



**UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CENTRO DE ESTUDIO DE POSTGRADO
DOCTORADO EN CIENCIAS MENCIÓN DERECHO**

TESIS DOCTORAL

**“TIPIFICACIÓN PENAL DEL DELITO DE AGRESIÓN:
UNA DEUDA CON LA HUMANIDAD”**

**“CRIMINALIZATION OF THE CRIME OF AGGRESSION: A DUE TO
HUMANITY”**

Para aspirar al título de Doctora en Ciencias. Mención Derecho

**Tutor:
Dr. CARMELO BORREGO**

**Autora:
LILIANA VAUDO GODINA
C.I. V-6.007.538**

Caracas, 1º de noviembre de 2010

DEDICATORIA

Hoy puedo afirmar que nada es imposible y que de la adversidad sólo debe quedar el recuerdo y la enseñanza para que seres tan maravillosos como Robert y Catherina avancen con paso firme, siempre adelante, conscientes de que todo aquello que merece la pena en la vida, requiere amor y sacrificio.

AGRADECIMIENTO

De manera muy especial a mis profesores: Elsie Rosales, Raúl Arrieta y Carmelo Borrego, quienes despertaron en mí la inspiración para envolverme en una temática tan compleja y apasionante, que hoy se concreta en el presente trabajo y me facilitaron parte del material empleado y orientaron su elaboración, el cual está enmarcado dentro de la línea investigativa que sobre Sistemas Penales, adelanta el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela.

Igualmente agradezco la colaboración de Juan Carlos Fluche en la recopilación de material.

A mis seres queridos y familiares, quienes siempre me acompañan y apoyan mis metas.

A todos, mil gracias.-

ÍNDICE

Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Resumen.....	xix
Introducción.....	11
Capítulo I	
Visión histórica de la agresión internacional desde su calificación como atentado contra la coercibilidad del Derecho Internacional.....	25
I.1.- Origen del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional Penal.....	25
I.1.1.- Primeros intentos de sanción del delito de agresión internacional....	25
I.1.2.- Crímenes ejecutados con ocasión de la II Guerra Mundial.....	36
I.1.3.- Tratamiento posterior a la Segunda Guerra hasta la creación de la Corte Penal Internacional y surgimiento del Derecho Penal Internacional.....	40
I.2.- Aspectos centrales relacionados con la implementación de un Derecho Penal Internacional formal.....	45
1.3.- Relación con el Derecho Internacional de los Conflictos Armados y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	55
1.4.- Base legal y naturaleza no beligerante de la intervención humanitaria frente a la comisión de delitos contra la humanidad.....	59
Capítulo II	
Principios Orientadores del Derecho Penal Internacional con base en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.....	66
II.1.- Principios generales.....	66
II.2.- Los Principios de Princeton y la Jurisdicción Universal.....	73
II.2.1.- Jurisdicción universal y soberanía.....	78
II.2.2.- La presencia física del acusado.....	91
Capítulo III	

Aspectos generales de la responsabilidad penal con base al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aplicables a todos los tipos delictivos.....	96
III.1.- La responsabilidad penal.....	96
III.2.- Elementos objetivos de la responsabilidad penal individual o <i>actus reus</i>	97
III.2.1.-La autoría.....	98
III.2.2.- Responsabilidad de mando.....	99
III.2.3.- Formas de participación.....	103
III.2.4.- Otras formas de la imputación. Contribución en el delito de carácter colectivo o tentativa de ejecución del delito.....	105
III.3.- El <i>Iter Críminis</i> : Tentativa acabada e inacabada; desistimiento y arrepentimiento activo.....	107
III.4.- Elementos subjetivos de la responsabilidad penal individual o <i>mens rea</i>	108
Capítulo IV	
Defensas y causas de exclusión de responsabilidad penal.....	111
IV.1.- Defensas procesales.....	111
IV.2.- Causas generales de exclusión de responsabilidad.....	112
IV.3.- Causas de justificación y exoneración.....	114
IV.3.1.-La legítima defensa.....	114
IV.3.2.-El estado de necesidad.....	120
IV.3.3.-El error de hecho y el error de derecho.....	121
IV.4.-Las inmunidades.....	124
IV.4.1.-Inmunidades funcionales (<i>ratione materiae</i>).....	125
IV.4.2.-Inmunidades personales (<i>ratione personae</i>).....	126
IV.5.- La amnistía.....	129
Capítulo V	
La agresión bélica y la aceptación de competencia de la Corte Penal Internacional en su persecución.....	134

V.1.- El delito de agresión: Aproximación a una definición.....	134
V.2.- La paz como valor superior y bien jurídico objeto de tutela.....	148
V.2.1.- La paz como derecho humano y valor fundamental.....	150
V.2.2.- El mal interpretado derecho a la injerencia y la defensa legítima anticipada.....	160
V.3.- La noción del enemigo combatiente como mecanismo de justificación de actos de agresión.....	169
V.3.1.- Deformación de la doctrina de la imputación objetiva.....	170
V.3.2.- La visión del enemigo dentro de un nuevo esquema político criminal. El funcionalismo estructural.....	180
V.3.3.- La agresión a Irak y Afganistán y la situación de los detenidos en la Base Naval de Guantánamo.....	188
V.4.- La legalidad y validez interna del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.....	201
V.5.- Tratamiento en el sistema penal venezolano.....	203
V.5.1.- Persecución del delito de agresión en la legislación interna.....	204
V.5.2.- Jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.....	207
V.5.2.1.- Sentencia N°3167, expediente N° 02-2154.....	207
V.5.2.2.- Sentencia N° 626, expediente N° 05-1899.....	214
V.5.2.3.- Sentencia N° 537, expediente N°04-2533.....	217
V.5.3.- Persecución del delito dentro del marco de la jurisdicción venezolana.....	221
Capítulo VI	
Doble naturaleza del delito de agresión.....	224
VI.1.- Límites jurisdiccionales. Competencia para conocer hechos constitutivos de agresión.....	224
VI.2.- Responsabilidad del Estado.....	240
VI.3.- El caso Nicaragua.....	242

Capítulo VII

Algunas situaciones fácticas acaecidas en décadas recientes.....	248
VII.1.- El grave precedente de la II Guerra Mundial.....	248
VII.2.- La ex Yugoslavia.....	254
VII.2.1.- Los hechos.....	254
VII.2.2.- Inexistencia de una política diplomática preventiva.....	263
VII.2.3.- La puesta en peligro de la paz como bien jurídico.....	264
VII.2.4.- La ausencia de la Organización de Naciones Unidas.....	266
VII.2.5.- Empleo de la fuerza en violación de las obligaciones internacionales.....	266
VII.2.6.- La decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.....	268
VII.3.- Timor Oriental.....	269
VII.4.- Sierra Leona.....	272
VII.5.- Camboya.....	275
VII.6.- Vietnam.....	278
VII.7.- Afganistán e Irak luego del 11 de septiembre de 2001.....	280
VII.8.- Somalia.....	286
VII.9.- Osetia del Sur y Abjasia.....	288

Capítulo VIII

La propuesta.....	290
VIII.1.- Necesidad de reformar el derecho a veto.....	291
VIII.2.- Implementación de políticas de desarme.....	297
VIII.3.- Sanción penal de las conductas constitutivas de agresión.....	301
VIII.3.1.- Individualización de los medios de comisión del delito de agresión Conferencia de Kampala	302

VIII.3.2.- Eliminación de exigencia de condiciones de procedibilidad para el enjuiciamiento.....	313
Conclusiones.....	319
Bibliografía.....	327

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Doctorado en Ciencias Mención Derecho

Tipificación Penal del Delito de Agresión: Una Deuda con la Humanidad.

Autora: Liliana Vaudo Godina
Tutor: Dr. Carmelo Borrego
Fecha 1º de noviembre de 2010

RESUMEN

Con este trabajo se busca demostrar que siendo el delito de agresión internacional el peor atentado contra la humanidad, aún con su enunciación, no es posible su castigo conforme al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Los objetivos planteados van a determinar cómo el Estatuto, sistematiza los crímenes más graves contra los derechos humanos, la paz y seguridad internacional, imponiendo principios y reglas de derecho, de observancia necesaria por la comunidad internacional, que obligan a los Estados a su persecución y castigo; actuando la Corte de manera suplementaria ante la ausencia de garantías dentro del Estado, rigiéndose por el principio de responsabilidad personal, la ilicitud de las leyes de amnistía y la aplicación del principio de jurisdicción universal, que permite a cualquier persona señalada por la comisión de estos delitos ser sujeto de enjuiciamiento criminal, por cualquier tribunal nacional, siempre y cuando la persona haya permanecido en su jurisdicción. Sin embargo, el objeto fundamental de investigación es la necesidad de que se sancione el delito de agresión, pues a pesar de su previsión, su vigencia queda sujeta a condición futura, respecto del Estatuto de Roma, y cómo, ante la existencia de otros acuerdos internacionales que vinculan la voluntad de los Estados, en los cuales sí se hace una detallada descripción de estos elementos, es importante que existan dentro de la normativa jurídico penal sustantiva interna, disposiciones que sancionen la agresión, tal como ocurre con los delitos contra el Derecho Internacional, establecidas en el Código Penal venezolano, ya que, son las únicas que actualmente permiten perseguir y castigar este delito en Venezuela; en tanto que, a nivel internacional, sólo es posible castigar la responsabilidad del Estado, lo cual, conlleva la impunidad de los autores y partícipes en su perpetración. Las preguntas formuladas fueron: ¿Cuáles razones de orden político y económico obstaculizaron la inclusión oportuna de los elementos del tipo del delito de agresión?; ¿Con cuáles mecanismos cuenta la comunidad internacional para garantizar la responsabilidad de los autores y partícipes en la comisión de este delito?, y si ¿Es factible que se sancione al Estado agresor, por responsabilidad ante la comunidad internacional? La metodología empleada es del tipo documental descriptivo, lectura de textos, leyes y jurisprudencia nacionales y extranjeros, información de medios de comunicación y páginas institucionales internacionales. Se propone concretar la voluntad de los Estados para perseguir y castigar el delito de agresión internacional, a la par de una efectiva política de desarme y el debido cumplimiento por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de su función como garante de la paz internacional.

Descriptores: Agresión, Paz Internacional, Humanidad, Tipificación.

**Universidad Central de Venezuela
Faculty of Law and Politics
Postgraduate Study Center
Sciences PhD Degree in Laws**

Penal classification of the crime of aggression: A debt to humanity

Author: Liliana Vaudo Godina

Tutor: Carmelo Borrego

November 2010

This work seeks to show that even with the enunciation of the crime of international aggression, the worst attempt against humanity, cannot be punished in agreement with the Statute of Rome of the International Crime Court. The objectives formulated will determine the way the Statute systematizes the most serious crimes against human rights, peace and international security, establishing principles and rules of the law, with a mandatory compliance of the international community that binds the States for its pursuit and punishment. The Court acts complementarily given the absence of guarantees within the State, following the principle of personal responsibility, the illegality of amnesty laws, and applying the principle of universal jurisdiction, which allows the commission that manages these crimes appoint any individual as subject of criminal prosecution by any national court, whenever the individual has remained in its jurisdiction. However, the main objective of this research is to show that the crime of aggression needs to be punished; although it has been set out, its validity remains in future condition according to the Statute. A second objective is to show that, given the existence of other international agreements that link the willpower of States and have a detailed description of these elements done, it is important to have dispositions that sanction this aggression, within the framework of the internal substantive legal crime regulations, in the same way crimes against the international law are sanctioned, established in the Venezuelan Penal Code, assumed that these are the unique sanctions that currently allow to pursue and punish this crime in Venezuela; while internationally, it is possible to punish only the State's responsibility, which leads to impunity of authors and accomplices of perpetration. The questions asked are: Which political and economic reasons obstruct the effective application of the classification elements of the crime of aggression? Which mechanisms are available to the international community to guarantee the responsibility of authors and accomplices in the perpetration of this crime? Is it possible to sanction the attacking State for its responsibility in the presence of the international community? The methodology employed is of documental type, descriptive, including the reading of texts, national and international laws and legislations, media information and international institutional web pages. It is suggested to set up the willpower of States to classify, pursue and punish the crime of international aggression, paired with an effective policy of disarmament and the full complying of the functions of the United Nations Security Council as warrantor of international peace.

Key word: aggression, international peace, humanity, classification.

INTRODUCCIÓN

La problemática que se presenta en torno al tema escogido, concretado en la imperatividad de sancionar las conductas constitutivas del delito de agresión bélica internacional, no se limita a un análisis puramente jurídico, ya que, el delito de agresión va de la mano con situaciones de orden político, filosófico y económico que afectan la convivencia dentro de la comunidad internacional, poniendo en peligro la paz, la seguridad y la propia existencia de la humanidad; y justamente, el derecho punitivo es creado allí, donde fallan los mecanismos destinados a velar por la convivencia pacífica y no por el compromiso de legislar.

Resulta conveniente analizar lo relacionado con la proliferación y venta de armas, en especial a los países del tercer mundo, donde más ocurren conflictos bélicos; así como el tema del desarme; el papel de la Organización de las Naciones Unidas como garante de la convivencia pacífica entre las naciones; y, la seguridad respecto a que los responsables por actos de agresión serán castigados.

Sin embargo, para abordar el tema relacionado con la imperiosa necesidad de castigar a los autores de las conductas constitutivas del delito de agresión internacional, se debe tener en consideración que los tipos penales, dentro de los cuales se incluye este delito, así como los rasgos característicos del Derecho Penal Internacional en general, a través de los cuales se establecen las conductas que vulneran de manera grave los derechos humanos, parten de la concepción iusnaturalista emanada del denominado *derecho de gentes*. Esta concepción, como se verá al momento de desarrollar este tema, está en el origen mismo del Derecho Internacional, cuya coercibilidad parte de la necesidad de lograr un respeto a la

autodeterminación y soberanía de los pueblos y frenar los actos de agresión mediante la adopción de obligaciones frente a la comunidad internacional.

Se verá, asimismo, cómo lo anterior surgió debido a que las relaciones internacionales en el Continente Europeo, en un primer momento, estuvieron marcadas por la intervención violenta por medio de la guerra de los imperios y reinados sobre los demás territorios, los cuales eran tomados por la fuerza a objeto de garantizarse sus medios de riqueza y de intercambio comercial, tal como lo ocurrido a gran escala con la ocupación de los territorios de América y África.

Estos rasgos, en un comienzo contenidos en las leyes de la guerra, a lo cual se agrega el *derecho de gentes*, abarcaban hechos relacionados con el desarrollo del comercio y la navegación, la trata de esclavos y la piratería, durante la Edad Media y hasta el siglo XIX. Existen muchos ejemplos en la historia, tales como el III Concilio de Letrán del año 1179, en el cual se sancionaba el tráfico de esclavos y la piratería. El autor Cherif Bassiouni, cita intentos de controlar el uso de la fuerza en conflictos armados y explica que:

*“La criminalización de los actos que contravienen las leyes, normas y regulaciones de la guerra evolucionó gradualmente, lo mismo sucedió con la persecución internacional de los provocadores de guerras injustas o de agresión y los infractores de las reglamentaciones del modo de desarrollar la guerra”.*¹

En el desarrollo histórico se verá, que en 1268 se realizó en Nápoles el primer juicio criminal por haber iniciado una guerra injusta contra Konradín von Hohenstaufen, condenado a muerte; y, el primer juicio penal

¹ Mahmoud Cherif Bassiouni. “El derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, enero-abril de 1982, tomo XXXV, fascículo I, p. 16.

internacional se realizó en 1474 en Breisach, Alemania, contra Peter Von Hagenbach², ante un tribunal de jurados -veintiocho miembros- elegidos dentro del territorio del Sacro Imperio Romano Germánico. La condena fue por los delitos de asesinato, violación y pillaje.

Igualmente, podrá observarse cómo en una segunda etapa, se generaron intentos por regular las prácticas de la guerra, en gran parte para asegurar el libre comercio; que dieron origen al Derecho Internacional, implicando una restricción a la *intervención* con base a los aportes de Grotius, Wolff, Put Tendorf³ y Vattel,⁴ a través del desarrollo del concepto de soberanía y no intervención en los asuntos internos de cada Estado. El proceso de descolonización que se desarrolló desde principios del siglo XIX, generó la exigencia de reconocer como principio el de no intervención, aún bajo el pretexto de humanitarismo.

Para entonces, las normas relativas a la regulación de la guerra, al uso de la fuerza y al trato de prisioneros, que hasta entonces se denominaban *leyes y usos de la guerra* adoptó la forma de derecho consuetudinario, hasta la Convención de Ginebra de 1864, cuando comenzó un proceso de codificación. Tales leyes y usos de la guerra, hasta esa fecha eran sólo un conjunto de principios jurídicos que habían sido reconocidos y aceptados en el campo no contractual y, no anulaban ni derogaban los principios y

² Edoardo Greppi. "The evolution of individual criminal responsibility under international law 1999". En: International Review and Red Croce. Nro. 835. P.531-553. 1999. En: /www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JQ2X. Citando a Schwarzenberg, International Law as Applied by International Courts and Tribunals, vol. II : The Law of Armed Conflict, Stevens, London, 1968, p. 15 ; K. Ögren, "Humanitarian law in the Articles of War decreed in 1621 by King Gustavus II Adolphus of Sweden", IRRC, No. 313, July-August 1996, p. 462. Rev 21-04-2007. 10:12 h.

³ Citados por John Locke. *An Essay concerning humane understanding*. Volumen II.Oxford University Press. Inglaterra. 2008, p. 408.

⁴ Emerich De Vattel. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, París, Guillaumin Ced. orig. 1758C 1863, t. I, LXVIII, y Steward Jay, Status of the Law of Nations in Early American Law, 42 Vanderbilt Law Review 1989, pp. 819, 827.

obligaciones del derecho no contractual ni limitaban la vigencia del Derecho Internacional consuetudinario.

Por ejemplo, en el Preámbulo de la II Convención de La Haya de 1899, el delegado Fiodor Fiódorovich Martens, propuso una cláusula que lleva su nombre, la cual se repite en la IV Convención de la Haya de 1907 y en la cual se expresa:

*“Esperando, pues, que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser proclamado, las altas partes contratantes juzgan oportuno constatar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y bajo el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como ellos resultan de las costumbres establecidas entre naciones civilizadas, así como de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.*⁵

Como complemento a lo anterior, en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, se dispuso que la denuncia de los Convenios *no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes contendientes habrán de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tales y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.*⁶

En tal virtud, un Estado que llegara a denunciar la Convención continuaría obligado por los principios que contiene, en cuanto son la expresión de reglas inalienables y universales del *derecho de gentes*.

⁵ Convención de La Haya sobre Leyes y Costumbre de la Guerra Terrestre del 29 de julio de 1899.

⁶ Organización de Naciones Unidas. Convenio De Ginebra, De 12 De Agosto De 1949, Para Mejorar La Suerte De Los Heridos Y Los Enfermos De Las Fuerzas Armadas En Campaña. Ginebra 1949.

Luego de la I Guerra Mundial, se intenta juzgar conforme a su responsabilidad individual a quienes se acuse de ejecutar violaciones al Derecho Internacional, buscando implementar un Tribunal Penal Internacional de Justicia con el fin de sancionar penalmente la declaración de una guerra injusta. Para ese momento, se perseguía lograr juzgar al ex emperador alemán Guillermo II de Hohenzollern, a quien se consideraba responsable con base al Artículo 227 del Tratado de Versalles, de haber promovido la guerra mundial,⁷ por haber firmado la movilización de las tropas alemanas, pero Holanda se negó a extraditarlo para su enjuiciamiento.

Por ello, en el Tratado de Paz de Versalles de 1919, fueron formulados por primera vez los elementos que configuran la responsabilidad penal individual, pero como se observó, razones políticas y proteccionistas indebidas con respecto a los ejecutores de dichas conductas, no hicieron posible la aplicación de sanciones penales.⁸

En esta misma época de la I Guerra Mundial, se produjo la Declaración que los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia hicieron en contra de las masacres de la población Armenia, a las cuales catalogaron como crímenes contra la humanidad y la civilización; acordando enjuiciar a miembros del gobierno de Turquía y a sus agentes.

Francia, Gran Bretaña y Polonia, en 1940, durante la II Guerra Mundial denunciaron la violación de la IV Convención de La Haya de 1907 por parte de las fuerzas de ocupación alemana en territorio polaco. En la Declaración de Teherán, suscrita por el Mariscal Stalin, el Presidente

⁷ Ver más en: <http://www.monografias.com> > Historia y www.exordio.com/1939-1945/personajes/guillermoii.html
Revisado: 31-07-2010. 20:30 h.

⁸ Joana Abrisketa. "La Corte Penal Internacional: Sanción para las más graves violaciones de los derechos humanos". En: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Humanitarian net. Universidad de Deusto. Bilbao. 2004. P. 642.

Roosevelt y el Primer Ministro Churchill, se estableció que los acusados serían juzgados por los países donde se cometieron las conductas delictivas, salvo los supuestos de los *crímenes graves de guerra* que afectaban a varios países, en cuyo caso, los autores y partícipes serían juzgados por una decisión conjunta de los gobiernos aliados⁹.

Los hoy miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas –menos China-, el 8 de agosto de 1945, suscribieron el *Acuerdo de Londres* acordando la creación del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, para el juzgamiento de los criminales de guerra cuyos delitos afectaron diversos Estados, pasando el Estatuto del Tribunal a formar parte del *Acuerdo de Londres*; en el cual se ratificó el principio de la responsabilidad individual o personal de los acusados. En esa oportunidad se definieron los actos que se consideraban crímenes sujetos a la jurisdicción del tribunal, clasificándolos en tres categorías en su artículo 6, a saber: a.- *Crímenes contra la paz*, que abarcan el planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión,¹⁰ o de una guerra en violación de los tratados y acuerdo internacionales; b.- *Crímenes de guerra* ; y, c.-*Crímenes contra la humanidad*, hoy previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Ese mismo año, se firmó la *Carta de las Naciones Unidas*,¹¹ mediante la cual se establece la prohibición de los Estados de ejercer actos de agresión contra otros Estados, así como la excepción en caso de actuar en legítima defensa y la intervención humanitaria. Asimismo, por disposición

⁹ Declaración de Moscú de 1943. www.un.org/spanish/aboutun/history/charterhistory/tegeran.html. Revisado: 02-05-2010. 15:20 h.

¹⁰ En el Acuerdo de Londres, se puede apreciar que se define al delito de Agresión, como un crimen contra la paz. Ver: www.cruzroja.es/dih/pdf/Acuerdo_Londres_8_Agosto_1945.pdf. Revisado: 15-06-2009. 15:25 h.

¹¹ Organización de Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas. 1945. www.acnur.org/biblioteca/pdf/0002.pdf. Revisado: 13-06-2007. 21:15 h.

interna de muchos Estados, el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos, pasó a tener efectos normativos dentro de sus territorios y a nivel internacional, transformándose en derecho consuetudinario vinculante, conforme a la jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales, por lo que, los Estados son responsables internacionalmente de cualquier violación que se les atribuya de dichos derechos, cometida por sus funcionarios o por personas actuando bajo autoridad de los mismos, aún por omisión.

El Tribunal de Nüremberg estableció que el cumplimiento de órdenes superiores no exime de responsabilidad penal por actos criminales contra la humanidad, lo cual se repite en los sucesivos documentos y sentencias de carácter internacional. La sentencia del Tribunal de Nüremberg se dictó el 30 de septiembre de 1946; y, entre otras cosas dispuso que: *El principio de Derecho Internacional que, en ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a los actos que tal derecho condena como criminales. Asimismo, que: (...) los autores de dichos actos no pueden resguardarse tras sus cargos oficiales para librarse de la sanción de los juicios (...).* Igualmente añade: *Quien viola las leyes de la guerra no puede lograr inmunidad por el sólo hecho de actuar en obediencia a la autoridad del Estado, cuando el Estado, al autorizar su actuación, sobrepasa su competencia según el Derecho Internacional.*¹²

Los procesos subsiguientes, realizados por parte de Estados Unidos, la Unión Soviética, Francia y Gran Bretaña, conforme a la Ley 10 del Consejo de Control Aliado, del 20 de diciembre de 1945, establecieron una clasificación de los crímenes de Derecho Internacional en crímenes contra la

¹² Tribunal Militar Internacional de Nüremberg: Sentencia del 30 de septiembre de 1946: www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj.../flyer_sp.pdf. Revisado 19-10-2008. 14.20 h.

paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, similar a lo que estableció el Estatuto del Tribunal de Nüremberg. Igualmente, se llevaron a cabo juicios en Tokio, ante un tribunal integrado por jueces de Australia, Canadá, China, Francia, Gran Bretaña, India, Holanda, Nueva Zelanda, Filipinas, Unión Soviética y Estados Unidos, utilizando esta misma clasificación tripartita de las infracciones al Derecho Internacional, similar a la utilizada en Nüremberg.¹³

La Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, adoptó en 1946 la Resolución 95(I) titulada *Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg*.¹⁴ Mediante ésta se ratifican los principios jurídicos contenidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en su sentencia.

Pero la implementación de tales disposiciones internacionales no parece haber sido suficiente, por cuanto las etapas de la *guerra fría* y *dísuasión*, protagonizadas en el siglo XX por las grandes potencias norteamericana y soviética, implicaron actos de intervención tales como las de Estados Unidos en Panamá, Granada, Vietnam, Irak, entre otras; o las de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en Checoslovaquia, Hungría y Afganistán; constituidas en evidentes actos de agresión bélica internacional.

Posterior a ello, la Cámara de los Lores del Reino Unido, del 24 de marzo de 1999, ante la solicitud de extradición de Augusto Pinochet, cita la sentencia del Tribunal de Nüremberg, en la cual se decidió que los crímenes contra la humanidad caían dentro de su jurisdicción sólo si eran cometidos en

¹³ Mahmoud Cherif Bassiouni. 1982. *Op. cit.*, pp. 18 y 19.

¹⁴ Organización de Naciones Unidas. Resolución 95 (I). 1946. www.un.org/spanish/documents/ga/res/.../ares1.htm. Revisado: 24-07-2008, 11:30 h; y, www.acnur.org/biblioteca/pdf/0024.pdf -. Revisado: 24-07-2008, 11:45 h.

la ejecución de o en conexión con crímenes de guerra o crímenes contra la paz, en tanto que, el mismo fallo, es igualmente citado por la Corte de Casación Francesa en el proceso que se le siguió a Klaus Barbie y en el reciente caso “Prosecutor vs. Dusko Tadic”¹⁵ en el cual, el 14 de julio de 1997, con ponencia del juez Cassese, se dictó sentencia por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

También se contemplaron sanciones penales a los autores de crímenes contra los derechos humanos en los Proyectos de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad elaborados por la Comisión de Derecho Internacional en 1951 y 1954, cuando señalaban, que: “(...) *los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de Derecho Internacional, por los que deberá castigarse al individuo responsable*”. Asimismo, en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, en su artículo 1, reitera que: “(...) *los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de Derecho Internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional*. Estos proyectos no fueron aprobados debido a la imposibilidad de lograr el consenso en la definición del delito de *agresión*.”¹⁶

En una siguiente etapa del trabajo se analizará el Estatuto de los Tribunales Internacionales creados *ad hoc* para juzgar los crímenes de Derecho Internacional cometidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda, así como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, en los cuales no se definen qué conductas son tipificables como delito de agresión, sino hasta la Conferencia de Revisión de Kampala de

¹⁵ Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. Prosecutor vs. Tadic. 1997. www.ijl.org/courses/documents/Prosecutorv.Tadic.pdf. Revisado: 12-03-2010. 9:50 h.

¹⁶ Marie Claude Roberge. *Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n 144, 1 de noviembre de 1997, pp. 695/710. <http://www.icrc.org/icrcspa>. Revisado: 15-09-2009. 11.00 h.

2010, en la que se acordó que el enjuiciamiento por este delito queda diferido hasta después de 2017.

Con relación a los principios, se analizará el artículo 21 del Estatuto de Roma, contenido del principio de *ley aplicable*, el cual establece que, en primer lugar, deben aplicarse el Estatuto, los elementos del delito y las normas sobre procedimiento y prueba y, en segundo lugar, los tratados que sean aplicables y los principios y reglas de Derecho Internacional; y, en último término, los principios generales de las leyes nacionales de los Estados con jurisdicción sobre los delitos, siempre y cuando sean compatibles con la ley internacional.

Por otra parte, el principio *nullum crimen sine lege scripta, praevia, certa et stricta* contemplado en el Estatuto de Roma en sus cuatro diferentes formas, en los artículos 22 al 24, por lo cual, una persona sólo puede ser castigada por una acción que estuviera prevista en el Estatuto al tiempo de su comisión; que fuera perpetrada después de su entrada en vigor; que estuviera definida con claridad; que no fuera susceptible de interpretación analógica; y que, en caso de cambio de ley antes de dictar sentencia se ha de aplicar la que sea más favorable al reo, principio que en el caso del Tribunal Militar de Nüremberg no fue aplicado, siendo que dicho tribunal rechazó el argumento de la defensa por el cual la acusación de los principales crímenes de guerra había sido una acusación *ex post facto*, que vulneraba el principio *nullum crimen sine lege praevia y scripta*, argumentando los defensores de los acusados que la agresión no era delito en el momento de su comisión por los nazis.

En tal sentido, la sentencia del Tribunal de Nüremberg, señaló entre otros aspectos:

"Afirmar que es injusto castigar a aquellos que desafiando Tratados y garantías han atacado Estados vecinos sin advertencia alguna es obviamente falso, pues en tales circunstancias el agresor debe saber que está haciéndolo mal, y no sólo no sería injusto castigarle, sino que se haría injusticia permitiendo su equivocación con la impunidad".¹⁷

No hay que dejar de lado un aspecto esencial para lograr el enjuiciamiento del delito de agresión, como lo es la jurisdicción universal. Este principio reviste jerarquía constitucional en lo que a los crímenes graves contra la humanidad se refiere y, junto con los demás ilícitos internacionales consagrados en otros convenios,¹⁸ poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias. De allí que la competencia universal no sólo se justificaría por la naturaleza de estos hechos sino porque ofenden a toda la comunidad internacional; y, cada miembro de esa comunidad pudiera perseguirlos y castigarlos, conforme a los Principios de Princeton en Jurisdicción Universal, elaborados en el año 2001¹⁹ por un grupo de juristas de la Universidad de Princeton, en Estados Unidos, los cuales proponen una jurisdicción universal interpretada por algunos como *absoluta*, al estilo belga y español, para otros limitada a requerimientos de competencia, tal como el principio de personalidad pasiva; pero que en esa declaración extiende la jurisdicción a todos los delitos que atenten contra el Derecho Internacional y no sólo al Derecho Penal Internacional.

¹⁷ Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, Sentencia del 30 de septiembre de 1946. *Op. cit.* Revisado: 19-10-2008.14.20 h.

¹⁸ Como los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y terrorismo no contemplados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional pero sí en otros convenios internacionales.

¹⁹ Ver: http://justiciauniversal.org/index.php?option=com_myblog&show=Principios-de-Princeton-sobre-Jurisdicción-Universal.html&Itemid=68. Revisado: 12-02-2009. 13:24 h.

Este conjunto de principios de carácter universal, autoriza a las jurisdicciones nacionales a pronunciarse sobre persecuciones penales iniciadas contra cualquier persona acusada de graves crímenes contra la comunidad internacional, aún sin exigir que la persona esté, aunque sea de paso, en el territorio de ese Estado, exigiendo solamente que alguien presente una denuncia o requiera la apertura de la investigación. Una interpretación absoluta al respecto, pudiera representar una violación a garantías procesales y derechos humanos, tales como el derecho a la defensa, pues estando ausente el acusado, aun en caso de contumacia, le impediría ejercer su defensa y el control de la prueba, por lo cual se verá que lo recomendable es no aplicarlo de manera absoluta sino tener como requisito mínimo que el presunto autor de los hechos se encuentre en el territorio donde va a ser juzgado, conforme al Principio *fórum loci deprehensionis*; basado en la posibilidad de juzgar al delincuente en el lugar de su aprehensión.

Resultaría favorable, que cada Estado tuviera competencia internacional dentro de su jurisdicción nacional, a objeto de poder juzgar con base a los instrumentos internacionales; y, que existiera el compromiso de cada Estado para con la comunidad internacional, de verse en la obligación de realizar tales juzgamientos. La Corte Penal Internacional, en base a su principio de complementariedad, juzgaría sólo por vía excepcional, ante la omisión de proceder a nivel interno o cuando las situaciones sean de tal complejidad que requieran una mayor cooperación internacional, por ejemplo, que la prueba deba colectarse en varios Estados porque las acciones igualmente se ejecutaron contra varias naciones.

Aun cuando el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no se ha ocupado por establecer la figura rectora y las conductas que se subsumen

en el tipo penal de la agresión y sus medios de comisión, para aquellos que afirman el carácter absoluto del principio de jurisdicción universal,²⁰ surge la discusión con relación a si el hecho de existir una amplia gama de disposiciones de rango jurídico y consuetudinario a nivel internacional que prevén conductas calificables como medios de comisión de este delito, tales como la Confirmación de los Principios de Nüremberg, o el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, entre otros; ello generaría la imposibilidad de sustraerse de la persecución por este delito.

Esta discusión encontraría fundamento en que, aun cuando un Estado no haya suscrito el Estatuto de Roma, posiblemente sea parte en la Convención de Viena sobre el Derecho de Los Tratados o de la Carta de la Organización de Estados Americanos o alguno de los tratados de resolución pacífica de controversias, que de una manera u otra obligan al Estado a responder a nivel internacional; y aún, en virtud del principio de justicia universal, cualquier Estado afectado directa o indirectamente por un acto que tenga este carácter, con base al principio justicia universal, puede iniciar el proceso penal contra los autores de estos delitos, incluso con fundamento en el derecho interno.

Este último aspecto, junto con el problema de la proliferación de armas y la necesidad de reformar el derecho a veto dentro del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, así como la supresión de condiciones de procedibilidad para el enjuiciamiento del delito de agresión, serán los aspectos esenciales a ser analizados en este trabajo; así como, cuál alternativa resta aplicar en la situación actual, para lograr la sanción de los responsables por actos de agresión.

²⁰ En cuanto a este principio, debe tenerse en consideración los diversos sentidos que pretende atribuirse al concepto de soberanía y la confusión conceptual que existe con relación a este término.

Asimismo, que la comunidad internacional se aboque de manera preventiva a preservar la paz internacional, mediante la solución pacífica de conflictos, el desarme y la proscripción y control del negocio de la venta de armas; todo lo cual representa el aporte a la ciencia que será desarrollado mediante este estudio.

Estos puntos serán atendidos en ocho capítulos denominados: Capítulo I: Visión histórica de la agresión internacional desde su calificación como atentado contra la coercibilidad del Derecho Internacional; Capítulo II: Principios Orientadores del Derecho Penal Internacional con base en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Capítulo III: Aspectos generales de la responsabilidad penal con base al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Capítulo IV: Defensas y causas de exclusión de responsabilidad penal, Capítulo V: La agresión bélica y la aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional en su persecución; Capítulo VI: Doble naturaleza del delito de agresión, Capítulo VII: Algunas situaciones fácticas acaecidas en décadas recientes; y, Capítulo VIII: La propuesta, que abarca la necesidad de reformar el derecho a veto, la implementación de políticas de desarme, la efectiva sanción de las conductas constitutivas de actos de agresión y la eliminación de condiciones de procedibilidad para el enjuiciamiento. Finalmente las conclusiones y las referencias bibliográficas.

Para el desarrollo de estos capítulos y a fin de cumplir con los objetivos planteados, la metodología de investigación empleada ha sido de carácter documental descriptivo, mediante la revisión de textos, legislación y jurisprudencia nacional e internacional, información digital y opiniones recabadas de diferentes organizaciones estatales e internacionales, de cuyo análisis se dedujeron las conclusiones y la propuesta.

CAPÍTULO I
**VISIÓN HISTÓRICA DE LA AGRESIÓN INTERNACIONAL DESDE SU
CALIFICACIÓN COMO ATENTADO CONTRA LA COERCIBILIDAD DEL
DERECHO INTERNACIONAL**

**I.1.- Origen del Derecho Internacional Penal y del Derecho
Penal Internacional**

Al surgir la necesidad de sancionar aquellas conductas delictivas que tengan trascendencia internacional, en el Derecho Internacional Penal, la competencia para investigar y sancionar estos delitos le corresponde a un tribunal o corte de carácter internacional, como por ejemplo, las condenas impuestas por los tribunales *ad hoc* para Ruanda o ex Yugoslavia, las sanciones a los Estados por parte de la Corte Internacional de Justicia, las cuales se rigen por normas de Derecho Internacional Público.

A diferencia de ello, el Derecho Penal Internacional establece el enjuiciamiento de los delitos por parte de los tribunales nacionales, siendo suplementaria la posible intervención de un tribunal o corte internacional, como ocurre con la Corte Penal Internacional, que actúa sólo en dos supuestos: a.- Cuando no exista garantía de enjuiciamiento o de respeto al derecho a la defensa; y, b.- Cuando el delito pueda resultar impune por inactividad o retardo judicial. En estos casos, corresponde al legislador patrio dictar las leyes que regulen internamente la aplicación de los acuerdos internacionales.

En todo caso, debe tenerse en consideración, que las normas de Derecho Internacional se generan a partir de la necesidad de controlar los

actos de agresión ejecutados contra la soberanía de Estados débiles, para lograr un control político y económico sobre los mismos.

1.1.1.- Coercibilidad del Derecho Internacional y primeros intentos de sanción del delito de agresión internacional

Cabe señalar, que la concepción sobre la necesidad de sanciones que identifican al Derecho Internacional como coercible, resulta un artificio, ya que, dicha construcción sólo ha sido alegada por quienes como Estados más poderosos buscan siempre utilizar la fuerza conforme a sus intereses sobre los demás Estados. El Derecho Internacional busca así regular las relaciones entre los Estados miembros de la comunidad internacional, ya que, sin él se admitiría que ésta no existe como tal, lo cual, era propio de las sociedades pasadas, cuyo poder se ejercía mediante la ocupación y el dominio sobre los pueblos, e incluso su extinción, tal como ocurrió con algunas tribus norteamericanas víctimas de la colonización inglesa, o con los blancos franceses por parte de los negros en Haití; siendo que hoy día, aún persiste, como ocurrió con la masacre de gitanos y hebreos por parte de la Alemania nazi, por citar sólo un ejemplo.

Actualmente, ese alegato no tiene justificación, habiéndose producido sanciones contra Estados agresores, como la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia contra Estados Unidos de Norteamérica, en 1986, por actos ejecutados contra Nicaragua, lo cual será analizado en el presente trabajo. Además, existe gran cantidad de instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por la mayor parte de la comunidad internacional, que describen los actos constitutivos del delito de agresión y que obligan a ésta a no ejecutar conductas de esta naturaleza contra otros Estados y sus habitantes.

De manera que, la diferencia del Derecho Internacional con el interno de los Estados, viene dada por el hecho de que el Derecho Internacional no está suficientemente institucionalizado y no responde a una sociedad homogénea sino pluricultural; además, de ser horizontal al no existir relaciones de subordinación. Esta sociedad universal, está conformada por grupos con diversas necesidades y costumbres pero con iguales derechos por el hecho de pertenecer a la humanidad, siendo su máxima aspiración el respeto por los derechos humanos, su seguridad, paz y bienestar para su supervivencia; cuya coercibilidad viene dada por la asunción de obligaciones por parte de los miembros de esa comunidad.

La colonización americana, mantenía al margen la consideración de las nuevas naciones americanas como países civilizados y, no fue sino hasta 1907, cuando se celebró la Segunda Conferencia de Paz en La Haya, que reunió Estados de ambos continentes. En 1926, fue cuando se celebró en América la primera conferencia de esta naturaleza, en Perú. Estas razones generaron el surgimiento de organizaciones regionales para la protección de los intereses del continente, como por ejemplo, la Organización de Estados Americanos, anticipándose en algunos aspectos a los europeos, por ejemplo, al eliminar la patente de corso y establecer la protección de neutrales en los conflictos de guerra navales, como quedara establecido en el Tratado de Lima de 1948.²¹

Los países socialistas del pasado siglo, pretendían sostener que el *ius cogens*, conformado por normas imperativas que limitan el comportamiento de los Estados, no podía impedir que se establecieran normas particulares

²¹Antonio Remiro Brótons. *Derecho Internacional*. Mc. Graw Hill. Madrid 1997, p. 20.

de contenido social que difirieran de sus principios, pero limitados a las relaciones entre países socialistas; pero, se sabe que ello no es posible porque las normas de Derecho Internacional de carácter universal, no pueden ser relajadas por ninguna relación particular entre naciones ni por una determinada nación.

De este modo, pese a la pretendida regionalización del Derecho Internacional, las normas de carácter universal son necesarias para frenar los abusos de Estados poderosos, -irrespetando el derecho a la igualdad, honor y dignidad-²² sobre la soberanía de los más débiles.²³ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1968-69), señaló la imperatividad de las normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto, las cuales no admiten acuerdo en contrario y sólo pueden ser modificadas por normas de Derecho Internacional posteriores y del mismo rango; de manera que, una vez prestado el consentimiento, el mismo es irrevocable. Respecto a ello, Brótons, señala como excepción el derecho a veto del cual gozan los Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas y del cual no gozan los demás Estados.²⁴

Cabe mencionar, que la Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional, emanada de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1970, en su Capítulo XXXIII, estableció que: *Los Estados se abstendrán en sus relaciones internacionales de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial, o la independencia política de cualquier Estado*

²² Fermín Toro Jiménez. *Derecho Internacional Público*. Volumen II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2002, pp. 546 y ss.

²³ *Ibidem*. Pp. 566-567.

²⁴ A. R. Brótons. *Op. cit.*, pp. 10-11.

(...).²⁵ De este modo, se ratifica la proscripción de ejecutar actos de agresión, con carácter imperativo, obligación que no puede ser relajada por la voluntad de ningún Estado miembro de la comunidad internacional, ya que, todo acto que infringe disposiciones de esta índole, además de ser nulo, acarrea responsabilidad internacional y ha de ser sancionado como un crimen internacional.

El sistema denominado *Derecho Penal Internacional*, creado por la comunidad de naciones, en cambio, persigue la tutela de los derechos humanos esenciales; y, se traduce en principios y reglas de derecho asumidos como obligatorios por la comunidad internacional y por las naciones que la integran, a fin de castigar a los responsables por delitos contra la humanidad debiendo ser incorporado al derecho interno y aplicado por los Estados.

El Derecho Penal Internacional como derecho punitivo represivo, contempla disposiciones penales de carácter positivo que tipifican como delitos, todos aquellos actos que se hayan ejecutado contra la dignidad humana, y por lo tanto, impliquen flagrantes violaciones a los derechos humanos establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y, a los derechos mínimos, garantizados por el Derecho Internacional de los Conflictos Armados. Para ello, el Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma, crea la Corte Penal Internacional para sancionar de manera complementaria los delitos graves contra la humanidad, cuando el Estado no demuestre su disposición de sancionar el delito o no exista garantía de un juicio justo; incluyendo dentro de esa categoría al delito de *agresión*, a pesar de no pasar de ser una mera

²⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución Nº 2625. Declaración sobre los principios de Derecho Internacional* referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados. Ginebra. 24 de octubre de 1970.

descripción, toda vez que el Estatuto deja para un futuro la sanción de las conductas subsumidas dentro del tipo penal.

