internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.  
— *l'organisation mondiale*, paris, librairie Armand Colin, 1972.
- WALZ, GUSTAV ADOLF**, *Esencia del derecho internacional y crítica de sus negadores*, traducción de Truyol y Serra, Madrid, 1943.
- YASUAKI, ONUMA**, “International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society”, *EJIL*, Vol. 14, 2003, N. 1.
- ZABALA PORRAS, JOSE LUIS**, *El “ius cogens” como limitación a la validez de los tratados*, Tesis para obtener el título de licenciado en derecho, México, UNAM, 1976.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

### **B) SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL:**

**AMBOS, KAI**, “Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code Observations from an International Criminal Law viewpoint”, *EJIL*, Vol. 7, No.4, 1996, p.519.

— EZEQUIEL MALARINO, JAN WOISCHNIK (editores), *Temas actuales del derecho penal internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, cop. 2005.

— “The Role of the Prosecutor of an International Criminal Court from a Comparative Perspective”, *I.C.J. REVIEW* 45 (1997).

— *La nueva justicia penal supranacional: desarrollos post-Roma*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

— *Nuevo Derecho Penal Internacional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2002.

— “Responsabilidad Penal individual en el Derecho Penal Supranacional, un análisis jurisprudencial. De Nüremberg a La Haya”, *Revista Penal*, España (2000).

**ARMSTEAD, J.H. JR.**, The International Criminal Court: History, Development and Status, 38 *SANTA CLARA L. REV.* 745 (1998).

**ARDONA LLORENS, J. / GONZÁLEZ-CUSSAC, J.L. / GÓMEZ COLOMER, J.L.** (coord.), *La Corte Penal Internacional, un Estudio Interdisciplinar*, Valencia, Ed Tirant lo Blanch, 2003.

**BASSIOUNI, CHERIF**, “La Corte Penal Internacional”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, año 71, 1, 2, 3 y 4 trimestre, 2000, éres.

— *The International Criminal Court: observations and issues before the 1997-98, preparatory committee and administrative and financial implications* / joint project of International Association of Penal Law Chicago International Human Rights Law Institute, 1997.

— *International Crimes: Digest/Index of International Instruments 1815–1985*, Dobbs Ferry, New York, Oceana, 1985. Two Volumes.

— AND CHRISTOPHER L. BLAKESLEY, “The Need for an International Criminal Court in the New International Order”, 25 *VANDERBILT JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 151 (1992).

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

— From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: the Need to Establish a Permanent International Criminal Court. 10 *HARVARD HUMAN RIGHTS LAW JOURNAL* 11 (1997).

— “A Comprehensive Strategic Approach on International Co-operation for the Prevention, Control, and Suppression of International & Transnational Criminality”. 15 *NOVA LAW REVIEW* 354 (1991).

— “Observations on the Consolidated ICC Text Before the Final Session of the Preparatory Committee”. 13bis *Nouvelle études pénales* 1998. Toulouse, France, Association Internationale de Droit Pénale, 1998.

**BOISTER, NEIL**, “Transnational Criminal Law?”, *EJIL*, Vol. 14, 2003, N. 5.

**BRADLEY E. Berg**, “The 1994 ILC Draft Statute for an International Criminal Court: A Principled Appraisal of Jurisdictional Structure”. 28 *CASE WESTERN RESERVE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 22 (1996).

**CASEY, LEE A, RIVKIN JR, DAVID B**, “The Limits of Legitimacy: The Rome Statute's Unlawful Application to Non-State Parties”, *Virginia Journal International Law* Pages, 63-90.

**CASSESE, Antonio**, “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *EJIL* 1999, vol. 10 (1999), no. 1.

**DÖRMANN, KNUT**, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

**DUGARD, JOHN**, “Obstacles in the Way of an International Criminal Court”, 56 *CAMBRIDGE L.J.* 337 (1997).

**FERENCZ Benjamin**, *An International Criminal Court: A Step Towards World Peace –A Documentary History and Analysis*, Dobbs Ferry, New York, Oceana, 1980.

**GARCIA RAMIREZ, SERGIO**, *La Corte Penal Internacional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002.

**GÓMEZ-ROBLEDO, ALONSO**, “Notas sobre el principio de complementariedad y el crimen de agresión en el marco de la Corte Penal Internacional” en García Ramírez, Sergio, Vargas Casillas, Leticia A. (Coordinadores). *Proyectos Legislativos y otros temas penales (Segundas Jornadas sobre Justicia Penal)*, Ed. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Nùm. 129, México 2003, p. 301.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

**GREPPI EDUARDO**, “La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional”, *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 835 pp.531 – 554, 30 septiembre 1999.