La Corte, pasará a conocer de manera complementaria, conforme al artículo 1 del Estatuto, el cual dispone: (...) *La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer la jurisdicción sobre personas responsables de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales,*²⁶ cuya competencia se activará cuando el Estado nacional no implemente los mecanismos para la persecución y sanción de los delitos o de hacerlo, su conducta de vele la posibilidad de favorecer la impunidad, o no exista seguridad de respeto de las garantías procesales.

Por lo tanto, el bien jurídico tutelado va a ser la persona humana generadora de derechos, pero como miembro de la comunidad mundial, buscando proteger su dignidad, la paz y la seguridad, como derechos fundamentales para su convivencia, debiendo agregar que en última instancia, lo que se persigue es la supervivencia de la especie humana, ante las destrucciones de poblaciones enteras, producto de los conflictos bélicos y en especial, de aquellas personas que no tomando parte en los conflictos, son víctimas en ellos.

En el Estatuto de Roma, ya no se va a sancionar al Estado, sino a las personas responsables, ya sea, por dolo directo o por responsabilidad de mando; y, por el incumplimiento de su deber de actuar para impedir la comisión de delitos por parte de los subordinados; además de la

²⁶ Organización de Naciones Unidas. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 1998. Artículo 1.

responsabilidad por un delito propio de omisión y por un delito de peligro. Por otra parte, se hace referencia a los principios que rigen este derecho, la responsabilidad penal individual y las causas que la excluyen.

Como antecedentes al origen del Derecho Penal Internacional y al establecimiento del delito de agresión como un delito grave contra la humanidad, se debe partir del empleo del recurso a la guerra o *ius ad bellum*, el cual fue prohibido con el Pacto Briand-Kellog, firmado en París el 27 de agosto de 1928;²⁷ y, la Carta de las Naciones Unidas. Estas disposiciones dejaban abierta la posibilidad de la excepción, siendo una de ellas la intervención humanitaria y la otra, la legítima defensa, para proteger a las víctimas de sacrificios humanos o a un pueblo contra su gobierno autoritario. Se acepta la legalidad del recurso a la guerra, para replegar la actitud arbitraria o para poder llevar ayuda a la población y sólo algunos derechos por su gravedad podrían justificar el uso de la fuerza, identificados con los que en principio se denominaban derechos fundamentales.

En otro orden de protección contra hechos que constituyen delitos graves contra la humanidad, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce la validez de un grupo de normas que son fundamentales y que tienen una vigencia absoluta, es decir, no pueden ser objeto de derogación por el Estado ni aún en casos especiales de emergencia o cuando se suspenden las garantías y conforman el estándar mínimo de

²⁷ Aristide Briand (Premio Nóbel de la Paz en 1926) y el alemán Gustav Stresemann sometieron un acuerdo de paz, bajo el arbitrio de la Sociedad de Naciones, a fin de renunciar a la guerra, ante el peligro que representaba la grave crisis económica existente para ese momento, pero que luego fuere irrespetado por Alemania y sus aliados. Firmada en principio por 15 países: Alemania, los Estados Unidos, Francia, el Reino Unido, Italia, Japón, Bélgica, Polonia, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Irlanda, India y Checoslovaquia. Otros 57 países se adhirieron más tarde.

derechos humanos garantizados por los tratados y que aparecen previstos en los cuatro Convenios de Ginebra, los cuales deben observarse en todo conflicto armado, en especial, derecho a la vida e intangibilidad corporal, el derecho a no ser torturado, la protección de la dignidad del hombre, protección de rehenes, protección contra sentencias arbitrarias o pena de muerte y un amplio derecho a no ser discriminado.

Estas normas tienen además la categoría de *ius cogens*, toda vez que son de aplicación directa independientemente de los convenios internacionales y deben ser respetadas aún por los Estados que no han firmado ningún tratado sobre derechos humanos, por lo cual, no puede existir derogación, reserva o renuncia alguna a las mismas estando protegidos contra todos los Estados. Estos derechos fundamentales vienen a constituirse en el bien protegido de la intervención humanitaria; y, una intervención militar para proteger otros derechos humanos no tendría justificación legal. Ningún tratado o convención internacional de derechos humanos prevé una intervención humanitaria en caso de violación, por lo menos de los derechos humanos fundamentales.

El *derecho de gentes* abarcaba hechos relacionados con el desarrollo del comercio y la navegación, la trata de esclavos y la piratería, durante la Edad Media y hasta el siglo XIX, ya que, la navegación era el medio de transporte entre naciones. Al respecto, entre los ejemplos del pasado, se aprecia que en el III Concilio (XI Consejo Ecuménico de Papa Alejandro III) de Letrán del año 1179,²⁸ se sancionaba el tráfico de esclavos y la piratería; ello es igualmente mantenido por el Código Penal venezolano vigente, en los delitos contra el Derecho Internacional. El autor Cherif Bassiouni, indicaba que tanto la criminalización de los actos que contravienen las leyes, normas y

²⁸ Ver más en: www.es.catholic.net/sacerdotes/222/2454/ - Revisado: 15-09-2007. 22:30 h.

regulaciones de la guerra, así como la persecución internacional de quienes llevaban a cabo guerras de agresión, evolucionó gradualmente, ocurriendo lo mismo con la persecución internacional de los provocadores de estas guerras injustas y con quienes infringían las normas referidas al modo de desarrollar la guerra.²⁹

En el primer juicio penal haber generado una guerra injusta, Konradín von Hohenstaufen,³⁰ fue condenado a muerte el 19 de octubre de 1268, en Nápoles. Este procesado, hijo de Isabel de Baviera y el Rey Konrad IV de Alemania, Sicilia y Jerusalén, en 1258 se autoproclamó Rey de Sicilia y en 1262 tomó posesión de Suabia. Sus actos contra el pueblo fueron atacados por el Papa Clemente IV, quien lo excomulgó y por ello lo mandó a detener; pero el pueblo germano, salvo algunos nobles, se negó a brindarle ayuda, siendo sólo apoyado los Gibelinos de Italia Central. El 29 de octubre de 1268, fue ejecutado públicamente en la Plaza del Mercado en Nápoles. Es así como se produce la caída del reinado de la familia von Hohenstaufen y el debilitamiento de la iglesia católica.

En 1305, el nacionalista escocés Sir William Wallace,³¹ fue juzgado por una corte inglesa por presuntas atrocidades, luego de dirigir a su país contra la ocupación inglesa y contra el Rey Eduardo I de Inglaterra en las Guerras por la Independencia de Escocia. Luego de la condena fue arrastrado por un caballo, castrado, colgado, desmembrado y las partes de su cuerpo repartidas por Inglaterra.

²⁹ Mahmoud Cherif Bassiouni. 1982. *Op. cit.*, tomo XXXV, fascículo I, p. 16.

³⁰ En: histclo.com/royal/ger/hre/hohen/conradin.htm; Revisado: 17-02-2009. 8:50 h. En: www.welt.de/.../Der_tragische_Untergang_einer_Dynastie. Revisado: 17-02-09. 10:20 h; www.allempires.com/forum/forum_posts.asp?TID=6369. Revisado: 17-02-09. 13:05 h.

³¹ Sir William Wallace Biography. Biography.com. www.biography.com/articles/Sir-William-Wallace-9522479. Revisado: 17-02-09. 16:25 h.

En 1474, se realizó el primer juicio penal internacional en Breisach, Alemania, contra Peter Von Hagenbach, estando el tribunal *ad hoc*, llamado Tribunal del Alto Rin, conformado por veintiocho miembros elegidos en ciudades del Sacro Imperio Romano Germánico, el acusado fue condenado a muerte por asesinato, violación y pillaje. Hagenbach llevó a cabo una guerra con los soldados de las tierras bajas en contra de los mercenarios suizos y sus actos durante la ocupación de Breisach contra los pueblos rebeldes del Alto Rin, llevaron a que los cargos que se le imputaron por “pisotear las leyes de Dios y del Hombre” y se castigaron como crímenes de guerra; por los cuales fue condenado a muerte y decapitado. Su defensa se basó en el cumplimiento de órdenes superiores emanadas del Duque de Borgoña; sin embargo, no se tomó como eximente la responsabilidad de mando.³²

Para esa época, el conjunto de normas relativas a la regulación de la guerra, al uso de la fuerza y al trato de prisioneros, se denominaba: *Leyes y usos de la guerra*. Hasta la segunda mitad del siglo XIX, adoptó la forma de derecho consuetudinario, ya que, al aprobarse la Convención de Ginebra de 1864, comenzó un proceso de codificación de tales leyes y usos de la guerra. De tal modo, se recogió el conjunto de principios jurídicos ya reconocidos y aceptados en el campo no contractual y, quedó establecido que tales convenios, no anulan ni derogan los principios y obligaciones que emergen del derecho no contractual ni limita la vigencia del Derecho Internacional consuetudinario.

La *Cláusula Martens*, contenida en el Preámbulo de la Segunda Convención de La Haya de 1899 y en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, dispuso que *en los casos no comprendidos en las disposiciones*

³² Edoardo Greppi. 1999. *Op. cit.*, pp. 531-553. 1999. En: [/www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JQ2X](http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JQ2X). Revisado: 21-04-2007. 10:12 h.

*reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y bajo el imperio de los principios del derecho de gentes.*³³ La denuncia no puede convertirse en excusa para pretender justificar su incumplimiento.

Luego de la I Guerra Mundial, se consideró que una guerra es injusta, cuando implica *la ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados*; para ello se intentó enjuiciar y sancionar al ex emperador alemán Guillermo II de Hohenzollern, con base al artículo 227 del Tratado de Versalles.³⁴ En esta época no fue posible procesar a otro criminal de guerra: Heinrich Tillessen, quien fue beneficiado con una Ley de Amnistía de 1933.

En 1927, durante la Primera Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, que tuvo lugar en la ciudad de Varsovia, en Polonia, se procedió a hacer una enumeración de las conductas que conforman atentados contra el *derecho de gentes*. La enunciación fue la siguiente:

- a) Piratería,
- b) Falsificación de monedas metálicas, otros efectos públicos billetes de banco,
- c) Trata de esclavos,
- d) Trata de mujeres o de niños,
- e) Empleo intencional de todos los medios capaces de producir un daño común,
- f) Tráfico de estupefacientes,

³³ Convención de La Haya sobre Leyes y Costumbre de la Guerra Terrestre del 29 de julio de 1899.

³⁴ Ver: www.exordio.com/1939-1945/personajes/guillermooii.html. Revisado: 31-07-2010. 20:30 h.

g) Tráfico de publicaciones obscenas.

Esta lista ha sido ampliada en Congresos realizados con posterioridad, tales como el Primer Congreso de Derecho Comparado en la Haya, llevado a cabo en 1932. El profesor St. Rappaport -citado por Lemkin- ha propuesto la inclusión de nuevos delitos,³⁵ destacando la incriminación de propaganda destinada a fomentar guerras de agresión.

1.1.2.- Crímenes ejecutados con ocasión de la II Guerra Mundial

En 1940, durante el desarrollo de la II Guerra Mundial, los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Polonia denunciaron la violación de la IV Convención de La Haya de 1907, por parte de las fuerzas de ocupación alemana, cuando ingresaron en Polonia y luego tras la Operación Weserübung, en Dinamarca y Noruega, países neutrales, alegando que era con el fin de protegerlos de Francia e Inglaterra.³⁶

El 1º de noviembre de 1943, se firmó la *Declaración de Moscú*, por Franklin Delano Roosevelt, Winston Churchill y Stalin, para la persecución de los criminales de guerra, por violación del Derecho Internacional Humanitario. Los acusados por los crímenes cometidos serían juzgados por los tribunales de los países donde se ejecutaron tales actos. La Declaración deja a salvo, aquellos casos que correspondan a graves crímenes de guerra, que afectaron a varios países, y cuyos autores debían ser juzgados por una decisión conjunta, de los gobiernos de los países aliados.³⁷

³⁵ Raphael Lemkin. *Los actos que representan un peligro general*. En: www.saltana.org/2/arg/62.htm. Revisado: 14-08-2009. 9.45 h.

³⁶ Ver: www.lasegundaguerra.com/viewtopic.php?t=809 – España y www.exordio.com/1939-1945/militaris/.../weserubung.html. Revisado: 27-03-2007. 18:12 h.

³⁷ Sociedad de Naciones. *Declaración de Moscú de 1943*. www.un.org/spanish/aboutun/history/charterhistory/tegeran.html. Revisado: 02-05-2010. 7:50 h.

En los casos de alemanes contra alemanes, la justicia germana los juzgó -luego de la reorganización de los tribunales- con severos cuestionamientos como el caso de la amnistía concedida al oficial naval, para esa época Capitán de Corbeta Heinrich Tillessen³⁸ por lo cual se sobreseyó su causa el 10 de septiembre de 1946, siendo que los fiscales, de nacionalidad francesa pidieron la nulidad de la decisión de la Corte Provincial de Offenburg. Este recurso se planteó por hechos anteriores a la II Guerra Mundial, en virtud de la Ley de Amnistía de 1933, a favor de aquellos que se plegaron al nazismo. La Corte de Baden-Baden, con jueces franceses, nuevamente falló a favor de Tillessen. El juicio a Tillessen se reanudó en Constanza en 1947, para lo cual el Fiscal alegó que se trataba de delitos contra la humanidad, conforme a la Ley 10 del Consejo de Control Aliado; y finalmente, Tillessen fue condenado a quince años de prisión; pero, se produjo su indulto en 1958. Otro aspecto cuestionado, fue la amnistía general otorgada respecto a los delitos con ocasión de la guerra, cuya pena no excediera de una año, para facilitar el camino hacia el nuevo Estado alemán.

Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Gran Bretaña y la Unión Soviética, miembros posteriormente de manera permanente del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, firmaron en 1945 el Acuerdo de Londres mediante el cual se creó el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y su Estatuto pasó a formar parte del *Acuerdo*, en el que se ratificó el principio de responsabilidad personal de los acusados. Destaca el literal “a” del artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, el cual contempla como crimen contra la paz: El planeamiento, la preparación, la iniciación o la ejecución de una guerra de agresión,³⁹ o de una guerra en violación de los tratados y acuerdo internacionales.

³⁸ Ver: www.humanitas-international.org/holocaust/1921tbse.htm . Revisado: 02-05-2010.11:15 h.

³⁹ El delito de agresión mantiene su definición y es considerado como un crimen contra la paz conforme a todos los instrumentos internacionales analizados en la presente investigación.

La sentencia del Tribunal de Nüremberg, del 30 de septiembre de 1946, sostuvo el principio de responsabilidad individual por la comisión de crímenes contra los derechos humanos; y, rechazó la pretensión para eximirse de responsabilidad la de haber cumplido órdenes superiores. En tal sentido, estableció el tribunal que: *El principio de Derecho Internacional que, en ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a los actos que tal derecho condena como criminales (...); y, que: (...) los autores de dichos actos no pueden resguardarse tras sus cargos oficiales para librarse de la sanción de los juicios apropiados (...). Quien viola las leyes de la guerra no puede lograr inmunidad (...).*⁴⁰ Este pronunciamiento fue tomado posteriormente por otros tribunales como el Tribunal de Tokio y la Corte de Casación Francesa en el caso de Klaus Barbie.⁴¹ También se reflejó en textos legales posteriores de carácter internacional, como el Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1954, los de 1991 y 1996; la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad del año 1968.

Simultáneamente, la *Ley número 10 del Consejo de Control Aliado*, del 20 de diciembre de 1945, estableció cómo se desarrollarían los procesos en las zonas de ocupación y se realizaron juicios en Tokio, ante un tribunal integrado por jueces de Australia, Canadá, China, Francia, Gran Bretaña, India, Holanda, Nueva Zelanda, Filipinas, Unión Soviética y Estados Unidos., utilizando una definición tripartita de los crímenes contra la humanidad similar a la utilizada en Nüremberg.⁴²

⁴⁰ Tribunal Militar Internacional de Nüremberg: *Sentencia del 30 de septiembre de 1946: Op. cit.* Revisado:19-10-2008. 14.20 h.

⁴¹ Fundación Acción Pro Derechos Humanos. *Aplicación efectiva del principio de jurisdicción universal.* En: www.fundacionpdh.org/.../justiciauniversal-ejemplos.htm. Revisado: 8-05-2008. 9:46 h.

⁴² Mahmoud Cherif Bassiouni. 1982. *Op. cit.*, tomo XXXV, fascículo I, pp. 18 y 19.

La Comisión de Derecho Internacional, entre junio y julio de 1950, formuló los *Principios de Núremberg*⁴³ los cuales se resumen del siguiente modo:

1.- Toda persona que cometa un delito de los previstos dentro del Derecho Internacional es responsable por él y está sujeto a sanción.

2.- Aun cuando el Derecho Nacional no sancione con pena un acto que constituya un delito dentro del Derecho Internacional, esta circunstancia no exime a su autor de responsabilidad frente al Derecho Internacional.

3.- El hecho de que una persona que haya cometido un crimen conforme al Derecho Internacional, haya actuado como Jefe de Estado o como funcionario público, no le exime de responsabilidad.

4.- Si una persona ha actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior, no lo exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional, siempre que de hecho haya tenido la posibilidad de elección moral; lo cual, sin embargo, puede atenuar la pena si la justicia así lo requiere.

5.- Toda persona acusada de un delito conforme al Derecho Internacional, tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.

6.- Los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad son punibles bajo el Derecho Internacional; y,

7.- La complicidad en la perpetración de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad es un crimen para el Derecho Internacional.

⁴³ www.icrc.org > ... > 1999 - N° 835. Revisado: 24-09-2007. 12:30 h.

I.1.3.- Tratamiento posterior a la II Guerra Mundial hasta la creación de la Corte Penal Internacional y surgimiento del Derecho Penal Internacional

Luego de los graves crímenes acaecidos durante el desarrollo de la II Guerra Mundial, ante el peligro del uso de armas aún más sofisticadas en la perpetración de tales hechos y el daño irreversible o la destrucción de la humanidad, se concentró en la protección de la población y sus derechos, incluyendo aquellos actos cometidos por órganos del propio Estado al cual pertenecen, como miembros de toda la comunidad internacional, estableciéndose el principio de universalidad de su protección y que todos los Estados tienen jurisdicción para el juzgamiento y sanción de tales crímenes. Por ello, la Carta de las Naciones Unidas dispuso que: *(...) los pueblos de las Naciones Unidas se manifiestan resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y a (...) crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del Derecho Internacional*⁴⁴.

La Declaración Universal de Derechos Humanos,⁴⁵ estableció disposiciones las cuales a pesar que al inicio fueron sólo declarativas y no vinculantes, en la actualidad no queda duda que a través de la aceptación de sus efectos normativos por parte de la comunidad de naciones, ha pasado a ser parte del derecho consuetudinario vinculante, conforme a la jurisprudencia interna de muchos Estados, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Apelación de París, dictada en 1960, en la causa de la Sociedad Roxy Export y Charlie Chaplin contra la Sociedad Le Film Rayée Richebé,⁴⁶

⁴⁴ Organización de Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas. Preámbulo. 1945.

⁴⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III)*, el 10 de diciembre de 1948 www.un.org/es/documents/udhr/. Revisado: 13-09-2007. 8:50 h.

⁴⁶ Patrice. Level. "Essai sur les conflits de lois dans le temps". En: *Revue Critique de Droit International Privé*. París. 1961, p.90.

o en el fallo del Tribunal de Apelaciones del Distrito de California, del 5 de mayo de 1951, en el caso *Sei Fujii vs. State of California*,⁴⁷ en el cual se afirma que la Declaración es Ley Suprema para Estados Unidos. Conforme a dicha aceptación, los derechos enunciados en la declaración forman parte del derecho consuetudinario internacional y para algunos como Guatemala, en el artículo 7 de su Estatuto Político,⁴⁸ u otros países africanos como Camerún (09-05-1972), Guinea (03-04-1984), Mauritania (20-07-1991), Madagascar (1992) y Nigeria (1992), entre otras; por lo que, los Estados son responsables internacionalmente de cualquier violación de estos derechos, ejecutados por sus funcionarios o por personas actuando bajo autoridad oficial, o en casos de omisión, al no actuar oportunamente o apoyar tales violaciones.

En atención a este aspecto, la Declaración de Teherán de 1968, como lo señala Peña,⁴⁹ -citando a Verna de Briceño- dispuso cualquier duda sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al considerarla *obligatoria para toda la comunidad internacional*. En estos casos no se habla de Derecho Penal Internacional sino de Derecho Internacional Penal, en cuyos casos, la responsabilidad no recae sobre los individuos sino sobre el Estado.

Finalmente, el 17 de julio de 1998, mediante el Estatuto aprobado en la ciudad de Roma, se estableció la Corte Penal Internacional. En dicho Estatuto se establece la complementariedad de la intervención de la jurisdicción universal. Tal intervención queda limitada a la inacción o impunidad de los mecanismos internos de los Estados en la persecución de

⁴⁷ André Tunc. *Le Droit des Etats-Unis*. PUF. París 1964, p.65.

⁴⁸ Jorge Mario García Laguardía. *La Defensa de la Constitución*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. 1986, p. 64.

⁴⁹ José Peña Solís. *Lecciones de Derecho Constitucional General*. Volumen I. Tomo II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas 2008, p. 417.

los delitos graves contra la humanidad, entre los que se incluye el crimen de agresión.

Contemporáneo a ello, la Cámara de los Lores del Reino Unido, el 24 de marzo de 1999, al referirse a la extradición de Augusto Pinochet solicitada por España, señaló que:

(...) El Tribunal de Núremberg decidió que los crímenes contra la humanidad caían dentro de su jurisdicción sólo si eran cometidos en la ejecución de o en conexión con crímenes de guerra o crímenes contra la paz.

(...) existe una serie de actas y decretos que instituyen tribunales internacionales; está el Acta de Núremberg, de 1945, en la que se otorga jurisdicción para la vista de delitos contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (Artículo 6). Según el Artículo 7, "no se debe considerar la condición oficial de los acusados, fueran jefes de Estado o responsables de ministerios gubernamentales, como un eximente de responsabilidad o atenuante de la pena". Se encuentra una estipulación semejante en el Convenio de Tokio. En 1993 se concedió al tribunal internacional para la antigua Yugoslavia potestad para juzgar a personas "responsables de graves transgresiones de los derechos humanos internacionales", incluidas las transgresiones flagrantes del Convenio de Ginebra de 1949, la tortura, el secuestro de civiles, el genocidio y los crímenes contra la humanidad "cometidos en el transcurso del conflicto armado, sean de índole nacional o internacional, y cometidos contra la población civil", incluidos el asesinato, la tortura y la persecución por motivos raciales o religiosos. En lo relativo a las responsabilidades delictivas individuales, el Artículo 7 estipula que "la condición oficial de cualquier acusado, ya sea como jefe de Estado o de Gobierno, o miembro responsable del Gobierno, no exime a esta persona de responsabilidad penal."⁵⁰

En los Proyectos de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad elaborados por la Comisión de Derecho Internacional en

⁵⁰ Reino Unido. *Sentencia de la Cámara de Los Lores*. Sesión 1998-99. En: www.parliament.uk; y, www.derechos.net/doc/pino/lores1.html. Revisado: 21-11-2008. 16.40 h.

1951 y 1954, se contemplaba que: (...) *los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de Derecho Internacional, por los que deberá castigarse al individuo responsable*. Ello se ratifica en el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1966*, indicando además, en su artículo 1, que: (...) *los crímenes contra la punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional*; y, en su artículo 2, que: (...) *un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad comportará responsabilidad individual*, lo cual se repite en los proyectos de 1991 y 1996.

En relación a los hechos acaecidos en Yugoslavia entre marzo y junio de 1999, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas consideró que el ataque efectuado por la Organización del Tratado del Atlántico Norte (O.T.A.N.), fue realizado conforme al Capítulo VII, de la Carta de las Naciones Unidas,⁵¹ referido a las acciones a tomar cuando exista amenaza o quebrantamiento de la paz; o, frente a actos de agresión.

⁵¹ "CAPÍTULO VII: ACCIÓN EN CASO DE AMENAZAS A LA PAZ, QUEBRANTAMIENTOS DE LA PAZ O ACTOS DE AGRESIÓN:

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 qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Artículo 40

A fin de evitar que la situación se agrave, el Consejo de Seguridad, antes de hacer las recomendaciones o decidir las medidas de que trata el Artículo 39, podrá instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables. Dichas medidas provisionales no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas. El Consejo de Seguridad tomará debida nota del incumplimiento de dichas medidas provisionales.

Artículo 41

El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

Artículo 42

Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.

Artículo 43

1. *Todos los Miembros de las Naciones Unidas, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando éste lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas armadas, la ayuda y*

las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales.

2. Dicho convenio o convenios fijarán el número y clase de las fuerzas, su grado de preparación y su ubicación general, como también la naturaleza de las facilidades y de la ayuda que habrán de darse.

3. El convenio o convenios serán negociados a iniciativa del Consejo de Seguridad tan pronto como sea posible; serán concertados entre el Consejo de Seguridad y Miembros individuales o entre el Consejo de Seguridad y grupos de Miembros, y estarán sujetos a ratificación por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales.

Artículo 44

Cuando el Consejo de Seguridad haya decidido hacer uso de la fuerza, antes de requerir a un Miembro que no éste representado en él a que provea fuerzas armadas en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del Artículo 43, invitará a dicho Miembro, si éste así lo deseara, a participar en las decisiones del Consejo de Seguridad relativas al empleo de contingentes de fuerzas armadas de dicho Miembro.

Artículo 45

A fin de que la Organización pueda tomar medidas militares urgentes, sus Miembros mantendrán contingentes de fuerzas aéreas nacionales inmediatamente disponibles para la ejecución combinada de una acción coercitiva internacional. La potencia y el grado de preparación de estos contingentes y los planes para su acción combinada serán determinados, dentro de los límites establecidos en el convenio o convenios especiales de que trata el Artículo 43, por el Consejo de Seguridad con la ayuda del Comité de Estado Mayor.

Artículo 46

Los planes para el empleo de la fuerza armada serán hechos por el Consejo de Seguridad con la ayuda del Comité de Estado Mayor.

Artículo 47

1. Se establecerá un Comité de Estado Mayor para asesorar y asistir al Consejo de Seguridad en todas las cuestiones relativas a las necesidades militares del Consejo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, al empleo y comando de las fuerzas puestas a su disposición, a la regulación de los armamentos y al posible desarme.

2. El Comité de Estado Mayor estará integrado por los Jefes de Estado Mayor de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad o sus representantes. Todo Miembro de las Naciones Unidas que no éste permanentemente representado en el Comité será invitado por éste a asociarse a sus labores cuando el desempeño eficiente de las funciones del Comité requiera la participación de dicho Miembro.

3. El Comité de Estado Mayor tendrá a su cargo, bajo la autoridad del Consejo de Seguridad, la dirección estratégica de todas las fuerzas armadas puestas a disposición del Consejo. Las cuestiones relativas al comando de dichas fuerzas serán resueltas posteriormente.

4. El Comité de Estado Mayor, con autorización del Consejo de Seguridad y después de consultar con los organismos regionales apropiados, podrá establecer subcomités regionales.

Artículo 48

1. La acción requerida para llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales será ejercida por todos los Miembros de las Naciones Unidas o por algunos de ellos, según lo determine el Consejo de Seguridad.

2. Dichas decisiones serán llevadas a cabo por los Miembros de las Naciones Unidas directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que formen parte.

Artículo 49

Los Miembros de las Naciones Unidas deberán prestarse ayuda mutua para llevar a cabo las medidas dispuestas por el Consejo de Seguridad.

Artículo 50

Si el Consejo de Seguridad tomare medidas preventivas o coercitivas contra un Estado, cualquier otro Estado, sea o no Miembro de las Naciones Unidas, que confrontare problemas económicos especiales originados por la ejecución de dichas medidas, tendrá el derecho de consultar al Consejo de Seguridad acerca de la solución de esos problemas.

Artículo 51

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales".

En el proceso seguido en Francia contra el oficial alemán Klaus Barbie, condenado por crímenes cometidos cuando era jefe alemán de la Gestapo en Lyon, Francia, la Corte de Casación de Francia, en sentencia del 20 de diciembre de 1985, ante la solicitud de enjuiciamiento por crímenes cometidos en esa nación y en virtud del alegato del acusado acerca de que en Francia opera la prescripción por veinte años para los delitos de mayor gravedad, dispuso el tribunal que los contra la humanidad, no requieren haber sido ejecutadas durante un conflicto armado. De ese modo fue enjuiciado y condenado a cadena perpetua en julio de 1987.

Similar a este caso y referido a hechos ejecutados en Chile tras la caída y muerte del Presidente Salvador Allende, se encuentra la solicitud de extradición de Augusto Pinochet por parte del Reino de España, tramitada ante los tribunales del Reino Unido. En este caso, en última instancia, la Cámara de los Lores,⁵² reconoció que se trataba de crímenes de Derecho Internacional, aún para la fecha en que se produjo el golpe militar del 11 de septiembre de 1973, contra Salvador Allende, por parte de Augusto Pinochet, y que podía ser enjuiciado conforme a los principios de jurisdicción universal.

I.2.- Aspectos centrales relacionados con la implementación de un Derecho Penal Internacional formal

El Derecho Penal Internacional, persigue la tutela de los derechos más esenciales de la persona y está conformado por un conjunto de principios y reglas de derecho asumidos, en su mayoría, como obligatorios por la comunidad internacional; y, establece el rechazo, prohibición y sanción de aquellas conductas graves constitutivas de delitos contra el *derecho de*

⁵² Reino Unido. Cámara de Los Lores.1998-99. *Op. cit.* Revisado: 21-11-2008. 16.40 h.

gentes, también denominados crímenes de Derecho Internacional, debiendo ser perseguidos y sancionados en cooperación entre Estados, a fin de que no permanezcan impunes.

De manera general, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, busca sistematizar los crímenes más graves contra los derechos humanos, tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra, entre los que se encuentra el delito de agresión. En tal sentido, se observa que el Derecho Penal Internacional presenta las siguientes características:

1.- El Derecho Penal Internacional es un derecho punitivo represivo: Ello se deduce de contener normas penales positivas de carácter internacional, y por lo tanto, tipifica aquellos delitos ejecutados contra la dignidad humana, que vienen a constituir graves violaciones a los derechos humanos conforme a la normativa que contempla el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y a los derechos mínimos fundamentales, garantizados por el Derecho Internacional de los Conflictos Armados

2.- Se rige por el Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma, creando la Corte Penal Internacional para sancionar de manera subsidiaria los crímenes más graves contra la humanidad, cuando el Estado a nivel interno no demuestre su disposición de sancionar el delito o no exista garantía de un juicio justo.

En consecuencia, el órgano jurisdiccional encargado de juzgar y sentenciar de manera supletoria los delitos previstos en el Estatuto, será la Corte Penal Internacional, conforme a lo previsto en el Artículo 1 del Estatuto, el cual dispone: (...) *La Corte será una institución permanente, estará*

*facultada para ejercer la jurisdicción sobre personas responsables de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.*⁵³

3.- Bien jurídico tutelado: La persona humana como generadora de derechos. Se busca proteger esencialmente su derecho a la dignidad, a la paz y a la seguridad, como derechos fundamentales de su convivencia, agregando que en última instancia, busca preservar la propia supervivencia de la especie, ante las destrucciones masivas de poblaciones que suelen presentarse como resultado de las conflagraciones y abusos contra poblaciones, en especial, aquellos civiles que no toman parte en los conflictos.

En consecuencia, compartiendo el criterio sostenido por Abrisketa, debe entenderse que el bien jurídico tutelado es la humanidad como comunidad internacional.⁵⁴

4.- Sujetos activos: El Estatuto de la Corte Penal Internacional, para todos los delitos graves contra la humanidad, se rige por el principio de responsabilidad personal, a diferencia de la responsabilidad del Estado, la cual no reúne los requisitos de una condena penal.

En lo que al delito de agresión se refiere, por dolo directo, será responsable aquel funcionario que tiene el control político y militar; ya sea que ordene o ejecute estos delitos. Sin embargo, en el artículo 28 del

⁵³ Organización de Naciones Unidas. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 1. Roma.1998.

⁵⁴ Joana Abrisketa. *Op. cit.* (2004). P.641.

Estatuto se habla de una responsabilidad con igual pena para quienes omitieren impedir su comisión en virtud de su deber de vigilancia, estableciendo un dolo por omisión impropia, así como la negligencia como dolo eventual no como culpa y, la autoría mediata.

En el Estatuto, de forma general se maneja el concepto de responsabilidad de mando o del superior, por el incumplimiento de actuar para impedir la comisión de delitos por parte de los subordinados. En consecuencia, será responsable tanto por su propia falta al intervenir como por las conductas penales de otros, creando una responsabilidad directa por falta de supervisión y una indirecta por el actuar de otros. Se constituye así su responsabilidad en un delito propio de omisión y un delito de peligro. Estos elementos, sin embargo, no están claros por no ser uniformemente tratados por el derecho consuetudinario, la codificación y el derecho comparado.⁵⁵

Asimismo, a través de la jurisprudencia, diversos casos han sido resueltos con base a este principio, tal como el caso del General Tomoyuki Yamashita, encargado de la Comisión Militar de Estados Unidos en Manila, Filipinas, durante la II Guerra Mundial, a quien se procesó por responsabilidad de mando en virtud de haber permitido la perpetración de crímenes contra la población civil y contra personal militar norteamericano en esa nación, durante el período del 08 de octubre al 07 de diciembre de 1945. En sentencia del 04 de febrero de 1946, la Corte Suprema de Estados Unidos, entre otras cosas señaló:

Las leyes de la guerra imponen al comandante militar la obligación de tomar medidas apropiadas, que se encuentren a su alcance, para controlar las tropas bajo su mando, a efecto

⁵⁵ Organización de Naciones Unidas. *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. 1945. Artículo 38, párrafo 1, literal c).

*de prevenir actos concretos (...) pudiendo acarrearle responsabilidad personal por sus faltas cuando surjan violaciones por la ausencia de tales medidas(...)*⁵⁶

De igual forma, el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, lo trata pero de una manera indirecta, en el caso del enjuiciamiento del Alto Comando de la Wehrmacht o alto mando de las fuerzas armadas alemanas, cuando se aparta del criterio Yamashita y aplica un criterio de conocimiento efectivo.⁵⁷ En ese caso, señaló:

*Debe existir un descuido personal. Ello sólo puede ocurrir, allí donde el acto le es indirectamente atribuible a él, o donde la propia ausencia de supervisión sobre sus subordinados constituye una negligencia punible de su parte. En este último caso, la negligencia debe ser de tal magnitud que resulte injustificada una desatención inmoral de la acción de sus subordinados que esté a nivel prácticamente de la aquiescencia.*⁵⁸

Por su parte, el Tribunal de Tokio o Tribunal Penal Militar Internacional para el Medio Oriente, extendió esta responsabilidad a los civiles, jurisprudencia que fue acogida en Tokio en 1946, para perseguir los crímenes de guerra llevados a cabo por japoneses en Inglaterra, Canadá, Australia y China.⁵⁹

En este mismo orden, el Tribunal *ad hoc* para la Ex Yugoslavia, estableció una serie de exigencias para determinar la responsabilidad del superior, siendo éstas:

a.- Existencia de una relación entre superior y subordinado;

⁵⁶ Rafael Prieto Sanjuan. "Akayesu: El primer juicio internacional por genocidio". *Grandes fallos de la justicia penal* 2. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Biblioteca Jurídica. Bogotá. Colombia, 2006, pp. 157-158.

⁵⁷ Tribunal Militar Internacional de Nüremberg: *Sentencia del 30 de septiembre de 1946. Op. cit.*

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹; www.tlahui.com/politic/politi00/.../jap10-2.htm. Revisado: 27-02-2009. 11:45 h.

b.- Conocimiento del superior o que tenga razones para conocer que el acto iba a ser cometido o había sido cometido; y,

c.- Falta del superior al no adoptar las medidas necesarias y razonables para impedir los actos criminales o castigar a quienes los perpetraron.

Asimismo, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, del 8 de julio de 1977, estableció la obligación por parte de los Estados de reprimir las infracciones graves que resulten del incumplimiento del deber de actuar.⁶⁰ Igualmente, el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y La Seguridad de la Humanidad de 1991 y 1996.⁶¹

En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, está dispuesto en su artículo 28, una descripción de las conductas desplegadas por superiores militares y superiores no militares o civiles. Esta norma establece la responsabilidad penal en el delito, por *comisión por omisión*, consistente en el incumplimiento por parte del superior de su función supervisora sobre sus subordinados, quienes actúan dolosamente. Al efecto, señala Ambos, que los crímenes que se derivan de allí, cometidos por los subordinados, no son ni un elemento del tipo ni una simple condición objetiva de punibilidad del superior, sino más bien, el punto de referencia del incumplimiento de su deber de supervisión, existiendo una causalidad específica entre el incumplimiento de supervisión y la ocurrencia de los delitos.⁶²

⁶⁰ Organización de Naciones Unidas. *Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra*. 1977. Artículo 86, párrafo 2.

⁶¹ Comisión Internacional de Derecho de la Organización de las Naciones Unidas. *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*. 1991, Artículo 12; y, 1996, Artículo 6.

⁶² Kai Ambos. *Estudios de Derecho Penal Internacional*. Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela. 2005, pp. 236 y 237.

Respecto al delito de agresión, se requiere una condición objetiva de punibilidad, cuando se habla de una conciencia y voluntad “manifiesta” de ejecutar un acto de esta naturaleza, no requiriendo demostrar que se quiso violar la Carta de la Organización de Naciones Unidas. Esta calificación objetiva de ser “manifiesta” implica que debe darse de manera simultánea la presencia de las características, que se realice a escala y su gravedad.

5.- Sujetos pasivos: Las víctimas serán los grupos de personas como miembros de la comunidad internacional, más allá de las fronteras del Estado, y por el sólo hecho de ser *persona*, en virtud de actos dirigidos en su contra, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; siendo que estos derechos no pueden renunciarse ni negociarse, de lo que surge su carácter universal, intransferible, irreversible y obligatorio.

6.- Elementos de los delitos: Todos los delitos tipificados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, constituyen atentados graves contra la dignidad de las personas dentro y fuera de los límites de un Estado, apareciendo sistematizados en sus artículos 6 al 8, exponiendo la conducta típica, el resultado y las circunstancias típicas; así como, condiciones subjetivas especiales de punibilidad y los elementos contextuales. En la Resolución RC/Res. 6, mediante la cual, el 11 de junio de 2010 se modifica el Estatuto de Roma, se incorporan en el artículo 8 bis, los elementos del crimen de agresión.

En el delito de agresión, la acción debe concretarse a actos de agresión bélica contra uno o varios Estados, de manera injustificada; que de ser procesados, comportarían un juicio de valor por parte del sentenciador,

para determinar lo justo o injusto del ataque, que como se verá, abarcaría tanto bombardeo como el bloqueo de costas de un Estado, teniendo una doble consecuencia contraria a la norma, al vulnerar la soberanía y constituirse además, en acto de violencia contra las personas.

El Anexo II, de la Enmienda de los crímenes, señala que los elementos del crimen de agresión, van a ser:

1. *Que el autor haya empleado ciertas balas.*
2. *Que las balas hayan sido tales que su uso infrinja el derecho internacional de los conflictos armados porque se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano.*
3. *Que el autor haya sido consciente de que la naturaleza de las balas era tal que su uso agravaría inútilmente el sufrimiento o el efecto de la herida.*
4. *Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional y haya estado relacionada con él.*
5. *Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.*⁶³

En todo caso, se busca ejercer un control social supranacional, de carácter formal y subsidiario, en cuanto no sea satisfactoria o posible la actuación interna del Estado, a fin de evitar de esta manera la impunidad de los delitos más graves contra la humanidad, persiguiendo como fin último la supervivencia de la especie humana.

7.- Se rige por el Principio de Justicia Universal. Según este principio, cualquier Estado puede sancionar los delitos previstos en el Estatuto, independientemente del lugar donde se cometiera el delito y opera el principio de cooperación internacional a fin de castigar el delito; lo cual se enfrenta a problemas de detención, extradición y obtención de pruebas. Así

⁶³ Organización de Naciones Unidas. Resolución RC/Res. 6, Anexo II, Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, Elementos del crimen de agresión.

lo dispone el artículo 69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El principio de Justicia Universal es un concepto antiguo, ya recogido en las legislaciones de los siglos XVIII y XIX. Sin embargo, su eficacia puesta en práctica en relación con la persecución de los crímenes contra la humanidad es muy reciente y comienza a consolidarse en estos últimos años, como consecuencia de la lucha incesante de las víctimas, del movimiento internacional de Derechos Humanos y de la tutela judicial efectiva alcanzada en distintos lugares del mundo.

Los derechos humanos fundamentales lesionados por los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y agresión, se han convertido en derechos inherentes a la condición humana como producto del avance de la civilización y del esfuerzo y el sacrificio de millones de personas en todo el mundo. El principio de Justicia Universal conlleva la solidaridad humana y la aplicación efectiva del mismo; de ello, debe ser garante toda la comunidad internacional.

Con base a este principio, todos los Estados están obligados a cumplir las normas internacionales, pactadas o consuetudinarias, que ordenan la persecución de los crímenes contra la humanidad y, en consecuencia, deben investigar y juzgar los que se cometan en su territorio. Resulta inadmisibles y contraria a los Principios Fundamentales del Derecho Internacional la existencia de leyes o prácticas que impidan dicho enjuiciamiento. Asimismo, los Estados están obligados a perseguir judicialmente los crímenes contra la humanidad, cualquiera sea el lugar del planeta donde los mismos se cometan y en consecuencia, deben adoptar las disposiciones legislativas e

iniciativas judiciales necesarias para prevenir dichos crímenes y hacer efectiva su persecución cuando los mismos se cometan.

Todo Estado tiene el deber de colaborar con los demás Estados en dicha persecución y prestar la asistencia judicial que resulte necesaria en cada caso; por tanto, está obligado a extraditar o a juzgar a los responsables de estos crímenes, quienes no podrán obtener la condición de asilados o refugiados ni beneficiarse de la eximente o atenuante de obediencia debida.

De la misma manera, se observa que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, debería ser modificado a efectos de garantizar que la Corte actúe con plena independencia, sin injerencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; exento de presiones y decisiones políticas que le condicionen, con pleno acceso de las víctimas y organizaciones de derechos humanos a las denuncias y con participación en los procedimientos judiciales. A efectos de garantizar una rápida y eficaz actuación de la Corte, no sólo para castigar sino para prevenir la comisión de crímenes contra la humanidad, deben instaurarse oficinas regionales permanentes de la fiscalía que posibiliten un rápido y eficaz acceso de las víctimas a la Corte.