**GUEVARA BERMÚDEZ, JOSÉ ANTONIO**, “La Compatibilidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional con la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos”, En *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 30, México, 2000, pp. 195-209.

— “Algunos pendientes de México en materia de justicia penal internacional”. *Publicación Mensual de la Fundación Rafael Preciado Hernández, A.C.*. Año 8, Número 96. Diciembre 2002. México.

— “El Crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas. Elementos para su prevención”, Publicado en *Ruptura, Revista Anual de la Asociación Escuela de Derecho*. Tomo I, Quito, Año 2000, Número 43, Ecuador.

— “La compatibilidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Publicado en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 30, Año 2000. México.

— “La Corte Penal Internacional, Instrumento para la Paz y contra la Impunidad. Publicado en *Bien Común y Gobierno*”, *Publicación Mensual de la Fundación Rafael Preciado Hernández, A.C.*, Año 6, Número 70, México, Septiembre 2000.

— “La Jurisdicción de la Corte Penal Internacional”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 31, México, Año 2001.

— “La Jurisdicción Universal: una introducción”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 32. México, Año 2001.

— y GONZÁLEZ CUEVA, Eduardo. “México ante el reto de la Corte Penal Internacional”. Publicado en *Derechos Humanos y Ciudadanía. Suplemento Mensual del Periódico La Jornada*. Número 42, México, (2000).

— “México frente a la competencia y la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Número 14, Año 2003, págs. 157-180.

— y VALDÉS RIVEROLL, Mariana, “México y la Corte Penal Internacional: ¿qué es necesario? ¿Reforma constitucional o voluntad política?”, Publicado en *Bien Común y*

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

*Gobierno. Publicación Mensual de la Fundación Rafael Preciado Hernández, A.C.. Año 8, Número 95, Noviembre, México, 2002.*

— y VALDÉS RIVEROLL, Mariana (Compiladores), “La Corte Penal Internacional- Ensayos para la Ratificación e Implementación de su Estatuto”, Publicado por la *Universidad Iberoamericana de México, la Secretaría de Relaciones Exteriores y la CCPI*, México, 2002.

**KARPETS, IGOR**, *Delitos de carácter internacional*, Moscú, editorial progreso, 1983.

**LEE, ROY S.**, (ed), “The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues- Negotiations-Results”. La Haya, Londres, Boston, *Kluwer Law International*, 1999.

**LEILA SADAT WEXLER**, “The Proposed Permanent International Criminal Court: an Appraisal”, 29 *CORNELL INTERNATIONAL LAW JOURNAL*, 665 (1997).

**LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MENÉNDEZ, M.M.**, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Barcelona, ed. Ariel, 2001.

**LUKASHUK, I. I.**, “Morality and international Law”, *AJIL*, Vol. 14, No. 3-4, 1974.

**MALEKIAN, FARHAD**, *The concept of Islamic International Criminal Law. A Comparative Study*, London, Dordrecht, Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1994.

**MARQUART, Paul D.**, “Law Without Borders: the Constitutionality of an International Criminal Court”. 33 *COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW*, 73 (1995).

**McKEON, P.**, “An International Criminal Court: Balancing the Principle of Sovereignty Against Demands for International Justice”, 12 *St. John’s Journal of Legal Comment* 535, at 564 (1997).

**MÉGRET, FRÉDÉRIC**, “Epilogue to an endless debate: The international Criminal Court’s third party jurisdiction and the looming revolution of international law”, *EJIL*, (2001), Vol.12, No. 2, 247-268.

**MERLE, MARCEL**, *Le Procès de Nüremberg et le Châtiment des Criminels de Guerre*, París, A. Pédone, 1949.

**MERON, THEODOR**, “Is International Law Moving towards Criminalization?”, *EJIL*, Vol. 9, 1998, No. 1.

**MIAJA DE LA MUELA, A.**, “El Genocidio, Delito internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. IV, núms. 1-2-3, 1951.

— *Introducción al Derecho Internacional público*, Madrid, 1960.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

- OLÁSOLO, HÉCTOR**, *Corte Penal Internacional: ¿dónde investigar? especial referencia a la fiscalía en el proceso de activación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- OOSTHUIZEN, G.H.**, “Some preliminary remarks on the relationship between the envisaged International Criminal Court and the UN Security Council” *Netherlands International Law Review*, vol. XLVI, 1999, pp. 313-342.
- PAULUS, ANDREAS L.**, “Legalist Groundwork for the International Criminal Court: Commentaries on the Statute of the International Criminal Court”, *EJIL* 2003, Vol. 4, N. 14, pp. 843-860.
- PETERA, A. ROHAN**, “Towards the Establishment of an International Criminal Court”, 20 *COMMONWEALTH L. BULL.* 298 (1994).
- PFANNER, TONI**, The Establishment of a Permanent International Criminal Court: ICRC expectations of the Rome Diplomatic Conference, 322 *INT’L REV. RED CROSS* 21(1998).
- RUEDA FERNÁNDEZ CASILDA**, *Delitos de derecho internacional*, Barcelona, editorial BOSH, 1ª Edición.
- SADAT, LÍELA NADYA and CARDEN, RICHARD**, *The new international criminal Court: An uneasy revolution, The library of essay in international law*, Robert McCorquodale (ed.), international crimes, Great Britain, 2003.
- SADAT WEXLER Leila**, “The Proposed Permanent International Criminal Court: an Appraisal”. 29 *CORNELL INTERNATIONAL LAW JOURNAL* 665 (1997).
- “Committee Report on Jurisdiction, Definition of Crimes and Complementarity”, 29 *DENVER J. INT’L L. & POL’Y* 221 (1997).
- SCHABAS, WILLIAM A.**, *Genocide in international law (the crimes of crimes)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- AND LATTANZI, FLAVIA (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Roma, il Sirente, 1999.
- “international criminal court: the secret of its success”, *criminal law forum*, pp. 415–428, Volume 12, Number 4, December 2001, Kluwer Academic Publishers.
- *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- *The International Criminal Court: observations and issues before the 1997-98, preparatory committee and administrative and financial implications* / joint project of

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

International Association of Penal Law Chicago International Human Rights Law Institute, 1997.

**SCHARF, Michael P.**, “Getting Serious About an International Criminal Court”, 6 *PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW*, 103 (1994).

**SEWELL, S.B. AND KAYSEN, C.**, Eds., ‘THE US AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT’, *American Academy of Arts and Sciences*, 2000.

**SIEN HO YEE**, “A Proposal to Reorganize Article 23 of the ILC Draft Statute for an International Criminal Court”, 19 *HASTINGS INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW REVIEW*, 529 (1996).

**SPINEDI, MARINA**, S’*tate responsibility v. individual responsibility for international crimes: tertium non datur?*”, *EJIL* 2002, Vol.13, n. 4, pp 895-899.

**TRIFFTERER, OTTO** (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers’ Notes, Article by Article*. Baden-Baden, Nomos, 1999.

**VALDÉS RIVEROLL, MARIANA**, "Principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional" en García Ramírez, Sergio; Vargas Casillas, Leticia A. (Coordinadores). *Proyectos legislativos y otros temas penales (Segundas Jornadas sobre Justicia Penal)*, Ed. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm. 129, México 2003, p. 293 a 299.

**VALLADARES, GABRIEL (Compilador)**. “Derecho Internacional Humanitario y Temas de Areas Vinculadas”. Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, Revista jurídica "*Lecciones y Ensayos*" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires de la República Argentina, Febrero 2004.

**VARGAS ARAUJO, EDWAR**. *Aproximación a la Justicia Internacional Penal*, Ed. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos- INREDH, Serie Investigación #7, Ecuador, Editado por Patricio Benalcázar Alarcón, 2003.

**VELÁSQUEZ ELIZARRARAS, JUAN**, “Derecho internacional penal y la justicia penal internacional en el tercer milenio”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, 2001, pp. 363-443.

**WARBRICK, COLIN**, “he United Nations System: A Place for Criminal Courts?”, 5, *TRANSNAT’L. L. CONT. PROBLEMS*, 237 (1995).

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

**WEDGWOOD, R.**, “The International Criminal Court”: a *American view*, *European Journal of International Law*, Volume 10, Number 1 (1999), pp. 93-107.

**YAÑEZ BARNUEVO, ANTONIO** (Coordinador), *La Justicia Penal Internacional*, España Casa de América, (2000).

**ZUPPI, ALBERTO LUIS**, *La Jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires, Publicación de la Academia Buenos Aires, 2001.

— “La Jurisdicción Universal para el juzgamiento de crímenes contra el derecho internacional”, Publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Número 9 (1999) C. XIV, 371-396. Argentina (1999).

— *Jurisdicción Universal para los crímenes contra el derecho internacional-El Camino hacia la Corte Penal Internacional*, Editado por Ad Hoc, Argentina, 2002.

### ***C) SOBRE LA AGRESIÓN EN ESPECIAL, LAS GUERRAS EN GENERAL Y LAS RELACIONES***

#### ***INTERNACIONALES:***

**ALBERDI, JUAN BAUTISTA**, *El crimen de la guerra*, Barcelona, Linkgua Ediciones, 2006.

**ALFARO, RICARDO J.**, “La cuestión de la definición de la agresión”, *Revista de Derecho Internacional*, No. 119, Habana 1951.