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional y la de los Tribunales de cada Estado, así como la de estos entre sí, debe ser complementaria y concurrente, de modo tal, que quede plenamente garantizada la investigación y juzgamiento de los crímenes contra la humanidad. Para ello, es fundamental establecer mecanismos a nivel internacional que permitan resolver los eventuales conflictos de competencia, que surjan entre distintos

Tribunales, lo cual nunca podrá servir como justificación a la no persecución de los crímenes ni permitir la impunidad.

I.3.- Relación con el Derecho Internacional de los Conflictos Armados y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El Derecho Internacional de los Conflictos Armados, tiene carácter preventivo y no represivo, contemplando las reglas mínimas de derechos fundamentales que deben observarse durante los conflictos bélicos, siendo presupuesto del Derecho Penal Internacional.

Lo que se conocía como Derecho Internacional Humanitario, hoy Derecho Internacional de los Conflictos Armados, se constituye a partir del Derecho de Ginebra, referido a la protección a las víctimas de los conflictos armados, que tuvo su origen y desarrollo en las normas emanadas de acuerdos entre Estados (derecho humanitario propiamente dicho); y, del Derecho de La Haya, que regulaba los métodos y medios para hacer la guerra, referido así a las prácticas estatales o costumbre internacional. Con ello se busca imponer límites a la guerra para evitar la producción de graves violaciones a los derechos humanos.

Este derecho surge con la batalla de Solferino, entre el ejército francés y el ejército austriaco, en junio de 1859. En esa guerra, un ciudadano suizo de nombre Henri Dunant,⁶⁴ sugirió la creación de un cuerpo internacional para limitar el sufrimiento de los enfermos y heridos en las guerras y comenzó a laborar junto con algunos voluntarios, creando el

⁶⁴ Ver: www.djpsa.com/clandunant/CruzRoja/HENRYDUNANT. Revisado: 23-07-2006. 15:35 h.

Comité internacional de Socorro a los Militares Heridos, actualmente Comité Internacional de la Cruz Roja.

Sin embargo, algunos Estados han sido reticentes a adquirir compromisos que los obliguen a aceptar las restricciones al empleo de la fuerza y a responder por los resultados de sus acciones u omisiones en los conflictos armados en que pudieran estar involucrados. De este modo, como ocurrió con Estados Unidos contra Afganistán o Irak, para justificar sus ataques contra los Estados en los cuales pudiera presumirse se encuentran ocultas personas vinculadas con el terrorismo, ha creado el estatus de *combatientes ilegales* a fin de evadir sus compromisos de trato conforme a las normas adquiridas y que debe cumplir de buena fe.

El primer tratado internacional, conocido como la Convención de Ginebra, fue suscrito el 22 de agosto de 1864, siendo su objetivo el de mejorar la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña. Posteriormente, en 1899 y 1907, se incorporaron los Convenios de La Haya referidos a los náufragos; y, en 1925, la protección a prisioneros de guerra; y, luego de la II Guerra Mundial, el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, así como los Protocolos Adicionales de 1977, que reglamentaron lo relativo al estatus de lo que se conoce como condición de combatiente; así como, los medios de hacer la guerra, con el objeto de proteger a la población civil.

El Tribunal Militar para la ex Yugoslavia, consideró que las normas del Derecho Internacional Humanitario o Derecho Internacional de los Conflictos Armados, son aplicables por igual a los conflictos entre Estados y a los conflictos internos.

Por otra parte, muchos Estados contemplan dentro de su normativa interna disposiciones relacionadas con este derecho, tales como la no reciprocidad como fundamento de violación de la norma, limitaciones al empleo de la fuerza, obligación del trato humanitario y prohibición de ocasionar sufrimiento físico o psicológico. Estos principios de accionar conforme a una conciencia pública y el empleo de la costumbre como fundamento normativo, se basan en la ya mencionada Cláusula Martens. Conforme a esta normativa, cualquier exceso durante los conflictos armados que implique la ejecución de conductas tipificadas como crímenes de guerra, será sancionado conforme a la normativa penal nacional o internacional, ya sea por tribunales nacionales, la Corte Penal Internacional, o como ha sido la práctica, la constitución de Tribunales *ad hoc*, como los casos de Ruanda y ex Yugoslavia. Pero, queda abierta la duda sobre la normativa aplicable cuando la ejecución de excesos se produce durante actos de agresión bélica, cuya sanción aún no puede llevarse a cabo por la Corte Penal Internacional.

Por otra parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, igualmente tiene carácter preventivo y es presupuesto del Derecho Internacional Penal en tiempos de paz, abarcando todos los derechos, resolviendo las denuncias conforme a ese derecho mediante la solicitud de responsabilidad del Estado. Asimismo, es presupuesto del Derecho Penal Internacional, mediante la posibilidad de solicitar la responsabilidad personal de los funcionarios del Estado o quienes han actuado en su nombre en la comisión de crímenes graves contra la humanidad. Tiene en común con el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, que ambos hacen parte del Derecho Internacional por lo cual, tienen principios y características propias dentro de un sistema integrado de normas.

Los Derechos Humanos son un conjunto de principios universalmente aceptados, constitucionalmente reconocidos y jurídicamente garantizados, destinados a asegurar el respeto a la dignidad del ser humano. Son derechos inherentes a la persona, porque toda persona nace con ellos, siendo irrenunciables y no negociables, de lo que surge su carácter universal, intransferible y obligatorio. Tampoco pueden ser jerarquizados; todos son derechos fundamentales.

De igual manera, en el año 1968 -consagrado como Año Internacional de los Derechos Humanos- se celebró la Conferencia Internacional de los Derechos Humanos en Teherán,⁶⁵ oportunidad en la cual se declaró que tanto los Principios del Derecho Internacional Humanitario como los derechos humanos deben prevalecer en los períodos de conflictos armados.

Ahora bien, son igualmente presupuestos del Derecho Penal Internacional, ya que, su violación produce la aplicación de sanciones de carácter punitivo. Para ello, la Organización de Naciones Unidas ha establecido normas de cooperación internacional para la prevención y sanción de los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad; y, el Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional, estableció las conductas que constituyen estos delitos. Sin embargo, aun cuando se previó en la Conferencia de Revisión la enunciación de las conductas constitutivas de agresión, no es posible su enjuiciamiento, el cual quedó diferido hasta después de 2017.

Esta falta de acuerdo, solamente ha alimentado la violencia belicista, tal como lo señala Borrego en su obra *Validez espacial de la norma penal de*

⁶⁵ J. Peña S. 2008. *Op. cit.*, Pp. 417 y 418.

orden internacional,⁶⁶ dando al traste con las máximas del Derecho Internacional: *ius ad bellum* e *ius in bellum*, colocando en tela de juicio al Consejo de Seguridad de Las Naciones Unidas y a la Organización de las Naciones Unidas, en su finalidad primordial de mantener la paz y adoptar medidas necesarias para evitar el recrudecimiento de las hostilidades y erigirse en mecanismo conciliador en los conflictos. Se ha venido observando que su intervención no se produce oportunamente sino ya cuando los conflictos han cobrado numerosas vidas; y, en otros casos, permitiendo o autorizando la intervención bélica de un Estado dentro de otros Estados. Muchas veces, se omite recurrir a dicho organismo internacional, en especial, cuando se requiere el pronunciamiento del Consejo de Seguridad, debido al temor al veto.

1.4.- Base legal y naturaleza no beligerante de la intervención humanitaria frente a la comisión de delitos contra la humanidad

Los Estados son libres para decidir si se ajustan o quebrantan el derecho y va a depender de la concepción que cada nación tenga por el respeto de las normas jurídicas y la comprensión sobre la necesidad de servir a un bien común o global de toda la comunidad internacional, que ese Estado someta o no, el interés colectivo a un interés o necesidad particular, dependiente de la política que en él impere en un momento dado.

La sociedad internacional y el Derecho Internacional que hoy se conoce, tienen su origen en la sociedad de Estados libres y soberanos que surge en Europa en el siglo XV y se reafirma con el Pacto de Paz de Westfalia, en 1648, que van generando la universalización de la comunidad

⁶⁶ Carmelo Borrego. *Validez espacial de la norma penal de orden internacional*. Universidad Central de Venezuela, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela. 2006, pp. 2 y 3.

internacional. En especial, porque Europa, beneficiándose de los avances tecnológicos de los orientales, logró tener un gran poderío naval y económico, a lo cual se unió la imposición y mala utilización de la religión cristiana en sus diversas tendencias, que le permitió ocupar territorios y someter y esclavizar a sus habitantes, en especial, en las tierras americanas y africanas, hasta mediados del siglo XIX, siendo sólo erradicado el colonialismo con la consolidación del principio de autodeterminación de los pueblos, mediante el cual se reconoce que todo Estado es civilizado y soberano.

Es un principio vinculante que los conflictos deban ser resueltos de forma pacífica y el respeto de este principio debería ir en escala ascendente a medida que la sociedad avanza, siendo necesaria la existencia de mecanismos de sanción para la inobservancia e infracción de los principios contenidos en las normas jurídicas de Derecho Internacional. Sin embargo, se ha visto cómo los Estados con sociedades en apariencia más avanzadas, son los que valiéndose de su poderío político, militar y económico, han buscado en la mayor parte de los casos conocidos, imponer su fuerza para indicar a los demás cómo debe ser el mundo y cómo debe preservarse la seguridad sobre determinada región, desplegando su maquinaria bélica y económica, para brindar ayuda a otros Estados afectados por problemas como la droga, el terrorismo o las guerrillas; y, de ese modo, hacerlos blanco táctico para asegurarse el control, no sólo sobre ese Estado sino sobre determinada región, sin que el Estado a quien se ha brindado la ayuda se cuestione siquiera cómo esa ayuda no es más que una forma de intervencionismo y ocupación; y, por ende, un acto de agresión que persigue, en muchos casos, someter a determinados grupos que puedan perjudicar los intereses del Estado interventor.

Muchas de estas situaciones se vieron en décadas recientes, dirigidas en su mayoría por Estados Unidos de Norteamérica y la desaparecida Unión Soviética, tales como las múltiples intervenciones de Estados Unidos en América Latina a través de la Oficina de Control de Drogas (Drugs Enforcement Agency); o, la ocupación de Irak sobre Kuwait, en 1990, alegando que el territorio de Kuwait le pertenecía.

La base legal de la intervención humanitaria multilateral se encuentra en la Carta de las Naciones Unidas, estando sujeta al régimen de la denominada seguridad colectiva de esa organización y no debe llevar implícita una intervención militar; en tanto que, la intervención unilateral no puede ser permitida, por cuanto puede generar dudas sobre la verdadera motivación de dicha intervención y constituir un acto de agresión, tal como ocurre, por ejemplo, con la invasión norteamericana a Irak, o las intervenciones militares unilaterales de Estados Unidos de Norteamérica en Camboya (1970 y 1975), de la India en Pakistán Oriental (1971), de Indonesia en Timor Oriental (1975), de Sudáfrica en Angola (1975), de Vietnam en Camboya (1978), de Francia en África Central (1979), de España en Guinea Ecuatorial (1979), entre otras.

En este punto, se puede considerar, que la intervención humanitaria unilateral no puede ser confundida con la intervención unilateral o plurilateral por parte de uno o más Estados, mediante el empleo de la fuerza, ya que, de manera clara y precisa, así lo dispone el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, el cual contiene una prohibición general de todo uso de la fuerza militar, contemplando solamente dos únicas excepciones: Las sanciones militares del Consejo de Seguridad con base en el Capítulo VII de la Carta de la Organización de Naciones Unidas y el derecho de legítima defensa establecido en el artículo 51 de la norma referida.

La Corte Internacional de Justicia confirmó esta interpretación extensiva y por ello, cualquier actuación militar más allá de estas dos excepciones entraría en el campo de la ilicitud y constituiría el delito de agresión, tal como ocurrió con el bombardeo de la Organización del Tratado del Atlántico Norte en Kosovo (1999), pero que, lamentablemente fue considerado un acto de legítima defensa por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, poniendo en tela de juicio tanto la función protectora de las Naciones Unidas, como la falta de imparcialidad al avalar esta incursión.⁶⁷

En todos los casos debe establecerse los límites bajo los cuales sería admisible la intervención, así como el régimen de responsabilidad penal y jurisdicción a la cual queda sujeta a través de los *Status of forces agreements* (S.O.F.A.). Por ejemplo, frente a los abusos sexuales contra ciudadanos en la República Democrática del Congo por parte de miembros de las fuerzas de paz, estos casos quedan fuera del régimen general de inmunidad del personal de las Naciones Unidas, ya que, la Convención de 1946 sobre privilegios e inmunidades así lo dispuso; y, se limita a los delitos ejecutados en ejercicio de sus funciones, apareciendo el problema cuando el sistema penal del Estado hostil, donde se produjo la intervención, no tiene capacidad para adelantar la investigación y llevar a cabo un juicio imparcial.

⁶⁷ Señala Noam Chomsky. "Una consecuencia adicional es un golpe a los frágiles principios del orden mundial. La acción de la OTAN representa una amenaza para "el corazón del sistema de seguridad internacional" fundado por la Carta de las Naciones Unidas, observa el Secretario General Kofi Annan en su informe anual a la ONU en septiembre. Esto importa poco a los ricos y poderosos, que actúan a voluntad, rechazando decisiones de la Corte Internacional de Justicia y vetando resoluciones del Consejo de Seguridad cuando es necesario; es útil recordar que, contrariamente a lo que habitualmente se cree, los EEUU han sido por lejos los que han vetado más resoluciones del Consejo de Seguridad en una gran gama de temas, incluyendo terrorismo y agresión, desde que perdieron el control de la ONU en el curso de la descolonización, con Gran Bretaña como segundo, seguidos de lejos por Francia como tercero. Las víctimas habituales, sin embargo, se toman estos asuntos más seriamente como demuestra la reacción global a la guerra en Kosovo". N. Chomsky. "In retrospect: A review of NATO's war over Kosovo. Part II". Z. Magazine. Abril 2000. En: kamita.com/misc/nc/textos/otan02.html. Revisado: 20-11-2008.11:00 h.

En el caso del Congo, un grupo de expertos fue encargado de elaborar un informe *ad hoc* sobre estos hechos, y produjo un proyecto de Tratado destinado a establecer la responsabilidad penal de los miembros de misiones de las Naciones Unidas, denominado *International Convention on the Criminal Accountability of UN officials and experts on mission*.⁶⁸ El Proyecto sólo abarca las conductas dolosas de los delitos contra la vida, integridad, física, libertad sexual, invitando a los Estados a ampliar su jurisdicción, con fundamento en el principio de personalidad pasiva y en aquellos casos en que el autor reside habitualmente en su territorio.

En el mes de abril de 2007, el mencionado Comité de expertos, acordó posponer la tramitación del Proyecto, con el objeto de analizar bajo un mejor ángulo el tipo de delitos a los cuales podía extenderse la responsabilidad, en cuanto que resultaba justificado, por ejemplo, excluir infracciones contra el patrimonio, mejorar el sistema de reparación a las víctimas y el régimen de responsabilidad civil de la Organización de Naciones Unidas.

En relación a estos límites, existen las denominadas reglas de enfrentamiento o de compromiso: *Rules of Engagement (R.O.E.)*, cuyo objetivo consiste en asegurar el control político sobre el uso de fuerza, y en virtud de ello y por el modo en que son adoptadas, que no va a corresponderse con los requisitos derivados del principio de legalidad penal. Estas reglas de enfrentamiento no tienen efecto en la interpretación de las normas jurídicas que regulan el uso de la fuerza, ni tienen capacidad para derogar, concretar o exceptuar la normativa interna, representando a lo sumo causas de error.

⁶⁸United Nations General Assembly Legal. - Sixth Committee. www.un.org/ga/sixth/62/CrimAcc.shtml. Revisado: 24-08-2008. 9:30 h.

Las mismas se consideran como parte del Derecho Internacional y no como reglas jurídicas de un determinado ordenamiento y constituyen limitaciones de acción dentro del Derecho Internacional de los Conflictos Armados. Su valoración es diferente, ya que, su legitimidad deriva de tratarse de disposiciones de Derecho Internacional, a las que los ordenamientos jurídicos otorgan un rango jerárquicamente superior. La legítima defensa presupone una excepción al monopolio estatal sobre la violencia, en tanto que las reglas de enfrentamiento sirven para regular situaciones que se caracterizan, precisamente, por la inexistencia de monopolio; e igualmente, el resto de los elementos de la legítima defensa y considerar que los casos de agresión son causas de justificación produce reacciones en la comunidad internacional.

Frente a la preocupante situación que genera la interpretación extensiva que pueda darse para justificar cualquier actuación arbitraria y no restrictiva respecto al uso de la fuerza, surge la discusión para establecer una definición del delito de agresión, el cual, aun cuando se encuentra enunciado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la vigencia para su enjuiciamiento se encuentra totalmente desprotegida con el riesgo de quedar impune hasta tanto se de cumplimiento a las condiciones futuras e inciertas contempladas en la Resolución RC/6, de enmienda del Estatuto de 2010. Esta situación no encuentra ninguna justificación racional, cuando se ha podido ver cómo la no agresión ha sido uno de los pilares fundamentales y un principio de Derecho Internacional, que por su carácter universal e imperativo, no puede relajarse por la voluntad de las partes y su contravención conlleva sanciones por tratarse de un delito contra la humanidad. En la actualidad, en el campo del Derecho Internacional existe un amplio tratamiento del tema y por este tipo de conductas los Estados pueden ser sancionados por la Corte Internacional de Justicia, mas no los

agentes perpetradores de dichos actos, a menos que se recurra a la normativa interna del Estado, como ocurrió con Timor Oriental, en cuyo caso las violaciones fueron juzgadas por los tribunales nacionales.

En el caso de Venezuela, será indispensable analizar, el contenido y alcance, entre otras, de las sentencias 1367 del 09-12-2002, 537, del 15 de abril de 2005 y 626 del 13-04-2007, todas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia –sólo por tratar algunas- en las cuales dicho organismo judicial reconoce la vigencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional dentro de la legislación nacional, para determinar de qué manera puede verse afectada la validez de las disposiciones sustantivas previstas en el Código Penal, referidas a los delitos que se ejecuten contra el Derecho Internacional.

CAPITULO II
PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL
CON BASE EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL

II.1.- Principios generales

Se ha venido señalando, cómo con anterioridad a la creación de la Corte Penal Internacional, se establecieron principios de derecho consuetudinario que poco a poco se fueron configurando como rasgos característicos del Derecho Penal Internacional, debido a la necesidad de sancionar las graves violaciones al denominado *derecho de gentes* o *ius cogens*; siendo que se trata de conductas que afectan de manera seria a los derechos humanos.

Como se indicara en un comienzo, estos principios estaban contenidos en las leyes de la guerra y, el *derecho de gentes* abarcaba hechos relacionados con el desarrollo del comercio y la navegación, la trata de esclavos y la piratería. En la actualidad aún se contempla la piratería como delito contra el Derecho Internacional en el artículo 152 del Código Penal venezolano.

Ya había sido mencionado que en 1268, se enjuició y condenó a muerte en Nápoles, a Konradín von Hohenstaufen, duque de Suabia, por ejecutar actos de agresión, al dar inicio a una guerra injustificada; y, que, en 1474 se llevó a cabo el primer juicio penal internacional en Breisach, Alemania, en contra de Peter von Hagenbach, quien igualmente fue

condenado a muerte, entre otros delitos por pillaje, que constituía una de las conductas graves contra el hoy Derecho Internacional.

Las disposiciones que regulaban la guerra, el uso de la fuerza y el trato de prisioneros, fueron codificadas a partir de la Convención de Ginebra de 1864, y se procedió a recopilar el conjunto de principios jurídicos ya reconocidos y aceptados en el campo no contractual, no pudiendo ningún convenio, anular ni derogar los principios y obligaciones que emergen del derecho no contractual, ni limitar la vigencia del Derecho Internacional consuetudinario; a lo que se agregó la Cláusula Martens, las II y IV Convenciones de La Haya de 1889 y 1907, así como en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, estableciendo que la denuncia de los Convenios no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las partes contendientes habrán de cumplir conforme a los principios del *derecho de gentes*; y, la denuncia de la Convención no libra al Estado del cumplimiento de sus obligaciones, al tratarse de reglas inalienables y universales del *derecho de gentes*.

Durante la II Guerra Mundial, varios Estados como Francia, Gran Bretaña, Polonia y Estados Unidos de Norteamérica, denunciaron la violación de la IV Convención de La Haya de 1907 por parte de las fuerzas de ocupación alemana el Tribunal de Nüremberg, rechazó la pretensión de eximir de responsabilidad a quienes ocupaban cargos oficiales y a quienes alegaban haber cumplido órdenes superiores en la perpetración de crímenes graves contra la humanidad, sirviendo en lo sucesivo de base para otros pronunciamientos por parte de los Tribunales Internacionales ad-hoc y nacionales, basados en la clasificación de las conductas delictivas de carácter tripartito que se estableció en el Estatuto del Tribunal de

Nüremberg.⁶⁹, entre ellos la responsabilidad personal por crímenes contra la humanidad y la no aceptación de eximentes de responsabilidad.

La Carta de las Naciones Unidas, en 1945, ratificó el principio de universalidad de la protección de los derechos humanos, así como el principio de jurisdicción universal, según el cual, todos los Estados tienen jurisdicción para perseguir las violaciones contra los derechos humanos; y, al quedar establecida la Corte Penal Internacional, el Estatuto de Roma, aprobado el 17 de julio de 1998, recogió la complementariedad de la intervención de la Corte, cuando no exista garantía del enjuiciamiento o se pueda generar la impunidad de los delitos o no exista respeto por el debido proceso.

De la lectura del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en especial de la Parte III, titulada *Principios Generales*, se observa cómo el Estatuto persigue hacer concurrir los modelos de justicia penal de los Estados signatarios del Tratado, que contiene, una Parte General donde se concentran todos los aspectos dogmáticos del derecho penal; tal ha sido su aceptación, que hasta países del *Common Law* han tomado en consideración estos aspectos, aún antes de la entrada en vigencia del Tratado, tal como ocurrió con la sentencia dictada a Drazen Erdemovic, en apelación, el 7 de octubre de 1997.⁷⁰

Los principios generales del Estatuto de Roma, aparecen contemplados en los artículos 22 al 33; y, en sentido estricto, son los de *nullum crimen y nulla poena (sic) sine lege* (artículos 22 al 24), incluyendo en

⁶⁹ Mahmoud Cherif Bassiouni. 1982. *Op. cit.*, pp. 18 y 19.

⁷⁰ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. *Sentencia en Apelación* del 07 de octubre de 1997. www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_164.pdf. Revisado: 02-02-2007. 21 h.

la Parte II del Estatuto: Jurisdicción, admisibilidad y aplicación del Derecho; el principio *ne bis in ídem* (artículo 20) y el de *ley aplicable* (artículo 21). Igualmente, se establecen normas que prevén la responsabilidad penal individual, (artículos 25, 28 y 30). Conforme a ello, se pueden clasificar según los elementos constitutivos, en:

- Elementos objetivos (*actus reus*); y
- Elementos subjetivos de responsabilidad criminal (*mens rea*).

Asimismo, contempla los fundamentos sustantivos de exclusión de responsabilidad criminal en los artículos 26, 27, 29, 31 al 33, todos del Estatuto de Roma; las defensas procesales y las causas materiales de exclusión de la responsabilidad criminal o circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

Los principios generales en sentido amplio abarcan todos los principios y reglas contempladas en la Parte General, es decir, que abarcan los principios en sentido estricto y las reglas específicas de imputación, sin hacer ninguna distinción. Los que más destacan son los siguientes:

1.- El artículo 21, contenido del principio de *ley aplicable* establece una jerarquía para el derecho aplicable, y dispone que, en primer lugar, deben aplicarse el Estatuto, los elementos del delito y las normas sobre procedimiento y prueba; y, en segundo lugar, los tratados que sean aplicables y los principios y reglas de Derecho Internacional. En último término, los principios generales de las leyes nacionales de los Estados con jurisdicción sobre los delitos, siempre y cuando sean compatibles con la ley internacional.

2.- El principio *ne bis in ídem*, previsto en el artículo 20, que puede ser alegado por la defensa ante cualquier Tribunal nacional o ante la Corte Penal Internacional, cuando haya sentencia condenatoria o absolutoria dictada por este último, por delitos comprendidos dentro de su jurisdicción, conforme al artículo 20, numerales 1 y 2, es decir, genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión, previstos en los artículos 5 al 8 *bis* del Estatuto,⁷¹ una persona puede ser juzgada ante la Corte Penal Internacional, cuando los tribunales nacionales no han actuado de modo independiente o imparcial conforme al artículo 20, numeral 3, con base a la regla de complementariedad establecida en el artículo 17. En consecuencia, un juicio podrá ser incoado o asumido por la Corte si el Estado en cuestión no quiere o no puede procesar al presunto autor del delito.

3.- El artículo 20, numeral 3 contempla esencialmente los principios relacionados con el *ejercicio de la jurisdicción* incluso cuando los tribunales nacionales hayan juzgado o estén juzgando el mismo caso. Esta disposición surge en cierto modo opuesta al principio de complementariedad de la actuación de la Corte.

Destaca el principio de personalidad activa, cuando la jurisdicción de los Estados se ejercita extraterritorialmente en caso de que un nacional cometa crímenes en el extranjero, por lo cual aquél asume para sí la competencia para la persecución penal; y, el principio de personalidad pasiva, también denominado de protección de intereses o principio real, por el cual, un Estado se ve habilitado a ejercer jurisdicción respecto a personas que aun estando fuera de su territorio, causaron daños a los derechos o intereses jurídicos de algún nacional, así este se encuentre fuera de su

⁷¹ El crimen o delito de agresión ha sido desarrollado conforme al sistema de enmienda, durante la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el 11 de junio de 2010.

territorio. Así lo contemplan países como Suiza (artículo 5 del Código Penal), Alemania (sección 7.1 del Código Penal) y España (artículo 23.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).⁷²

4.- El principio *nullum crimen sine lege scripta, praevia, certa et stricta* está contemplado en sus cuatro diferentes formas, en los artículos 22 al 24.⁷³ En consecuencia, una persona sólo puede ser castigada por una acción que estuviera prevista en el Estatuto al tiempo de su comisión (*lex scripta*), que fuera perpetrada después de su entrada en vigor (*lex praevia*), que estuviera definida con suficiente claridad (*lex certa*); y, que no fuera susceptible de interpretación analógica (*lex stricta*). Estos últimos, pueden a su vez ser considerados en sí mismos como principios (*ley cierta y de prohibición de la analogía y las ambigüedades*), por consiguiente, deben siempre ser resueltas en favor del inculpado; siendo que los principios de *ley escrita* y de *no retroactividad*, permiten que el inculpado pueda ampararse en la ley en vigor

⁷² R. Brótons. *Op. cit.*, p. 82.

⁷³ Organización de Naciones Unidas. 1998. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. "Artículo 23: *Nulla poena sine lege* Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

Artículo 24. *Irretroactividad ratione personae*: 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

Artículo 25. *Responsabilidad penal individual*. 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:

- a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
- d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
 - i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
 - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
- e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
- f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

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."

al tiempo de la comisión. Por otra parte, en caso de cambio de ley antes de dictar sentencia se ha de aplicar la que sea más favorable al reo.

Desde Nüremberg este principio ha sufrido una nueva interpretación y en este caso, como ya se señaló en el capítulo anterior, el Tribunal Internacional Militar rechazó el argumento de la defensa de que la acusación fue realizada *ex post facto* y vulneraba el principio *nullum crimen sine lege praevia e scripta*. El tribunal dispuso que *afirmar que es injusto castigar a aquellos que desafiando Tratados y garantías han atacado Estados vecinos sin advertencia alguna es obviamente falso, pues el agresor debe saber que está haciéndolo mal, y no sólo no sería injusto castigarle, sino que se haría injusticia permitiendo su equivocación con la impunidad.*⁷⁴

Puede evidenciarse de la lectura del artículo 10, numeral 2 del Proyecto de Código de 1991 y el artículo 13, numeral 2 del Proyecto de 1996, que fue adoptada la cláusula de Nüremberg que se encuentra en el artículo 15, numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y demás acuerdos de Derechos Humanos, basándose en la ley nacional o internacional para fundamentar la acusación. El Estatuto de Roma tras la discusión sobre el alcance y límites del principio *nullum crimen* estableció que el reconocimiento del principio (...) *no afectará la caracterización de ninguna conducta como delictiva bajo la ley internacional independientemente de este Estatuto*, conforme al artículo 22, numeral 3.⁷⁵

5.- Por otra parte, el artículo 23 del Estatuto de Roma, contempla el principio *nulla poena sine lege scripta, praevia, certa y stricta*, al señalar que el condenado sólo lo puede ser a penas establecidas en el Estatuto. Autores

⁷⁴ Tribunal Militar Internacional de Nüremberg: *Sentencia del 30 de septiembre de 1946. Op. cit.*

⁷⁵ Organización de Naciones Unidas. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Op cit.* 1998.

como Ambos señalan que este principio se cumple parcialmente, dada la naturaleza general de las penas previstas en el Estatuto, constituidas por prisión superior a treinta años o cadena perpetua y multa y confiscación, conforme a los artículos 77 al 80, ya que, considera que el artículo 77 y siguientes: (...) *si bien cumplen con las exigencias de ley escrita y con el principio de irretroactividad, no, sin embargo, con los criterios de lex certa y lex stricta de las penas comunes a la ley penal nacional por cuanto no especifican las distintas sanciones correspondientes a los delitos comprendidos en la jurisdicción del Tribunal (artículos 5-8).*⁷⁶

II.2.- Los Principios de Princeton y la Jurisdicción Universal

El *Proyecto Princeton sobre Jurisdicción Internacional*, ha sido elaborado en 2001, por expertos en Derecho Internacional y pretende desarrollar un conjunto de principios que deberían orientar a los tribunales internos de los Estados, en materia de enjuiciamiento de quienes han cometido crímenes graves contra los derechos humanos. Por una parte, el objeto de la jurisdicción universal sería alentar el enjuiciamiento cuando los Estados hallaren a un extranjero acusado de un delito grave de Derecho Internacional dentro de su territorio, a fin de reducir la impunidad, y que los tribunales nacionales enjuiciaran a presuntos delincuentes en ausencia de esos nexos; a pesar de fomentar el riesgo de que algunos Estados puedan abusar de la jurisdicción universal para instaurar juicios con motivaciones políticas.

⁷⁶ Kai Ambos. *Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* *Criminal Law Forum* 10 1999, pp. 1-32. Traducción del inglés de Fernando del Cacho (C.E.U. San Pablo), revisión y actualización del autor. Editorial Albrematica. Página Web Copyright © eDial.com. Revisado: 12-04-2007. 13:24 h.

Los Principios de Princeton fueron parte de un proyecto desarrollado por el Programa de Derecho y Asuntos Públicos de la Universidad de Princeton y la Escuela Woodrow Wilson de Asuntos Públicos e Internacionales, la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Americana para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Holandés de Derechos Humanos y el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos; el Presidente y editor del proyecto, fue el profesor Stephen Macedo; el Presidente del Comité de Redacción, fue el profesor Chair M. Cherif Bassiouni; y los miembros del Comité Directivo: profesor Gary J. Bass, Sr. William J. Butler, profesor Richard A. Falk, profesor Cees Flinterman, profesor Bert B. Lockwood, Christopher L. Blakesley, Diane F. Orentlicher, Lloyd L. Weinreb y Stephen A. Oxman.⁷⁷

Para este grupo de juristas se entiende por *jurisdicción universal*, aquella jurisdicción penal basada únicamente en la naturaleza del delito, es decir, que se trate de aquellos delitos calificados como crímenes graves contra la humanidad, independientemente del lugar de ocurrencia de los sucesos o de cualquier vínculo del presunto responsable o la víctima con el Estado que ejerza la jurisdicción.⁷⁸ En tal sentido, si bien pudiera

⁷⁷ Princeton University. *Princeton Project on Universal Jurisdiction*. Princeton University Program in Law and Public Affairs y Universal Jurisdiction 2001. Princeton University Press, USA. Revisado: 13-04-2007.03:43 h.

⁷⁸ El texto de los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal es del siguiente tenor:

"Principio 1 - Fundamentos de la jurisdicción universal"

1. A los fines de los presentes Principios, se entiende por jurisdicción universal una jurisdicción penal sustentada exclusivamente en la naturaleza del delito, con prescindencia del lugar en que éste se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o condenado, la nacionalidad de la víctima o todo otro nexo con el Estado que ejerza esa jurisdicción.

2. La jurisdicción universal podrá ser ejercida por un órgano judicial competente y ordinario del Estado a fin de enjuiciar a una persona debidamente acusada de la comisión de los delitos graves de Derecho Internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, a condición de que el acusado esté presente ante ese órgano judicial.

3. El Estado podrá invocar a la jurisdicción universal como fundamento para solicitar la extradición de una persona acusada o condenada de la comisión de los delitos graves de Derecho Internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, a condición de que haya demostrado *prima facie* su culpabilidad y de que la persona cuya extradición se requiere haya de ser juzgada o la pena haya de ser aplicada conforme a las normas y criterios internacionales de protección de los derechos humanos en el contexto de un juicio penal.

4. En el ejercicio de la jurisdicción universal o en la invocación de la jurisdicción universal como fundamento para requerir la extradición, el Estado y sus órganos judiciales observarán las garantías procesales internacionales, entre otras las aplicables a los derechos del acusado y las víctimas, la equidad de las actuaciones y la independencia e imparcialidad de la administración de justicia (denominadas en adelante "garantías procesales internacionales").

5. El Estado ejercerá la jurisdicción universal de buena fe y de conformidad con sus derechos y obligaciones de Derecho Internacional.

Principio 2 - Delitos graves de Derecho Internacional

1. A los fines de los presentes Principios, los delitos graves de Derecho Internacional comprenderán: 1) la piratería; 2) la esclavitud; 3) los crímenes de guerra; 4) los crímenes contra la paz; 5) los crímenes de lesa humanidad; 6) el genocidio; y 7) la tortura.

2. La aplicación de la jurisdicción universal a los delitos que se enumeran en el párrafo 1 se hará sin perjuicio de la aplicación de la jurisdicción universal a otros delitos de Derecho Internacional.

Principio 3 - Invocación de la jurisdicción universal en ausencia de legislación nacional Con respecto a los delitos graves de Derecho Internacional enumerados en el párrafo 1 del Principio 2, los órganos judiciales nacionales podrán invocar la jurisdicción universal incluso cuando su legislación nacional no lo disponga específicamente.

Principio 4 - Obligación de propiciar la imputación de responsabilidad

1. El Estado observará todas las obligaciones internacionales aplicables en los siguientes aspectos: el enjuiciamiento o la extradición de personas acusadas o condenadas de la comisión de delitos de Derecho Internacional de acuerdo con un proceso jurídico que esté en consonancia con las garantías procesales internacionales; la prestación a otros Estados que investigan o enjuician esos delitos de todos los medios disponibles de asistencia administrativa y judicial y la adopción de medidas apropiadas compatibles con las normas y criterios internacionales.

2. En el ejercicio de jurisdicción universal, el Estado podrá, a los efectos del enjuiciamiento, recabar asistencia judicial para obtener pruebas de otro Estado, siempre que el Estado requirente obre de buena fe y que las pruebas requeridas se utilicen de conformidad con las garantías procesales internacionales.

Principio 5 - Inmunidades

Con respecto a los delitos graves de Derecho Internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, la función oficial de un acusado, sea en calidad de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario competente, no le exonerará de responsabilidad penal ni atenuará su pena.

Principio 6 - Prescripción

Los delitos graves de Derecho Internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2 son imprescriptibles.

Principio 7 - Amnistías

1. Las amnistías, en general son incompatibles con la obligación de los Estados de imputar responsabilidad por la comisión de los delitos graves de Derecho Internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2.

2. Las amnistías que sean incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado que las concede no impedirán el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los delitos graves de Derecho Internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2.

Principio 8 - Resolución de conflictos entre las jurisdicciones nacionales Cuando más de un Estado haya afirmado o pueda afirmar su jurisdicción sobre una persona y cuando el Estado que tiene a esa persona bajo su custodia no tenga otro fundamento para su jurisdicción que el principio de la universalidad, dicho Estado o sus órganos judiciales, al decidir si han de enjuiciar o extraditar, sustentarán su decisión en una composición equilibrada de los siguientes criterios:

- a) Las obligaciones dimanadas de tratados multilaterales o bilaterales;
- b) El lugar de comisión del delito;
- c) El nexo de nacionalidad del presunto perpetrador con el Estado requirente;
- d) El nexo de nacionalidad de la víctima con el Estado requirente;
- e) Todo otro nexo entre el Estado requirente y el presunto perpetrador, el delito o la víctima;
- f) La probabilidad, buena fe y eficacia del enjuiciamiento en el Estado requirente;
- g) La equidad e imparcialidad de las actuaciones en el Estado requirente;
- h) La conveniencia de las partes y de los testigos, así como la disponibilidad de pruebas en el Estado requirente;
- i) Los intereses de la justicia.

Principio 9 - El principio de non bis in idem o prohibición del segundo procesamiento por el mismo delito

1. En el ejercicio de la jurisdicción universal, el Estado o sus órganos judiciales velarán por que la persona que sea objeto de actuaciones penales no quede expuesta a enjuiciamientos o penas múltiples por el mismo acto delictivo cuando las actuaciones penales anteriores u otros procedimientos de imputación de responsabilidad se hayan incoado de buena fe y de acuerdo con las normas y criterios internacionales. No se considerará que entran dentro del ámbito del presente Principio los enjuiciamientos fictos o las penas irrisorias dimanadas de una condena u otras actuaciones de imputación de la responsabilidad.

2. El Estado reconocerá la validez del debido ejercicio de la jurisdicción universal por parte de otro Estado y reconocerá la sentencia definitiva del órgano judicial nacional ordinario y competente o del órgano judicial internacional competente que ejerza esa jurisdicción de acuerdo con las garantías procesales internacionales.

3. El encausado o condenado por un Estado que ejerza la jurisdicción universal sobre los delitos graves de delito internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2 tendrá derecho y legitimación para oponer ante cualquier órgano judicial nacional o internacional la defensa de non bis in idem contra un nuevo enjuiciamiento penal.

Principio 10 - Fundamentos para denegar la extradición

1. El Estado o sus órganos judiciales declinarán de entender en una petición de extradición sustentada en la jurisdicción universal cuando a la persona requerida se le pueda aplicar una condena de pena de muerte o se la pueda someter a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o cuando pueda presumirse que la persona requerida será sometida a un proceso ficto en el cual se violarán las garantías procesales internacionales y no se brinden seguridades satisfactorias de que ello no ha de ocurrir.

considerarse que la jurisdicción universal constituye una excepción al principio de la territorialidad, pareciera ser un principio rector en lo atinente a los crímenes de Derecho Internacional y por ello, el principio de la territorialidad no se aplica a ciertos crímenes, considerados como ilícitos de carácter internacional por la comunidad de naciones y para los cuales se acepta que puedan ser castigados por cualquier Estado que tenga para sí la custodia del presunto responsable del hecho.

Entre estos *principios* destacan:

El Principio 1: Que afirma que la jurisdicción universal habilita a cualquier órgano judicial de cualquier Estado a juzgar a la persona que resulte acusada de haber cometido graves crímenes contra el Derecho Internacional, siempre que esa persona se encuentre en ese Estado. La invocación de esa jurisdicción también habilita a obtener, de acuerdo con el proyecto, la extradición del imputado y obtener la colaboración necesaria para la obtención de los elementos de prueba.

2. El Estado que se rehúse a extraditar en virtud del presente Principio, cuando lo autorice el Derecho Internacional, enjuiciará al acusado de los delitos graves de Derecho Internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2 o extraditará a esa persona a otro Estado en que ello pueda hacerse sin exponerla a los riesgos mencionados en el párrafo 1.

Principio 11 - Sanción de legislación nacional

El Estado, cuando sea necesario, sancionará leyes nacionales que autoricen el ejercicio de la jurisdicción universal y la aplicación de los presentes Principios.

Principio 12 - Inclusión de la jurisdicción universal en futuros tratados

En todos los tratados futuros y en los protocolos a los tratados en vigor, relativos a los delitos graves del Derecho Internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, los Estados incluirán disposiciones relativas a la jurisdicción universal.

Principio 13 - Afianzamiento de la imputación de responsabilidad y jurisdicción universal

1. Los órganos judiciales nacionales interpretarán el derecho nacional de manera que esté en consonancia con los presentes Principios.

2. No se interpretará que ninguna disposición de los presentes Principios restringe los derechos o las obligaciones de un Estado de prevenir o punir, por los medios legítimos reconocidos por el Derecho Internacional, la comisión de delitos de Derecho Internacional.

3. No se interpretará que los presentes Principios coartan el desarrollo permanente de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional.

Principio 14 - Arreglo de controversias

1. En consonancia con el Derecho Internacional y con la Carta de las Naciones Unidas, los Estados arreglarán las controversias dimanadas del ejercicio de la jurisdicción universal por todos los medios disponibles de arreglo pacífico de controversias y, en particular, mediante el sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia.

2. Hasta tanto se dirima la cuestión en litigio, el Estado que desee ejercer la jurisdicción universal no detendrá al acusado ni procurará que éste sea detenido por otros Estados, salvo cuando haya un riesgo razonable de fuga y no puedan encontrarse otros medios razonables para garantizar su oportuna comparecencia ante los órganos judiciales del Estado que desea ejercer su jurisdicción."

El Principio 2: Que establece que los crímenes que en materia de jurisdicción universal aparecen enumerados, son: La piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad, el genocidio y la tortura, sin que exista perjuicio de otros crímenes que constituyan atentado contra el Derecho Internacional.⁷⁹

En otro orden de ideas, con relación a la posibilidad de dictar leyes de amnistía respecto a estos delitos, se señala que el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de los crímenes graves a la luz del Derecho Internacional, no se verá afectada por amnistías que son incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado concedente conforme al Principio 7.

Se reconoce la garantía del *Ne bis in idem*, siempre y cuando los procesos penales previos u otros procesos judiciales hubieran sido conducidos de buena fe y de conformidad con las normas y estándares internacionales, conforme al Principio 9.

También, se establece, que los criterios de interpretación a seguir por los tribunales nacionales deben ser coherentes con estos Principios, negando cualquier interpretación que pueda limitar los derechos y obligaciones que tiene un Estado de perseguir y castigar a los culpables, conforme al Principio 13.

⁷⁹ Entre estos otros delitos se pudiera incluir el de agresión, que si bien sólo aparece enumerado dentro del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no es menos cierto que gran cantidad de convenios e instrumentos de carácter internacional, incluso el Código Penal venezolano, lo contemplan como un delito contra el Derecho Internacional.

II.2.1.- Jurisdicción universal y soberanía

Como *principio*, la jurisdicción penal de los Estados debe ejercitarse sobre la base de la aplicación territorial de sus leyes y, por ende, de la competencia de sus tribunales nacionales. Esto se conoce como principio de la *territorialidad*, y se corresponde con el respeto a la soberanía de los Estados y con un orden jurídico internacional en el cual prime el respeto mutuo entre las naciones.

Conforme al *principio de universalidad* de la protección de los derechos de la persona y la adopción de los *principios de relatividad de la soberanía y pertenencia de la persona a una sociedad o comunidad internacional*, el principio aludido admite varias excepciones y es incontrovertible que en la actualidad todos los sistemas jurídicos admiten que su jurisdicción pueda ejercitarse extraterritorialmente, esto es, fuera del territorio sometido a la soberanía del Estado.

Algunas legislaciones nacionales admiten que cuando sus ciudadanos son víctimas de determinados delitos en el extranjero, pueden ellas llevar adelante un proceso judicial contra sus presuntos autores y esta potestad se ejercita cuando los responsables no han sido juzgados en el territorio donde la infracción ha tenido lugar o no lo han sido adecuadamente. Este principio, que se conoce como *de la personalidad pasiva*, no es receptado por un alto número de Estados pero ha sido reconocido en diversas convenciones de vigencia universal o regional, como fundamento legal para el ejercicio de la jurisdicción estatal.

En otros casos la jurisdicción de los estados se ejercita extraterritorialmente cuando los nacionales perpetran ciertos crímenes en el extranjero y aquél asume para sí la competencia para la persecución penal, lo cual se conoce como principio *de la personalidad activa* o *de la nacionalidad*, que adquiere su *ratio legis* en la circunstancia de que numerosos países prohíben la extradición de sus nacionales y, ante tal hecho, deben obligarse como contrapartida a juzgarlos en su propio territorio, aún cuando el delito hubiese sido cometido fuera de sus fronteras, de manera tal de satisfacer la pretensión punitiva.

Venezuela, por ejemplo, salvo en los tipos penales previstos en su normativa interna basada en los principios de defensa y protección,⁸⁰ jurisdicción complementaria y personalidad activa o pasiva, no puede extender el ámbito de actuación fuera de su frontera territorial; por lo cual, de cometerse un delito de los contemplados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, habiendo reconocido la competencia de ésta, sólo la Corte podrá llevar a cabo el enjuiciamiento.

En casi todas las legislaciones internas de los Estados se ejercita su jurisdicción cuando sus intereses fundamentales puedan verse afectados por un acto llevado a cabo en el extranjero, pero cuyos efectos se trasladan o materializan en el territorio nacional. En tal caso se sostiene la existencia del llamado *principio de protección* o *de seguridad*, que autoriza a un Estado -en principio ajeno a la cuestión- a proteger sus intereses, pues no se advierte que otro Estado pudiera tener interés en incriminar penalmente conductas que no lo afectan, constituyendo modos diversos de extraterritorialidad.⁸¹

⁸⁰ Carmelo Borrego. *Validez espacial de la norma penal de orden internacional*. Op cit. P. 293. Según el autor según este principio el delito ha de ser castigado por el Estado cuyos intereses fueron afectados o como dice Arteaga, citado por Borrego, la aplicación de la ley del Estado del sujeto pasivo del delito.

⁸¹ *Ibidem*.

Por ejemplo, el delito de agresión, conforme a lo previsto en el Código Penal venezolano, es considerado por el legislador patrio como un delito contra el Derecho Internacional (antes *derecho de gentes* o *iure gentium*) y comporta la sanción por parte de los tribunales internos de aquellas personas que ejecuten actos preparatorios dentro de la nación con la finalidad de ejercer actos de agresión a la integridad y soberanía de otra u otras naciones amigas, por lo que debe entenderse, que se trata de actos ejecutados en tiempos de paz, no procediendo exigir el cumplimiento del Derecho Internacional de los Conflictos Armados o Humanitario sino el Derecho Internacional en sus usos y costumbres así como sus principios y el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Uno de estos principios se denomina *jurisdicción universal* y consiste en aquella jurisdicción que, sin tomar en consideración el territorio en que se ha cometido el crimen o la nacionalidad de la víctima o del victimario o si se han afectado intereses nacionales, atribuye jurisdicción a los tribunales de todos los Estados en razón de la naturaleza misma del delito involucrado.

Se ha aceptado como principio rector en materia jurisdiccional internacional, que determinados crímenes, valorados como especialmente graves, ya que conciernen a toda la humanidad, puedan estar sometidos a la jurisdicción de todos los Estados, es decir, los llamados *crímenes internacionales - criminis iuris gentium-* o, *crímenes de Derecho Internacional*, pues su ejecución, a diferencia de los delitos ordinarios del derecho penal, afecta al género humano en su conjunto, excediendo el marco de las sociedades locales.

También se considera que la jurisdicción universal constituye una excepción al principio de la Territorialidad, mientras que otros niegan dicha condición afirmando que esa modalidad constituye el principio rector en casos en los que se perpetren crímenes de Derecho Internacional.

El ejemplo más conocido a nivel internacional desde hace varios siglos, fue el delito de piratería, que a pesar de estar previsto en las leyes nacionales, era considerado como *hostis humana generis* o atrocidades contra el género humano. La piratería, una forma de agresión, desde la antigüedad, ha sido la conducta típica que habilita la jurisdicción universal; en tal virtud, cualquier Estado que capture a los presuntos responsables puede ejercer sobre ellos su jurisdicción penal.

El Tribunal de Nüremberg, luego de la II Guerra Mundial, afirmó en su sentencia que el juzgamiento mismo de los principales responsables del nazismo podía haber sido realizado por cualquier Estado, individualmente. La justificación de este y otros tribunales *ad hoc*, viene dada por el hecho reiterado en el desarrollo del presente capítulo, respecto a la existencia de una serie de valores comunes a los Estados de la comunidad internacional; y que, como lo señala Jorda,⁸² esta pertenencia a una comunidad de valores es posteriormente recogida en el Preámbulo del Estatuto de Roma. Para Delmas-Marty, sólo esa búsqueda de valores comunes constituye una respuesta realista en la persecución de la paz duradera.⁸³

⁸² Claude Jorda. "El punto de vista jurídico". En *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty Editores. Grupo Editorial Norma S.A., Bogotá, Colombia, 2004, pp.93-105.

⁸³ Mireille Delmas-Marty. "¿Pueden los crímenes internacionales contribuir al debate entre universalismo y relativismo de los valores?". En: *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty Editores. Grupo Editorial Norma S.A., Bogotá, Colombia. 2004, pp. 79-91.

Posteriormente el principio de Jurisdicción Universal ha sido atribuido a otros crímenes o delitos de Derecho Internacional, por medio de numerosas convenciones, como el secuestro de aeronaves, el sabotaje, el apartheid, el terrorismo, los delitos cometidos contra personas internacionalmente protegidas, la tortura, entre otros delitos.

En el caso *Eichmann*, los tribunales de Israel ejercitaron jurisdicción universal y afirmaron que en razón de su misma naturaleza los crímenes de guerra y contra la humanidad exceden el marco de las fronteras y las leyes nacionales, siendo objeto del orden internacional de las naciones, bajo el que deben estar comprendidos, por lo que ejercitaron su competencia sobre hechos cometidos en el extranjero, por extranjeros, sobre ciudadanos que no revestían entonces nacionalidad israelí y sin afectar los intereses vitales de dicho Estado.

La Corte Internacional de Justicia, órgano de las Naciones Unidas, ha sostenido la procedencia de la jurisdicción universal, señalando que los derechos y obligaciones consagrados por la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*, advirtiendo que la obligación de cada Estado de impedir y castigar crímenes como por ejemplo, el genocidio no está limitada territorialmente por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes⁸⁴; en tanto que, el proyecto de *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* que en 1996 elaboró la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, establecía en su artículo 8 que sin perjuicio de las jurisdicción de una corte penal internacional cada Estado Parte adoptará todas las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes que el código define (agresión,

⁸⁴ Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes. Resolución 39/46*, del 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 numeral 1.

genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes contra las Naciones Unidas y su personal asociado y crímenes de guerra), sin importar el lugar de su comisión o la nacionalidad de quienes los hubieren perpetrado.

El Preámbulo del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, adoptado en la Conferencia de Plenipotenciarios el 18 de Julio de 1998, señala: "*Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*".⁸⁵ Sin embargo, la práctica judicial de los Estados demuestra que el ejercicio de este tipo de jurisdicción es poco frecuente, pues usualmente, intereses de naturaleza política han interferido y consagrado -como norma- la impunidad de los responsables de los crímenes internacionales, como se verá en el caso de Timor Oriental.

Es un principio aceptado que las graves infracciones previstas en el Protocolo I de los Convenios de Ginebra de 1977 y en los 4 convenios del 12 de agosto de 1949, constituyen crímenes de guerra y de agresión; y, su comisión representa un peligro grave para la humanidad, que de quedar impune, conllevaría la ruptura del sistema del derecho humanitario y de derechos humanos.

Todos los Estados Parte tienen el deber de juzgar a los responsables de dichos crímenes o, en su defecto, de extraditarlos o transferirlos para que otro Estado o tribunal internacional, respectivamente, pueda hacerlo, en aplicación del principio *aut dedere aut iudicare*. Si bien de la letra de los Convenios no se desprende expresamente que la jurisdicción universal deba ejercitarse sea cual fuere el lugar en que se cometió la infracción, ello ha sido

⁸⁵ Organización de Naciones Unidas. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Op cit. 1998.

siempre entendido de esa manera. La razón viene dada porque los Convenios consagran el carácter absoluto de la jurisdicción universal, vale decir, que no queda condicionado el juzgamiento de una infracción grave a que la persona presuntamente responsable de la misma se encuentre en el territorio o sometida de algún modo a la jurisdicción del Estado, pudiendo éste requerir la extradición a terceros Estados. Los Convenios de Ginebra constituyen una de las primeras fuentes normativas que instituyen este tipo de jurisdicción.

No obstante lo expuesto en relación a las *infracciones graves* cometidas en los conflictos armados de carácter internacional, predomina la corriente que considera facultativa la jurisdicción universal para los actos prohibidos por el artículo 3, común a los cuatro Convenios, relativo a los conflictos armados de carácter no internacional.

El Estatuto del Tribunal de Nüremberg de 1945, distinguió en su artículo 6, tres categorías de crímenes para el juzgamiento de los principales jefes de la Alemania nazi. Los llamados *crímenes contra la paz*: Como el planeamiento, preparación e iniciación de una guerra de agresión o la guerra en violación de tratados internacionales; los *crímenes de guerra*: Constituidos por las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, como el asesinato de prisioneros o de rehenes, el confinamiento en campos de trabajo forzoso, la destrucción intencional de ciudades y pueblos; la devastación no justificada por necesidades de índole militar; y los *crímenes contra la humanidad*: Como el asesinato, el exterminio, el sometimiento a esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, antes o durante la guerra y la persecución política, racial o religiosa como parte de la ejecución o en conexión con otro crimen de competencia del tribunal. Algunos de estos tipos penales no coinciden con la legislación

nacional, como por ejemplo, el asesinato, que se correspondería con un subtipo calificado del delito de homicidio.

La principal característica en esta enumeración, radica en que los delitos de competencia del tribunal, según su Carta, podían tener lugar aún si las leyes locales de los estados donde hubieren ocurrido no condenaran esos actos, pues se consideraba que constituían, por su propia naturaleza, *crímenes contra el Derecho Internacional en su conjunto* y no contra la normativa nacional del territorio donde hubieren sido perpetrados.

En el año 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una resolución con la cual hizo suyos y convalidó expresamente los principios que guiaron al Tribunal de Nüremberg, proclamándose que para la humanidad ciertos actos constituían crímenes aún antes de que fueran *tipificados*, por el Derecho Internacional. De ello se desprende que las masacres y exterminios o la persecución religiosa o racial, constituían crímenes, con independencia de la existencia de una norma o convención escrita aceptada por los Estados, ya que, de ese modo lo establecía la práctica entre las naciones civilizadas.

En los *Principios de Derecho Internacional Reconocidos en la Carta y Sentencia del Tribunal de Nüremberg*, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se atribuyó el carácter de crímenes contra la humanidad a la agresión, el asesinato, el exterminio, el sometimiento a esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos realizados contra una población civil y la persecución política, racial o religiosa, condicionándolos nuevamente a su conexión con un crimen contra la paz o un crimen de guerra. También consagró el principio en virtud del cual si la

legislación nacional no contemplaba como criminal tales conductas ello no excluía que, desde el Derecho Internacional, así se entendiera y castigara y desestimó la obediencia debida en la comisión de tales actos.

Más recientemente, varios crímenes contra la humanidad han sido objeto de declaraciones y convenciones específicas y las prohibiciones en ellos contenidas han adquirido en muchos casos *el status* de disposiciones de *ius cogens*, esto es, han alcanzado una jerarquía jurídica tal que no se admite válidamente que un Estado pueda permitir o tolerar tales conductas ni dejar sin efecto esas prohibiciones por pactos o convenios entre Estados, ya que, cualquier convención en tal sentido es nula para el Derecho Internacional.

De igual modo, el Tribunal para la ex Yugoslavia, ha explicado que: *Es actualmente aceptado como regla del Derecho Internacional consuetudinario que los crímenes contra la humanidad no requieren conexión alguna con un conflicto armado de carácter Internacional.*⁸⁶ En tanto que, el artículo 3 del *Estatuto del Tribunal Ad Hoc para Ruanda* difiere de la definición consagrada por el artículo 5 del Estatuto que rige el anterior Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. En efecto, ante el tribunal con sede en Arusha, Tanzania, se exige que los crímenes contra la humanidad hayan sido cometidos (...) *como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil* y ya no se exige que los mismos hayan sido perpetrados *durante un conflicto armado*⁸⁷, como si lo era en la Carta del Tribunal de Nüremberg y el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia.

⁸⁶ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. *Sentencia en Apelación* del 07 de octubre de 1997. www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_164.pdf. Revisado: 02-02-2007. 21 h.

⁸⁷ Organización de Naciones Unidas. (1994) *Estatuto del Tribunal Ad Hoc para Ruanda*. En: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/ruanda.html>. Revisado: 14 de agosto de 2010. 9:20am.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, señala que los crímenes contra la humanidad se distinguen de los delitos comunes u ordinarios no sólo por su misma naturaleza y magnitud, pues constituyen (...) *los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad Internacional en su conjunto*⁸⁸, sino porque son actos u omisiones practicados de manera generalizada o sistemática contra una población civil. En este sentido hay acuerdo en señalar que dichos actos deben estar dirigidos contra una parte o porción de la población civil de un país o región, sin que sea necesario que los crímenes estén direccionados contra toda la población civil en su conjunto y el término *sistemático* se refiere a que los crímenes deben llevarse a cabo de acuerdo a un cierto plan preconcebido, en tanto que, el término *generalizado*, en su interpretación, refiere aquellos actos dirigidos contra una multiplicidad de víctimas, excluyendo aquellos actos que, aunque inhumanos, sean aislados o estén dirigidos contra una sola víctima, desvinculándolos también de los conflictos armados. Una disposición de particular relevancia del Estatuto, consiste en el carácter imprescriptible que atribuye a todos los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

Cassese, ex juez del Tribunal Penal de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia, señala que el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional:

*(...) apenas explicita ese universalismo; sólo expresa la conciencia de que todos los pueblos están unidos por lazos estrechos y sus culturas forman un patrimonio común y afirma de entrada que los crímenes más graves no pueden quedar impunes, sin definir el concepto –eminentemente relativo y subjetivo sin embargo- de gravedad.*⁸⁹

⁸⁸ Organización de Naciones Unidas. (1998). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. En: [untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf). Revisado el 04-08-2009. 7:30 pm.

⁸⁹ Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty. *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Grupo Editorial Norma S.A., Bogotá, Colombia, 2004, p. 15.

En tal sentido, Cassese, se cuestiona si surgirá el debate entre universalismo y relativismo de los valores, al momento de juzgar estos crímenes internacionales.

En el campo de los crímenes de Derecho Internacional o delitos contra el *derecho de gentes*, en virtud de la naturaleza de los mismos, la extraterritorialidad desplaza a la territorialidad como base para el ejercicio jurisdiccional; principio éste que reviste jerarquía constitucional en lo que a los crímenes graves contra la humanidad se refiere y, junto con otros ilícitos internacionales consagrados en otros convenios, poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias. De allí que la competencia universal no sólo se justificaría por la naturaleza de estos hechos sino porque ofenden a toda la comunidad internacional; y, cada miembro de esa comunidad pudiera perseguirlos y castigarlos, conforme a los Principios de Princeton en Jurisdicción Universal, elaborados por el ya mencionado grupo de juristas en Estados Unidos, en el año 2001 que proponen una jurisdicción universal *absoluta* al estilo belga y español, pero hace más extensa dicha jurisdicción a todos los delitos que atenten contra el Derecho Internacional y no sólo contra el Derecho Penal Internacional.

Conforme a estos principios, se autoriza a las jurisdicciones nacionales a pronunciarse sobre persecuciones penales iniciadas contra cualquier persona acusada de graves crímenes contra la comunidad internacional, aún sin exigir que la persona esté aunque sea de paso en el territorio de ese Estado, siendo el único requisito que alguien presente una denuncia o requiera la apertura de la investigación. La corriente que sigue a Cassese no está de acuerdo con un absolutismo; aducen que esto violaría

garantías procesales y derecho humanos, tales como el derecho a la defensa, ya que, de no ser extraditado el autor de los hechos y llevarse el proceso en su ausencia, aun en caso de contumacia, le impediría ejercer su defensa y el control de la prueba, indicando que lo más recomendable es no aplicarlo de manera absoluta sino tener como requisito mínimo que el presunto autor de los hechos se encuentre en el territorio donde va a ser juzgado, ya sea por sí, o por medio de extradición, conforme al principio *fórum deprehensionis*.

Cassese rechaza la aplicación amplia de este principio, por considerar que pone en peligro el aseguramiento de la prueba y favorece la impunidad. Ello, sólo en el sentido de que en dicho Estado no haya ocurrido el delito que se intenta perseguir ni se encuentre el presunto autor o partícipe, ni pueda existir alguna prueba que deba ser la erosión de la soberanía del Estado - aparentemente- ya que, al conciliar la justicia universal con la soberanía, se concluye que todos los jueces nacionales poseen jurisdicción internacional.⁹⁰

En España, por ejemplo, ha sido reiterado el criterio según el cual la Real Audiencia, con la anuencia del Tribunal Constitucional, ha procedido al enjuiciamiento por hechos de esta categoría, como el genocidio ocurrido en Guatemala entre 1978 y 1986, que fuere denunciado por Rigoberta Menchú y que fuere autorizado por la Sala 2 del Tribunal Constitucional en 2005,⁹¹ aun cuando no existieren víctimas españolas. Igual ocurrió con el caso de Adolfo Scilingo, sentenciado el 19 de abril de 2005, por la Audiencia Nacional española, y cuyo fallo fue confirmado por la sentencia número 16/2005, en que se lleva a cabo una sistematización de los elementos definidores del

⁹⁰ Antonio Cassese. *¿Hay un conflicto insuperable entre soberanía de los Estados y justicia penal internacional?* En: *Crímenes Internacionales y jurisdicciones internacionales*. Grupo Editorial Norma. Bogotá. Colombia. 2004, pp. 19-42.

⁹¹En: www.derechos.org/nizkor/guatemala/.../tcgtm.html. Revisado: 15-03-2009. 11:40 h.

crimen contra la humanidad a partir precisamente de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 01 de octubre de 2007.⁹²

También resultaría favorable, que cada Estado tuviera competencia internacional dentro de su jurisdicción nacional, a objeto de poder juzgar con base a los instrumentos internacionales y que existiera el compromiso de cada Estado para con la comunidad internacional para verse en la obligación de realizar tales juzgamientos, en tanto que, la Corte Penal Internacional, en base a su *principio de complementariedad*, actuara sólo ante la omisión de proceder a nivel interno o cuando las situaciones sean de tal complejidad que requieran una mayor cooperación internacional, por ejemplo, que la prueba deba colectarse en varios Estados porque las acciones igualmente se ejecutaron contra varias naciones.

De allí, que aun cuando el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no es aún aplicable a fin de enjuiciar las conductas que se subsumen en el tipo penal de la agresión, no es menos cierto que a nivel internacional, existe una amplia gama de disposiciones de rango jurídico y consuetudinario, que resulta imposible sustraerse de la persecución por estas conductas, ya sea la Convención de Viena sobre el Derecho de Los Tratados o la Carta de la Organización de Estados Americanos o alguno de los tratados de resolución pacífica de controversias, que de alguna manera u otra obliguen al Estado a responder a nivel internacional; y, en virtud del principio de justicia universal, cualquier Estado afectado directa o indirectamente puede iniciar el proceso penal contra los autores de estos delitos, aun conforme al derecho interno. De esta manera cabe afirmar, que

⁹²Tribunal Supremo de España. Sentencia 798/2007. En: www.derechos.org/nizkor/espana/.../sentenciats.html. Revisado:15-03-2009. 14:00 h.

de existir verdadera voluntad para castigar estas conductas, ello resulta posible, aun cuando no conforme al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

La Organización de las Naciones Unidas, emitió un documento que contiene los principios de cooperación internacional con la finalidad de identificar, detener, extraditar y castigar a los culpables de delitos graves contra la humanidad en la Resolución 3074 de la Asamblea General del 3 de diciembre de 1973, estableciendo: 1) La obligatoriedad de llevar en progreso la investigación y la necesidad de buscar, detener y enjuiciar a aquellas personas que estén vinculadas mediante prueba suficiente con los crímenes de guerra o de lesa humanidad. 2) Se solicita la cooperación bilateral o multilateral para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y tomar las medidas internas e internacionales necesarias a tal fin. 3) Se acentúa la necesidad de ayuda mutua entre los Estados para procurar la detención y enjuiciamiento de los autores de delitos contra la humanidad y hacer efectivo el castigo en caso de culpabilidad declarada.

Con ello, se impone a las naciones, como una comunidad con intereses y valores comunes, el deber de perseguir y enjuiciar aquellos delitos cuya comisión conlleva una violación grave contra los derechos humanos y que sea considerado como un crimen contra la humanidad, su existencia, la paz y la seguridad internacional.

II.2.2.- La presencia física del acusado

Continuando con los principios, las normas de Derecho Internacional, no contemplan ninguna exigencia con relación a que los Estados deban

asegurar la presencia física del acusado a fin de iniciar los procedimientos de jurisdicción universal.

En el caso seguido contra Bélgica por la demanda interpuesta ante la Corte Internacional de Justicia por la República del Congo, los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión conjunta, manifestaron:

“(i) si el propósito subyacente de la designación de ciertos actos como crímenes internacionales es el autorizar una amplia jurisdicción para ser esgrimida contra las personas que los cometieron, no existe norma del Derecho Internacional(...) que haga ilegal actos evidentes de cooperación destinados para asegurar su presencia dentro de un Estado que desea ejercer jurisdicción.”⁹³

El derecho a estar presente en el juicio, derivado del debido proceso, es distinto del derecho que define el legítimo ejercicio de la jurisdicción, el cual no requiere la presencia del acusado al inicio del juicio, y en este sentido, la presencia del acusado antes del juicio no es exigida por el Derecho Internacional.

En tal sentido, de la revisión de las Convenciones de Ginebra de 1949, estas expresamente permiten a los Estados solicitar la extradición de los sospechosos que se encuentran fuera del país. La presencia del acusado es también en ocasiones, en este tipo de procesos, un mecanismo que impone un límite imperfecto sobre el ejercicio de la jurisdicción universal y generaría trabas a la apertura de las investigaciones hasta tanto se pueda probar que el sospechoso se encuentra dentro del territorio del Estado que ejerce la jurisdicción universal.

⁹³ Corte Internacional de Justicia. *Orden de Arresto del 11 de Abril de 2000 (Congo v. Belgica)*, Voto disidente. 2002 I:C.J. (Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal) en párrafo 58 58 <<http://www.icjci.org>. Revisado: 24-04-2007. 9:15h.

Los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal establecen que un organismo judicial puede juzgar a las personas acusadas en base a la jurisdicción universal, (...) *siempre que la persona se encuentre presente ante dicho órgano judicial,*⁹⁴ lo cual no puede entenderse como un impedimento para cualquier Estado de iniciar el proceso penal y llevar a cabo la investigación, así como emitir la acusación o requerir la extradición cuando el acusado no está presente.

En algunas legislaciones, se ha llevado a cabo la correspondiente interpretación con relación a la presencia física requerida por la ley internacional, y puede verse, por ejemplo, que en el proyecto de ley de implementación de la Corte Penal Internacional en Sudáfrica y en la ley de implementación de dicha Corte en Canadá, se permite en ambos casos,⁹⁵ el ejercicio de la jurisdicción sobre personas que supuestamente cometieron delitos fuera de los territorios respectivos de los Estados, pero quienes con posterioridad, estuvieron presentes en dichos países.

Se observa, igualmente, que se presentan diversas exigencias en las leyes nacionales, como por ejemplo, lo ocurrido en países que se rigen por el sistema del *Common Law*, tales como Canadá, Sudáfrica y el Reino Unido, en los cuales se requiere el consentimiento del Procurador General, un Fiscal del Ministerio Público así como también de un funcionario judicial, para comenzar los procedimientos relacionados con los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma. En Bélgica, ocurre lo contrario, ya que, la decisión

⁹⁴ Princeton University. *Princeton Project on Universal Jurisdiction*. Princeton University Program in Law and Public Affairs y Universal Jurisdiction 2001. Princeton University Press, USA. Revisado 13-04-2007. 03:43 h.

⁹⁵ Canadá, *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, (Crímenes de lesa humanidad y Crímenes de Guerra), Leyes de Canadá, año 2000, c. 24; Sudáfrica, *International Criminal Court Bill* (Proyecto de Ley sobre la Corte Penal Internacional). Parte 2, 4. 2(a-d). 4 de Julio de 2001. Ver también: Lawyers Committeé from Human Rights. 2002. Jurisdicción Universal: Enfrentando el Desafío a través de la Cooperación de las O.N.G. www.humanrightsfirst.org/.../meeting_challenge310502_sp.pdf. Revisado: 13-04-2007. 13:20 h.

de iniciar el juicio se encuentra originalmente sólo en manos de los jueces de instrucción, en tanto que, en Nueva Zelanda,⁹⁶ existe una instancia intermedia, en la cual se requiere el consentimiento del Procurador General, pero se permite la investigación y detención de personas acusadas de los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma con anterioridad a recibir dicho consentimiento.

Asimismo, la exigencia de algunas leyes respecto al consentimiento del Procurador General, pudiera generar problemas, ya que, las facultades discrecionales del Procurador pudieran interferir con el interés de la justicia, al representar los intereses políticos del Estado; puede observarse que en algunos países como el Reino Unido y Canadá, las facultades discrecionales del Procurador General no están sujetas a criterios explícitos ni a revisión judicial, pudiendo generar dudas respecto a la imparcialidad e independencia judiciales.

Alemania, por otra parte, ha dictado dos leyes especiales tanto de naturaleza material como también procesal: El *Código Penal Internacional (Völkerstrafgesetzbuch, VStGB)* y la *Ley para la Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (IStGH Internationaler Strafgerichtshof AusführungsG)*, del 21 de junio de 2002. El legislador alemán, además, ha calificado a la Corte como una institución interestatal en el sentido del artículo 24 párrafo 1 de la Constitución (*Grundgesetz, GG*) otorgándole carácter de institución supranacional, y de esta manera los actos de la Corte Penal Internacional tienen efecto inmediato dentro el ordenamiento jurídico alemán. Del mismo modo, el legislador alemán decidió hacer una excepción al principio que prohíbe la extradición de ciudadanos

⁹⁶Nueva Zelanda, *International Crimes and International Criminal Court Act 2000* (Ley sobre Crímenes Internacionales y Corte Penal Internacional, año 2000), Sección 2, Artículo 13.

alemanes (artículo 16 párrafo 2 inciso 1 de la Constitución, GG), previendo la extradición de éstos a los países miembros de la Unión Europea y a los Tribunales Internacionales, siempre y cuando sean cumplidos los principios jurídicos básicos del Estado de Derecho.

Para Cheriff, debe existir un interés superior y universal en castigar a quienes ejecuten graves delitos contra la dignidad humana, como fin para el ejercicio de esta jurisdicción universal, ya que, el Estado actúa en representación de la comunidad internacional –como ocurría con la institución de la *actio popularis* romana, buscando preservar el orden global como miembro de esa comunidad internacional, por lo cual, podrá ser ejercida sin ninguna conexión o vínculo jurisdiccional entre el lugar de la comisión, la nacionalidad del delincuente, la nacionalidad de la víctima con el Estado que la ejercita.⁹⁷

La enmienda del Estatuto, respecto al delito de agresión, establece una limitación a la Jurisdicción Universal absoluta al señalar que no crea el derecho o la obligación de ejercer la jurisdicción nacional cuando el delito lo cometa otro Estado, ello tal vez en virtud de la condición de enjuiciamiento que requiere la opinión favorable del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

⁹⁷ Mahmoud Cherif Bassiouni. "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice". Publicado en *Virginia Journal of International Law Association*, Otoño 2001, 42 Va. J. Int'l. L. 81. Revisado: 13-04-2007. 05:08 h.

CAPÍTULO III
ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL CON BASE
AL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL,
APLICABLES A TODOS LOS TIPOS DELICTIVOS

III.1.- La responsabilidad penal

El gran avance representado por la creación del Derecho Penal Internacional, viene dado por la posibilidad de castigar a los responsables por graves delitos contra la humanidad. Ya la sentencia del Tribunal de Núremberg dispuso: (...) *que los crímenes contra el Derecho Internacional son realizados por hombres, no por entidades abstractas y que sólo castigando a los individuos que cometieron tales crímenes pueden ser aplicadas las disposiciones del Derecho Internacional.*⁹⁸

En un comienzo se propuso establecer responsabilidad aun para personas jurídicas; sin embargo, la responsabilidad penal será personal, conforme a los artículos 25, 28 y 30 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue una propuesta realizada por Francia, pero la misma se limitó a las sociedades privadas, responsabilizando a los principales miembros de una sociedad mercantil que ocupen posiciones de control y cometen el delito actuando en nombre de la sociedad, siendo rechazada por no ser compatible con la jurisdicción del tribunal.

⁹⁸ Tribunal Militar Internacional de Núremberg: *Sentencia del 30 de septiembre de 1946*: www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj.../flyer_sp.pdf. Revisado: 19-10-2008. 14.20 h.

En cuanto a la responsabilidad penal, los aspectos esenciales a distinguir serán los relacionados con los elementos objetivos y subjetivos de responsabilidad penal. Los elementos objetivos se refieren a las diferentes formas de autoría y participación criminal y los segundos, a las eximentes y defensas.

III.2.- Elementos objetivos de la responsabilidad penal individual o actus reus

Los aspectos fundamentales respecto a la responsabilidad penal individual se encuentran previstos en el artículo 25 inciso 3, literales a, b y c; los párrafos 1 y 2; y, la consiguiente validez de las reglas de la responsabilidad estatal previstas en el párrafo 4.

También establece determinadas formas de participación y extensión de la responsabilidad penal, tales como contribuir a la comisión; intento o tentativa de comisión de un delito por un grupo de personas; la forma especial de participación referida a la incitación al genocidio; tentativa acabada; todo ello en el artículo 25, inciso 3, literales d, e y f; y, la responsabilidad fundada en la realización como autor o tomando parte, como forma especial de autoría; o, la tentativa inacabada de cometer un delito de conformidad con los literales a al f.

Se contempla, igualmente, una regla específica sobre el mando y responsabilidad del superior en el artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Es así, como los artículos: 25, inciso 3 y 28, ambos del Estatuto de la Corte Penal Internacional, contienen un complejo conjunto de reglas objetivas de autoría que pueden dividirse en reglas

básicas de responsabilidad penal individual y en reglas de extensión de la imputación, no requiriendo la agresión un dolo específico, basta ejecutar las conductas.

En el Anexo A de las Enmiendas al Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión, se ordena insertar a continuación del párrafo 3 del artículo 25 del Estatuto, el entendido de que las disposiciones referidas a este crimen se aplicarán a quienes estén en condiciones de *controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado*, cualidad que debe reunir el autor para poder ser castigado.⁹⁹

III.2.1.- La Autoría

En primer término, dentro de las formas de responsabilidad penal individual previstas en el Estatuto de manera global se encuentra la *autoría*.

El literal a, distingue entre tres formas de autoría: directa o inmediata, coautoría y autoría mediata. La autoría directa o inmediata se refiere a la comisión *a título individual* de un delito, lo cual nada tiene que ver con el principio de responsabilidad individual. La misma disposición tipifica la comisión *con otro y por conducta de otro*, es decir, los supuestos de coautoría y autoría mediata.

La autoría mediata, presupone que la persona que comete el delito de manera directa ha sido utilizada como un instrumento por el autor mediato;

⁹⁹ Organización de Naciones Unidas. (2010). Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Resolución RC/Res 6, Anexo 1: *Artículo 15 ter, 5: Insértese el texto siguiente a continuación del párrafo 3 del artículo 25 de Estatuto: 3 bis. Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado*”

este último, actúa como determinador o como cerebro del delito, ya que, suele emplear como brazo ejecutor a menores de edad, o emplear coacción sobre quien actúa pero sin voluntad propia. Este autor mediato se constituye así en el autor principal.

En la coautoría, que a diferencia del caso anterior todos los coautores confluyen en la perpetración, ejemplo, un presidente y su ministro de defensa, se va a conseguir una distribución funcional de las acciones delictivas entre los diferentes coautores, que están vinculados de manera concertada, con base a un plan previamente acordado. En este supuesto, la responsabilidad es íntegra para cada uno de los coautores.

III.2.2.- Responsabilidad de mando

El principio de responsabilidad de mando se encuentra previsto en el artículo 28¹⁰⁰ y distingue entre la responsabilidad de militares, en su inciso 1

¹⁰⁰ Organización de Naciones Unidas. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Op. cit., "Artículo 28: Responsabilidad de los jefes y otros superiores
Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:
1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:
a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.
2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:
a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento."

y de los superiores civiles en su inciso 2, a diferencia de las Convenciones de Ginebra que equiparan a los militares y a los superiores civiles.

Algunos países como Argentina, Canadá y Alemania, durante las discusiones para la elaboración y aprobación del Estatuto de Roma, sostenían que debía seguirse el criterio de la negligencia. La posición adoptada al final, fue la siguiente: (...) *ignorando conscientemente la información que debería claramente permitirle concluir en las circunstancias del tiempo en que sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer el delito* (...) que terminó redactada como: (...) *ignorando conscientemente la información que claramente indicaba que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer tales delitos*, según quedó consagrado en el artículo 28; no aplicaría a la agresión que exige un dolo directo.

Cabe recordar que en este aspecto en particular, el Estatuto recoge diversos sistemas y pretende armonizarlos. El mismo, aparece tomado del *Common Law* y de los juicios sobre crímenes de guerra, siguiendo el criterio de la *ceguera voluntaria*. Este supuesto tiene como excepción el conocimiento positivo, cuando el sujeto es consciente de la alta probabilidad de su existencia a menos que crea que no existe. El ciego voluntario, previsto en el artículo 28 inciso 2, literal a, se encuentra entre el conocimiento y la imprudencia, es decir, ante una exigencia mayor que la negligencia; por lo tanto, el Estatuto de Roma cambia la ley de responsabilidad del mando en relación con los superiores civiles y agrava la responsabilidad, al no efectuar un control efectivo por falta de diligencia.

Por otra parte, la responsabilidad del mando comprende también la responsabilidad por omisión. El superior puede ser castigado por su falta de

control sobre los subordinados y por no impedir o por no reprimir la comisión de los crímenes, siempre que ostente una efectiva autoridad y control, todo de conformidad con el artículo 28, inciso 2, literal b; siempre que no adopte todas las medidas necesarias para impedirlo. De modo que, el superior es responsable por omisión, por no evitar las conductas ejecutadas por las tropas bajo su mando, siendo este caso de responsabilidad por omisión la única en Derecho Penal Internacional y se denomina *omisión dolosa*.

Para ello debe ser interpretado que se quiso decir con los supuestos *hubiere sabido* y *hubiere debido saber*. En el primer supuesto, se debe entender que *teniendo el deber de saber*, no supo, en razón de que no fue lo suficientemente diligente como para informarse de la manera apropiada, de acuerdo con su rango, de derecho o de hecho, de las conductas desplegadas o que se iban a desplegar por sus subordinados. Pudiera en estos casos pensarse, que dicha omisión fue con conocimiento y voluntad de pasar por alto su deber, lo cual perfectamente se ajusta al supuesto de la *ceguera voluntaria*, tratándose de un acto doloso; lo que justifica su deber de intervención, e implica la equivalencia moral entre la falta de evitación del daño y la causación activa del mismo. Este supuesto, está sujeto a la sanción por *comisión por omisión*, figura desconocida en algunos sistemas penales, pero que igualmente no aplica al crimen de agresión.

Debido a ello es claro que, en el supuesto *hubiere debido saber*, no se da ninguna de las modalidades de dolo, entiéndase directo, indirecto y eventual; y ni aun en este último caso, que es el más cercano a la culpa con representación o consciente, toda vez que, en el dolo eventual existe un plan previo de actuación y por ello se habla de *hubiera sabido*; mientras que el *hubiere debido saber* alude a una conducta culposa o imprudente producida por la infracción de un deber de cuidado, incurriendo así en una conducta

imprudente. De manera que descartado el dolo y aceptada la culpa consciente, no se admite aquí la ceguera voluntaria y el supuesto del recklessness, del derecho anglosajón, intermedio entre el dolo y la culpa, que parece no tener equivalentes en sistemas como el alemán en lo referente a la responsabilidad de mando. Esto justifica su deber de intervención, e implica la equivalencia moral entre la falta de evitación del daño y la causación activa del mismo.

El elemento subjetivo, en caso de culpa consciente viene dado por la infracción al deber objetivo de cuidado, pero confía imprudentemente en poder evitarlo a pesar de crear un peligro no permitido. Para Roxin, aunque el peligro sea grande, el sujeto debe haberse representado la posibilidad de una lesión típica de bienes jurídicos, no siendo suficiente que sea consciente de esa posibilidad. Pero, considera que igual pudiera ser un caso de culpa inconsciente si el sujeto no advierte la realización del tipo, a consecuencia de su no observancia del deber de cuidado, al no haberse representado el hecho por su falta de diligencia.¹⁰¹

Para el tipo del crimen de agresión, el único requisito subjetivo exigido para quien ejecuta la acción o acciones destinadas a ejecutar el delito, es dolo genérico respecto de la efectiva conciencia y voluntad de ejecutar una guerra de agresión, concretada en planificar, preparar, iniciar o realizar.

Respecto del elemento subjetivo, no se exige un *ánimo específico*, dirigido a la búsqueda de la ocupación o anexión o subordinación del Estado agredido, sino la sola realización de conductas que configuren el delito, en el territorio de uno o varios Estados extranjeros.

¹⁰¹ Claus Roxin. *Derecho penal, parte general*. Tomo I. Civitas, p. 999. Madrid. España. 1997.

III.2.3.- Formas de participación

Los literales b y c del artículo 28, del *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, aluden a otras formas de participación que en sí mismas suponen diferentes grados de responsabilidad.

En este sentido, el literal b se refiere a la persona que ordena, solicita o induce a la comisión o a la tentativa de un delito, es decir, al agente provocador que no es un autor sino partícipe, ya que, el acto queda librado a la voluntad libre del autor, a diferencia de lo que ocurre con el autor mediato, al cual se hizo referencia anteriormente. La *instigación* a la comisión de un delito, viene a estar representada mediante conductas de ordenar, alentar, rogar o incitar a otra persona a realizar determinada conducta tipificada penalmente, influyendo en esa otra persona para que lo cometa.

Por otra parte, el literal c, preceptúa cualquier otra forma de auxilio o asistencia, incluyendo la provisión de medios en la comisión o en la tentativa de delito facilitando su perpetración, lo que se conoce como complicidad, en el derecho venezolano.

Se observa, sin embargo, que a la luz del Derecho Penal Internacional, el determinador es sancionado como autor mediato al servirse de un subordinado para cometer el delito, y en este mismo sentido, estaba establecido en el *Draft Code* o Proyecto de 1996, en su artículo 2 numeral 1,

literal b, al establecer la responsabilidad criminal de oficiales que ordenaron a sus subordinados cometer crímenes, siendo responsable por comisión.¹⁰²

El literal c, prevé cualquier acto que contribuye a la comisión o a la tentativa de delito, es decir, la figura de la complicidad como forma de participación criminal, con la limitante subjetiva en cuanto que, el cómplice debe ayudar o facilitar de alguna forma la comisión del delito, pero no concertar como agente. Asimismo, este literal abarca toda forma de complicidad que no aparezca contemplada en el literal b.¹⁰³

La complicidad, estaba definida en el artículo 2 numeral 3, literal d del *Proyecto* de 1996, que abarcaba tanto el auxilio como el encubrimiento, exigiendo que éstos fuesen directos y sustanciales para facilitar la comisión efectiva de un delito.¹⁰⁴ Este criterio fue el que se tomó en consideración por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Tadic. En este caso se estableció que no se requería la presencia física en el lugar de los hechos; y, la Sala II de Juicio del referido tribunal, siguió un amplio concepto de complicidad basado en la teoría inglesa de la *concerned in the killing*, abarcando todo tipo de ayuda y el encubrimiento, cuando incluyó: (...) *todo acto de asistencia por medio de palabras o gestos que sirvan para alentar o apoyar.*¹⁰⁵

¹⁰² Convención de Derecho Internacional. Proyecto de Crímenes contra la paz y seguridad de la Humanidad de 1996, 48a. Sesión, 6/5 al 26/7/96, NU-Doc. A/CN.4/L.532. En: www.un.org/spanish/law/ilc/convents.htm. Revisado: 21-06-09. Revisado 12:45m.

¹⁰³ (c): "Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión."

¹⁰⁴ Convención de Derecho Internacional. Proyecto de Crímenes contra la paz y seguridad de la Humanidad de 1996, 48a. Sesión, 6/5 al 26/7/96, NU-Doc. A/CN.4/L.532. En: www.un.org/spanish/law/ilc/convents.htm. Revisado: 14-08-11.

¹⁰⁵ Se estableció su significado en un juicio por crímenes de guerra del 29 de mayo de 1946, llevado a cabo por una Corte Militar Británica en el juicio contra Werner Rhode y ocho personas más, en el cual se interpretó que esta regla de concierto en la muerte, como pudiera ser traducido y relativa a la complicidad en crímenes de guerra, no requiere que la persona que haya colaborado haya estado presente al momento de la comisión del crimen.