**ALLAIN, JEAN AND JONES, JOHN R.W.D.**, “A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, *EJIL*, Vol. 8 (1997) No. 1, p. 100.

**ALVAREZ-ARENAS, ELISEO**, *De la guerra y de sus hombres*, Madrid, Naval, 1983.

**ARON, RAYMOND**, *El sistema planetario en la edad termonuclear, en Paz y guerra entre las naciones*, 2, Historia y praxología, alianza, Madrid, 1985.

— *Pensar la Guerra, Clausewitz*, tomo I y II, Madrid, Ministerio de Defensa, 1993.

**BARNET, RICHARD**, *Guerra Perpetua*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.

**BENNET, T. W.**, “A Linguistic Perspective of the Definition of Aggression”, *GYBIL*, 1988, pp. 48-69.

**BLANCO GASPAR, VICENTE**, *La agresión internacional: Intentos de definición*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Instituto Francisco de Vitria, 1973.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

**BOBBIO, NORBERTO**, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 2000, 1ª reimpresión.

**BRODIE, BERNARD**, *Guerra y política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.

**BROOMS, BENGT**, *The definition of aggression in the United Nations*, 1968.

—“The definition of aggression”, *RCADI* 1977-I, pp. 299-400.

**BRUHA, THOMAS**, *Die Definition der Aggression*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980.

**CAILLOIS, ROGER**, *La cuesta de la guerra*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.

**CARPENTER, A.**, “The international Criminal Court and the Crime of Aggression”, Vol. 64, number 2, *Nordic Journal of International Law* (1995).

**CHAUMONT, Ch.**, « Explication juridique d’une définition de l’agression », *AFDI*, 1956, pp. 521-529.

**CHOMSKY, NOAM**, *El imperio de la fuerza en los asuntos mundiales*, Barcelona, 2002.

—*Actos de agresión*, Barcelona, Crítica, 2004

—*Estados canallas: el imperio de la fuerza en los asuntos mundiales*, Publicación-Barcelona, Paidós, D.L. [2002]

**CICIRIELLO, MARIA CLELIA**, *L’aggressione in diritto internazionale. Da ‘crimine’ di Stato a crimine dell’individuo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2002.

**CLARK, ROGER S.**, “Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, Volume 15, 04. December 2002, Pp. 859-890.

**CLAUSEWITZ, CLAUS VON**, *Arte y ciencia de la guerra*, (versión en castellano de Ramón Ormazábal) México, Grijalbo, 1972.

**DINSTEIN, YORAM**, *War, aggression and self-defense*, Cambridge, Grotius 1994 y la edición de 2001.

—“Distinction between War crimes and crimes against peace”, 24 *IYHR* (1994).

— *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

**DUPUY, R. J.**, « Agresión indirecte et intervention sollicité dans l’affaire libanaise », *AFDI*, 1959, pp. 431-467.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

— *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris ,Unesco [etc.], 1986.

**EINSTEIN, ALBERT y FREUD, SIGMUND**, *¿Por qué la guerra?*, Barcelona, editorial minúscula, 2001.

**FEDER, M.**, “Reading the Charter Connotatively: Toward a New Definition of Armed Attack”, *NYU-JILP*, 1987 pp. 395-432.

**FERENCZ, BENJAMIN**, *Defining international aggression. The search for world peace. A documentary history and analysis*, vols. I y II, Oceana, New York, 1975.

—“Aggression”, *EPIL*, Inst. 3, 1982.

— “Defining Aggression: Where it Stands and Where it's Going”, *The American Journal of International Law* “Vol. 66, No. 3 (Jul., 1972), pp.491-508

—“Getting aggressive about preventing aggression”, 6 *Brown Journal of World affairs* (1999).

—“Misguided Fears About the International Criminal Court” – *Pace International Law Review*, Spring, 2003.

—*Deterring Aggression By Law - A Compromise Proposal* – January 11, 2001.

—“Review of The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute”, *The American Journal International Law*, January, 2000.

—*The Evolution of International Criminal Law* - S & F Foundation, Hamburg, Germany, November 28, 1999.

—“Can Law Deter Aggression?” - *Pace International Law Review*, Fall 1999.

—“Can aggression be deterred by law?” *Pace International Law Review*, Fall 1999

----“Getting Aggressive About Preventing Aggression” - *Brown Journal Of World Affairs*, Spring 1999, Brown University, Providence, RI.

—“A Prosecutor's Personal Account - Nuremberg to Rome” - *Columbia Journal of Transnational Law*, Spring 1999.