El Estatuto de Roma respecto a los actos de complicidad posteriores a la comisión del delito, tiene un trato similar a nuestra legislación interna, ya que, por ejemplo, para quien colabore en el ocultamiento de un arma o destrucción de algún efecto con el cual se perpetró el delito, pues, sólo prevé este acto como complicidad si respondió a un acuerdo previo, de lo contrario, constituirían el delito autónomo de encubrimiento. El tribunal para la ex Yugoslavia, a este respecto, ya había extendido la responsabilidad penal también a estos hechos, y siempre a (...) *todos los que naturalmente resulten de la comisión del hecho en cuestión.*¹⁰⁶

III.2.4.- Otras formas de la imputación. Contribución en el delito de carácter colectivo o tentativa de ejecución del delito

El literal d del artículo 25, inciso 3, amplía el concepto de autoría,¹⁰⁷ contemplando como delito *cualquier otra forma* que contribuya a la comisión o tentativa de comisión de un delito por un grupo de personas actuando con un mismo fin.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Organización de Naciones Unidas. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Op. cit.*, artículo 7 (3): "El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron." U.N. Doc. S/RES/827 (1993), Annex.

¹⁰⁷ "(d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;"

¹⁰⁸ Organización de Naciones Unidas. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Artículo 28:

Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos

Esta contribución exige que la misma sea llevada a cabo *con el objetivo de alentar la actividad delictiva o el propósito criminal del grupo*, siempre que tal actividad o propósito lleve implícita la comisión de un delito. Esta forma de imputación viene de las Convenciones antiterroristas y la definición que sobre conspiración, se discute desde el Tribunal Internacional Militar de Nüremberg y que se incluyó en el Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la Humanidad de 1991, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas, señalando que: (...) *debe castigarse al individuo que conspira para la comisión de un delito.*¹⁰⁹

En ese proyecto se estableció, además, que la conspiración es una forma de (...) *participación en un plan común para la comisión de un delito contra la paz y la seguridad de la Humanidad.* En tanto que, el Proyecto de Código de 1996 lo extiende a aquella persona que: (...) *directamente participa en planear o conspirar para cometer tal delito.*¹¹⁰

Sólo por la observación que cabe al respecto, debe señalarse que el Estatuto de Roma elimina el término conspiración y exige al menos una contribución al intento colectivo de cometer un delito y aplica una forma amplia de complicidad, cuyo objeto es la *contribución* a la perpetración. Si

por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.”

¹⁰⁹ Comisión de Derecho Internacional. Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la Humanidad de 1991, 43ª Sesión, 29/4 al 19/7/91. En: www.un.org/spanish/law/ilc/convents.htm. Revisado:14-08-11

¹¹⁰ Convención de Derecho Internacional. Proyecto de Crímenes contra la paz y seguridad de la Humanidad de 1996, 48a. Sesión, 6/5 al 26/7/96, NU-Doc. A/CN.4/L.532. En: www.un.org/spanish/law/ilc/convents.htm. Revisado: 14-08-11.

bien no resulta aplicable al delito de agresión, es deber referirse a la incitación pública y directa al genocidio, la cual es una forma de participación prevista en el literal e del artículo 25, literal d,¹¹¹ basada en el artículo III, literal c de la Convención sobre el Genocidio de 1948. Esta figura aparece en el Estatuto en las formas de imputación, pero en una correcta sistematización debió ser incluida en las disposiciones relativas al delito de genocidio, en el artículo 6 del Estatuto, de manera de considerarla una forma de participación propia de este delito.

En consecuencia, esta figura difiere de la instigación y de la incitación en general, por el hecho de estar dirigida a ciertas personas o grupos de ellas; y, por la calificación de *directo*, se debe entender, que es una incitación más limitada que la instigación o la inducción, debiendo destacar que dicha concreción no dependerá de la efectiva comisión o tentativa de comisión del genocidio, no siendo en consecuencia accesorio sino una forma autónoma de participación.

III.3.- El Iter Críminis: Tentativa acabada e inacabada; desistimiento y arrepentimiento activo

La tentativa se contempla en el inciso f del artículo 25, 3¹¹². El Estatuto habla del *inicio de ejecución* del delito, es decir, un inicio de actividad, similar a lo contemplado en el *Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la Humanidad* de 1991, en su artículo 3, inciso 3 y en el *Proyecto de Código* de 1996, en su artículo 2 inciso 3, literal g, bastando, en

¹¹¹ Organización de Naciones Unidas. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Op. cit., "Artículo 25, e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa(...)"

¹¹² Organización de Naciones Unidas. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Op. cit., "Artículo 25 ,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:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa(...)"

consecuencia, que el sujeto haya realizado un primer acto, que constituya un paso decisivo para la consecución del resultado delictivo y no que se haya producido el recorrido hasta una fase casi total de perpetración, es decir, basta solamente la tentativa inacabada y no se requiere la frustración o tentativa acabada. En casos de agresión constituyen consumación del acto.

Por su parte, el desistimiento se incluyó en el Estatuto de Roma y establece una exención para quien, en términos objetivos, desiste de cometer el delito o de cualquier otro modo impide su comisión¹¹³. En términos subjetivos, va referido a aquella persona que habiendo dado inicio a la ejecución de un hecho, decide abandonar total y voluntariamente su propósito, pero, si el inicio de ejecución llevó implícito que el acto pueda producir sus efectos nefastos, no basta el desistimiento sino que exista un arrepentimiento activo que conlleve a impedir que el hecho se consume.

III.4.- Elementos subjetivos de la responsabilidad penal individual o mens rea

El artículo 30 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, trae como exigencia, que los elementos materiales de un delito perteneciente a la jurisdicción de la Corte, se ejecuten con intención y conocimiento.¹¹⁴

¹¹³ Ibidem. "Artículo 25 f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo".

¹¹⁴ Organización de Naciones Unidas. (1998) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Op. cit, "Artículo 30. Elemento de intencionalidad (mens rea).

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 actúa 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."

Lo expresado respecto de: (...) *a menos que se prevea otra cosa*, hace presuponer la posibilidad de que existan excepciones, lo cual no estaba en el *Proyecto de Código* de 1996, pero establecía exigencias menores de carácter subjetivo para algunos delitos. Así vemos que figuras como el denominado *recklessness* tomado del sistema anglosajón, alude a un elemento subjetivo de responsabilidad, limítrofe entre la intencionalidad y la culpa consciente; y para otros, forma parte del dolo eventual.¹¹⁵ *Recklessness* es uno de los cuatro estados mentales constitutivos del *mens rea* que se constituye en una negligencia criminal que conlleva un daño significativo a otro; también se le conoce como ignorancia o ceguera voluntaria y representa un grado de culpabilidad inferior a la intención o dolo.

Este aspecto, fue explicado cuando se hizo referencia a la responsabilidad de mando y evidencia la intención de armonizar diferentes sistemas como el anglosajón y el germano romano, estableciendo el artículo 30, que el mismo excluye por cualquier nivel de exigencia por debajo de la tentativa y el conocimiento del hecho y sus consecuencias¹¹⁶. Por ello, esta disposición deja por fuera la *falta de diligencia* de los delitos culposos, así como, el dolo eventual, siendo este último, una forma de *intención condicionada*, referida a un conjunto de actitudes efectivamente dirigidas a la producción de un resultado y, cuyo castigo por ello, será mayor que para aquel quien obra con falta de diligencia y no es consciente ni quiere el

¹¹⁵ El denominado "recklessness", que traducido significa "temerariamente", procede del derecho anglosajón y se encuentra entre el dolo eventual y la negligencia consciente establecida dentro de la norma penal. Para algunos, un ejemplo estaría previsto, en la sección 93 del Código Penal alemán, que contempla la puesta en peligro de la seguridad nacional mediante la revelación a una nación extranjera de un secreto de estado que coloque en desventaja a la República de Alemania. "§ 93 Begriff des Staatsgeheimnisses.(1) Staatsgeheimnisse sind Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, die nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und vor einer fremden Macht geheimgehalten werden müssen, um die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland abzuwenden." En Venezuela se desconoce tal figura. Para algunos autores se trata del dolo eventual, por ejemplo, ver Antonio Cassese. *Internacional Criminal Law*, Oxford University Press, G.B, 2003, pp. 57, 58 y 59, 81, 82; y, 159 al 177.

¹¹⁶ Organización de Naciones Unidas. (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Op cit*, artículo 30.

resultado producido, al no habérselo representado. El mismo artículo, parece ignorar la diferencia entre tentativa y conocimiento, mezclando el conocer con el querer del sistema germano romano, y sólo admitiendo el dolo eventual como si se tratara de un supuesto del dolo indirecto, cuando se trata de una forma autónoma de dolo.

CAPÍTULO IV

DEFENSAS Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

Las defensas y causas especiales de exclusión de la responsabilidad penal, se encuentran previstas en los artículos 26, 27, 29, 31, 32 y 33, todos del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, siendo que las defensas de carácter procesal, están establecidas en los artículos 26, 27 y 29, las causas generales de exclusión de responsabilidad en los literales a y b del artículo 31 inciso 1; y, las causas de justificación y exoneración, en los artículos 31 inciso 1, literales c y d; 32 y 33.

IV.1.- Las defensas procesales

El artículo 26, en relación con la edad de responsabilidad penal, carece de jurisdicción sobre personas menores de dieciocho años al tiempo de comisión de los hechos. Es decir, que la edad imputable es a partir de los 18 años. Nada dice de los menores en situación irregular.¹¹⁷

Por otra parte, la capacidad oficial invocada por un jefe de Estado o persona que ocupe otra posición pública, se excluye como defensa o como un motivo de reducción de la pena por el artículo 27, en tanto que, la inmunidad u otras reglas procesales tampoco pueden considerarse obstáculos procesales,¹¹⁸ adoptando el criterio seguido en Nüremberg. La

¹¹⁷ Organización de Naciones Unidas. (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Op cit. Artículo 26* "Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen".

¹¹⁸ *Ibíd.* "Artículo 27. Improcedencia del cargo oficial.

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento,

Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio de 1948, contempla como responsables según su artículo IV: *Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.*¹¹⁹

El Proyecto de Código de 1991 en su artículo 13 y el *Proyecto* de 1996 en su artículo 7, extendían la previsión a jefes de Estado, ministros y oficiales públicos, sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional no consideró necesario excluir la inmunidad procesal, siendo incluidos en el artículo 27 del Estatuto de Roma, y resueltos en favor de una acusación sin límites contra aquellos que actúen amparándose en su oficialidad.

La acción para perseguir dichos delitos se considera imprescriptible conforme al artículo 29 del Estatuto.¹²⁰ En casos en los cuales las legislaciones nacionales establezcan algún tipo de prescripción, la regla de complementariedad del artículo 17, permite a la Corte asumir la jurisdicción.

IV.2.- Causas generales de exclusión de responsabilidad

Los literales *a* y *b* del artículo 31 inciso 1 del Estatuto prevén la exclusión de responsabilidad en base a la capacidad de controlar y

representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

2. *Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al Derecho Internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.*"

¹¹⁹Organización de Naciones Unidas. (1948). Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio. Artículo IV. Asamblea General 260 A (III), 9 de diciembre de 1948.

¹²⁰Organización de Naciones Unidas. (1998) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Op cit.* "Artículo 29 *Imprescriptibilidad .Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán*".

determinar su propia conducta.¹²¹ La diferencia fundamental entre las dos previsiones estriba en el grado de imputabilidad del autor, ya que, en caso de padecer una dolencia o incapacidad mental, el autor no puede ser culpado por su conducta ilegal ya que normalmente no se ha causado dicha dolencia o incapacidad, o al menos no en orden a cometer un delito sin culpabilidad. En este caso, el agente carece de capacidad volitiva y no puede apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, conforme al artículo 31 inciso 1, literal a del Estatuto, o bien, carece de capacidad para controlarla dentro del margen que permite la ley a causa de una dolencia o enfermedad. Con base a este razonamiento, el sujeto no actúa culpablemente.

Existe una excepción cuando se trata de intoxicación deliberada. Es el caso de la *actio liberae in causa*, prevista en el artículo 31, inciso 1, literal b. En este supuesto quien ingiere alcohol, sustancias tóxicas y prohibidas de forma libre y autónoma, tiene conocimiento de que afectan su capacidad de control y apreciación, pero decide hacerlo para reforzar en sí mismo la voluntad de actuar. En consecuencia, se requiere que lo haga de manera voluntaria con el objeto de cometer un delito en un estado de no responsabilidad y después invocar este estado como causa de exclusión de responsabilidad. Esto pudiera constituirse en agravante de resultar probada dicha intención.

Este principio está generalmente reconocido tanto en el Derecho continental como en el del *Common Law* y previsto en muchos códigos

¹²¹ *Ibidem*. "Artículo 31, 1. 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:

a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley; b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera;"

nacionales, resultando difícil probar que dicho consumo ha sido voluntario para cometer el delito. Por esta razón el *Common Law* no reconoce en principio la intoxicación como defensa menos cuando uno mismo se coloca en dicha situación, en tanto que en el sistema continental, se castiga el hecho de cometer el delito específico en caso de crímenes cometidos en estado de intoxicación, con un aumento de pena, con base en el riesgo causado, lo cual entra en conflicto con el elemento subjetivo de los delitos comprendidos en la jurisdicción del Estatuto, procediendo el juzgamiento de soldados que cometen crímenes de guerra en estado de embriaguez, así como de las autoridades y superiores civiles y militares responsables generalmente del planeamiento y organización de estos delitos.

IV.3.- Causas de justificación y exoneración

La antijuridicidad es contrariedad a Derecho; es todo daño producido contra los intereses protegidos por el Derecho que se opone formalmente a sus designios produciendo una lesión a los valores protegidos por la norma jurídica.

Sin embargo, en algunos casos, a pesar de que la conducta está descrita como típica, la antijuridicidad se excluye por estar permitida por otra norma en casos excepcionales.

IV.3.1.- La legítima defensa

El artículo 31, inciso 1, literal c del Estatuto, establece la legítima defensa propia y de terceros contra un inminente e ilegal uso de la fuerza.

Al respecto, se pretendió incluir la defensa de la propiedad a propuesta de los Estados Unidos de Norteamérica e Israel, invocando previsiones constitucionales y sin embargo, el texto del literal c demuestra que la protección de la propiedad se limita a las situaciones de crímenes de guerra en las que resulta esencial *para la supervivencia de la persona o de terceros o esencial para cumplir una misión militar*.

La disposición señalada, establece para estos casos el hecho de actuar *razonablemente* en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, para un tercero o para los bienes protegidos.¹²²

Asimismo, contempla que el hecho de participar en una fuerza que realizare operaciones de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal.

El elemento individual viene dado por la necesidad de defenderse o de repeler un ataque injusto, descartando la defensa de bienes jurídicos colectivos; pero además se da un elemento supra individual, conformado por la necesidad de frenar conductas ilegítimas que hacen ceder al derecho

¹²²Organización de Naciones Unidas. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Op. cit. Artículo. 31 (1), literal (c):

c) *Actuar razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado.*

frente al injusto de una acción típica, como componente de la Teoría del Delito.

Para que se dé el supuesto justificante, deben concurrir los siguientes requisitos:

1.- Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en legítima defensa. La provocación suficiente supondría que por medios proporcionales se haya compelido al agresor a realizar la agresión, lo que hace que su conducta pierda su antijuridicidad de coexistir todos los requisitos exigidos por la legítima defensa.

2.- Agresión ilegítima que ponga en peligro el bien jurídico. Debe consistir en una acción positiva y directa de acción intencional y no de omisión ni culposa, constitutiva de delito y que el peligro sea actual, real e inminente para producir el daño que se pretende evitar.

3.- La necesidad del medio empleado para repeler la agresión. La defensa deberá ser la adecuada para impedir o repeler la acción, siendo que, debe tratarse de una conducta o un medio idóneo para que no se produzca la lesión al bien jurídico; es decir, debe existir proporcionalidad entre el ataque y la defensa.

Se requiere un peligro inminente de que al no actuar se producirá la lesión del bien jurídico y de allí la necesidad de repeler el ataque injustificado.

La parte *in fine* del literal c, aclara la diferencia entre la propia defensa individual y la defensa colectiva o de terceros, pero la participación en la defensa colectiva no excluye por sí misma la responsabilidad penal a menos que la persona en cuestión se haya comportado dentro de los límites de la

propia defensa individual, y ello, en virtud de lo establecido en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas.

Por ejemplo, la intervención humanitaria es una forma particular del uso de la fuerza militar por un sujeto de Derecho Internacional en el ámbito soberano de un Estado y contra la voluntad de éste último, con el fin de proteger a los nacionales de éste de amenaza existencial, en especial de violaciones masivas de derechos humanos fundamentales, sería uno de los supuestos de defensa colectiva; y aquí, se excluye la intervención militar por solicitud o por consentimiento.

Las medidas humanitarias son consideradas medidas legales que no colisionan con interpretación alguna del principio de la soberanía de Estado y legalmente parecen no configurar supuestos de agresión, aun cuando es prudente analizar, la existencia de supuestos en los cuales bajo esta justificación han sido cometidos excesos que jamás pueden ser considerados aceptables por ninguna razón, como por ejemplo, lo ocurrido con la O.T.A.N. en ex Yugoslavia o los abusos producidos en Sierra Leona, hechos que serán abordados en el capítulo relacionado con el tratamiento de algunos casos acaecidos en las últimas décadas.

Para ello deben cumplirse las siguientes condiciones:

- 1.- Que el acto consista en el empleo de la fuerza militar;
- 2.- Que exista una violación real de derechos humanos fundamentales;
- 3.- Que la motivación humanitaria sea genuina y persiga garantizar el respeto del estándar mínimo humanitario por parte de los Estados.

En todo caso, se excluye la intervención militar para proteger a nacionales en el extranjero por haber dudas sobre la naturaleza humanitaria de la misma.

Se observa entonces, que tanto la Cruz Roja Internacional, la Media Luna Roja y el Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.), persiguen la exclusión de todo modo de empleo de fuerza armada para imponer el envío de socorros, pues el Derecho Internacional prohíbe su utilización. Por tanto, las acciones coercitivas llevadas a cabo con la autorización y bajo mandato de las Naciones Unidas forman parte del *ius ad bellum* y no del *ius in bello*, al cual pertenece el Derecho Internacional Humanitario.

El artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, dispone entre otras cosas que:

*(...) ninguna disposición menoscabará el derecho a la legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales, pero estas medidas deberán ser comunicadas al Consejo de Seguridad y no afectaren su autoridad y responsabilidad.*¹²³

El derecho de injerencia no constituye un Derecho Internacional positivo, pero en la práctica, el Consejo de Seguridad, en muchos casos y en aras de la prestación de ayuda humanitaria por parte de las Naciones Unidas, ha efectuado acciones de intervención en Estados donde existe alguna situación que ponga en peligro la paz internacional y la dignidad humana; siendo que ha dictado resoluciones, tales como la 770, del 13 de

¹²³ Organización de Naciones Unidas. (1945). Carta de las Naciones Unidas. Nueva York. Artículo 51.

agosto de 1992, en la cual se “*Insta a los Estados a que (...) tomen todas las medidas necesarias para facilitar, en coordinación con las Naciones Unidas, el suministro por las organizaciones humanitarias de las Naciones Unidas y otras organizaciones competentes de asistencia humanitaria a Sarajevo y todas las demás partes de Bosnia y Herzegovina.*”¹²⁴

En realidad, se percibe una práctica de acción humanitaria por parte de las Naciones Unidas, fundamentada en la competencia de su Consejo de Seguridad para declarar que una situación pone en peligro la paz o la seguridad internacionales, y no a una costumbre internacional. En todo caso, debe existir el consentimiento del Estado, a través de acuerdos que permitan esta actuación.

El caso de la ex Yugoslavia, dio pie para que se ejecutaran actuaciones como lo ocurrido en Kosovo durante el mes de octubre de 1998, cuando la Organización para la Seguridad y Protección de Europa (O.S.C.E.),¹²⁵ pretendió desplegar dos mil observadores civiles, sin garantía de protección militar y sin el consentimiento del gobierno serbio, originando que los aliados del Tratado del Atlántico Norte lanzaran el ataque contra Serbia del 24 de marzo al 11 de junio de 1999,¹²⁶ sin necesidad de una nueva resolución del Consejo de Seguridad y como operación *legitimada*, bajo la justificación de la disposición del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas -pese al veto de Rusia- lo cual dio apertura a la posibilidad de que el Consejo Permanente de la Organización aprobara la *orden de activación* del dispositivo bélico. La O.T.A.N., como se verá cuando se analice lo ocurrido

¹²⁴ Consejo de Seguridad. (1992). Resolución N° 770. www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/.../R3/R3DOC04.htm. Revisado: 20-11-2008. 15:10 h.

¹²⁵ Ver más en: www.osce.org/es/. Revisado: 23-09-2007. 17:10 h.

¹²⁶ N. Chomsky. “In retrospect: A review of NATO’s war over Kosovo. Part II”. *Op cit.* 2000. En: kamita.com/misc/nc/textos/otan02.html. Revisado: 20-11-2008.11:30 h.

en la ex Yugoslavia, alegó ejercicio legítimo de la fuerza a fin de impedir que continuara la masacre kosovar. La referida autorización nunca fue dada por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, en virtud del veto anunciado por Rusia y los actantes pretendieron que la cobertura legal derivase del contenido de las resoluciones sobre Kosovo aprobadas por las Naciones Unidas, alegando que las mismas producían dicha legitimación bajo la invocación de razones humanitarias. De este tipo de interpretaciones se derivó un hecho histórico tan grave como lo fueron los crímenes producidos como consecuencia de la ilegítima agresión de la O.T.A.N. contra Kosovo.

A diferencia de ello, constituía intervención humanitaria la acordada por ejemplo, mediante Resolución 764, del 13 de julio de 1992, por el Consejo de Seguridad (...) *autorizando al Secretario General a desplegar inmediatamente elementos adicionales de UN.PRO.FOR., para velar por la seguridad y el funcionamiento del aeropuerto de Sarajevo y por la entrega de asistencia humanitaria*, y, la Resolución 724, del 15 de diciembre de 1991, encomendando al Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, a adoptar las sugerencias propuestas por el Secretario General en la esfera humanitaria y proteger mediante UN.PRO.FOR., los suministros de ayuda humanitaria en Bosnia y Herzegovina.

IV.3.2.-El estado de necesidad

La exigente del *estado de necesidad por coacción o amenaza*, se encuentra contemplada en el artículo 31, inciso 1, literal d. En este supuesto se exige la existencia de:

1.- Una amenaza de muerte inminente o de continuos y graves daños corporales contra la persona en cuestión o una tercera persona,

2.- Una reacción necesaria y razonable dirigida contra dicha amenaza,

3.- El correspondiente dolo a nivel subjetivo de no pretender causar un daño mayor que el que debe ser evitado.

Se reconoce que debe existir una *falta de libertad de voluntad o de elección* en relación con una amenaza inmediata, mientras que la necesidad se basa en elegir de entre todos el mal menor. En caso de necesidad la incriminación desaparece en favor de la protección de un bien mayor; siendo que la necesidad justifica una conducta por sí misma ilegal. El fundamento racional consiste en la ponderación de diferentes intereses legales y el criterio que puede esperarse razonablemente respecto a que la persona pueda resistir la amenaza, siendo en consecuencia una causal de exculpación.

El literal d, utiliza elementos de ambos conceptos. La *amenaza* se refiere tanto a la necesidad como a la capacidad de resistir, mientras que la *reacción razonable y necesaria* se refiere a la necesidad, incorporando como requisito subjetivo *la elección de un mal menor*.

De igual modo, el Estatuto aplica *las causas de exclusión de responsabilidad penal* para todos los delitos, conforme a lo dispuesto en el artículo 31, inciso 2.¹²⁷

IV.3.3.- El error de hecho y el error de derecho

Lo establecido en el artículo 32 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con referencia al error de hecho o respecto al error de

¹²⁷ Organización de Naciones Unidas. 1998. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 31, inciso (2): "La Corte determinará si las circunstancias eximentes de responsabilidad penal admitidas por el presente Estatuto son aplicables en la causa de que esté conociendo."

derecho, fue tomado del *Common Law*, y conforme a ello el error sólo se admite si constituye la negación de la *mens rea*, como componente mental de la responsabilidad penal, que forma parte de la voluntad del acto delictivo o *actus reus*, por lo cual resulte ser culpable el acusado.¹²⁸

El error de hecho siempre va a excluir la responsabilidad criminal mientras de manera excepcional, lo hará el error de derecho, pues sólo en el error de hecho se niega el elemento mental o *mens rea*. En la agresión, conforme a la enmienda no requiere demostrar que se quiso violar la Carta de Las Naciones Unidas ni la calificación objetiva “manifiesta”.

Erdemovic, en el juicio seguido en su contra admitió su culpa e invocó la eximente conocida en Alemania como *duress*¹²⁹ siendo que la Cámara de Apelación rechazó esta defensa por consideraciones generales, sin analizar si Erdemovic actuó objetivamente en esa situación o si el acusado creía que actuaba bajo ese supuesto. Sin embargo, este error respecto a una causal de exculpación, sería alegar un error de derecho sin relevancia, de acuerdo con el artículo 32 del Estatuto, porque no niega el elemento mental o *mens rea* respecto al delito que cometió. Si al contrario, se hubiese considerado como error de hecho, se pudiera haber eliminado la imputabilidad o eximente de las mencionadas con anterioridad.

¹²⁸ Organización de Naciones Unidas. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Op. cit.* “Artículo 32: Error de hecho o error de derecho:

1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.

2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto.”

¹²⁹.. Bunderministerium der Justiz. *Código Penal alemán*. § 35 1998. “Strafgesetzbuch”, 32 a, Deutscher Taschenbuch, Verlag, CH Beck. Munich. Deutschland.

El referido artículo 35 del Código Penal alemán, establece los supuestos del *estado de necesidad disculpante o inculpable* estableciendo dos supuestos a saber:

1.- Quien en un peligro actual inminente para la vida, la integridad física o la libertad, no evitable de otra manera, ejecute un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para sí, para un familiar o para un tercero allegado, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro conforme a las circunstancias particulares; si el autor causó el peligro o si se encontraba en una especial relación jurídica. Sin embargo puede disminuir la pena conforme al artículo 49, numeral 1°, cuando el autor debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.

2.- Si el autor de la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo pueden exculpar conforme al numeral 1°, sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena se atenuará conforme al artículo 49, numeral 1°. ¹³⁰

De haberse tratado de una causa de justificación, como el caso de un acusado que creyere erróneamente haber actuado en defensa propia, por necesidad o en base al consentimiento de la víctima, pudiera considerarse que se esté ante la creencia de que se actúa conforme a la ley, pero al no estar contemplada tal posibilidad por el artículo 32, debería recurrirse a los principios generales del derecho penal y la legislación nacional de cada Estado.

¹³⁰ Bunderministerium der Justiz. (Código Penal alemán). 1998. "Strafgesetzbuch", 32 a, Deutscher Taschenbuch, Verlag, CH Beck. Munich. Deutschland. 1998. "S 35 Entschuldigender Notstand: (1) Wer in einer gegenwärtigen nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einen besonderen Rechtsverhältnis stand zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach S 49 Abs. 1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefähr hinzunehmen hatte. (2) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Absatz 1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Die Strafe ist nach S 49 Abs 1 zu milder"

Las órdenes superiores no pueden alegarse como defensa, aunque pueden invocarse excepcionalmente en casos de crímenes de guerra bajo estrictas y limitadas condiciones. Así, el artículo 33, inciso 2 del Estatuto, considera este tipo de órdenes como *manifiestamente ilegales*.¹³¹

Por otra parte, el tribunal, al momento de sentenciar, deberá tomar en consideración aspectos de carácter sustantivo y adjetivo como alegatos para argumentar la defensa, todo ello de conformidad con lo establecido en las reglas de procedimiento y prueba, y para ello, debe hacer uso del principio de ley aplicable, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 y en el artículo 31 inciso 3.¹³² Del mismo modo, deberá observar si se produjeron vicios en la instrucción del proceso y si hubo respeto del debido proceso, ya que, de evidenciar que se incurrió en vicios, ello diera lugar a la declaratoria de nulidad.

IV.4.- Las inmunidades

En el orden internacional existen dos formas de inmunidades, las personales o diplomáticas que se otorgan por lo general a Jefes de Estado y diplomáticos pero ligadas a la función que desempeñan; y, las inmunidades funcionales, que se otorgan a aquellos individuos-órganos pero que abarcan

¹³¹ Organización de Naciones Unidas. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Op. cit... "Artículo 33 Órdenes superiores y disposiciones legales:

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

b) No supiera que la orden era ilícita; y

c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas."

¹³² *Ibid.* Artículo 31. "3. En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba."

exclusivamente los actos cumplidos en ejercicio de sus funciones y que se atribuyen al Estado y no a la persona.

IV.4.1.- Inmunidades funcionales (ratione materiae)

El Estatuto del Tribunal de Nüremberg, de manera expresa señaló en su artículo 7 que la situación de funcionarios públicos o militares de los acusados, sea como jefe de Estado, sea como altos funcionarios, no se consideraría excusa absoluta ni sería motivo para atenuar la pena, de allí, que ese tribunal condenó inclusive al jefe de Estado sucesor de Hitler, de apellido Dönitz, estableciendo en consecuencia una derogación de las inmunidades funcionales para estos delitos, no valiendo como excusa de la perpetración de estos hechos graves el haber actuado en representación de un Estado. Con el Tribunal de Tokio no ocurrió así, por cuanto se había decidido no enjuiciar al emperador Hirohito.

Posteriormente, el artículo 7-2 del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (T.P.I.Y.)*, expresamente estableció que los jefes de Estado y de gobierno, así como los altos funcionarios, no pueden ser exonerados de responsabilidad penal. El tribunal, incluso en sus decisiones, estableció la posibilidad de que una alta posición jerárquica pudiera constituir una circunstancia agravante. Similar disposición se incorporó en el artículo 6-2 del *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona* en el año 2000 y bajo la misma nomenclatura en el *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (T.P.I.R.)*.

Finalmente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional dispuso en su artículo 27 la falta de pertinencia de la condición oficial, estableciendo la

responsabilidad penal de los altos funcionarios y del jefe de Estado en la comisión de alguno de los delitos graves previstos en el Estatuto.

Similar posición asumió la Cámara de los Lores en el juicio seguido a Pinochet, cuando dispuso que un ex jefe de Estado no goza de inmunidad por actos como tortura, toma de rehenes o crímenes contra la humanidad perpetrados cuando estaba en ejercicio de su mandato, basando su decisión en el Derecho Internacional consuetudinario y por lo tanto, dada la gravedad de tales delitos (...) *jamás pueden ser parte de las funciones públicas de un jefe de Estado (...)*.¹³³

IV.4.2.- Inmunidades personales (ratione personae)

A diferencia de las inmunidades funcionales, las personales tienen un carácter temporal y adjetivo o procesal, por lo cual, de renunciar el Estado a la inmunidad diplomática, el funcionario puede perfectamente ser enjuiciado. Este tipo de inmunidad se otorga a los agentes diplomáticos y se extiende a jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores en visita oficial en el territorio de otro Estado o sus representantes enviados en misión especial.

La derogatoria de las inmunidades personales no aparece en la costumbre internacional. Se puede determinar de manera implícita en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda, cuando establecen la obligación de los Estados de responder a cualquier solicitud de asistencia o mandamiento que emita un tribunal de

¹³³ Reino Unido Parlamento: Cámara de Los Lores. 24 de marzo de 1999. Sesión 1998-99. En www.parliament.uk. Revisado: 18-08-2009. 11:25 h.

primera instancia, pero ello con base al artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, ya que, estos tribunales fueron establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, rigiendo sólo para los Estados Miembros de la Organización de Naciones Unidas. Según esta disposición en caso de que entren en conflicto las obligaciones asumidas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta, con las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la Carta de las Naciones Unidas.

En cuanto al Estatuto de la Corte Penal Internacional, el artículo 27¹³⁴ establece una derogación explícita, pero ello únicamente con respecto a los Estados miembros, ya que, de tratarse de terceros Estados, la excepción automática no parece posible salvo que dicho Estado renuncie a la inmunidad del acusado, conforme al artículo 98-1 del Estatuto,¹³⁵ pudiéndose concluir, que la excepción se aplica únicamente en las relaciones entre la Corte y los Estados miembros. Por ejemplo, en el caso de Pinochet, de haber sido aun presidente en funciones, no habría sido posible enjuiciarlo en Gran Bretaña, menos aún en este caso preciso en el cual se juzgó conforme a la *Convención contra la Tortura* de 1984; y así, lo expusieron los jueces Lord Mollet, Lord Saville, Lord Hutton y Lord Philips.

¹³⁴ Organización de Naciones Unidas. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Op. cit. "Artículo 27. Improcedencia del cargo oficial :

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al Derecho Internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella."

¹³⁵ *Ibíd.* "Artículo 98.1: Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega:

1. La Corte podrá negarse a dar curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el Derecho Internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que obtenga la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad."

Otro caso representativo lo constituye la orden de arresto emitida por Bélgica conforme a su ley de 1993, contra Yerodia Ndombasi, ministro de asuntos exteriores de la República Democrática del Congo, que motivó una demanda de esta nación ante la Corte Internacional de Justicia contra Bélgica, por haberle producido un perjuicio irreparable debido a que la ley belga del 16 de junio de 1993, modificada el 10 de febrero de 1999, a su juicio, (...) *contraviene de manera manifiesta el Derecho Internacional en cuanto pretende derogar la inmunidad diplomática, al igual que lo hace la orden de arresto extendida de acuerdo a sus términos contra el ministro de asuntos exteriores de un Estado soberano.*¹³⁶

Pese al alegato de Bélgica con relación a que la ley de 1993 reformada en 1999, pretendió ajustar su texto al *Estatuto de Núremberg*, la Corte Internacional de Justicia concluyó que mientras el funcionario esté en sus funciones goza de inmunidad en cuanto a la jurisdicción penal y una inviolabilidad absoluta, por lo cual, Bélgica violó la inmunidad personal de la que gozaba el señor Yerodia Ndombasi, en su carácter de ministro de asuntos exteriores. Por tal motivo, se le cuestionó a la Corte no haber tenido en consideración que la persecución de los crímenes más graves es una obligación de derecho consuetudinario y una obligación de los Estados, lo cual debió prevalecer sobre las normas de inmunidades diplomáticas.

Esto pudiera generar una grave consecuencia, debido a que fomentaría la impunidad y habría que esperar que el funcionario cesara en sus funciones o se produjera la renuncia a dicha inmunidad personal, lo cual resulta muy poco factible, siendo la única garantía de que sea posible una

¹³⁶ Corte Internacional de Justicia. "Audiencia del 20 de noviembre de 2001". *Informe CR 2000/32*. Audiencia del 15 al 19 de octubre de 2001. Caso Congo vs Bélgica.

futura persecución penal, lo relativo a la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena, en aras de garantizar la no impunidad.

IV.5.- La amnistía

Con relación a las leyes de auto amnistía, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la decisión pronunciada en el caso *Barrios Altos* del 14 de marzo de 2001, señaló entre otras cosas, lo siguiente:

*Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*¹³⁷

Indicó esa Corte, que tomando en consideración las obligaciones generales previstas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias que resulten necesarias para que nadie sea sustraído de la protección judicial, a objeto de evitar la impunidad en aras del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, de conformidad con los artículos 8 y 25 de la Convención. En tal sentido señaló que los Estados Partes:

(...) que adopten leyes de auto amnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención(...). (Omissis) Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos

¹³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia del Caso Barrios Altos Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, p. 41.

*y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana (...).*¹³⁸

En ocasiones se permite dictar leyes de amnistía, siempre y cuando ello pueda contribuir a la pacificación nacional en caso de conflictos internos y el cese de las hostilidades; en este sentido, destaca el caso de Sierra Leona. Sin embargo, estas leyes de amnistía general sólo pueden abarcar aquellos delitos que no sean los establecidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que resulten atentatorios contra la dignidad humana.

El Proyecto Princeton, a este respecto, establece en su Principio 2, que los crímenes en materia de jurisdicción universal son: La piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad, el genocidio y la tortura, sin perjuicio de otros crímenes contra el Derecho Internacional. De igual manera, con relación a las leyes de amnistía, dispone que el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de los crímenes graves, previstos en el Principio 2, no se verá afectado por amnistías que son incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado concedente, tal como lo indica en el Principio 7.

En Argentina, aplicando los criterios de vigencia universal, fueron abolidas las leyes de *punto final* y *obediencia debida*, mediante sentencia en la cual se expresó: (...) *declara INVÁLIDOS E INCONSTITUCIONALES LOS ARTÍCULOS 1 DE LA LEY 23.492 de “punto final”- Y 1, 3 Y 4 DE LA*

¹³⁸ *Ibidem.* Pp. 43 y 44.

LEY 23.521 de "obediencia debida" (sic). Esta sentencia fue confirmada por la Sala II de la Cámara Federal, la cual ratificó la nulidad en fecha 9 de Noviembre de 2001.¹³⁹ Causa N° 17.889 "Incidente de apelación de Simón Julio" (sic).

Como se indicara, en algunas ocasiones los procesos de transición a la democracia y al Estado de Derecho pueden plantear una tensión entre los derechos de las víctimas, marcados por la obligación del Estado de investigar, enjuiciar y castigar a los responsables de violaciones de derechos humanos y la necesidad de adoptar medidas y mecanismos que puedan conducir a una transición efectiva, es decir, conceder amnistías o indultos a sus autores. Este criterio, en principio, se opone a las normas del Derecho Internacional humanitario o de los conflictos armados, estableciendo el artículo 6-5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 que, una vez finalizadas las hostilidades dentro de un conflicto armado interno, (...) *las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto.*

Sin embargo, esta potestad de decretar amnistías o indultos a quien haya cometido crímenes de guerra o de lesa humanidad o haya vulnerado gravemente los derechos humanos o el Derecho Internacional humanitario, tiene límites derivados del propio Derecho Internacional, no pudiendo el Estado anular sus obligaciones adquiridas con la comunidad internacional, caso en el cual la Comisión Interamericana, ha exigido (...) *compatibilizar el recurso a la concesión de amnistías e indultos a favor de personas que se*

¹³⁹ Cámara Federal Sala II, Argentina. Causa N° 17.889. Incidente de apelación de Simón Julio. 9 de noviembre de 2001.

han alzado en armas contra el Estado, con la obligación de éste de esclarecer, castigar y reparar violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional humanitario¹⁴⁰. En consecuencia, los poderes de amnistía e indulto de los Estados contenidos en el Protocolo II han sido reinterpretados en el sentido de establecer que estos no implican la posibilidad de conceder amnistías generales luego de la cesación de un conflicto interno.

En este orden de ideas, debe entenderse que el poder de amnistía sólo puede hacerse efectivo frente a quienes fueron castigados o detenidos por el sólo hecho de haber participado en las hostilidades y no frente a quienes infringieron normas del Derecho Internacional Humanitario, debido a que las violaciones a este ordenamiento internacional constituyen delitos internacionales que no pueden ser objeto de amnistía o indulto, tal como lo señaló el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.¹⁴¹ Por estas razones, esas medidas legislativas internas carecen de efecto jurídico y pueden ser declaradas nulas por los tribunales internacionales competentes.

Del mismo modo, destaca la decisión dictada en el caso Furundzija, por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el Caso Furundzija,¹⁴² en la cual ese tribunal internacional señaló que el hecho que la

¹⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe de Recomendaciones*. 2004. Párrafo. 25.

¹⁴¹ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 1995. Párrafo: 134; T.P.I.Y., 2001. Párrafos: 163-73; Orentlicher, 2004: Párrafo 27.

¹⁴² "El hecho que la tortura esté prohibida por una norma perentoria de Derecho Internacional tiene otros efectos en el ámbito interestatal e individual. A nivel interestatal, sirve para deslegitimar, desde la perspectiva internacional, cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Carecería de sentido argumentar, por una parte, que, con fundamento en el valor de *jus cogens* de la prohibición contra la tortura, los tratados o las reglas consuetudinarias que la autorizan son ab initio nulos y carentes de todo efecto, y, posteriormente, no tomar en cuenta un Estado que, por ejemplo, adopta medidas internas que autorizan o condonan la tortura o absuelven a quienes la cometen a través de una ley de amnistía. Si una situación de esta clase llegase a surgir, las medidas nacionales que violan el principio general y cualquier disposición convencional relevante producirían los efectos jurídicos discutidos anteriormente y, adicionalmente, carecerían de toda forma de reconocimiento internacional. En caso de tener legitimación en la causa, las víctimas potenciales podrían iniciar procedimientos ante los cuerpos judiciales nacionales e internacionales competentes con la finalidad de solicitar que la medida nacional en cuestión sea declarada contraria al ordenamiento internacional. Así mismo, la víctima podría iniciar un juicio civil por daños ante una corte extranjera, a la cual podría solicitarse *inter alia* que ignore el valor jurídico de la medida nacional.

tortura esté prohibida por una norma perentoria de Derecho Internacional, a nivel interestatal, sirve para deslegitimar, desde la perspectiva internacional, cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura y las reglas consuetudinarias que la autorizan son *ab initio* nulos y carentes de todo efecto.

En estos casos, las víctimas potenciales podrían iniciar procedimientos ante los cuerpos judiciales nacionales e internacionales competentes con la finalidad de solicitar que la medida nacional en cuestión sea declarada contraria al ordenamiento internacional. Igualmente, la víctima podría iniciar un juicio civil por daños ante una corte extranjera, a la cual podría solicitarse *inter alia* que ignore el valor jurídico de la medida nacional.

Finalmente, la referida sentencia dispuso que los responsables de los actos de tortura que resultaren beneficiados por la medida nacional, pueden ser condenados por este delito, bien en un Estado extranjero o en su propio Estado bajo un nuevo régimen, todo ello basado en lo que manifestó el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, respecto a que: (...) *los individuos tienen obligaciones internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado de que se trate.*¹⁴³

Mucho más importante es que los responsables de los actos de tortura que resultan beneficiados por la medida nacional pueden, en todo caso, ser condenados por este delito, bien en un Estado extranjero o en su propio Estado bajo un nuevo régimen. Según lo manifestó el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg: 'los individuos tienen obligaciones internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado de que se trate'.

¹⁴³ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. *Sentencia Caso Furundžija*, 1998. Párrafo: 155.

CAPÍTULO V

LA AGRESIÓN BÉLICA

V.1.- El delito de agresión: Aproximación a una de definición

Para dar respuesta a la pregunta que surge del planteamiento de esta investigación, respecto a: ¿Con cuáles mecanismos cuenta la comunidad internacional para garantizar la responsabilidad de los autores y partícipes en la comisión del delito de agresión? es menester estudiar los instrumentos legales de carácter internacional que guardan relación con la materia; y en especial, aquellos que definen las conductas que se subsumen en el tipo delictivo.