—*Reflections on Rome Conference* - Unpublished, July 19, 1998.

—*Needed: A World Criminal Court* - Neue Züricher Zeitung, Germany - July 1998

—*Closing A Gap in International Law - Make Law Not War - The World Today*, London, June 1998.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

—*From Nuremberg to Rome: The Prosecution Of International Crimes - The Development and Peace Foundation*, Bonn, Germany, May 1998.

—*Courting an International Criminal Court - Nuclear Age Peace Foundation*, February 15, 1997.

—“The Legacy of Nuremberg: International Criminal Courts” - Blaine Sloan Lecture, Published in *The Pace International Law Review*, 1997

—“Ameliorating Traumas Caused by International Crimes and Other Crises” - *The Criminal*, Volume 7, Number 1, 1996.

—*Remarks Made at Pace University School on Law - October 23, 1993.*

—“An International Criminal Code and Court: Where They Stand and Where They’re Going” - *The Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 30, 1992, Number 2.

—“The Road to World Peace” – *The Jewish Spectator*, Fall 1986.

—“The Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind” - *The American Journal of International Law*, Vol. 75, No. 3, July 1981.

— *An international criminal court – A Step Toward World Peace*, 2 vols. Oceana, 1980.

— “The United Nations Consensus Definition Of Aggression: Sieve Or Substance “– *Journal of International Law and Economics*, August 1975, The George Washington University, pp. 701-724.

—“A Proposed Definition of Aggression: By Compromise and Consensus” - *The International and Comparative Law Quarterly*, July 1973.

— *International Crimes Against the Peace*, obtenido de la INTERNET: <http://www.benferencz.org/peace1.htm>

----“Defining Aggression--The Last Mile” - *Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 12, Number 3, April 1973.

— *An International Criminal Court: A Step Towards World Peace –A Documentary History and Analysis*. Dobbs Ferry, New York: Oceana, 1980. Two Volumes.

— “International Criminal Courts: The Legacy of Nuremberg”, *10 PACE INT’L L.J.* 201 (1997).

**FINCH, GEORGE A.**, “A Pact of Non-Aggression”, *The American Journal of International Law* Vol. 27, No. 4 (Oct., 1933), pp. 725-732.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

- “The Peace Conference of Paris, 1919”, *The American Journal of International Law*, Vol. 13, No. 2 (Apr., 1919), pp. 159-186
- FITZMAURICE, G.**, “The Definition of Aggression”, *ICLQ*, 1952, pp. 137-144.
- GARCÍA CANEIRO, José y VIDARTE F. J.**, *Guerra y filosofía concepciones de la guerra en la historia del pensamiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- GARGIULO, P.**, “Il controverso rapporto tra Corte Penale internazionale e Consiglio di Sicurezza per la repressione del crimini di Diritto internazionale” en *la Comunita internazionale*, vol. LIV, tercer trimestre de 1999. pp. 429-473.
- GILL, T. D.**, “The Law of Armed Attack on the Context of the Nicaragua case”, *Hague Yb. Int’ L.*, I 1988, pp. 30-58
- GLASER, S.**, « La guerre d’ aggression a la lumière des sources du droit international », *RGDIP*, 1953, pp. 398-443.
- « Culpabilité en Droit International Péna »1 , 99, *RECADI* 467, pp. 504 y 5, 1960.
- GRIFFITHS, RICHARD L.**, “International Law, the Crime of Aggression and the Ius ad Bellum”, *International Criminal law review* 2, 301-373, 2002.
- GROCIO, H.**, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, Reus, Madrid 1925.
- HAZARD, JOHN N.**, “Why Try Again to Define Aggression?”, *The American Journal of International Law* , Vol. 62, No. 3 (Jul., 1968), pp. 701-710
- HOGAN DORAN, J. & GINKEL, B. VAN**, “Aggression as a crime under international law and the prosecution of individuals by the proposed international Criminal Court”, *NILR*, 43 (1996).
- HOWARD, MICHAEL**, *Las causas de las guerras*, Madrid, ediciones ejercito, 1987.
- HUMMIRICH, MARTIN**, *Der völkerrechtliche Straftatbestand der Aggression: Historische Entwicklung, Geltung und Definition im Hinblick auf das Statut des Internationalen Strafgerichtshofes*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, 259 pp.
- LAMBERTI ZANARDI, P.**, ”Agressione armata indiretta ed elemento soggettivo dell’ illecito internazionale “, en *Le droit international a I’ heure de sa codificaron. Etudes en I’ honneur de R. Ago*, Giuffre, Milan, 1987, t. III, pp. 153-166.
- L. KOPELMANAS**, “The Problem of Aggression and the Prevention of War”, *The American Journal of International Law* , Vol. 31, No. 2 (Apr., 1937), pp. 244-257.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

- LIPPMAN, MATTHEW**, “THE HISTORY, DEVELOPMENT, AND DECLINE OF CRIMES AGAINST PEACE”, *The George Washington International Law Review*. Washington, 2004. Vol. 36, Iss. 5, p. 957 (100 pages).
- LUTTWAK, EDWARD**, *La lógica de Guerra y paz*, Buenos Aires, Instituto de publicaciones navales, 1992.
- MERON, Theodore**, “Defining Aggression for the International Criminal Court”, *25 Suffolk Transnat’l L. Rev.* 1, at 14 (2001).
- McLUHAN, MARSHAL**, *Guerra Y Paz en la aldea global*, México, Planeta, 1986.
- MÜLLER-SCHIEKE, IRINA KAYE**, “Defining the Crime of Aggression under the Statute of the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, p. 409-430.
- NESBIT, TERENCE**, *The international Criminal Court: The Crime is Aggression*, Valparaíso University, School of Law, 2002.
- NTANDA NSEREKO, DANIEL D.**, “Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Nordic Journal of International Law* 71, 497–521, 2002. © 2002 *Kluwer Law International*. Netherlands.
- NYIRY, NICOLAS**, *United Nations search a definition of aggression*, New York, 1989.
- OUTI KORHONEN**, “To Sanction Aggression or to Reconstruct? – The UN After the Attack on Iraq”, *International Law FORUM du droit international*, Volume 5, Number 4 2003, Pages, 247 - 253
- POMPE, C.A.**, *Aggressive war an international crime*, 1953.
- PUREZA, J. M.**, “Da guerra justa a guerra justificada?”, *política internacional*, 10 (1994 – 1995), pp. 67
- RAMBAUD, P.**, « La définition de l’ Agresión par l’ ONU », *RGDIP*, 1976, pp. 835 881.
- REMIRO BROTONS, ANTONIO**, *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, Madrid, McGraw-Hill 1996.
- “Irak: la tentación de la agresión: ilegalidad del unilateralismo”, *Revista de Política Exterior*, 2003, 17, 092.
- “¿De la asistencia a la agresión humanitaria?”, *Revista de Política Exterior*, 1999, 13, 069.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

- REISMAN, MICHAEL, D STEPHEN MATHIAS, PHANI DASCALOPOULOU-LIVADA, JORDAN J PAUST**, “The definition of aggression and the ICC”, *American Society of International Law*. Proceedings of the Annual Meeting. Washington, 2002. pg. 181, 12 pgs.
- RIFAAT, AHMED M.**, *International aggression: a study of the legal concept: its development and definition in international law*, Stockholm , Almqvist & Wiksell International, 1979.
- ROSCHER, BERNHARD**, “The “Renunciation of War as an Instrument of National Policy””, *Journal of the History of International Law* 4, 293–309, 2002. ©2002 Kluwer Law International. Printed in the Netherlands.
- ROLING, B. V. A.**, “On Aggression, on International Criminal Law, on International Criminal Jurisdiction”, *NILR*, 1955, pp. 167-196.
- SCHUSTER, MATTHIAS**, “The Rome statute and the crime of aggression: A Gordian knot in search of a sword”. *Criminal Law Forum*, Vol. 14, num 1, pp. 1–57, © 2003 Kluwer Academic Publishers.
- SCHWEBEL, S. M.**, “aggression, Intervention and Self-Defense in Modern International Law”, *RCADI*, vol. 136, 1972/II, pp.411-497.
- SCISO, E.**, “Legittima difesa ed agessione indiretta secondo la Corte Internazionale di Giustizia”, *RDI*, LXX 1987, pp. 627- 640.
- “L’agresione indirecta nella definizione dell’ Assemblea Generale delle Nazioni Unit”e, *RDI*, LXVI 1983, pp. 253-290.
- SERRA, ENRICO**, *L’agresione internazionale*, Milano 1946.
- SOHR, RAUL**, *Para entender la guerra*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1990.
- STONE, JULIUS**, *Conflict through consensus: United Nations approaches to aggression*, London, 1977.
- *Aggression and world order: A critique of United Nations Theories of aggression*, London 1958.
- “Hopes and Loopholes in the 1974 Definition of Aggression”, *The American Journal of International Law* , Vol. 71, No. 2 (Apr., 1977), pp. 224-246
- STOWELL, ELLERY C.**, “Aggression and International Cooperation”, *The American Journal of International Law* , Vol. 27, No. 3 (Jul., 1933), pp. 508-509.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

**SUNGA, LYAL S.**, “The Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court”, (Part II, Articles 5–10), *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 6/4, 61–83, Kluwer Law International, 1998.