Para evitar la impunidad, estando pendiente la sanción penal del delito conforme al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se cuenta con numerosos mecanismos relacionados con el ejercicio de la jurisdicción universal, el uso de la costumbre internacional, los principios sobre el Derecho de Los Tratados y los principios generales del Derecho Internacional; además de la tipificación de algunas de estas conductas en el derecho interno de los Estados, pueden ser empleados, aun cuando los responsables de actos de agresión pretendieran sustraerse a cualquier tipo de persecución, ya que todos los Estados de la comunidad internacional, se encuentran atados por algunos de estos convenios internacionales y cuyo cumplimiento no pueden eludir en virtud del principio de *pacta sunt servanda*. Según este principio y conforme al artículo 26 de la *Convención de Viena*

sobre el Derecho de los Tratados, de 1969: *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*¹⁴⁴

Resulta ineludible la necesidad de buscar mecanismos que permitan, en principio, impedir que actos de agresión se cometan en un mundo civilizado; así como, sancionar éstos. Una de las principales razones es el horror vivido en pleno siglo XX, durante la II Guerra Mundial, por ejemplo, cuando el Ministro de Exteriores de Alemania, en abril de 1940, luego de asumir la responsabilidad de defender la neutralidad de Dinamarca y Noruega, procedió a invadirla.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional describe las conductas y los elementos del delito, pero no puede ser aplicada sanción penal alguna conforme a dicho Estatuto hasta después de 2017. Sin embargo, la normativa de Derecho Internacional respecto a este delito es relativamente amplia y el mismo ha sido tratado como *Crimen Contra El Derecho Internacional*, sujeto a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, conforme al artículo 36 de su Estatuto de fecha 26 de junio de 1945 pero no descrito como conducta penalmente punible.

En este orden pueden apreciarse:

1.- *El Pacto de París (Briand-Kellog)* de 1928: En dicho pacto se renuncia a la guerra como instrumento de la política de los Estados para la Resolución de Conflictos. En este mismo sentido, se tiene la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, dictado

¹⁴⁴ Organización de Naciones Unidas. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 1969, artículo 26.

por Resolución 37/10 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1982.

2.- *La Convención para la definición del delito de agresión*, celebrada en Londres el 3 de julio de 1933, elaborada por el Ministro del Exterior, soviético Maxim Litvinov, suscrita por los gobiernos de la Unión Soviética, Checoslovaquia, Rumania, Turquía, Lituania; y, posteriormente por Irán, Polonia, Afganistán, Finlandia, Estonia y Letonia, señalaba en su artículo 2, que las siguientes conductas constituyen agresión:

- a) Declaración de guerra contra otro Estado;
- b) Invasión armada, con o sin declaración de guerra, al territorio de otro Estado,
- c) Ataque terrestre, naval o aéreo, con o sin declaración de guerra,
- d) Bloqueo de costas o puertos de otro Estado,
- e) Ayuda a bandas armadas para invadir otro Estado.

Esta convención posee un anexo que contempla excepciones al referido artículo 2, tales como la existencia de condiciones políticas, sociales o económicas, disturbios, revoluciones o contra revoluciones, guerras y otros factores, que fueron empleados para justificar invasiones como la de Italia y Alemania en España entre 1936 y 1939; la invasión de Estados Unidos en América Central, de Italia en Etiopía; la de la Unión Soviética en China en 1934, entre otras.

3.- *El Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg*, en su artículo 6, literal a, referido a los crímenes contra la paz, lo define de la manera siguiente: Crimen contra la paz, consiste en: “(...) *planificar, preparar, iniciar*

o librar una guerra de agresión o de violación a tratados internacionales, acuerdos o garantías”.

La sentencia del tribunal dispuso que llevar a cabo una guerra de agresión se considera como *el supremo crimen internacional*, y quienes la ejecutan incurren en responsabilidad internacional individual. En tal sentido expresó: *Iniciar una guerra de agresión (...) es no sólo un crimen internacional; es el supremo crimen internacional que únicamente difiere de los crímenes de guerra en que contiene en sí mismo la acumulación de la maldad como un todo.*¹⁴⁵

4.- *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y La Seguridad de la Humanidad (Draft Code de 1996)*, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, en su Artículo 16 contemplaba una definición, la cual se basó en el Estatuto del Tribunal de Núremberg. En tal sentido, dispuso: *El que en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado u ordene estas acciones será responsable por crimen de agresión.*¹⁴⁶

La consecuencia jurídica de la ejecución de un acto de agresión considerado como un *hecho internacionalmente ilícito*, conforme al artículo 28, sería la responsabilidad internacional del Estado, tal como igualmente lo

¹⁴⁵ Tribunal Militar Internacional de Núremberg: *Sentencia del 30 de septiembre de 1946*. Op. cit. www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj.../flyer_sp.pdf. Revisado: 19-10-2008. 14.20 h.

¹⁴⁶ Comisión de Derecho Internacional. (1996). *Proyecto de Crímenes contra la paz y seguridad de la Humanidad*. Op. cit. Artículo 16.

establece el artículo 25, numeral 4º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.¹⁴⁷

5.- *Resolución 3314/XXIX*, del 14 de diciembre de 1974, emanada de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, tomada por la Conferencia de Kampala e incorporada al Estatuto de Roma.

En esta Resolución y basándose en el hecho de que uno de los propósitos fundamentales de las Naciones Unidas es mantener la paz y la seguridad internacionales, adoptar medidas colectivas eficaces para prevenir, eliminar amenazas contra éstas evitando actos de agresión, definiendo en su artículo 1, lo que debe entenderse por agresión, y al efecto, señala:

*La agresión es el uso de la fuerza armada de 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.*¹⁴⁸

El término Estado se utiliza en este artículo sin perjuicio de las cuestiones de reconocimiento o de que un Estado sea miembro de las Naciones Unidas, incluyendo el concepto de *grupos de Estados* cuando proceda.

Los modos de comisión se encuentran previstos en el artículo 3 de la Resolución, y serían los siguientes:

¹⁴⁷ Organización de Naciones Unidas. (1998) *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. "Artículo 25: 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".

¹⁴⁸ Organización de Naciones Unidas. (1974). *Resolución 3314 (XXIX), Definición de la Agresión*. En: www.un.org/spanish/documents/ga/res/29/ares29.htm. Revisado 20-10-2008.

a) Invasión o ataque por las fuerzas armadas de un Estado sobre el territorio de otro Estado,

b) Bombardeo o empleo de armas por un Estado contra el territorio de otro Estado,

c) Bloqueo de costas,

d) Ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas de otro Estado o contra su flota mercante o aérea,

e) Utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro y con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado este,

f) Acción de un Estado que permite que su territorio, colocado a disposición de otro, sirva para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado,

g) Envío por un Estado o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado.

Serían responsables las personas en condiciones de controlar o dirigir la acción política o militar de un Estado (ordenen o ejecuten la agresión).

6.- *La Carta de las Naciones Unidas*. Elaborada en 1945 y a la cual remite la antes mencionada Resolución, habla de: *Ataque ilícito, injustificado, conforme a los Capítulos VI y VII de esta Carta*.

El artículo 33 dispone que todo Estado tiene el deber de procurar la solución pacífica de sus conflictos. Igualmente, que el Consejo de Seguridad instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios. De allí que de no agotarse esta vía no existe ninguna justificación para la agresión.

Se contempla asimismo en el artículo 39, que el Consejo de Seguridad determinará la existencia de amenaza a la paz, quebrantamiento a la paz o acto de agresión y hará las recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Igualmente, en su artículo 40 señala que a fin de evitar que la situación de agresión se agrave, el Consejo de Seguridad, antes de hacer las recomendaciones o decidir las medidas de que trata el artículo 39, podrá instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables.

También dispone en el artículo 51 la defensa anticipada. En tal sentido señala que ninguna disposición menoscabará el derecho a la legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales, pero estas medidas deberán ser comunicadas al Consejo de Seguridad sin que afecten su autoridad y responsabilidad.

7.- *El Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos*

Armados Internacionales o Protocolo I: Este Protocolo adicional es del 7 de diciembre de 1978 y de acuerdo con su artículo 95, estableció en su *Preámbulo*, lo siguiente:

Las Altas Partes contratantes,

Proclamando su deseo ardiente de que la paz reine entre los pueblos,

Recordando que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, todo Estado tiene el deber de abstenerse en sus relaciones internacionales de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas,

Considerando que es necesario, sin embargo, reafirmar y desarrollar las disposiciones que protegen a las víctimas de los conflictos armados, así como completar las medidas para reforzar la aplicación de tales disposiciones,

Expresando su convicción de que ninguna disposición del presente Protocolo ni de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 puede interpretarse en el sentido de que legitime o autorice cualquier acto de agresión u otro uso de la fuerza incompatible con la Carta de las Naciones Unidas,

Reafirmando, además, que las disposiciones de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y del presente Protocolo deben aplicarse plenamente en toda circunstancia a todas las personas protegidas por esos instrumentos, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la naturaleza o el origen del conflicto armado o en las causas invocadas por las Partes en conflicto o atribuidas a ellas.¹⁴⁹

Similar Preámbulo, se encuentra establecido en el *Estatuto de Roma o Estatuto de la Corte Penal Internacional*.

¹⁴⁹ Organización de Naciones Unidas: *Protocolo adicional de los Convenios de Ginebra*. En: www.acnur.org/biblioteca/pdf/1388.pdf 9. Revisado: 12-09-2006. 11:40 h.

8.- *La Resolución 377 (V) Unión Pro Paz*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, el 3 de noviembre de 1950, señala en su Preámbulo:

Reconociendo que los dos primeros propósitos afirmados por 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, 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 (...).*¹⁵⁰

En esa Resolución, si bien no se define lo que es un acto de agresión, sí se establece como un hecho contrario al principio de resolución pacífica de conflictos entre los Estados. En tal sentido expresa:

*Resuelve que si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará 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.*¹⁵¹

9.- *Protocolo de Reformas al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (T.I.A.R.)*, dictado en San José de Costa Rica el 26 de julio de 1975, se estableció en sus artículos 2 y 3, que las Altas Partes se comprometen a la resolución pacífica de conflictos así como igualmente,

¹⁵⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. (1950). *Resolución 377 (V) Unión Pro Paz*. Del 3 de noviembre de 1950. En: www.un.org/es/ga/about/ropga/ropga_intro.shtml. Revisado el 15-10-2009. 17:00 h

¹⁵¹ *Idem*. Artículo A1.

convienen en que: (...) *un ataque armado de cualquier Estado contra un Estado Parte será considerado como un ataque contra todos los Estados Partes, y en consecuencia, cada una de ellas se compromete a ayudar a hacer frente al ataque, en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.*

En su artículo 9, establece 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 las Cartas de las Naciones Unidas o de la Organización de los Estados Americanos o con el presente Tratado.

*El primer uso de la fuerza contra un Estado, en contravención con los instrumentos antes mencionados, constituirá prueba prima facie de un acto de agresión (...).*¹⁵²

Igualmente, dispone en el mismo artículo que pueden considerarse como actos de agresión las siguientes conductas:

- a) La invasión por la fuerza armada de un Estado del territorio de otro Estado,
- b) El bombardeo,
- c) El bloqueo de las costas o puertos de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado,
- d) La utilización de las fuerzas armadas de un Estado que se encuentren en el territorio de otro Estado con el consentimiento del receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo respectivo,

¹⁵²Organización de Estados Americanos. (1975). Protocolo de Reformas del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca. Costa Rica, 26 de julio de 1975. En: [www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-29\(1\).html](http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-29(1).html). Revisado el 14-08-2009. 11:20 h.

e) La acción de un Estado que permite que su territorio sea puesto a disposición de otro, para perpetrar acto de agresión contra un tercer Estado,

f) Envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado.

Como se observa, su redacción se corresponde en iguales términos a la establecida en la ya citada Resolución 3314/XXIX.

10.- *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*, según Resolución 42/22 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas del 17 de marzo de 1988.

En dicha Resolución, de manera extensa se señalan las prohibiciones a los Estados de realizar actos de agresión contra otros Estados en sus relaciones internacionales, indicando que toda amenaza o uso de la fuerza constituye una violación del Derecho Internacional, de la Carta de las Naciones Unidas dando lugar a responsabilidad internacional, en virtud de los principios de igualdad y libre determinación, los cuales son directamente vulnerados al ejercer injerencia externa contra estas libertades y contra la libertad de elegir su sistema político y procurar su desarrollo social, económico y cultural, y demás derechos que se mencionan en la Declaración sobre los principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados.¹⁵³

¹⁵³ Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *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*. 1988. www.dipublico.com.ar/instrumentos/101.pdf. Revisado: 24-09-2007. 9:30 h.

11.- *El Estatuto de Roma o Estatuto de la Corte Penal Internacional*: Contempla el delito de agresión, en el artículo 8 (bis), con el mismo tenor de la ya mencionada Resolución 3314 (XXIX) de 1974; el cual se desarrolló cumpliendo el procedimiento de enmienda previsto en los artículos 121 y 123 del Estatuto compatible con la Carta de las Naciones Unidas, en la Conferencia de Kampala de 2010.¹⁵⁴

Según el referido artículo 123, la Revisión del Estatuto podía hacerse siete años después de su entrada en vigor, es decir, a partir del año 2009, pudiendo pedir cualquier Estado parte la revisión de los crímenes con base al artículo 121 por vía de enmienda.

Resulta de gran importancia revisar el Preámbulo del Estatuto, el cual establece, entre otros aspectos:

Reafirmando los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y en particular que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso 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;

Destacando en este contexto que nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado Parte a intervenir en una situación de conflicto armado o en los asuntos internos de otro Estado;

*Decididos a los efectos de la consecución de estos 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.*¹⁵⁵

¹⁵⁴ Organización de Naciones Unidas. (2010). *Resolución RC/Res.6. Op cit. Anexo 1.*

¹⁵⁵ Organización de Naciones Unidas. (1998) *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Op.cit, Preámbulo.*

Extraña, que a pesar de efectuarse una descripción de la conducta tipo del delito de agresión en el Preámbulo, haya demorado su tipificación.

En efecto, cuando en el Estatuto se señala que:

*(...) los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso 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 (...) nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado Parte a intervenir en una situación de conflicto armado o en los asuntos internos de otro Estado.*¹⁵⁶

Pudiera considerarse, que sería delictiva aquella conducta que contraviniera el propósito de dicha norma, es decir, cualquier conducta que comporte la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o que comporte que un Estado intervenga en un conflicto armado o en asuntos internos de otro Estado.

Lo único que restaría a las Naciones Unidas, es establecer de manera expresa las excepciones que por razones de carácter humanitario deban subsumirse dentro del supuesto de la legítima defensa establecido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, lo cual deberá hacerse de manera restrictiva y determinando de forma clara cuáles mecanismos se utilizarían como medidas de carácter humanitario, y con la única finalidad de preservar ante todo la integridad y dignidad de las personas, primordialmente, civiles que no participan en los conflictos y de los cuales son víctimas.

¹⁵⁶ *Ibidem.*

En todo caso, se requiere una participación más activa por parte del Consejo de Seguridad, a objeto de que no se produzcan intervenciones o acciones de este tipo sin la previa autorización de las Naciones Unidas, tal como lo que se observó en el conflicto de la ex Yugoslavia, cuando la O.T.A.N realizó un bombardeo aéreo debido a la falta de intervención oportuna por parte de las Naciones Unidas por medio del Consejo de Seguridad. A tal efecto, deberá igualmente modificarse la normativa relacionada con el derecho a veto, que muchas veces impide la toma de decisiones de extrema importancia y hace inoperante al organismo internacional; o, establecer que ese tipo de decisiones sean tomadas por la Asamblea de las Naciones Unidas.

Cherif Bassiouni, con anterioridad a la Conferencia de Kampala, ya había recopilado una lista de las conductas que podrían calificarse como actos de agresión, la cual es similar a la desarrollada por el Estatuto, entre las cuales destaca:

- a) La invasión o el ataque al territorio de un Estado por la fuerza armada de otro Estado, o cualquier ocupación militar mediante el empleo de la fuerza,
- b) El bombardeo o la utilización de todo tipo de armas por las fuerzas de un Estado contra el territorio de otro,
- c) El bloqueo de los puertos o costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado,
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas de tierra, mar o aire o las flotas aéreas y marítimas de otro Estado,
- e) El uso de las fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran estacionadas en el territorio de otro Estado con su aprobación, de manera

contraria a las condiciones recogidas en el acuerdo, o cualquier ampliación de la presencia de dichas tropas en el territorio,

f) El acto de un Estado de permitir que su territorio, que estaba a disposición de otro Estado, sea empleado por éste para perpetración de actos de agresión contra un tercer Estado,

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos de tropas no regulares o mercenarios, que se dediquen a llevar a cabo acciones armadas contra otro Estado, de gravedad equiparable a los actos anteriormente citados.¹⁵⁷

V.2.- El derecho a la paz como valor supremo y como bien jurídico objeto de tutela

Para tratar el tema, se debe partir de la idea que el bien jurídico es asimilado por el Derecho Penal ligado con la norma penal; y a su vez, esta última, se vincula con la ley penal, de manera que pueda identificarse claramente el contenido del principio de legalidad y los aspectos que abarca su protección. Siguiendo la concepción de Mir Puig, el bien jurídico como concepto tiene un sentido político criminal o *lege ferenda*, que comporta la necesidad de su protección por el Derecho Penal; y, un sentido dogmático o *lege data*, de objeto efectivamente tutelado por la norma penal vulnerada, tal y como se prevé en las leyes penales.¹⁵⁸ Con base a esta concepción, el bien jurídico no se agota frente al ataque concreto sino que sigue permaneciendo conceptualizado y protegido por el derecho sustantivo, ante cualquier ataque futuro; a diferencia de lo que sostiene Jakobs, con relación

¹⁵⁷ Mahmoud Cherif Bassiouni. *El derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido*. Op. cit., pp. 18 y ss..

¹⁵⁸ Santiago Mir Puig. *Derecho Penal, Parte General*. Séptima Edición, Reppertor. S.L., Barcelona, España. 2004, p. 134.

a que el bien jurídico para los ciudadanos, sólo lo es frente a los ataques concretos contra la ley penal.¹⁵⁹

La paz constituye la base de los derechos fundamentales y sólo el efectivo goce y ejercicio de los demás derechos, en especial, aquellos vinculados con su libertad, seguridad y desarrollo, le permitirá al ser humano y a la colectividad, garantizar su convivencia pacífica y el respeto de su dignidad.

Sin embargo, existe una marcada tendencia mundial, reforzada por el movimiento de los mercados a nivel económico y el flujo de la información, que ha llevado a los Estados menos desarrollados a adelantar políticas no acordes con la máxima aspiración del ser humano de desarrollarse dentro de un medio acorde con su dignidad, viendo cubiertas sus necesidades dentro de un clima confortable y en un ambiente de paz. Esta situación ha sido generada por una marcada exclusión de los mercados de estas sociedades siendo que los gobernantes de turno se tornan incapaces de aplicar mecanismos para lograr la satisfacción y goce pleno de estos derechos.

Ante tal impotencia, estos gobernantes tienden a buscar instrumentos para frenar los focos de inconformidad, mediante el empleo de mecanismos de orden punitivo que implican una mayor penalidad, inclusive para hechos que no deberían ser sancionados en este orden, reduciendo en paralelo las garantías procesales.

¹⁵⁹ Günter Jakobs. *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, Argentina; y Günter Jakob, Manuel Cancio Meliá: *Derecho Penal del Enemigo*. Thomson Civitas. Primera edición. Madrid, 2003, pp. 47 y ss.

Esta modalidad en la forma de actuar, viene a dar vigencia al derecho penal del enemigo, mediante la imposición del funcionalismo estructural sistémico, a través del cual, en lugar de considerar a los delincuentes como ciudadanos que lesionan bienes jurídicos o producen daños, con base en el principio de *Lesividad*, se les considera enemigos o no personas, opuesto a la doctrina garantista, poniendo en cuestionamiento cómo quedan frente a la protección de los derechos inherentes a la persona.

V. 2.1.-La paz como derecho humano y valor fundamental

Se debe concebir la paz como un concepto más allá de la ausencia de guerra o como rechazo a toda forma de violencia no sólo como un derecho fundamental, sino como base de todo el sistema de derechos fundamentales,¹⁶⁰ cuya preservación depende además de que los ciudadanos, ya sea dentro de su comunidad interna o como miembros de la comunidad internacional, vean efectivamente preservado en este sistema, especialmente su libertad y su seguridad, representadas en ver cubiertas sus necesidades básicas para el desarrollo de su personalidad, en igualdad de posibilidades y de acceso a la toma de decisiones a todo nivel, única forma de garantizar la convivencia pacífica y la dignidad humana. Ello es importante, no sólo en el ámbito interno sino en las relaciones dentro de la comunidad internacional. En tal sentido señala Pérez Luño: *La solidaridad entre naciones libres e iguales constituye el fundamento de un orden*

¹⁶⁰ Celestino De Arenal. *Investigación sobre la paz, pasado, presente y futuro*. Congreso Internacional sobre La Paz. Universidad Autónoma de México. 1987, p. 571 (citando a Galtung, Johan).

*internacional basado en la justicia, es decir, en el mutuo acuerdo y en el equilibrio y no en la violencia o en el derecho del más fuerte.*¹⁶¹

En el ámbito interno, como derecho individual, se manifiesta en el derecho a verse libre de intromisión en su vida personal, en tanto que, en el Derecho Internacional se traduce en un derecho comunitario -en tanto comunidad- de convivir en paz, sin indebidas intromisiones de otros colectivos o Estados, en especial, de actos de agresión; y, en tal sentido, auto limitar la soberanía nacional y mantener una cooperación recíproca mediante vínculos de coordinación, respetando la dignidad de las demás naciones y de los ciudadanos que las conforman.¹⁶²

Ya en 1785, la diferencia propuesta por el filósofo alemán Emmanuel Kant, con relación a lo que constituye un valor superior, se refleja en su señalamiento con referencia a la dignidad, cuando expresó:

*Dentro del reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad. Lo que tiene precio puede ser también reemplazado por una u otra cosa, a título de equivalencia; por el contrario, lo que es superior a todo precio, no admite equivalentes, y es lo que se constituye en dignidad.*¹⁶³

Este autor, en su obra “La Paz Perpetua”, vincula el derecho a la paz con el respeto a la dignidad humana; valor superior que actúa como postulado teleológico y finalista de la norma, entendiendo a los valores como los criterios que fundamentan la convivencia colectiva. Kant establecía una interdependencia entre los Estados y la sociedad, atento a lo que ocurría con

¹⁶¹ Antonio Enrique Pérez Luño. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editoriales Tecnos, España. 2005, p. 536.

¹⁶² Laura Araya Rojas. *El Derecho a la Paz y la Constitución Política*. En www.uned.ac.cr/sep/recursos/investigaciones/documents/Derechopaz.pdf, p. 16.

¹⁶³ Emmanuelle Kant. *Pour la paix perpétuelle*. LGF, Paris. France. 2002. “*Dans le règne des fins, tout a un prix ou une dignité. Ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'équivalent ; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, et par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité* »

la Revolución Francesa, que testimoniaba una creciente preocupación por la paz. Dentro de su visión de la paz perpetua, planteó la idea de paz negativa, en sentido de seguridad colectiva más que la construcción de una paz positiva en el sentido de justicia social.¹⁶⁴

Por su parte, Uribe Vargas, se atreve a definir la paz como el *derecho síntesis*, debido a que sin la satisfacción de este derecho, ningún otro derecho básico del ser humano puede ser satisfecho; sin el efectivo disfrute del derecho a la paz, la tutela de los demás derechos y su realización mediante la solidaridad para conseguir una vida digna, resulta nula.¹⁶⁵ En otras palabras, el derecho a la paz ha sido considerado un derecho de los denominados de tercera generación o derechos de solidaridad.

Pero, con relación a este tema, la Organización de Naciones Unidas ha emitido diferentes Resoluciones relacionadas con la Paz, entre otras destacan:

1.- Resolución 39/11, de fecha 13 de noviembre de 1984, denominada “Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a vivir en Paz”,

2.- Resolución 53/243, de fecha 06 de octubre de 1999, denominada “Declaración Programa de Acción sobre una Cultura de Paz”,

3.- Resolución A/RES/57/6, de fecha 27 de noviembre de 2002, denominada “Decenio Internacional de una Cultura de Paz y no Violencia para los Niños del Mundo 2001-2010”.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Diego Uribe Vargas. *El Derecho a la Paz*. Universidad Nacional de Colombia. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1996, p. 21.

Asimismo, la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, denominada igualmente *Carta de Banjul* suscrita en 1981, es el primer instrumento internacional en consagrar el derecho a la paz y el derecho a la seguridad, como un derecho fundamental. En tal virtud, señala:

Artículo 23:

*1. Todos los pueblos tendrán derecho a la paz y a la seguridad nacional e internacional. Los principios de solidaridad y de relaciones amistosas implícitamente afirmados por la Carta de las Naciones Unidas y reafirmados por la de la Organización para la Unidad Africana gobernarán las relaciones entre Estados.*¹⁶⁶

Debe destacarse el contenido de *La Carta de La Organización de las Naciones Unidas*, mediante la cual se crea dicho organismo destinado a preservar la paz internacional -en sustitución de la Sociedad de Naciones- con la voluntad manifestada por los Estados miembros, que en su artículo 2, prohíbe la amenaza o el empleo de la fuerza contra la integridad territorial o contra la independencia política de cualquier Estado o en cualquier forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas; estableciendo además, que los conflictos deben ser resueltos de manera pacífica, renunciando al uso de la fuerza,¹⁶⁷ recapitulando el contenido del Pacto de París o Briand-Kellogg de 1928, mediante el cual se condenó el uso de la guerra y los actos de agresión.

¹⁶⁶ Organización de la Unidad Africana. *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*. Artículo 23.1. Aprobada en la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana. 27 de julio de 1981. Nairobi. Kenya.

¹⁶⁷ Organización de Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Op. cit. Artículo 2: ara la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

"1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.

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."

Del contenido de la *Carta de las Naciones Unidas*, se traduce que la paz es no sólo un derecho fundamental, sino un valor superior de la comunidad de naciones que la conforman, como idea y creencia, dirigida a condicionar el comportamiento de la comunidad internacional y de cada ser humano miembro de ésta, a través de normas de carácter moral, social, consuetudinario y legal que deben regirla, las cuales deben ser respetadas a objeto de mantener su cohesión. Estas normas se plasman a nivel interno en la Constitución de cada Estado y a nivel internacional, en Tratados y Convenios Internacionales que deben ser cumplidos de buena fe.

A la par de la *Carta de la Organización de las Naciones Unidas*, se encuentra la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* de 1948, que enuncia la conformación de un orden jurídico mundial, que propone el mantenimiento de la paz a través de la búsqueda de una *comunidad de valores*. En tal sentido, el artículo 28 de esta Declaración, estableció que: (...) *toda persona tiene derecho a vivir tanto en el plano social interno como en el plano internacional, dentro de un orden tal que los derechos y libertades enunciados en la presente Declaración tengan pleno efecto.*¹⁶⁸

Como excepción, la Carta de las Naciones Unidas establece en su artículo 51, que sólo se admitirá la defensa subjetiva ante el inminente ataque de otro Estado,¹⁶⁹ ampliando la doctrina jurídico internacional de lo que se entiende por conducta contraria a la paz, con apoyo en la teoría del *ius ad bellum*, o licitud del empleo de la guerra para la defensa de los

¹⁶⁸ La Declaración en su traducción original del idioma francés habla de “reinar”, cuando indica: (...) *droit à ce que règne(...)* y no de vivir.

¹⁶⁹ Organización de Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. *Op.cit.* Artículo 51: “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

derechos humanos; sin embargo, al amparo de este artículo se han realizado actos de agresión, como el ejecutado por la O.T.A.N en la ex Yugoslavia, o los ataques perpetrados por Estados Unidos contra Irak, ambos justificados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Puede verse igualmente, que en muchos actos de intervención militar humanitaria, han sido mayores las pérdidas humanas y las violaciones de derechos humanos producidas luego y durante dichas intervenciones.

Los días 3 y 4 de junio de 1999, el *Consejo Europeo de Colonia* reunió los derechos fundamentales en vigor en la Unión, en una Carta en la cual se agrupan los principios generales contenidos en el *Convenio del Consejo de Europa* de 1950 o *Convención Europea de Derechos Humanos*,¹⁷⁰ los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, los derechos fundamentales reservados a los ciudadanos de la Unión y los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta Social Europea y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales y Fundamentales de los Trabajadores, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pese a la insistencia de la comunidad internacional por proponerse la preservación de la paz, tanto con relación a la obtención del bienestar que le permita al ser humano convivir con dignidad, así como mecanismo de garantía de preservación de la especie humana, no ha cesado sino que se ha incrementado la frecuencia de conflagraciones internas y externas, tanto en la forma de guerra tradicional, como en otras formas de violencia, entre las cuales destacan diferentes políticas desarrolladas en lo que va del siglo XXI

¹⁷⁰ Organización de Naciones Unidas. Convención Europea de Derechos Humanos. 1950. Ver. www.derechos.org/nizkor/.../conveudh50.htm. Revisado: 13-11-2007. 16:40 h.

por algunos gobiernos, por citar un ejemplo, se tiene el del gobierno norteamericano que ha aprovechado su hegemonía internacional y su posición de miembro permanente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para girar sus estrategias hacia su constitución como gendarme mundial, con potestad de perseguir e intervenir dentro del territorio de cualquier Estado, bajo la pretendida justificación de luchar contra el terrorismo, poniendo en tela de juicio la labor de dicho Consejo en la preservación de la paz internacional.¹⁷¹

Sin embargo, a modo de ejemplo, ya que existe una serie de actos similares ejecutados por otras naciones en el ámbito internacional para competir en este control del mercado y a nivel interno, como modo de justificar la incapacidad de los gobernantes locales para preservar este derecho, implementando políticas sociales y económicas no acordes con el desarrollo humano.

No debe olvidarse que la exclusión y la pobreza son igualmente formas de violencia, que impiden que el ser humano alcance su dignidad mediante su autorrealización, lo cual igualmente atenta contra la paz positiva. En tal sentido, estableciendo políticas económicas coherentes y que beneficien a la colectividad con mecanismos efectivos que garanticen el acceso de todos los seres humanos sin exclusión, a la par de mecanismos que garanticen la protección y defensa de los derechos civiles como contrapeso, a través de la solidaridad, pudiera conseguirse el fin de obtener la paz, o por lo menos, una esperanza de caminar hacia esos rumbos, en

¹⁷¹ Las leyes USA *Patriot Act* y *Victory Act*, reformaron y ampliaron la *Ley Antiterrorista y de Pena de Muerte Efectiva*, firmada por el ex presidente Bill Clinton, del 24 de abril de 1996, así como las Resoluciones Nros. 1373 y 1390, emanadas del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, quedando bajo jurisdicción del nuevo Departamento de Seguridad Nacional, extendiendo el campo de acción del presidente norteamericano incluso fuera de las fronteras de Estados Unidos, en materia de combate contra el terrorismo. Posteriormente, en el año 2003, se promulga la USA *Victory Act*, como complemento de la anterior. Tal permisividad, fue avalada por el Consejo de Seguridad, lo cual se respalda con las Resoluciones 1422 (del 01/07/2002) y 1484 (del 23/06/2003), mediante las que se exime de responder ante la Corte Penal Internacional a los militares norteamericanos.

lugar de recurrir a la represión; pues, la ideología del globalismo, -como lo señala Zaffaroni- genera una situación social, más que de explotados, de excluidos, a lo cual la política de los Estados no logra responder de manera satisfactoria sino que, produce cambios en el sistema jurídico penal presumiendo la contención de los conflictos sociales mediante una mayor represión y punición.¹⁷²

La situación política y social, unida al negocio de las armas, ha generado situaciones tan graves como lo que ocurre en Sudán.¹⁷³ En Darfur, durante años se produjeron enfrentamientos entre comunidades de campesinos, como los Fur, Masalit, Zaghawa y grupos nómadas; y, el gobierno sostenía que los mismos se debían a la competencia por los escasos recursos. A partir de febrero de 2003, nuevos grupos armados de oposición, como el Ejército de Liberación de Sudán (S.L.A.), apoyado por grupos agrícolas, y el Movimiento Justicia e Igualdad (J.E.M.), se alzaron en armas contra el gobierno por la marginación y subdesarrollo de la región; a lo cual el gobierno de Sudán respondió con las milicias árabes que comenzaron a atacar poblados, matando, violando y secuestrando a personas, destruyendo hogares y propiedades. Las organizaciones de ayuda humanitaria, que han proporcionado la mayor parte de la asistencia médica y la ayuda alimentaria a la población civil afectada por el conflicto en Darfur, se han ido retirando debido a la inseguridad e impotencia de la fuerza de mantenimiento de la paz de la Unión Africana en Darfur.

Si se parte de este concepto de paz desde una concepción de afectación de la convivencia ciudadana y que no obsta para generar conflictos que pudiesen, incluso, desembocar en situaciones de carácter

¹⁷² Eugenio Zaffaroni. *Entorno de la Cuestión Penal. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. En *Maestros del Derecho Penal*, Nº 18, Editorial B de F, Montevideo, Uruguay. 2005. Pp. 179-207.

¹⁷³ Ver más en: www.amnestyusa.org/document.php?lang=s&id. Revisado: 15-02-2008. 11:30 h.

bélico, se estaría en presencia de una marcada incapacidad por parte de los órganos internacionales, para establecer un sistema de equilibrio en el goce y disfrute del derecho de la comunidad internacional a su paz y seguridad, evitando que se produzcan situaciones que ponen en peligro su estabilidad e integridad, y en consecuencia, la paz positiva.

No basta que se manifieste preocupación a nivel interno, como por ejemplo, cuando Vallet de Goytisolo, hace referencia a la ilusión absurda de pretender una sociedad donde todo sea justo, incluyendo la convivencia pacífica que señala el preámbulo constitucional, sin que en la realidad nadie tenga que serlo, debido a que según el autor, se devolvería a la Constitución al plano formal, y bajaría de nivel la protección de los derechos fundamentales de la persona.¹⁷⁴ Igualmente, lo señalado por Ferrajoli en relación a que un sistema será garantista de los derechos humanos, en la medida en la cual los gobernados cuenten con mecanismos que les permitan controlar la actuación de sus representantes y obtener la efectiva tutela de sus derechos, siendo desvinculados de la ciudadanía como *pertenencia* y de su *carácter estatal*, debiendo reconocérseles un carácter supraestatal, toda vez que a ese nivel, no hay garantía de castigo para los sujetos que dirijan un acto de agresión.¹⁷⁵

No debe olvidarse lo expresado por Delmas-Marty, internacionalista belga quien sostiene que dentro del contexto de interdependencia cada vez más estrecha entre los Estados y sus sociedades, la construcción de la paz positiva se ha convertido sin duda en el mayor desafío, cuyo testimonio son los debates continuamente celebrados por los Estados a nivel internacional.

¹⁷⁴ Juan Berchmans Vallet de Goytisolo. *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico. En torno al derecho natural*. Madrid, Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos: Instituto de Cultura Hispánica, 1966, pp.27 y ss.

¹⁷⁵ Luigi Ferrajoli. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Editorial Trotta, Segunda edición, Madrid, España, 2001, pp. 104-137.

Para esta autora, ya sea que la ambición esté limitada a concebir al orden público mundial como un *orden público de policía*, que descansa sobre un sistema de seguridad colectiva, -paz negativa según Kant- el cual podrá ser de carácter multilateral, si se basa en las ideas de pluralismo de la Organización de las Naciones Unidas, o de carácter unilateral, si se impone una visión como la de algunas potencias, que no terminan de aclarar si pretenden asumir el rol de gendarme mundial o de potencia económica, o ambas; siendo que con base a esta última visión, la mundialización continuaría privilegiando los valores de mercado en detrimento de la estabilidad mundial, para lo cual resulta importante establecer un equilibrio entre los derechos civiles y los derechos económicos, sin restar importancia a ninguno de ellos, siendo oportuno conformar un orden mundial pluralista, en el cual no se produzca detrimento de ninguno de los derechos, y sólo así podrá ser garantizada la paz mundial.¹⁷⁶

Esta inquietud no es nueva, pues ya en la década de los años ochenta, Sahief, mostraba preocupación por la bipolaridad existente para esa época, entre Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, indicando que el mundo marchaba hacia su constitución en una villa planetaria, con el advenimiento de un nuevo orden político y económico a favor de la paz mundial, considerando que la prioridad sería la de promover la multipolaridad, para lo cual, los países tercermundistas deben permanecer como no alineados a fin de que se multipliquen los centros de decisión, tal como ocurrió con la creación de la

¹⁷⁶ Mireille Delmas-Marty. *Le Droit International En Débat. Ordre juridique et paix positive*. En : Le Monde Diplomatique sur cédérom. Francia. Julio 2003. Y en www.monde-diplomatique.fr/2003/07/DELMAS_MARTY/10236. Revisado: 05-07-2007. 8:53 h ..

Comunidad Europea, actor independiente, autónomo y equidistante con las potencias existentes.¹⁷⁷

Sin embargo, el desarrollo de los acontecimientos ha llevado a cuestionar esta posibilidad, ya que por hacer referencia a un ejemplo, que es el más notable si bien no el único, Estados Unidos ha generado una unipolaridad pretendiendo convertirse en controlador político y económico del mundo y voz de lo que debe o no hacerse contra lo que ese mismo Estado ha denominado: Eje del mal.

V.2.2- El mal interpretado derecho a injerencia y la defensa legítima anticipada

En primer lugar, debe diferenciarse la injerencia por parte de un organismo de las Naciones Unidas para la prestación de ayuda humanitaria. La intervención humanitaria se constituye en una de las formas de empleo de las fuerzas de un organismo de Derecho Internacional, que va a actuar dentro del ámbito interno de un Estado y contra la voluntad del mismo, bajo la justificación de dar protección a los habitantes víctimas de violaciones masivas de sus derechos humanos. Aquí, se excluye la intervención militar por solicitud, invitación o consentimiento, a la que se denomina provisión de ayuda. Éstas son medidas legales que no colisionan con interpretación alguna del principio de la soberanía de Estado, siempre y cuando exista una violación real de derechos humanos fundamentales y la motivación humanitaria sea genuina y persiga garantizar el respeto del estándar mínimo

¹⁷⁷ Afif Safieh. "Promouvoir la multi-polarité". En *Armement, Développement, Droits de l'homme, Désarmement*. Publications de la Faculté de Droit de L'Université René Descartes (Paris V). Établissements Bruylant, Bruxelles. Bélgica. 1985, p. 568.

humanitario por parte de los Estados, pero jamás para realizar incursiones militares.

El debate sobre la injerencia humanitaria opone la soberanía estatal a la capacidad de intervención internacional, en la medida en que lo humanitario no esté perfectamente delimitado, por la falta de consenso sobre los supuestos en que sería factible una intervención y sobre la licitud de la fuerza para hacerla viable.

Se ha producido una serie de sucesos en las décadas recientes como la intervención militar de Vietnam en Camboya,¹⁷⁸ que bajo una cuestionable justificación humanitaria, pero con un trasfondo político, permitió que Estados Unidos justificara la conducta genocida de Pol Pot,¹⁷⁹ reconociendo la legitimidad del gobierno Kampucheano, que se instauró mediante actos de agresión e invasión militar continua. Situaciones similares se vivieron con las intervenciones colectivas en forma de fuerzas de paz, conformadas por ejércitos de varias naciones bajo el auspicio de organizaciones internacionales, que lejos de constituirse en fuerzas de paz son puramente militares, como por ejemplo el ataque de la Liga de Naciones Árabes en Israel, o la más reciente intervención militar en Irak, en la cual participaron numerosos países europeos. Sin ir lejos en el tiempo, las fuerzas de la O.T.A.N bombardearon recientemente el sur de Afganistán causando la muerte de numerosos civiles, entre ellos niños y mujeres.

En este sentido la Cruz Roja Internacional, la Media Luna Roja y el Comité Internacional de la Cruz Roja, se centran en la exclusión de cualquier

¹⁷⁸ Ver más en: www.worldlingo.com/.../Cambodian-Vietnamese_War Revisado: 27-03-2008. 10:00 h.

¹⁷⁹ Comandó el ejército de los k'mer rojos contra los franceses en Indochina y estuvo a cargo de Camboya obligando a todo el pueblo a trabajar como campesinos e imponiendo la dictadura comunista camboyana apoyado por Korea del Norte y la República Popular China. Entre 1975-79, masacró a más de tres millones de personas.

mecanismo que implique el uso de la fuerza para realizar el envío de ayuda. De esta manera, las acciones violentas ejecutadas con la autorización y bajo mandato de las Naciones Unidas forman parte del *ius ad bellum* y no del *ius in bello*; de este último, forma parte el Derecho Internacional Humanitario. El entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Boutros Ghali, durante la Conferencia de los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, manifestó que la (...) *comunidad internacional ha de tomar el relevo de los Estados que no protegen a la persona humana y, de esta manera, el principio de la soberanía estatal debe reconocer el deber de injerencia humanitaria*,¹⁸⁰ eludiendo las sospechosas intervenciones, en favor de intereses particulares, de ejércitos nacionales u organizaciones defensivas regionales para realizar acciones de este tipo.

El artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, establece que: (...) *ninguna disposición menoscabará el derecho a la legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales (...)*.¹⁸¹

El Consejo de Seguridad es el organismo de las Naciones Unidas encargado de mantener la paz y seguridad entre las naciones. A diferencia de otros organismos dentro de la Organización de Naciones Unidas que únicamente pueden realizar recomendaciones a los gobiernos, este órgano de Seguridad puede tomar decisiones, denominadas *resoluciones* y obligar a los miembros a cumplirlas, de acuerdo a lo estipulado por la Carta de las Naciones Unidas. En muchos casos en que resulta necesario prestar ayuda humanitaria, ha realizado acciones de intervención en Estados donde se encuentra en peligro la paz internacional y la dignidad humana; y, por

¹⁸⁰ Ver: www.mindef.gov.ar/edna/biblioteca/.../53_c5_2001.htm - Revisado: 17-05-2008. 12:45 h.

¹⁸¹ Organización de Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Op. cit.

ejemplo, ha dictado resoluciones, como la número 770 del 13 de agosto de 1992, en la cual realizó un llamado a los Estados y agencias regionales para implementar todas las medidas necesarias a fin de facilitar el reparto de ayuda humanitaria en Bosnia y Herzegovina.¹⁸²

En la actualidad no existe base para afirmar que se está ante una verdadera costumbre internacional, sino más bien frente a una práctica de la acción humanitaria por parte de las Naciones Unidas, cimentada en la competencia de su Consejo de Seguridad para declarar que una situación pone en peligro la paz o la seguridad internacionales, sin prescindir del consentimiento del Estado, a través de acuerdos que en cierta forma faciliten, e incluso a veces sean imprescindibles, las acciones humanitarias en su territorio.

Sin embargo, en estos casos, ha surgido la inquietud respecto de si ¿Las actuaciones del Consejo de Seguridad en Bosnia y Herzegovina han creado un precedente sobre el derecho de intervención o injerencia en los asuntos internos de un Estado soberano? Tales intervenciones no constituyen costumbre internacional, sino más bien la copia de una práctica de la acción humanitaria que despliegan las Naciones Unidas, cimentada en la competencia de su Consejo de Seguridad para declarar que una situación pone en peligro la paz o la seguridad internacionales, sin prescindir del consentimiento del Estado a través de acuerdos. En estos casos pudiera hablarse de *injerencia humanitaria*.