**TORRES BERNARDEZ, S.**, « Examen de la definición de 1ª agresión: troisième session du Comité créé en application de la résolution (XIII) de 1ª Assemblée générale », Nueva York 1965, *AFDI*, 1965, pp. 528-545.

**TOYNBEE, ARNOLD**, *Guerra y civilización*, alianza editorial, Madrid 1976.

**TRUYOL Y SERRA, Antonio**, “La guerra y la paz en Rousseau y Kant”, *Revista de estudios políticos*, Madrid, número 8, 1979.

**VV.AA.**, “Estudios Internacionales”, *Instituto de Reecciones Internacionales y de Investigaciones para la Paz*, Vol. 7, 1996.

**WALZER, MICHAEL**, *Guerras Justas e injustas*, Paidós, Barcelona 2001.

— *Guerra, política y moral*, Barcelona, Paidós, 2001.

**WRIGHT, QUINCY**, “The Prevention of Aggression”, *The American Journal of International Law*, Vol. 50, No. 3 (Jul., 1956), pp. 514-532  
— “Permissive Sanctions against Aggression”, *The American Journal of International Law*, Vol. 36, No. 1 (Jan., 1942), pp. 103-106.

— “The Concept of Aggression in International Law”, *The American Journal of International Law*, Vol. 29, No. 3 (Jul., 1935), pp. 373-395.

**ZOUREK, J.**, « La définition de 1ª agresión et le Droit International. Développements récents de la question », *RCADI*, 1957- III, pp. 755-860.

— « L'interdiction de l'emploi de la force en droit international », *Leyden A. W. Sijthoff*, 1974.

### ***D) EL RECURSO DE LA FUERZA Y EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ POR ÓRGANOS DE LA ONU Y LEGÍTIMA DEFENSA:***

**ABELLAN HONRUBIA, V.**, “La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: fundamento jurídico y discrecionalidad política”, en: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, autores varios, Madrid 1993, p. 3.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

**ACOSTA ESTÉVEZ, JOSÉ B.**, “El capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y el ejercicio del uso de la fuerza armada contra Iraq: ¿La ONU como instancia legitimadora del uso de la fuerza?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IV, 2004, pp. 11-65.

**ALCAIDE FERNÁNDEZ, JOAQUÍN**, *La interacción entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Cuadernos de Derecho número 3, Sevilla 1990.

—Las actividades terroristas ante el derecho internacional contemporáneo, Tecnos, Madrid 2000.

— y **MÁRQUEZ CARRASCO, MARIA DEL CARMEN**, “La legítima defensa y los nuevos desarrollos de la acción de las Naciones Unidas en el marco de la seguridad colectiva”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIII, 1997, pp. 253 y ss.

**ALEXANDROW, STANIMIR A.**, *Self-defence against the use of force in international law*, 1996.

**BERMEJO GARCÍA, ROMUALDO**, *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza : ambigüedades y límites*, Madrid, Civitas Universidad de Navarra, 1993.

**BROWNLIE, IAN**, *International law and the use of force by states*, Oxford Clarendon Press, 1963.

**CALOGEROPOULOS STRATIS, ARISTIDIS S.**, *Le recours a la force dans la société internationale*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1986

**CRISTOPH, J. M.**, *Towards an International Criminal Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

**DAMROSCH, LORI FISLER AND DAVID J. SCHEFFER**, *Law and force in the new international order*, Boulder, Colorado [etc.] Westview Press, 1991

**ESCUDERO ESPINOSA, JUAN FRANCISCO**, “Los poderes del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma”, *Anuario De Derecho Internacional*, 2003 - Numero 19, 185.

**GUTIÉRREZ ESPADA, C.**, “La responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada (La conformación del hecho ilícito internacional“, *cursos de derecho internacional de Victoria- Gasteiz 1989*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1990, pp.183-310.

## *Crimen de agresión: problemas actuales*

— “La Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad”, *Anuario De Derecho Internacional*, 2002 – Vol. 18, P. 3

**HARGROVE, J. L.**, “The *Nicaragua* Judgment and the future of the Law of force and Self – Defense”, *AJIL*, 81 (1987), pp. 135-143

**HENKIN, L.**, “The Reports of the Death of Article 2 (4) are Greatly Exaggerated”, *AJIL*, 65 (1971), pp.544-548.

**MÁRQUEZ CARRASCO, MARIA DEL CARMEN**, *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1998.

**ORTIZ AHLF LORETTA**, “Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el conflicto Nicaragua vs. Los Estados Unidos de América, del 27 de junio de 1986”, *Revista del Centro de Relaciones Internacionales*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, México, UNAM, Vol. XI, núm. 46, nueva época, sep-dic 1989.

**PECOURT GARCIA, E.**, *Ius ad bellum, ius contra bello y legitima defensa en el Derecho Internacional actual*, en homenaje al profesor Corst Grau, Valencia, 1977.

**PELLET, ALLAIN**, “Can a State commit a crime? Definitely, yes”, *EJIL*, 1999, Vol. 10, No.2, 425-434.

**PUEYO LOSA, J.**, “Represalias, uso de la fuerza y crímenes internacionales en el actual orden jurídico internacional”, *Curso de Derecho internacional de Victoria-Gasteiz 1988*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1990, pp. 45-147.

**QUEL LOPEZ, J.**, “Reflexiones sobre la contribución del tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho internacional humanitario”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 1997.

**RODRÍGUEZ CARRION, A**, *Uso de la fuerza por los Estados: interacción entre política y derecho*, Málaga 1974.

—“El derecho Internacional en la sentencia de la Corte Internacional de justicia en el asunto Nicaragua – Estados Unidos”, *Cursos de Derecho internacional de Victoria – Gasteiz 1987*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1989, pp.15-63.

**SCHACHTER, O.**, “The Right of States to Use Armed Force”, *Mich. L. Rev.*, 82 (1984), pp. 1620 - 1646.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

**WALDOCK, HUMPHREY**, “The use of force in International Law”, 81 Hague Recuil (1952,II),

**YOO, JOHN**, “International Law and the War in Iraq”, *The American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 3 (Jul., 2003), pp. 563-576.

### ***F) DERECHO PENAL GENERAL:***

**BINDING, KARL**, *Die normen und ihre ubertretung*, sientia verlang aalen, 1965.

**CARRARA, FRANCESCO**, *derecho penal*, México, Harla, 1997.

**GAROFALO, R.**, *La Criminologia, Turín 1885*, (Criminología, estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión), traducción al castellano de Pedro Dorado Montero, México, Ángel editor, 1998.

**FLETCHER, GEORGE P.**, *Conceptos básicos de derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

**JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS**, *Lecciones de derecho penal*, México, HARLA, 1997.

### ***G) DERECHO EN GENERAL:***

**AUSTIN, JOHN**, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Madrid, colección Civitas, 1981.

**AZUA REYES, SERGIO**, *Los principios generales del derecho*, México, editorial Porrúa, 1998.

**IHERING, RUDOLF VON**, *El fin en el derecho*, México, editorial Cajica, 1961.

— *La lucha por el Derecho*, México, editorial Porrúa, 1989.

**KANT, EMMANUEL**, *La Paz Perpetua*, Buenos Aires, Araujo, 1938.

**FRANCISCO DE VITORIA**, *Reelección de la Potestad Civil* (1528), párrafo 21.

**GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO**, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, FONTAMARA, 1997.

— *Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, distribuciones FONTAMARA, 1996.

**GARZÓN VALDÉS, ERNESTO**, *Derecho y Filosofía*, México, FONTAMARA, 1993.

**GUIBOURG, RICARDO**, *Deber y Saber*, México, FONTAMARA, 1997.

## ***Crimen de agresión: problemas actuales***

**HÖOFFE, OTFRIED**, *Giba es in der geschichte einen juristischen Rechtsfortschritt?*, G. Blumle: *fortschritt und Shopfungsglaube oder die Machbarkeit des Glucks*, Verlag Schnell und Steiner, Munich, 1984, p. 34-55. En castellano lo encontramos en: *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, Fontamara, 1997.

**LABARDIDNI, RODRIGO**, „México y la extradición de nacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, 2002, pp 111-150.

**MONTESQUIEU**, *De l’Espirít des Lois*, (1750).

**MORESO, JOSÉ JUAN**, *Normas jurídicas y estructura del derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 1997.

**RAZ, J.**, *The concept of a legal system*, Oxford, Oxford University Press, 1980.

**REYES ECHANDÍA, ALFONSO**, *Tipicidad*, Santa Fe de Bogotá, editorial Temis, 1997.

**ROSS, ALF**, *Validity and the conflict between legal positivism and natural law*, (El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural), México, FONTAMARA distribuciones, 1997.

### ***H) EN GENERAL:***

**ARENDT, HANNAH**, *Sobre la violencia*, Harcourt, Brace and World, México, Joaquín Mortiz, 1971, N. Y., 1970.

**CARREL ALEXIS**, *La incógnita del Hombre*, 9ª edición, México, editorial Época, 1967.

**GUTIERREZ SAENZ, RAUL**, *Introducción a la lógica*, México, editorial ESFINGE, 2000.