Esta actuación ha dado origen a otro tipo de acciones como el *ultimátum* (fundamentados en la Resolución 836, del 4 de junio de 1993, del

¹⁸² Consejo de Seguridad. (1992) Resolución 770. En: www.un.org/spanish/docs/sc92/scres92.htm. Revisado: 07-09-2009. 15.30 h.

Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas), que autoriza a los Estados y Organizaciones regionales a tomar, bajo la autoridad del Consejo, las medidas necesarias para apoyar a UN.PRO.FOR en su misión, inclusive mediante el uso de aeronaves, todo lo cual iba a permitir abrir el aeropuerto de Tuzla para los envíos de ayuda humanitaria prohibiendo los vuelos con otros fines.¹⁸³

Del mismo modo, el Consejo dictó la Resolución 1160¹⁸⁴ en 1998 y la 1264¹⁸⁵ en 1999, para facilitar el envío de ayuda humanitaria y el restablecimiento de la paz en Kosovo. El ataque de la O.T.A.N en 1999, sin autorización del Consejo de Seguridad, pretendió ser justificado en con base en este conjunto de Resoluciones.

La Resolución 724 del 15 de diciembre de 1991 del Consejo de Seguridad, decide proteger militarmente mediante UN.PRO.FOR., la ayuda humanitaria para Bosnia y Herzegovina¹⁸⁶, y la Resolución 764 de 13 de julio de 1992, autorizaba al Secretario General a desplegar las fuerzas de UN.PRO.FOR para velar por la seguridad y el funcionamiento del aeropuerto de Sarajevo y por la entrega de asistencia humanitaria, abriendo los corredores humanitarios de Dubrovnik, Vukovar, Osijek y Sarajevo.¹⁸⁷

¹⁸³ Consejo de Seguridad. (1994). Resolución RES/836. Sesión 3228ª, del 4 de junio de 1993. En: [ww.un.org/es/documents/sc/](http://www.un.org/es/documents/sc/) -Revisado. 23-10-2009. 15.00 h.

¹⁸⁴ Consejo de Seguridad.(1998). Resolución S/RES/1160. Sesión 3868ª del 16 de marzo de 1998. En: www.un.org/spanish/docs/comitesanciones/1160/sres1244.pdf. Revisado 13-06-2008. 14:20 h.

¹⁸⁵ *Ibidem.* (1999). Resolución: S/RES/1244. Sesión 4011ª, del 10 de junio de 1999.En: [ww.un.org/spanish/docs/comitesanciones/1160/sres1244.pdf](http://www.un.org/spanish/docs/comitesanciones/1160/sres1244.pdf). Revisado: 13-06-2008. 14.50 h.

¹⁸⁶ Consejo de Seguridad. (1992). Resolución 764. *Op cit.* www.un.org/spanish/docs/sc92/scres92.htm. Revisado: 14-09-2009

¹⁸⁷ *Ibidem.* (1991).Resolución 724. www.un.org/spanish/docs/sc92/scres92.htm. Revisado: 14-09-2009.

En este sentido, se establecieron una serie de zonas de protección de víctimas, con base a las Resoluciones 819 y 824 del Consejo de Seguridad¹⁸⁸, a saber:

1.- Zonas preventivas. Dirigidas a aminorar los flujos entre fronteras de la población en búsqueda de su supervivencia, proporcionándole lugares seguros donde recibir la urgente ayuda humanitaria internacional.

2.- Zonas protegidas por las Naciones Unidas. Se trata de zonas donde existen problemas de convivencia y se producen actos hostiles entre comunidades. Allí se despliegan las fuerzas de las Naciones Unidas para controlar las tensiones, propiciar pactos, supervisar su cumplimiento, vigilar el proceso de restablecimiento de una autoridad en el territorio, la retirada de fuerzas adversas, el desarme de partidas incontroladas y la desmilitarización del territorio, como lo ocurrido en Sierra Leona a partir del golpe de Estado de 1997.

3.- Zonas de seguridad. Supone la evacuación de fuerzas militares, el despliegue de las fuerzas de las Naciones Unidas y la prohibición de toda actividad bélica y militar en el territorio donde reside la población nacional protegida. Por ejemplo, en la ex Yugoslavia se creó por el Consejo de Seguridad una *zona de seguridad* en Srebrenica para proteger a la población que huía de las atrocidades cometidas por las unidades paramilitares serbias de Bosnia.

4.- Zonas de prohibición de sobrevuelo. Con la finalidad de garantizar los vuelos humanitarios, se establece la prohibición general de vuelos

¹⁸⁸ Consejo de Seguridad. (1993). Resoluciones S/RES/819 del 6 de abril y S/RES/824, del 26 de mayo En: www.un.org/es/documents/sc/ - Revisado: 24-10-2009. 9:40 h.

militares sobre un espacio aéreo determinado. Por ejemplo, la *Resolución 781* del 9 de octubre de 1992, establece la prohibición de vuelos militares sobre Bosnia y Herzegovina, cuyo alcance práctico ha sido muy cuestionado por su falta de cumplimiento, dificultades de control y el hecho de que la aviación serbia no constituyó un factor decisivo en el conflicto¹⁸⁹ y la *Resolución 816* de 31 del marzo de 1993, autoriza a los Estados miembros y Organizaciones a tomar, bajo la autoridad del Consejo de Seguridad, todas las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la prohibición de vuelos militares sobre Bosnia y Herzegovina.¹⁹⁰

Todas estas medidas adoptadas progresivamente por el Consejo de Seguridad, rebasan los límites establecidos en las operaciones tradicionales de mantenimiento de paz o de restablecimiento de la paz, asistencia humanitaria e, incluso, injerencia humanitaria. En esta situación al igual como ocurrió en Sierra Leona, debido a lo compleja de la intervención, se habla de *intervención humanitaria armada*, planteándose el nuevo *rol* y *estatuto* de las fuerzas puestas por los Estados a disposición de las Naciones Unidas para misiones internacionales, alegando una inexistente conformidad con la Carta.

La *legítima defensa* es una figura que se relaciona con las medidas de autoprotección y de la eventual participación de terceros Estados en el contexto de la Carta. Esta figura ha sido alegada con frecuencia, generando situaciones tales como:

¹⁸⁹ Consejo de Seguridad. (1992) Resolución S/RES/871, Sesión 3122^a del 9 de octubre de 1992. En: www.un.org/es/documents/sc/ -Revisado: 24-10-2009, 10.50 h.

¹⁹⁰ Consejo de Seguridad. (1993). S/RES/816, Sesión 3191^a del 31 de marzo de 1993. En: www.un.org/es/documents/sc/ - Revisado: 24-10-2009. 10.30 h.

a.- La función primordial del Consejo de Seguridad parece ser la de policía quedando para un segundo término la garantía del cumplimiento del derecho,

b.- Los mecanismos de auto tutela aparecerán en proporción inversa a la propia eficacia de de los mecanismos institucionales,

c.- Algunos Estados han intentado ampliar la figura contenida en el artículo 51 de la Carta como reacción a un *ataque armado* (*agresión armada* en la versión francesa). Sin duda aparece así una consecuencia de gran importancia, la parálisis de la acción institucional prevista en el Capítulo VII, provocada por las excesivas invocaciones a ella que se han formulado, tal como ocurrió con los ataques de la O.T.A.N., en la ex Yugoslavia o los ataques de Estados Unidos a Irak de los últimos años.

En consecuencia, ha sido objeto de una serie de *interpretaciones extensivas*, y se ha modificado la figura considerada en un sentido más permisivo que el previsto en la Carta de las Naciones Unidas.

Los Estados han invocado la legítima defensa tanto frente a amenazas de uso de la fuerza como también para proteger a sus nacionales en el extranjero, además de los supuestos en que se invoca la existencia de la agresión armada para justificar actos posteriores con finalidad aflictiva, sin reunir los requisitos de la ya mencionada *Resolución 3314 (XXIX)* de la Asamblea General.

d.- Cuando se ha sostenido la tesis de la *acumulación de incidentes* o *acumulación de actos* constitutivos de un ataque armado; y que, se manifiestan en violencia armada protagonizada por bandas y grupos armados irregulares, aun sin la magnitud de un ataque armado.

e.- Reacción frente a los Estados que prestan apoyo logístico o de otro modo a grupos armados que actúan en su territorio o para impedir que

grupos armados realicen incursiones en su territorio y regresen a sus refugios dentro de algún Estado vecino.

f.- Justificación de intervenciones militares de protección o de rescate de nacionales.

g.- Debate sobre la legitimidad del recurso a la fuerza para asistir a los pueblos en el ejercicio de la libre autodeterminación. Aquí existen diferencias sustanciales en las posturas mantenidas en el seno de la Organización de Naciones Unidas entre los países desarrollados y los no desarrollados, durante la época de las *guerras coloniales* o la etapa de las *guerras de liberación nacional*. Para los países socialistas y los afroasiáticos, la permisividad consagraba el mantenimiento de una agresión permanente constituida por la dominación colonial. Para estos supuestos procede invocar la *Resolución 2625 (XXV)* del 24 de octubre de 1970;¹⁹¹ la cual contiene la declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

h.- La ineficacia del Consejo de Seguridad, también ha sido un argumento recurrente para invocar la legítima defensa con fines distintos a los que corresponden la institución, en particular a la lucha contra el terrorismo internacional; y la práctica de algunos Estados que plantean ambivalencias en torno a la legítima defensa y a las represalias armadas.

Sea cual fuere la situación que se alegue, debe tenerse en consideración el auge en la utilización de esta justificación para aprobar y ejecutar cualquier intervención militar, tal como lo acaecido en Irak por parte del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica; o el estado de necesidad alegado posteriormente a los ataques aéreos llevados a cabo por

¹⁹¹ Organización de Naciones Unidas. (1970). *Resolución 2625 (XXV)*, del 24 de octubre de 1970. En: www.un.org/spanish/documents/ga/res/25/ares25.htm. Revisado: 15-10-2009. 7:50 h.

las fuerzas de la Organización del Tratado del Atlántico Norte en la ex Yugoslavia, pese a que no había sido informado al Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas.

V.3.- La noción del enemigo combatiente como mecanismo de justificación de actos de agresión

Los combatientes enemigos legales e ilegales, son sujetos aprehendidos y detenidos, sin necesidad de ser acusados por la comisión de un delito mientras dura un conflicto armado, reteniéndolos bajo la pretendida justificación de evitar que se reincorporen a las fuerzas enemigas, siendo sometidos a una detención indefinida e irrespetando sus garantías procesales.

En algunos casos, como lo ocurrido con los detenidos de Guantánamo en el cual Estados Unidos de Norteamérica consideró que los combatientes detenidos pertenecientes a Al Qaeda, los mismos no tenían status de *prisioneros de guerra* y no les eran aplicables las protecciones del artículo 3, común a las Convenciones de Ginebra, que contemplan los estándares mínimos de tratamiento para detenidos en un conflicto armado, ya que, se trataba de terroristas y no pertenecían a fuerza armada conforme a las leyes de la guerra.¹⁹²

¹⁹² Organización de Naciones Unidas. 1949. IV *Convención de Ginebra. Artículo 3 - Conflictos no internacionales* En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

En el caso Hamdan vs. Rumsfeld, la Corte Suprema de Estados Unidos, con fundamento en el artículo 3 de las Convenciones de Ginebra, señaló que dicha disposición protegía a los detenidos de ser sujetos a violencia, ultrajes contra la dignidad personal, tortura, y tratos crueles o degradantes.

Para Dörmann, si los combatientes ilegales cumplen con los requisitos de nacionalidad previstos en el artículo 4 del IV Convenio de Ginebra, están protegidos por dicho Convenio, quedando amparados por lo dispuesto en el Derecho Internacional de los Conflictos Armados. Indica además que las garantías previstas en el artículo 75 del Protocolo I, son las protecciones fundamentales aplicables a todas las personas, incluidos los combatientes ilegales, que caen en poder de una Parte en un conflicto armado internacional, aun cuando no pertenezcan al ámbito de aplicación del IV Convenio de Ginebra.¹⁹³

V.3.1.- Deformación de la doctrina de la imputación objetiva

El incremento dentro de los sistemas penales de las nuevas nociones incorporadas como consecuencia de la deformación de la doctrina de la imputación objetiva, ha sido aprovechado por quienes propugnan actos de agresión bajo el escudo de su falta de tipificación penal y del pretendido

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”

¹⁹³ Knut Dörmann. “La situación jurídica de los combatientes ilegales/no privilegiados”. *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 849. 31-03-2003.

carácter de combatientes ilegales de aquellos contra los cuales se dirige la maquinaria de estos Estados, a fin de justificar su actuación.

Como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001, se ha reforzado esta tendencia y prácticamente ha sido el motivo de la falta de desarrollo del tipo penal del delito de agresión. Debe recordarse que a raíz de estos hechos, el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica implementó actos de gobierno, contentivos de normas para atacar el terrorismo a nivel internacional. La más importante de ellas, es la denominada *U.S.A., Patriot Act*, dictada el 24 de octubre de 2001, que regula una serie de acciones gubernamentales para restringir los derechos de los sospechosos o acusados de terrorismo que fueran detenidos por las fuerzas del orden o que fueran señalados por ellas como posibles agresores, y aún, como testigos potenciales. En virtud de esta circunstancia excepcional, el Congreso invistió al Presidente de poderes y atribuciones especiales para combatir el terrorismo.

La *Autorization for Use of Military Force*, otorgada el 18 de septiembre de 2001, autorizaba al presidente para utilizar toda la fuerza necesaria y apropiada contra las naciones, organizaciones o personas que él determine que hayan planeado, autorizado, cometido o ayudado en los ataques terroristas que ocurrieron el 11 de septiembre de 2001, o hayan dado refugio a organizaciones o personas, a fin de prever cualquier acto futuro del terrorismo internacional contra los Estados Unidos de Norteamérica, de parte de organizaciones, naciones o personas; y, cualquier juez federal podrá autorizar las detenciones e incautación de bienes dentro o fuera de su distrito.¹⁹⁴ Esta Ley enmienda otros actos de gobierno, tales como el *Expert*

¹⁹⁴ Senate of United States. *Autorization for Use of Military Force. 18-09-2001. "Sec. 219: Single jurisdiction Search Warrants for terrorism: Rule 41 (a) for Federal Rules of Criminal Procedure is amended by inserting after "executed"*

Enhancement Act of 2000, Foreign Intelligence Surveillance Act de 1978, Federal Tort Act y Claims Act. Dentro de este cúmulo de acciones y de normas especiales, se crea el estatus de *enemigo combatiente* o *combatiente ilegal*, a diferencia del *combatiente*.

En el vocabulario utilizado en la referida normativa, los dos primeros conceptos son sinónimos y el estatus a que se refieren está definido por las autoridades gubernamentales estadounidenses como aquél que representa un peligro para la sociedad. Esta definición general podría incluir a civiles bajo las armas, milicias, guerrillas, bandas armadas, fuerzas irregulares, antagonistas independientes, saboteadores, espías u otro tipo de elementos beligerantes que respondan a un mando unificado o fraccionado, en busca de un mismo objetivo general; y que, para obtenerlo, utilicen la fuerza de las armas en contra de las fuerzas armadas regulares oponentes en batalla o en acciones hostiles encubiertas.

Los sujetos mencionados, no podrían catalogarse como *combatientes legales* pertenecientes a las fuerzas regulares de un Estado beligerante, por no estar subsumidos en las regulaciones nacionales e internacionales sobre las leyes y costumbres de la guerra; por esa razón, a los detenidos no se les define su estatus, ya que no se les considera prisioneros de guerra y no se les reconocen los derechos que sí tendrían si lo fueran. Por otra parte, manteniendo a estas personas fuera del territorio nacional, las fuerzas armadas o los demás organismos, no se verán restringidos por las normas de la protección jurídica nacional e internacional, del mismo modo que si se las retuviera en el territorio nacional.

the following: and (3) in a investigation of domestic terrorism or international terrorism (as defined) in section 2331 of title 18, United States Code), by a Federal magistrate judge in any district in which activities related to the terrorism may have occurred, for search of property or for a person within or outside the district"

Las leyes *U.S.A. Patriot Act* y *Victory Act*, reformaron y ampliaron la *Ley Antiterrorista y de Pena de Muerte Efectiva*, firmada por el ex presidente Bill Clinton del 24 de abril de 1996, quedando bajo jurisdicción del nuevo Departamento de Seguridad Nacional, extendiendo el campo de acción del presidente de esa nación incluso fuera de las fronteras norteamericanas, en materia de combate contra el terrorismo. La Ley *U.S.A. Patriot Act*, se promulga en primera sesión por el Senado de Estados Unidos, el 24 de octubre de 2001, desarrollando la Estrategia Nacional Para Combatir el Terrorismo, presentada por el entonces presidente George W. Bush, así como las Resoluciones números 1373 y 1390, emanadas del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas. Posteriormente, en el año 2003, se promulga la *U.S.A., Victory Act* como complemento de la anterior.

En la reforma de los dos actos anteriormente mencionados, dictada en 2004, resalta la extensa normativa de carácter financiero y económico aplicable a partir de 2005, que abarca del artículo 301 al 377 (denominados Secciones), referida al control del lavado de dinero y delitos financieros, tanto a nivel territorial como extraterritorial. Así, la Sección 302, entre otros aspectos contempla que según estimación del Fondo Monetario Internacional, el lavado de dinero afecta la transparencia, confiabilidad y seguridad de las entidades financieras, casas de bolsa y grandes y medianas empresas, lo cual perjudica la seguridad de los ciudadanos americanos, al proveer fondos para los ataques terroristas *extranjeros*, y en virtud de ello, el Estado debe salvaguardar a los norteamericanos y la *integridad de las instituciones financieras norteamericanas*.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Senate of United States. *U.S.A. Patriot Act of 2001*, H.R.3162.Congress 107 th, 24 October 2001, (Y Reforma de 2004, 302 (3). USA.

Asimismo, destaca la inclusión y reforma de tipos delictivos, en su artículo 315, donde contempla todo lo referido a lavado de dinero y corrupción de extranjeros.¹⁹⁶

Este último aspecto que se ha querido resaltar, no define un tipo cerrado de lo que pueda ser entendido como *delito grave*, quedando a discreción su interpretación por parte de quienes deban proceder a su aplicación. Asimismo, el inciso b del artículo 316, relacionado con la admisión de pruebas y confiscación de bienes, dispone, entre otros aspectos, lo siguiente:

(b) Elementos probatorios. Al considerar una acción interpuesta en virtud del presente artículo, el juez podrá admitir elementos probatorios que de otra forma resultarían inadmisibles en virtud de las Normas Federales de Prueba, si el juez determinara que dichos elementos probatorios son confiables, y que el cumplimiento de las Normas Federales de Prueba podría poner en peligro la seguridad nacional de los EE.UU.

¹⁹⁶ *Idem.* "Artículo 315. Inclusión de los delitos de corrupción extranjeros como delitos de lavado de dinero.

Por el presente se modifica al Artículo 1956 (c) (7) del Título 18 del U.S. Code, de la siguiente manera:

(1) En el punto (B):

(A) en el punto (ii), tachando la frase "o destrucción de bienes mediante explosivos o fuego" y reemplazándola con la frase "destrucción de bienes por medio de explosivos o fuego, o un delito violento (definido en el Artículo 16)";

(B) en el punto (iii), tachando "1978" e insertando "(1978)"; y

(C) añadiendo al final lo siguiente:

'(iv) soborno de un funcionario público, o la apropiación indebida, robo o malversación de fondos públicos por parte de un funcionario público o en su beneficio;

'(v) contrabando o violaciones al control de exportaciones que involucren:

'(I) un elemento controlado en virtud del Listado de Municiones de los EE.UU., establecido en virtud del Art. 38 de la Ley de Control de Exportación de Armamentos (22 USC 2778); o

'(II) un elemento controlado en virtud de las normas dictadas bajo las Normas de Administración de Exportaciones (15 CFR Parte 730 a 774); o

'(vi) un delito respecto del cual EE.UU. estaría obligado en virtud de un tratado multilateral a extraditar al sospechoso o a someter el caso a la justicia, si el sospechoso fuera hallado en el territorio de los EE.UU y

(2) en el punto (D):

(A) insertando 'Artículo 541 (relativo a los bienes clasificados en forma falsa)', antes de 'Artículo 542';

(B) insertando 'Artículo 22(1) (relativo a la importación legal de armas de fuego), Artículo 924(n) (relativo al tráfico de armas de fuego)', antes de 'Artículo 956';

(C) insertando 'Artículo 1030 (relativo al fraude y abuso informático),' antes de '1032'; y

(D) insertando 'cualquier delito grave cometido en violación de la Ley de Inscripción de Agentes Extranjeros de 1938,' antes de 'o cualquier delito grave cometido en violación de la Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior'"

De igual manera, contempla sanciones de carácter penal, no sólo a personas naturales, sino igualmente personas jurídicas, tal como lo dispuesto en el artículo 363,¹⁹⁷ y aumento de las sanciones penales y civiles existentes.

En su artículo 371, incorpora una nueva modalidad de delito, como lo es el contrabando de dinero en efectivo,¹⁹⁸ contemplando la descripción de dicha conducta y las sanciones aplicables.

Partiendo de la conceptualización de bien jurídico que se realizó al comienzo de este trabajo, *lege ferenda* sería indispensable asumir las orientaciones legales y especificar la conducta o las conductas que en los términos específicos causan lesiones a los intereses protegidos, para evitar el quebrantamiento de la legalidad, teniendo presente cuál es la conducta desvalorada y su relación con la lesión del bien jurídico que se intenta amparar. Sin embargo, se advierte que la normativa señalada no refleja

¹⁹⁷ *Ibidem*. "Artículo 363. Aumento de las sanciones civiles y penales por lavado de dinero.

(a) Sanciones civiles. Por el presente se modifica el Título 31, Art. 5321(a) del U.S. Code, añadiendo al final el siguiente texto:

'(7) Sanciones por incumplimiento de las normas relativas al lavado de dinero. El Secretario podrá imponer una sanción monetaria no inferior a dos veces el monto de la operación, sin exceder US \$1.000.000, a cualquier entidad u organismo financiero que incumpla las disposiciones del Art. 5318 (i) ó (j) o cualquier medida especial impuesta en virtud del Art. 5318A.'

(b) Sanciones penales. Por el presente se modifica el Título 31, Art. 5322 del U.S. Code, añadiendo al final el siguiente texto:

'(d) Una entidad u organismo financiero que incumpliera cualquiera de las disposiciones del Art. 5318 (i) ó (j), o las medidas especiales impuestas en virtud del Art. 5318A, o las normas dictadas en virtud del Art. 5318 (i) ó (j) o el Art. 5318A, será multado en una suma no inferior a dos veces el monto de la operación, sin exceder US \$1.000.000.'

¹⁹⁸ *Ibid*. "Artículo 371: Contrabando de dinero en efectivo desde o hacia los EE.UU.

(a) Delito penal.

'(1) En general. Cualquier persona que, con la intención de evadir una exigencia de informes en virtud del Art. 5316, a sabiendas ocultara más de US \$10.000 en dinero u otros instrumentos monetarios en su persona o en cualquier objeto, pieza de equipaje, mercadería u otro contenedor, y transportara o transfiriera o tratara de transportar o transferir dicho dinero o instrumentos monetarios desde un lugar ubicado dentro de los EE.UU. hacia un lugar ubicado fuera de los EE.UU., o desde un lugar ubicado fuera de los EE.UU. hacia un lugar ubicado dentro de los EE.UU., será culpable del delito de contrabando de dinero y estará sujeta a las sanciones previstas en el inciso (b).

'(2) Ocultamiento en la persona. A los efectos del presente artículo, el ocultamiento de dinero en la persona incluirá el ocultamiento del mismo en sus prendas o en el equipaje, mochila u otro contenedor utilizado o transportado por la persona.

'(b) Sanción.

'(1) Pena privativa de la libertad. Toda persona condenada por un delito de contrabando de dinero en virtud del inciso (a), o por una asociación ilícita para cometer dicho delito, sufrirá pena de prisión por un máximo de cinco años.'

como fin de tutela la protección de la sociedad contra ataques terroristas sino que, de su desarrollo emerge un propósito distinto como lo es la protección de los intereses financieros de la nación, dentro y fuera de sus fronteras, perdiéndose de este modo el sentido de pertenencia entre la ley y el espacio donde debe aplicarse, no pudiendo ser captado el mensaje legislativo por la ciudadanía; de allí, que la falta de concordancia entre los dos sentidos del concepto de bien jurídico se pierde, siendo desplazada por una concepción de tutela simbólica que produzca la sensación de necesidad de la norma a fin de evitar un peligro futuro. Ello en virtud de la tendencia a aplicar una política criminal dura, y por ende, como lo señala Rodríguez,¹⁹⁹ *violatoria a los principios básicos y reguladores del derecho penal clásico, quebrantadora de garantías y derechos Constitucionales fundamentales*, a fin de garantizar la vigencia de las normas, y en consecuencia, garantizar que las personas actuaran respecto de su rol en la sociedad.²⁰⁰

Una de las razones principales de este tipo de legislación es que en los actuales momentos, una característica propia del Estado, es su creciente incapacidad de controlar la globalización de la economía, de los flujos de la información, de los medios de comunicación y de las redes criminales. La unificación electrónica de los mercados capitales y la capacidad de los sistemas de información para transferir enormes masas de dinero por esta vía, dificultan cada vez más que los Estados y sus bancos centrales decidan sobre el comportamiento de los mercados financieros y monetarios, generando graves crisis económicas de las que no escapan los países desarrollados, que al perder el control sobre los flujos de capital, tienen cada vez mayores dificultades para cobrar sus impuestos y obtener sus ingresos, por lo que, están reduciendo la presión fiscal sobre el capital, minimizando

¹⁹⁹ Cristhian Gilberto Rodríguez. *Actuales tendencias del derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal*. www.derechopenalonline.com. 01-08-2008. P. 6. Revisado: 24-08-2008. 23:00 h.

²⁰⁰ *Ídem*.

por tanto los recursos disponibles para su política, de lo cual no escapa Estados Unidos ni la Unión Europea.

Sin embargo, otros Estados no tienen la posibilidad de destinar recursos para hacer frente a estos acontecimientos, mientras que Estados Unidos de Norteamérica, aprovechando su influencia y poder político económico unipolar actual y los acontecimientos acaecidos en septiembre de 2001, dictó esta normativa, que además comporta una violación de los principios y reglas del Derecho Internacional (lo cual no constituye tema a discutir en el presente trabajo), y le permite ejercer actos que fácilmente encuadran en la figura rectora del delito de agresión bélica, desarrollada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, a partir de la Resolución 3314 (XXIX) de 1974.

Es así, como en sintonía con el nuevo estructuralismo funcional, en la Ley *U.S.A. Patriot Act*, se produce un aumento de la duración de las penas corporales, inclusive en lo relacionado con delitos de falsificación de moneda, que antes eran de hasta cinco años de prisión, siendo elevadas hasta veinticinco años de prisión; así se observa que el artículo 375, entre otros aspectos contempla:

Toda persona que, con intención de defraudar, realice, ejecute, adquiera, escanee, capture, grabe, reciba, trasmita, reproduzca, venda o tenga bajo su control, custodia o posesión, una imagen analógica, digital o electrónica de cualquier obligación u otros títulos valores de los EE.UU. (...).
201

²⁰¹ (2) *Modificación de la definición. Por el presente se modifica el Art. 474(b) del Título 18 del U.S. Code, tachando la primera oración e insertando en su lugar la siguiente: "A los efectos del presente artículo, la expresión "imagen analógica, digital o electrónica" incluirá cualquier método analógico, digital o electrónico utilizado para realizar, ejecutar, adquirir, escanear, capturar, grabar, extraer, transmitir o reproducir una obligación o título valor, a menos que dicho uso estuviera autorizado por el Secretario del Tesoro."*

(3) *Modificación de carácter técnico. Por el presente se modifica el encabezado del Art. 474 del Título 18 del U.S. Code, tachando "o piedras" e insertando ", piedras, o imágenes analógicas, digitales o electrónicas".*

Finalmente, el artículo 377 de la Ley contempla la competencia extraterritorial de Estados Unidos, para perseguir y sancionar estos delitos de carácter financiero, de lo cual se denota la extensión del poder hegemónico a nivel extraterritorial en pro de la protección de intereses económicos, ante el temor de evasión de grandes sumas de dinero a través de paraísos fiscales, y de lo cual resulte la posibilidad de escapar de dicho control.

En ese orden de ideas, Rosales, en su trabajo denominado *Sistema Penal y Reforma Penal*, con relación a la justificación de la expansión del

(4) *Modificación de carácter administrativo. Por el presente se modifica el índice de artículos del Título 18, capítulo 25, del U.S. Code, tachando "o piedras" e insertando ", piedras, o imágenes analógicas, digitales o electrónicas".*

(f) *Impresiones de herramientas utilizadas para obligaciones o títulos valores. Por el presente se modifica el Art. 476 del Título 18 del U.S. Code, de la siguiente manera:*

(1) *insertando "imagen analógica, digital o electrónica" después de "impresión sello,"; y*

(2) *tachando "10 años" e insertando "25 años".*

(g) *Posesión o venta de impresiones de herramientas utilizadas para obligaciones o títulos valores. Por el presente se modifica el Art. 477 del Título 18 del U.S. Code, de la siguiente manera:*

(1) *en el primer párrafo, insertando "imagen analógica, digital o electrónica" después de "impresión, sello";*

(2) *en el segundo párrafo, insertando "imagen analógica, digital o electrónica" después de "impresión, sello"; y*

(3) *en el tercer párrafo, tachando, "10 años" e insertando "25 años".*

(h) *Conexión de partes de distintos títulos. Por el presente se modifica el Art. 484 del Título 18 del U.S. Code, tachando "cinco años" e insertando "10 años".*

(i) *Bonos y obligaciones de ciertos organismos de préstamo. Por el presente se modifica el primer y segundo párrafo del Art. 493 del Título 18 del U.S. Code, tachando "cinco años" e insertando "10 años".*

Artículo 375. Falsificación de moneda y obligaciones extranjeras.

(a) *Obligaciones o títulos valores del exterior. Por el presente se modifica el Art. 478 del Título 18 del U.S. Code, tachando "cinco años" e insertando "20 años".*

(b) *Emisión de obligaciones o títulos valores extranjeros falsificados. Por el presente se modifica el Art. 479 del Título 18 del U.S. Code, tachando "tres años" e insertando "20 años".*

(c) *Posesión de obligaciones o títulos valores extranjeros falsificados. Por el presente se modifica el Art. 480 del Título 18 del U.S. Code, tachando "un año" e insertando "20 años".*

(d) *Placas, piedras, o imágenes analógicas, digitales o electrónicas para falsificar obligaciones o títulos valores extranjeros:*

(1) *En general. Por el presente se modifica el Art. 481 del Título 18 del U.S. Code, insertando el siguiente texto luego del segundo párrafo:*

"Toda persona que, con intención de defraudar, realizara, ejecutara, adquiriera, escaneara, capturara, grabara, recibiera, transmitiera, reprodujera, vendiera o tuviera bajo su control, custodia o posesión, una imagen analógica, digital o electrónica de un bono, certificado, obligación u otros títulos valores de cualquier gobierno extranjero, o de notas del Tesoro o promesas de pago legalmente emitidas por un gobierno extranjero y cuyo propósito fuera circular como dinero; o

(2) *Aumento de la sentencia. Por el presente se modifica el último párrafo del Art. 481 del Título 18 del U.S. Code, tachando "cinco años" e insertando "25 años".*

(3) *Modificación técnica. Por el presente se modifica el encabezado del Art. 481 del Título 18 del U.S. Code, tachando "o piedras" e insertando ", piedras, o imágenes analógicas, digitales o electrónicas".*

(4) *Modificación de carácter administrativo. Por el presente se modifica el índice de artículos del Título 18, capítulo 25, del U.S. Code, tachando "o piedras" e insertando ", piedras, o imágenes analógicas, digitales o electrónicas".*

(e) *Billetes de bancos extranjeros. Por el presente se modifica el Art. 482 del Título 18 del U.S. Code, tachando "dos años" e insertando "20 años".*

(f) *Emisión de billetes de bancos extranjeros falsificados. Por el presente se modifica el Art. 483 del Título 18 del U.S. Code, tachando "un año" e insertando "20 años".*

derecho penal hacia áreas distintas a la mera protección de bienes jurídicos esenciales de los individuos, plantea entre otros aspectos:

(...) en el entendido de que además varios de los procesos legales y jurídicos que se viven hoy día, tienen mucho que ver con otra de las tensiones derivadas de la Globalización que hemos interpretado como una suerte de subrogación de los poderes políticos estatales por poderes de otros órdenes, principalmente económicos que asisten al escenario mundial y que permiten temer que estos “otros poderes” contribuyan a la quiebra de los estados constitucionales que con todo y sus redefiniciones y cuestionamientos, median en la vida social y potencialmente son capaces de proteger a los ciudadanos, vistos individualmente y a las sociedades en sus conjuntos, de las relaciones crudas de poder.

Continúa señalando Rosales, que:

En otras palabras, los estados constitucionales son hoy más que nunca una herramienta real de protección de las comunidades que sin más, se encuentran dispersas en sus intereses difusos, no pocas veces considerados diminutos o insignificantes, vistos en su individualidad, ante los ojos de los grandes poderes económicos que pueden no escatimar esfuerzos en su afán de lucro y llegar a menoscabar seriamente los derechos de poblaciones enteras partiendo de “pequeños” intereses y derechos de las individualidades difuminados en la complejidad social.²⁰²

Se puede añadir que la existencia de un Estado constitucional, es la mayor garantía para los grupos minoritarios, cuyos intereses en peligro frente a intereses de poder de carácter político y económico, ven en esta garantía un freno frente a una posible desprotección o menoscabo de sus derechos, tanto dentro del territorio del Estado como frente a una posible agresión externa.

²⁰² Elsie Rosales. “Sistema Penal y Reforma Penal”. En *Capítulo Criminológico*. Revista de la Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela. 2007, p. 10.

V.3.2.- La visión del enemigo dentro de un nuevo esquema político criminal. El funcionalismo estructural sistémico

A partir de la teoría estructural funcionalista de Luhmann,²⁰³ surge la justificación teórica de aplicar de manera simbólica, nuevos tipos penales dentro de la política criminal de expansión del Derecho Penal, con penas excesivamente altas, tomando en cuenta, para calificar esos nuevos tipos penales, ya no de manera retrospectiva la incidencia de determinada conducta lesiva a bienes jurídicos dentro de la sociedad, sino el riesgo o peligro de daño de su expansión social a futuro, que según Jakobs, justificaría incluso lo innecesario de respetar los derechos humanos y garantías procesales de las personas –o no personas- que puedan calificar dentro de esos subgrupos,²⁰⁴ similar a lo que ocurría con el positivismo aplicado especialmente a mediados del siglo pasado, a partir de las teorías antropológicas de Lombroso y Ferri,²⁰⁵ referidas al estereotipo del delincuente que daban origen a la implantación de medidas de seguridad con fines curativos a determinados grupos de personas, incluso sin límite de duración, a los fines de *resocializarlas*, *rehabilitarlas* y *reinsertarlas* a la sociedad, no cesando dichas medidas hasta tanto ese fin se lograra, por lo cual, lejos de ser dirigidas a los mencionados fines, perseguían la exclusión social del individuo.

²⁰³ Niklas Luhmann. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. (Traducción de Otto Pardo). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. 1983. Para este autor existiría, por un lado, una tajante separación entre el individuo, entendido como sistema psíquico que opera mediante la conciencia, y la sociedad, entendida como sistema que opera mediante la comunicación de tal modo que la conciencia y la comunicación siguen cada una sus reglas propias e independientes; y por otro lado, la *persona*, diferente del sistema psíquico, constituiría el puente que permite la conexión o el acoplamiento entre los sistemas psíquicos (conciencia) y los sociales (comunicación).

²⁰⁴ G. Jakobs y M. Cancio Meliá. *Derecho Penal del Enemigo*. *Op. cit.*, pp. 51 ss.

²⁰⁵ Encarna Bodelón González y Julio Zinno Torrazza. *Historia del Pensamiento Criminológico*. Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho. www.ub.edu/penal/historia/positivismo.html. Revisado: 23-02-2008. 11:20 h.

En un comienzo, la teoría funcionalista fue concebida por Roxin, dentro de la concepción de un Estado Social y Democrático de Derecho y Justicia, con el denominado Proyecto de Gobierno de 1962 y el Proyecto Alternativo hacia finales de los años sesenta, que dieron origen a reformas de la ley penal en Alemania, a partir de 1969, mediante la inclusión en éstas del más reciente pensamiento político-criminal.²⁰⁶ En esa oportunidad se tomaron en cuenta algunas propuestas de Roxin entre las cuales destacan la no aplicabilidad de penas corporales en delitos de bagatela; la utilización de fórmulas alternativas de cumplimiento de pena que permitan la reinserción social mediante la no separación del individuo de su esfera social; la incorporación de tipos penales relacionados con delitos económicos, protección del medio ambiente y lucha contra el terrorismo y la aplicación de criterios de prevención, en base a una postura según la cual la pena estaría justificada (...) *en tanto que recurso necesario para el cumplimiento de la misión protectora y preventiva del derecho penal.*²⁰⁷ Con base a este último señalamiento, autores como Jakobs, al contrario de Roxin, atribuyen una mayor importancia a la agravación de la pena como función preventiva,²⁰⁸ aunada a la disminución de las garantías procesales, en especial, cuando se trate de delitos que involucren lucha contra el terrorismo y puedan poner en peligro la paz mundial.

De este modo, la posición estructural funcionalista de Jakobs, parte de señalar que la contribución que el Derecho Penal presta al mantenimiento de la configuración social en la forma dada y en la exigida legalmente, no se dan por perdidas en caso de resultar defraudadas y por ello, aún contradiciendo el lenguaje usual, se debe definir como objeto de tutela (...) *la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las*

²⁰⁶ Claus Roxin. *El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*. En: *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*. Editorial Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1982, pp. 5 a 27.

²⁰⁷ *Ibid*, p. 50.

²⁰⁸ G. Jacobs y M. Cancio Meliá. *Derecho Penal del Enemigo*. *Op. cit.*, pp. 21 y ss.

*decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica, y no lo que hasta ahora se denomina bien jurídico-penal.*²⁰⁹

Indica Jakobs, citando a Binding, que un bien es una situación valorada positivamente: (...) *abarca todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta.*²¹⁰ En su concepción, reemplaza este concepto por el de las *expectativas de comportamiento socialmente exigibles al autor*, es decir, en lugar del derecho penal proteger bienes jurídicos, su marco de tutela es la propia normativa penal, para la preservación del Estado, que sirve a cualquier tipo de sistema político, inclusive a los regímenes totalitarios, entrando a hablar de *la lesión del deber*, es decir, debiendo analizar si el autor actuó como garante u omitió ese comportamiento socialmente esperado, por lo que generó un *riesgo* jurídicamente desaprobado que se reflejó en el resultado. En conclusión, para el autor, siendo la norma una expectativa garantizada, el derecho penal permite mantener la vigencia de la norma y no la protección de bienes jurídicos.

Esta concepción de bien jurídico abstracto de protección a un sentimiento general de seguridad, se opone al criterio de que ningún Estado democrático puede admitir que los autores de injustos pierdan su condición como persona ni sean reducidos a la condición de excluidos o marginados perpetuos, vinculada a los delitos de conciencia disidente, ya que en estos, el hombre que los ejecuta siente la necesidad de su conducta como un imperativo de su conciencia, respondiendo a un sistema de valores o desvalores cerrado y completo, vivenciando la conminación penal más que

²⁰⁹ Günter Jakobs. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Segunda Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, España, 1997, p. 65.

²¹⁰ *Ibidem*. P. 50.

como reafirmación de sus convicciones, como una ocasión para exhibirlas y poner a prueba su autoafirmación en ellas. Para ello, la única forma de combatir esta conducta es creando condiciones sociales que disminuyan la anomia o desubicación social y cultural del individuo y lo enseñen a enfrentar la realidad mediante la razón, redefiniendo las condiciones sociales que puedan estar generando este tipo de conducta; por lo que, objetivamente, la imposición del castigo no siempre va a producir en el individuo una función regeneradora, como lo pretende plantear el funcionalismo sistémico, tal como lo indicara Soler ya a comienzos del Siglo XX.²¹¹

Zaffaroni, por su parte, lo vincula a un nuevo hecho de poder, conocido como globalización y, más aún, a la ideología del globalismo, que genera una situación social, más que de explotados, de excluidos, a lo cual la política de los Estados no logra responder de manera satisfactoria sino que, produce estos tipos de cambios en el sistema jurídico penal presumiendo la contención de los conflictos sociales mediante una mayor represión y punición,²¹² o como dijera Ferrajoli, mediante el empleo de *un derecho penal máximo*, desarrollado fuera de cualquier diseño racional y por ello en crisis frente a todos los principios garantistas clásicos de legitimación.²¹³

En virtud de que la globalización es un vacío de derecho público y específicamente de derecho penal internacional, se manifiesta en el desarrollo de poderes desreglados, que tienen como única norma el beneficio y la auto acumulación. Si a esto se agrega la ideología de la defensa social a la cual se refiere Baratta,²¹⁴ según la cual el delincuente es un elemento

²¹¹ Sebastián Soler. *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*. Tipográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina. 1929, p. 67.

²¹² Eugenio Zaffaroni. 2005. *Op. cit.*, pp. 179-207.

²¹³ Luigi Ferrajoli. *Criminalidad y globalización*, en *Revista Jurídica*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México, 2007, pp. 1-16.

²¹⁴ Alessandro Baratta. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI Editores, España. 1986, pp. 36-68.

negativo y disfuncional del sistema social, se produce una integración en los ámbitos del derecho penal, de la criminología y de la política criminal, de las teorías funcionalistas con las subculturas criminales, a las cuales pertenecen todas las categorías de excluidos.

La noción de Derecho Penal del Enemigo, construida dentro de esta concepción, pareciera basarse en la posición de Hobbes,²¹⁵ cuando refiriéndose a las normas del contrato social, señalaba, que quien no aceptara esas normas podía ser *eliminado sin injusticia*, debido a que mediante el pacto social, el Estado dirige los asuntos públicos y ya nadie puede quedar fuera de sus decisiones ni ponerlas en cuestión.

Para Riquert y Palacios,²¹⁶ el Derecho Penal del Enemigo, surge como una postura teórica en la dogmática penal, que justifica la existencia de un derecho penal y de un derecho procesal sin garantías; en tanto que Jakobs,²¹⁷ dentro de su teoría normativa radical, como crítica a la doctrina del bien jurídico, acusa a ésta de no tratar a los delincuentes como personas; termina justificándola y construyendo su propio concepto de enemigo desde una visión sociológica por la cual, enemigo sería *el otro*, quien aún teniendo todo para formar parte de la comunicación normativa entre personas, se niega a hacerlo de forma continua, generando un estado de *peligrosidad* para los demás que sí se quieren comunicar y lo hacen, generándose una exclusión legítima de *los otros*. En consecuencia, para Jakobs, el derecho

²¹⁵ Thomas Hobbes. *Leviatán o La Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*. Fondo de Cultura Económica, segunda edición, México. 1998, pp. 144-145.

²¹⁶ Fabián Riquert y Leonardo Palacios. *El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes*. La Ley, Revista Universitaria, Año V, Nº 3, Mar de Plata, Argentina. 2003, pp. 1-8.

²¹⁷ Günter Jakobs. *Dogmática de derecho penal y configuración normativa de la sociedad*. Thompson Civitas, Madrid. 2004, p. 75.

penal tiene la función de garantizar la identidad de la sociedad y no la de proteger bienes jurídicos.²¹⁸

Es importante resaltar lo relacionado con el acto de gobierno dictado por los Estados Unidos de Norteamérica, denominado *U.S.A., Patriot Act*, de 2001 y el *Victory Act* de 2003, que lejos de parecer una normativa dirigida a proteger a los ciudadanos de los ataques terroristas, refleja una lucha contra la inmigración y la disidencia, así como, contiene una amplia gama de disposiciones de carácter económico. Debido a ello, pareciera más bien que se aprovechó lo ocurrido el 11 de septiembre de 2001, como justificación para la elaboración de esas disposiciones, a raíz de haberle conferido al presidente norteamericano, el poder absoluto para implementar cualquier medida pertinente para acabar con el terrorismo, tratándose de actos ejecutivos de Estado u órdenes ejecutivas que permiten al presidente tomar medidas pertinentes en asuntos de *interés nacional*, cuya ejecución suele realizarse fuera de las fronteras norteamericanas, buscando justificar la intromisión de unos Estados en cuestiones de política doméstica de otros, poniendo en juego su soberanía.²¹⁹

En este sentido, el 13 de noviembre de 2001 se anunció la creación de tribunales militares secretos que les permitiera juzgar a no-ciudadanos acusados de terrorismo, con la excusa de que dichas actividades a futuro pueden poner en peligro la vida de los norteamericanos y de las restantes naciones del mundo, postulando un concepto de terrorismo que comprende tanto al terrorismo doméstico como a las organizaciones terroristas, cuyas conductas estén dirigidas a coaccionar o intimidar a la población civil o influir en la policía del gobierno; conductas de destrucción masiva, asesinatos o

²¹⁸ *Ídem.*

²¹⁹ Michel Foucault. *Poderes y Estrategias*. En: *Microfísica del Poder*. Editorial Planeta Agostini, Barcelona, España. 1995, p. 165.

secuestros; y aún, a los testigos que conozcan sobre tales hechos, quienes igualmente han sido objeto de duros tratos y de encarcelamientos prolongados.

En este aspecto, adquiere relevancia lo señalado por Jakobs de que las reglas contra los enemigos, establecidas según él en el derecho penal vigente, han sido introducidas en virtud de que existe una situación que si bien no es una guerra actual, implica la posibilidad *potencial* de llegar a una guerra, que afecta el plano simbólico y que obligan a reforzar la sensación de normalidad y mayor efectividad.²²⁰ A este respecto, Baratta critica esta función simbólica que prevalece sobre la función instrumental y no logra la efectiva protección de bienes jurídicos, lo cual se pretende compensar creando una *ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones*.²²¹

Existe un cambio estructural en la orientación de la política criminal,²²² que incluye el concepto de enemigo dentro de la nueva concepción punitiva, introducido por Jakobs en 1985, en un debate publicado en su obra *ZStW 97*, hablando por primera vez la denominación de Derecho Penal del Enemigo,²²³ y así lo cita igualmente, Cancio Meliá,²²⁴ quien además agrega que este concepto sólo forma parte nominalmente del sistema jurídico penal real.

Jakobs define al enemigo como: *“Un ciudadano que por su posición, forma de vida o quizás, su pertenencia a una organización, ha abandonado el*

²²⁰ G. Jakobs M Cancio Meliá. *Derecho Penal del Enemigo*. Op. cit., p.87.

²²¹ Alessandro Baratta. *Funciones Instrumentales y Simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica*. En: AA.VV., *Pena y Estado*. Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile. 1995, p. 53.

²²² Günter Jakobs. *Consejo General del Poder Judicial/Junta de Galicia*. Estudios de Derecho Judicial. Nº 20, 1997, pp. 137 y ss.

²²³ Günter Jakobs. “Kriminalisierungim Volfeld einer Rechtsgutverletzung”. Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt, a.M. *ZStW 97*, Mai 1985. Frankfurt, Deutschland. 1985, pp.753 y ss.

²²⁴ Jakobs/Cancio Meliá. *Derecho Penal del Enemigo*. Editorial Civitas, Madrid, 2003. pp. 57-102.

*Derecho, no de forma incidental sino permanente y que por estar fuera del sistema, no tiene derechos como persona.*²²⁵ Indica asimismo, que el Derecho Penal del Enemigo, contiene tres 3 elementos:

- a.- Un adelantamiento de la punibilidad, por cuanto parte de un posible hecho futuro y no de un hecho cometido,
- b.- Las penas son excesivamente altas,
- c.- Se relativizan e incluso se suprimen determinadas garantías procesales.

La política criminal de expansión del derecho penal, se ve reflejada en la intensa actividad legislativa en materia penal durante las últimas décadas, que ha introducido tipos agravados y calificados de los delitos comunes ya existentes en la legislación positiva, bajo nuevas figuras delictivas, con supuestos de criminalización en estado previo a lesiones de bienes jurídicos, pero implementando para estos subtipos, penas excesivamente altas y restringiendo e incluso suprimiendo las garantías procesales y los derechos fundamentales de las personas, al manejarse la visión del *Derecho Penal del Peligro* o *Derecho Penal de la Puesta en Riesgo*,²²⁶ sostenida por la doctrina funcionalista del derecho penal.

Se dice que el Derecho Penal del Enemigo jurídico-positivo, cumple un efecto simbólico, por cuanto al perseguir estos hechos e imponer altas penas, pretende producir una sensación de peligro inminente y de respuesta oportuna por parte del Estado ante tan grave riesgo social, y por lo tanto, el rigor punitivo debe ser aún mayor, ya que supone una (...) *reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente*

²²⁵ Gunter Jakobs. *Consejo General del Poder Judicial/Junta de Galicia*. 1999. *Op. cit.*, pp. 137 y ss.

²²⁶ El riesgo no es una dimensión real de la amenaza para la sociedad.

*peligrosos, que nada significa, ya que, de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas.*²²⁷

Ante estas situaciones, las fuerzas políticas serán las encargadas de generar la respuesta favorable que la población exige y su fin, será complementado por el significado que pueda tener la pena como mecanismo preventivo de futuras acciones.

Aquí, ya el término militar tradicional de enemigo, pierde su génesis y se extiende a los infractores del ordenamiento penal, identificándolos como fuente generadora de un *estado de peligro*. Ya no se trata de un derecho penal del hecho, sino de un derecho penal del autor.

Sin embargo, estas sanciones, por muy elevadas que sean, en nada contribuyen a la prevención fáctica de estas conductas, sino que, inclusive, en algunos casos las ha fomentado. Por ejemplo, en Alemania, la Fracción del Ejército Rojo (R.A.F.), ha atraído nuevos adeptos.

V.3.3.- La agresión a Irak y Afganistán y la situación de los detenidos en la Base Naval de Guantánamo

Si se recuerda, Estados Unidos generó una falsa justificación, aceptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que le permitió su intervención en Afganistán y posteriormente en Irak para atacar al Talibán. En estos hechos, los combatientes ilegales detenidos por

²²⁷ Jakobs/Cancio Meliá. 2003. *Op. cit.*, pp. 57-102.

norteamericanos, fueron trasladados a la Base Naval Militar ubicada en Guantánamo, Cuba.

En este caso, Estados Unidos con su lenguaje belicista de guerra contra el crimen, denota una política criminal de guerra, colocando al derecho penal como instrumento guerrerista y no pacifista, justificándose incluso conductas como la tortura contra los detenidos a quienes se trata como enemigos, se les excluye y se les aísla; y lo más grave, como ocurrió en Guantánamo, no se les identifica, privándolos de su condición de persona con identidad propia.

A partir de este hecho, se ha llegado a cuestionar si el derecho penal del enemigo *fácticamente existente*, forma parte conceptualmente del derecho penal. Este sería, en parte, el caso de los detenidos en la Base Naval Norteamericana de Guantánamo, a quienes se les creó un nuevo estatus jurídico, en el cual no existió un tribunal previamente constituido con competencia para enjuiciar a los detenidos por presuntas actividades terroristas, ya que la mayoría de los tribunales civiles norteamericanos alegó su falta de competencia para procesarlos, durante los primeros años de detención, en tanto que, tampoco fueron sometidos a los tribunales militares tradicionales.

Los tribunales civiles alegaban su falta de jurisdicción,²²⁸ por estar ubicada la base naval en territorio cubano, situación que produjo que

²²⁸ "EEUU.: Detenidos en Guantánamo no pueden apelar su detención 20 de Febrero de 2007, 11:43am ET. WASHINGTON (AP) - Los detenidos en el centro de detención de Guantánamo no podrán cuestionar su detención ante tribunales estadounidenses, declaró el martes un tribunal federal. El fallo, del Tribunal Federal del Distrito de Columbia, confirma así una crucial cláusula de la ley antiterrorista promulgada por el presidente George W. Bush. Por mayoría de dos votos a uno, el tribunal falló que las instancias judiciales civiles no tienen la autoridad de decidir si los militares están manteniendo detenidos extranjeros ilegalmente. La capacidad de impedir que los detenidos accedan al sistema de justicia civil era uno de los pilares del Acta de

alrededor de seiscientas personas (no-personas según esta concepción), permanecieran detenidas durante casi una década, sin un proceso justo; y aún más, no sólo se les violaron sus garantías procesales conforme a los elementos del Derecho Penal del Enemigo, a que alude Jakobs, sino inclusive, fueron sometidos a tratos reñidos con los derechos fundamentales reconocidos, no sólo por las leyes norteamericanas, sino por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, negándose el gobierno norteamericano inclusive a identificarlos. En el año 2009 fue ordenado el cierre de la base militar de Guantánamo por el actual Presidente norteamericano Barack Obama, sin embargo, no se observan aún acciones efectivas que demuestren una voluntad real por acelerar los procedimientos judiciales.

Esta situación generó un retraso significativo en materia de derechos humanos, por cuanto, a pesar del desarrollo de la legislación internacional y regional a través de tratados, convenios y declaraciones, acompañados de la instauración de organismos internacionales creados para velar por tales derechos, no se ha alcanzado su efectiva realización, produciéndose una débil respuesta por parte de los organismos internacionales; y, no fue sino hasta el año 2008, cuando los cinco expertos independientes de la Comisión de la Organización de Naciones Unidas para los derechos humanos, pidieron el cierre inmediato del centro de detención de la Bahía de Guantánamo, así como el procesamiento de todos los detenidos ante un tribunal autónomo y competente o su liberación, tras seis meses de trabajo, confirmando la existencia de detenciones arbitrarias y técnicas de interrogatorio que

Comisiones Militares, impulsada por el presidente Bush y aprobada por el Congreso el año pasado a fin de erigir un sistema judicial para los acusados de terrorismo.

Es casi seguro que el fallo será apelado a la Corte Suprema, que el año pasado declaró ilegal el plan original del gobierno de crear comisiones militares para procesar a los detenidos.”

<http://www.univision.com/contentroot/wirefeeds/usa/6936280.html;jsessionid=G2HNL0J3BQZRWCWIAOOCFEYKZAAB0IWC>. Revisado: 24-09-2009. 8:40 h.

incluyeron tratamientos crueles, degradantes e inhumanos y violaciones al derecho de la libertad de religión y fe, así como prohibición de recibir visitas de familiares y abogados. Este informe fue respaldado por el entonces Secretario del Organismo, Kofi Annan.

La respuesta generada por el gobierno norteamericano por medio de quien fuera Secretario de Prensa de la Casa Blanca: Scott McClellan, fue que se trataba de *terroristas peligrosos* confirmando lo que se venía señalando de la existencia de un nuevo estatus jurídico. Este portavoz agregó que la Cruz Roja Internacional tenía acceso total a los prisioneros y que las acusaciones de tortura eran propaganda de terroristas entrenados para realizar denuncias, tal y como se señaló igualmente en el mes de junio con relación a los tres detenidos que se suicidaron dentro de sus celdas. Este criterio del gobierno es opuesto al sostenido por la propia Corte Suprema de Estados Unidos, que ya el 28 de junio de 2004, por seis votos contra tres, *rechazó el argumento del vacío jurídico y opinó que las personas recluidas en la bahía de Guantánamo tienen derecho a la defensa y a apelar de su detención.*²²⁹

La Unión Europea, por su parte, en fecha 16 de febrero de 2006, emitió su Resolución P6 –TA (2006) 0070, en la cual, entre otros aspectos:

1.- Pidió al Gobierno de los Estados Unidos que proceda al cierre del centro de detención de la Bahía de Guantánamo e insiste en que todos los prisioneros deben recibir un trato conforme a la legislación humanitaria internacional y ser juzgados en el plazo más breve posible tras una vista justa y pública a cargo de un tribunal competente, independiente e imparcial,

²²⁹ U.S. Supreme Court. *Al Odah et al c. United States* (n.º 03-343) 2004, *Rasul c. Bush* (n.º 03-334) 2004. <<http://127.0.0.1:8080/%2E%2E%2Flegal%2F41541db54%2Epdf>> Revisado: 23-0-2008. 9:45 h.

2.- Condenó todas las formas de tortura y de malos tratos, reiterando la necesidad de respetar el Derecho Internacional,

3.- Subrayó que el terrorismo contemporáneo, en particular el terrorismo global contra las democracias y sus habitantes, supone una amenaza a los derechos humanos básicos y fundamentales de los que disfrutaban las sociedades modernas,

4.- Reiteró que la lucha contra el terrorismo, que es una de las prioridades de la Unión y un aspecto fundamental de su acción exterior, sólo puede llevarse a cabo con éxito si se respetan plenamente los derechos humanos y civiles,

5.- Encargó a su presidente que transmitiera la presente Resolución al Consejo, a la Comisión, al Alto Representante del organismo de la Unión Europea denominado: Política Exterior y Seguridad Común (P.E.S.C.),²³⁰ a los Parlamentos de los Estados miembros, al Secretario General de las Naciones Unidas, y al Presidente y al Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica.

El Parlamento Europeo reiteró esta solicitud mediante Resolución B6-0070/2009, del 28 de enero de 2009.²³¹ Igual petición formuló Amnistía Internacional el 11 de enero de 2009.²³²

Las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, no tienen capacidad para obligar a los Estados, sin embargo, del contenido de esas Resoluciones relativas al Derecho Internacional Humanitario, es factible

²³⁰ Política Exterior y Seguridad Común de la Unión Europea. Ver más en: www.pesc.org/. Revisado: 08-02-2009. 10.00 h.

²³¹ www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B6-2009-0070&language=ES. Revisado: 10-02-2009. 15:10 h.

²³² www.es.amnesty.org/.../amnistia-internacional-pide-a-barack-obama-que-fije-la-fecha-para-el-cierre-de-guantanamo/ - España – Revisado: 10-02-2009. 15:30 h.

determinar la existencia de una *opinio iuris* que, de ser avalada o implementada por los Estados a través de sus prácticas reiteradas, configurarían el elemento psicológico del proceso de formación de la norma consuetudinaria.

Del mismo modo, no se tomó en cuenta el clamor de las víctimas de los sucesos terroristas, quienes manifestaron su voluntad de un trato justo para los detenidos. Por ello, es recomendable que sea abordada la necesidad de humanización del sistema penal. Segovia Bernabé,²³³ señalaba que: *Garantizar la seguridad jurídica de los infractores y todos sus derechos, es el mejor antídoto frente a la precarización de las seguridades básicas y la amenaza creciente a los derechos fundamentales, amparados en dosis bien administradas de miedo a la libertad.*

En efecto, las nuevas políticas penales asumidas en la *guerra contra el mal*, hacen recordar aquel dicho *todo para el pueblo pero sin el pueblo*. Las manifestaciones que realizaron las víctimas y familiares de los hechos ocurridos el 11 de septiembre de 2001, fueron totalmente desatendidas en su clamor de ser reparadas, pero con una manifestación expresa de su rechazo a mayor violencia, por lo cual marcharon cargando en sus manos pancartas que aludían a un rotundo *No a la guerra*. La búsqueda de la verdad escapa al interés político de someter a los presuntos culpables a un castigo obsesionado, sin condena, a quienes se ha negado todo tratamiento humano y cuyo sufrimiento en nada resarce el daño ocasionado a las víctimas sino que agudiza el conflicto social, ya que, la única manera de que la víctima

²³³ José Luis Segovia Bernabé. "La seguridad ciudadana y las víctimas: Pistas éticas para humanizar el sistema penal". En: *Gobernanza y Seguridad Sostenible*. Edición 12. Salamanca, España. 2003, pp. 1-12.

tenga seguridad es que su agresor sea objeto de un tratamiento humano de reinserción social, como lo señalara Roxin²³⁴ en los inicios del funcionalismo.

En muchos conflictos bélicos se ha empleado la justicia transicional, como en el caso de Sierra Leona por necesidades democráticas y muchas veces es un error cerrar las puertas a este tipo de justicia, debiendo tener en consideración la opinión de las víctimas, que en este caso han pedido el cese a la violencia, siendo esencial partir de la base de una verdadera participación pública en la que tengan cabida los juristas profesionales del país, el gobierno, las mujeres, las minorías, los grupos afectados y la sociedad civil.

Las concepciones de justicia como *imparcialidad* o como *ventaja mutua* o igualdad de partes, han sido repentinamente suplidas por una *justicia infinita*, totalmente parcializada, que ha desatendido no sólo las normas de derecho interno de los Estados involucrados, sino al Derecho Internacional, pretendiendo deslegitimar, en nombre de la lucha contra el terrorismo internacional, principios que han ido desarrollándose de manera progresiva durante siglos. En la Ley *U.S.A Patriot Act* norteamericana, se contempló la posibilidad abierta de detener personas sin comunicarles el motivo de su detención y la imputación en su contra, sin derecho a designarles abogado, ni derecho a dar cuenta de su ubicación; sin un límite temporal para su detención, ya que en el propio artículo 412 de la Ley *U.S.A Patriot Act*, se dispone este tipo de detención ilimitada, revisable sólo a solicitud del interesado, cada seis meses, por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia.

²³⁴ Claus Roxin. . "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo". En: *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1982, p. 64.

Asimismo, se contempla en la Sección 411 de la citada Ley, la aplicación retroactiva de la enmienda respecto a las acciones terroristas ejecutadas antes o después de su promulgación, generando el resquebrajamiento del sistema democrático de garantías, al producirse una perversión de la esencia del Derecho Penal y del Derecho Internacional, frente a una acción extralimitada del poder de un determinado Estado, en este caso, Estados Unidos de Norteamérica, bajo una pretendida justificación de *protección a los intereses colectivos* frente a una supuesta *amenaza real o potencial*, dando paso al peligroso principio *tolerancia cero* de incalculables consecuencias para la cultura de los derechos y las garantías, utilizado en diversos momentos históricos para justificar la permanencia de regímenes totalitarios, en los cuales se excluyó a ciudadanos por pensar distinto o por constituir un peligro al sistema económico, todo lo cual se traduce en lo que se ha venido a denominar *Derecho Penal del Enemigo*. Esta política criminal lejos de buscar la recuperación del otro para la convivencia social, persigue su segregación cuando no su eliminación, al menos visual. Como señala Segovia Bernabé:

*En efecto, la invisibilización de la pobreza, la injusticia y el sufrimiento evitable es el otro impedimento que acompaña a esta forma de entender el Derecho Penal. Todo ello cuando ni siquiera nos habíamos puesto a trabajar en serio por una política centrada en el análisis y la prevención social del delito, en la búsqueda efectiva de alternativas, en una atención más personalizada a los últimos tramos del cumplimiento de la pena para preparar para la libertad.*²³⁵

Lo recomendable para asegurar la efectividad del derecho penal, es limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado y restringirlo a los criterios racionales que proporciona la propia dogmática jurídico penal y no por criterios políticos, debiendo insistirse en la necesidad de evitar utilizar el

²³⁵ José Luis Segovia Bernabé. 2003. *Op. cit.*, pp.1-8.

derecho penal como instrumento de control político, debido a que su esencia es servir de mecanismo para sancionar de manera racional aquellas conductas que son reprochables dentro de la sociedad que debe aplicarlas y que realmente afectan sus intereses y su convivencia pacífica; siendo éste, sólo un pequeño extracto dentro de la política del Estado, y de las expresiones del poder presentes en la sociedad, cuyo fin primordial, como lo señala Rosales es:

(...) ésta tiene la misión de actuar como medio de pacificación y de equilibrio sociales, ante lo cual todo ejercicio de poder debe afrontar a la conflictividad social, no como mero escenario de violencia, sino como una herramienta de comprensión de la sociedad y por tanto, de positiva transformación en la medida en que el poder y muy especialmente, el poder penal, son capaces de gestionar el conflicto en clave democrática.²³⁶

Sin embargo, aquellos Estados que persiguen garantizar su hegemonía política y económica mundial, tienen la tendencia al aumento de penas con fines preventivos generales a modo de coacción psicológica en contra de la sociedad nacional e internacional, sin que dicha sociedad pueda comprender el modo en el cual va a beneficiarse de dichas políticas gubernamentales ni va a ver garantizada su seguridad y convivencia, además de no tener certeza de la pena sino únicamente temor a su severidad. Ello, aplicable contra el resto del mundo para justificar agresiones contra otros Estados, pero buscando excluirse de la posibilidad de una persecución penal internacional; y por ello, se ve que países como Estados Unidos de Norteamérica, se han negado a suscribir el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no excluyendo sin embargo, su responsabilidad como Estado, como se verá más adelante.

²³⁶ Elsie Rosales. "Sistema Penal y Reforma Penal". *Op. cit.*, p. 4.

La política criminal de Estados Unidos, según la normativa aquí analizada, en materia de delitos y penas, combina criminalización con agravamiento de penas, dejando de lado los bienes jurídicos clásicos y específicos, para ocuparse de bienes jurídicos generales e inespecíficos, representados en el peligro futuro, describiéndolos de manera tan amplia y ambigua que con ellos puede justificar cualquier tipo de amenaza penal y estructurar la protección de esos *bienes jurídicos* por medio de los llamados delitos de peligro abstracto, para los cuales basta la realización de la conducta que el legislador ha tipificado como peligrosa, estando la seguridad al servicio de la ideología, lo cual no es nuevo, tal como lo tratara Sanguinetti en 1982, durante un coloquio organizado por la *Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura* (U.N.E.S.C.O.).²³⁷

De tal proyección se crea un derecho penal de *prima ratio*, que dramatiza la violencia, crea una doctrina de la seguridad ciudadana y alimenta en su entorno una creciente y próspera industria de la seguridad. Sanguinetti, señalaba hace casi tres décadas, en el coloquio realizado en la Universidad París V, en Bruselas, Bélgica, publicado en 1985, que cada vez más se utiliza el concepto de seguridad de un modo más vago, sin que exista un ataque, sin saber quien atacará ni dónde; haciendo una explotación selectiva de lo que ellos consideran factores de inseguridad mediante la creación arbitraria de enemigos cuya existencia es discutible, por lo cual se dictan leyes especiales para su prevención y ataque.²³⁸

Debe aceptarse que la construcción de un enemigo no es un hecho reciente, sino histórico, en cuyo proceso de elaboración, lo que en realidad

²³⁷ Antoine Sanguinetti. "Rapports entre la notion de sécurité et les atteintes aux droits des hommes et des peuples". En *Armement, Développement, Droits de l'homme, Désarmement*. Publications de la Faculté de Droit de L'Université René Descartes (Paris V). Établissements Bruylant, Bruxelles. Bélgica. 1985, pp. 495 - 500.

²³⁸ *Ibidem*. 1985, pp. 495 y 496.

varía es la forma en que se construye dicho enemigo, mediante el empleo de nuevos elementos de carácter político, económicos, filosóficos más que jurídicos. Se observa que países como los Estados Unidos de Norteamérica, a través del actos de justificación, tales como el acto de gobierno denominado *U.S.A. Patriot Act* de manera estratégica ha moldeado y construido a su propio enemigo, para poder así calificar convenientemente a sus prisioneros de manera tal, que permanezcan en una especie de vacío jurídico en el que únicamente su detentor pueda disponer de su futuro.

Con la aplicación del mal llamado derecho penal del enemigo o derecho de la emergencia, que desconoce la misión de control y la limitación al poder punitivo del Estado, los actores políticos estadounidenses vieron la indiscutible posibilidad para controlar todos los aspectos de su vida nacional, excluyendo no sólo a quienes cataloga como terroristas o enemigos combatientes ilegales, sino además, a los inmigrantes y todos aquellos que pongan en peligro sus intereses económicos. Para ellos, todas estas *no personas* se encuentran fuera de todo marco legal, así como, fuera de toda posibilidad de relación Estado – ciudadano, es decir, que al haber estos individuos elegido conscientemente convertirse en anti-ciudadanos, automáticamente se convierten en sus enemigos, calificación ésta, que inevitablemente los priva de toda norma y garantía, quebrando la legalidad y el estado constitucional, ya que, su destino queda en manos de la legislación cuidadosamente diseñada para acabar con el terrorismo, y aún, fuera de toda norma escrita, lo cual conlleva a la facultad que los Estados Unidos tienen, de someterlos de manera indefinida a una pena sin proceso.

También pudiera cuestionarse si frente a los enemigos la reacción es pura coacción, y si la finalidad de ésta es sólo el aseguramiento cognitivo ante el peligro que representan y no la confirmación de la validez de la

norma; si por ser considerados *no personas* no se les aplica ninguna pena, sino que se les somete y excluye por medio de actos de pura fuerza o coacción; y si, en consecuencia, estos individuos quedarían excluidos del derecho penal y de las reglas de la imputación jurídico-penal, como ocurre con los etiquetados como terroristas y *combatientes ilegales*.

En todo caso, debe tenerse en consideración que la globalización política y, sobre todo, la económica puede llevar a una contradicción sin precedente: Por una parte, los afanes expansionistas de un derecho penal al servicio de los intereses de las nuevas fórmulas de mercado; y, por otra parte, en orden absolutamente distinto, un proceso de carencia de contenido de las normas penales.

En cuanto a los afanes expansionistas, supondrá que para atender a los programas políticos y económicos derivados de la globalización se use al derecho penal más allá de su función primaria protectora de bienes jurídicos esenciales con ruptura de las garantías inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho; y en consecuencia, a una criminalización excesiva de determinadas conductas y a un aumento de las consecuencias jurídicas derivadas del delito. En tanto que, en relación al segundo aspecto, con relación a las políticas económicas, puede suponer dar al derecho penal una mera función simbólica que trasciende el propio principio de intervención mínima del derecho penal, que conduce a una interesada desregulación penal.

Este análisis permite descubrir las razones por las cuales en el Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional, si bien se desarrollan las conductas del tipo penal constitutivo del delito de agresión y los medios de comisión, su

enjuiciamiento queda diferido, observándose intereses manejados a nivel supranacional, donde suele imponerse la voluntad de una minoría de Estados, potencias mundiales con gran capacidad económica y armamentista, y por lo general, miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, que poca voluntad ha puesto en aras de sancionar actos de agresión. Esta situación pudiera poner en peligro cualquier posible actuación futura reñida con la protección de la humanidad más aún, cuando van disfrazadas bajo un marco de presunta legalidad, ya sea bajo la forma de una presunta intervención de carácter humanitario, que en numerosas ocasiones en lugar de solucionar los problemas, genera situaciones que atentan contra la paz y la seguridad internacional.

Esta posición expansiva del Derecho Penal del Enemigo propuesta por Jakobs²³⁹ no se limita al ámbito interno de los Estados sino al ámbito internacional y su postulación y legitimación como programa de política criminal. Con su capacidad crítica, el autor muestra escepticismo contra una justicia penal internacional que pretendería instaurar un sistema normativo sobre la base de la imposición ética y cultural, en virtud de la superioridad moral de la justicia penal internacional. Ello, con base a la cláusula referida a los Estados enemigos, prevista en el artículo 107 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas, en el capítulo de Acuerdos Transitorios sobre Seguridad, el cual dispone:

*Ninguna de las disposiciones de esta Carta invalidará o impedirá cualquier acción ejercida o autorizada como resultado de la segunda guerra mundial con respecto a un Estado enemigo de cualquiera de los signatarios de esta Carta durante la citada guerra, por los gobiernos responsables de dicha acción.*²⁴⁰

²³⁹ "Kriminalisierungim Volfeld einer Rechtsgutverletzung". Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt, a.M. ZStW 97. *Op.cit.*, pp.753 y ss.

²⁴⁰ Organización de Naciones Unidas. *Carta de las Naciones Unidas*. 1945. En: www.oas.org/.../afrodescendientes_instrumentos_internacionales_carta_naciones_unidas.pdf. Revisado: 25-04-2008. 7:45 h.

V.4.- La legalidad y validez interna del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma, respecto a la legislación venezolana es una norma sometida al sistema de recepción dualista, toda vez que contiene delitos y en consecuencia, las sanciones y medidas que impone son de carácter restrictivo de derechos; de manera que, a diferencia de los convenios que acuerdan la protección de derechos, por ser punitivo, debe considerarse que no es de cumplimiento directo²⁴¹. Por otra parte, el propio Estatuto, con base al principio de *Complementariedad de intervención* por parte de la Corte Penal Internacional, -que se trata realmente de una actuación complementaria- lleva implícito que el enjuiciamiento corresponde a cada Estado y sólo de manera suplementaria a la Corte, debiendo ejecutarse por vía legislativa la adaptación de las disposiciones correspondientes al derecho interno a objeto de hacer posible su aplicación efectiva, sin importar que los tipos penales previstos en el Estatuto sean de carácter consuetudinario, siendo que en la Conferencia de Kampala, Venezuela ratificó dicho compromiso (pledge). Sin embargo, otros cuestionan si a pesar de todo, y aun cuando los tipos penales no estén previstos en el Código Penal, es decir, en el derecho interno no haría falta la incorporación por vía legislativa, e incluso, que la Corte Penal Internacional tiene potestad para intervenir en cualquier caso siempre que sea de su competencia material. Sin embargo, es claro que Venezuela ha adquirido el

²⁴¹ Al respecto, Amnistía Internacional en la Lista actualizada de Requisitos a cumplir para la efectiva aplicación del Estatuto de Roma,(2010), ha señalado: “No sólo son los Estados los que tienen el deber primario de hacer comparecer ante la justicia a los autores de delitos de derecho internacional, sino que además la Corte sólo podrá actuar si los Estados no pueden o no quieren realmente hacerlo. Para que la Corte sea un complemento efectivo de los Estados en el sistema internacional de justicia respecto de tales delitos y no se vea abrumada por el exceso de asuntos, los Estados tienen que cumplir su obligación. Deben promulgar y hacer aplicar una legislación nacional que disponga que estos delitos de derecho internacional son también delitos en su derecho interno dondequiera que se hayan cometido e independientemente de quién los haya cometidos o quién sea la víctima. El Estado que no lo haga correrá el riesgo de que se considere que no está dispuesto a someter a investigación y enjuiciamiento delitos de la competencia de la Corte o que no puede realmente hacerlo. La existencia de una legislación sobre la aplicación efectiva del Estatuto demostrará que el Estado es consciente de que, en virtud del derecho internacional, tiene la obligación primaria de garantizar que se rinden cuentas por estos delitos y asegurará que los tribunales nacionales, no la Corte, realizan esta tarea”. En: www.amnesty.org/en/library/asset/IOR53/009/2010/en/5ed284ec-30b9-4a18-bf63-5701bb2e3aa1/ior530092010es.pdf. Revisado el 16-08-2011. 20:10 horas.

compromiso internacional de hacer ejecutable la aplicación interna del Estatuto de Roma y la cooperación internacional en la persecución de estos crímenes.

Asimismo, los países europeos han asumido la necesidad de adoptar disposiciones en el Derecho Interno que hagan efectivo el castigo de los crímenes graves contra la humanidad. Por ello, previo a la Conferencia de Kampala, el Parlamento Europeo en fecha 19 de mayo de 2010, emitió una Resolución en la cual: *Expresa su firme convicción de que, durante los debates de Kampala, los Estados miembros deberían: — reafirmar su obligación fundamental de investigar y enjuiciar los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad, y comprometerse a establecer en sus respectivas legislaciones definiciones de los conceptos de crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad, de conformidad con el Estatuto de Roma.*²⁴²

En todo caso, debe recordarse que el Estatuto trató de armonizar diferentes sistemas como el germano romano y el *Common Law*, por lo cual, sistemas como el venezolano, que requieren que se dé cumplimiento a la garantía del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, no permitirían justificar, como lo afirma Borrego, un orden imperfecto en materia de garantías, que de aceptar la incorporación directa de una norma penal internacional que además prevé la aplicación de penas proscritas por el sistema penal interno, como el caso de Venezuela en donde la pena máxima de restricción de libertad es de treinta años, en tanto que el Estatuto permite la aplicación de cadena perpetua; corriendo el riesgo que a los nacionales se

²⁴² Diario Oficial De La Union Europea. 31-05-2011, página 83.

le aplique esta pena por no haberse realizado reserva al respecto, quedando en riesgo el respeto a la soberanía.²⁴³

Cherif Bassiouni, es del criterio que la Corte Penal Internacional forma parte de un tratado que obliga sólo a los Estados Parte, siendo que no es un tribunal supranacional sino un organismo internacional, el cual actúa solo complementariamente a las jurisdiccionales nacionales. Sin embargo, añade que los Estados Parte crearon la Corte como mecanismo de justicia para toda la comunidad internacional y con referencia a los crímenes graves contra la humanidad; por lo cual, la ratificación por parte de la autoridad parlamentaria lo convierte en parte del derecho nacional, de manera que, una vez ratificado por el Parlamento, ello basta para su aplicación dentro del Estado.²⁴⁴

Se debe además tener en cuenta los principios ya analizados que rigen el sistema penal internacional que no sólo emergen del Estatuto de la Corte sino además, los *Principios de Nüremberg*, los *Principios de Princeton* y la *Resolución 244* de la Organización de las Naciones Unidas de 1968, mediante los cuales se consolida el Derecho Penal Humanitario, hoy Derecho Internacional de los Conflictos Armados, que reconocen la existencia de una jurisdicción universal a fin de evitar la impunidad.

²⁴³ Carmelo Borrego. *Jurisdicción Universal y el Sistema de Justicia de la Corte Penal Internacional.* En: *Capítulo Criminológico*. Universidad del Zulia. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Criminología. Maracaibo, Estado Zulia. Venezuela. 2009. Y en versión ISO: CC. [online]. oct. 2004, vol.32, no.4 [citado 21 Octubre 2009], p.463-490. <http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982004010000006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0798-9598. Revisado: 23-07-09. 15:23 h.

²⁴⁴ Mahmoud Cherif Bassiouni. "La Corte Penal Internacional. Ratificación y aplicaciones por las legislaciones nacionales." *Revue Internationale de Droit*. Editions Érès. Toulouse. 2000; y: M Cherif Bassiouni. "Negociating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court". *Cornell International Law Journal*. 1999, número 32, pp. 443 y ss.

V.5.- Tratamiento en el sistema penal venezolano

El Derecho Penal sustantivo venezolano contempla como punibles una serie de conductas que se ejecuten contra el Derecho Internacional, las cuales constituyen los primeros esbozos legales para prever y sancionar actos constitutivos de agresión.

V.5.1.- Persecución del delito de agresión en la legislación interna

El Código Penal venezolano, en su Libro Segundo, Título I, Capítulo III, ubica el delito de agresión dentro de los delitos contra el Derecho Internacional. A tal efecto, en su artículo 152, dispone:

Los venezolanos o extranjeros que cometan actos de piratería, serán castigados con presidio de diez a quince años. Incurren en este delito los que rigiendo o tripulando un buque no perteneciente a la Marina de guerra de ninguna nación, ni provisto de patente de corso debidamente expedida, o haciendo parte de un cuerpo armado que ande a su bordo, ataquen otras naves o cometan depredaciones en ellas o en los buques de la costa donde arriben, o se declaren en rebelión contra el Gobierno de la República.

Este delito se conoce como piratería²⁴⁵ y aparece por primera vez en el Código Penal de 1863, en el cual, el culpable era castigado con pena que iba desde presidio cerrado mayor en su grado máximo, hasta la pena de presidio cerrado con cadena; manteniéndose en el Código de 1873, desapareciendo en los Códigos de 1897 y 1904 y reapareciendo en 1912.

²⁴⁵ Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. *Código Penal de Venezuela. Volumen III, Tomo I, Artículos 128 al 166*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela. 1995, pp. 311-327.

En el Código Penal de 1873, se ubicó dentro del capítulo de Delitos contra el *derecho de gentes*, constituyendo un delito contra la personalidad internacional del Estado Venezolano. Dentro del contexto del artículo no cabrían los actos de rebelión contra el gobierno de la República, pues desnaturalizarían la figura rectora del delito. Lo ocurrido fue que ese supuesto fue agregado por el ex presidente Juan Vicente Gómez en 1926, por cuanto tuvo conocimiento de los actos rebeldes de la generación del 28 y declaró como pirata al buque denominado: *Falke*, que condujo hasta las costas de Cumaná a los revolucionarios.

Los piratas se consideran en altamar como los violadores de las leyes universales de convivencia en la sociedad y eran catalogados como *enemigos de todos los pueblos*. Sin embargo, en otras legislaciones como Suecia y Alemania se catalogaba dentro de los delitos contra la propiedad, en tanto que en Francia e Italia se los catalogaba como delito contra la seguridad en la navegación y el comercio exterior. En todo caso, los actos de piratería a los cuales alude la norma, se refieren a aquellos llevados a cabo a nivel externo y que puede afectar a cualquier nación, por lo cual se considera *iure gentium*.

Asimismo, dispone el artículo 153 del Código Penal vigente:

Los venezolanos o extranjeros que en Venezuela recluten gente o acopien armas, o formen juntas o preparen expediciones o salgan del espacio geográfico de la República en actitud hostil para cometer o invadir el de una nación amiga o neutral, serán castigados con pena de tres a seis años de arresto en fortaleza o cárcel política.

En la misma pena determinada en este artículo incurren los venezolanos o extranjeros que en Venezuela construyan buques, los armen en guerra o aumenten sus fuerzas o

pertrechos, su dotación o el número de sus marineros para hacer la guerra a una nación con la cual esté en paz la República.

Las penas, en este caso y conforme al artículo 154, se aumentarán en una tercera parte si los actos hostiles han expuesto a Venezuela a una guerra internacional o a la ruptura de relaciones diplomáticas con la nación agredida. Este supuesto fue incorporado por primera vez en el Código Penal de 1873, en su artículo 150.²⁴⁶

El delito presenta como característica, que su comisión pone en peligro la paz y la seguridad internacional, y produce perjuicios en la población de otros Estados con los cuales Venezuela mantiene relaciones de amistad. Se trata de un delito de carácter político que afecta la soberanía e integridad de cualquier nación contra la cual irán dirigidos los actos de agresión posteriores a la ejecución de los actos descritos en la disposición del Código Penal, de los cuales son actos preparatorios pero en sí mismos constitutivos de delito.

Por su parte, el artículo 156 del Código Penal, prevé lo siguiente:

Los venezolanos o extranjeros que contra la prohibición de las leyes, decretos o mandamientos de las autoridades de una nación amiga o neutral, entren en ella por la fuerza o clandestinamente partiendo del territorio de Venezuela, serán castigados con pena de expulsión del espacio geográfico de la República por tiempo de dos a cinco años.

²⁴⁶ *Ibídem.* Pp. 329-340.

La referida disposición quedó prevista por primera vez en 1873,²⁴⁷ como delito contra el *derecho de gentes*, y supone para su enjuiciamiento que los agresores se encuentren nuevamente en el territorio nacional o proceda su extradición.

Esta descripción típica constituye la esencia del delito y envuelve una violación flagrante contra la independencia y la soberanía de los Estados y contra la autodeterminación de los pueblos y por ende, al derecho a la libertad, ya que lleva implícita la agresión desde Venezuela por parte de venezolanos o extranjeros que ingresen clandestinamente a una nación amiga o neutral.

Sin embargo, se debe observar que la penalidad para estos delitos, pese al peligro que representan, resulta insignificante para la gravedad de las consecuencias que comporta la ejecución de este tipo de hechos.

V.5.2.- Jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

A efectos de analizar la legislación aplicable con relación a la normativa contemplada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha emitido varias decisiones, entre las cuales destacan:

V.5.2.1.- Sentencia número 3167, expediente número 02-2154

²⁴⁷ *Ibíd.* Pp. 347-361.

Dictada en fecha 09 de diciembre de 2002, cuyo ponente fue el Magistrado José Manuel Delgado Ocando, en virtud de solicitud de interpretación sobre el contenido y alcance del artículo 29 de la Constitución, interpuesta en fecha 4 de septiembre de 2002, por el ciudadano Julián Isaías Rodríguez, Fiscal General de la República; acumulado a la solicitud de los ciudadanos Pastor Heydra Rojas, Pedro Díaz Blum, Carlos Tablante Hidalgo, Luis Longart, Pedro Pablo Alcántara, César Pérez Vivas, Elías Matta, Enrique Márquez, Carlos Berrizbeitia Giliberti y Ernesto Alvarenga solicitaron a esa Sala Constitucional que fijara el contenido y alcance del precepto constitucional contenido en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.²⁴⁸ Para conocer el contenido de la presente sentencia, la misma aparece explanada en su totalidad en el anexo 1 de la presente investigación.

Los accionantes, en sus peticiones solicitan se establezca:

- a) Quién es el juez competente para investigar tales hechos,
- b) Quién es el juez competente respecto del Presidente de la República, cuando sea señalado como responsable de los delitos previstos en el precepto fundamental, cuya interpretación se invoca,
- c) Qué proceso es el que debe regir para su investigación y juzgamiento, si el inquisitivo o si el acusatorio,
- d) Qué participación tiene el Ministerio Público en estos procesos,
- e) Cuáles textos normativos sirven para determinar la responsabilidad por los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y crímenes de guerra.

²⁴⁸ Ver Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. *Sentencia número 3167*. Expediente número 02-2154. 09-12-2002, en: www-ts.j.gov.ve.

La Sala Constitucional, fundamentó su decisión, en lo establecido en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone:

El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.

La Sala realiza un análisis de los delitos considerados como Crímenes de Lesa Humanidad conforme al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyas características son:

- a.- Cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático,
- b.- Deben afectar una población civil,
- c.- Su comisión responderá a la política de un Estado o de una organización.

El tribunal analiza también la llamada intencionalidad específica que presupone la comisión de delitos comunes de máxima gravedad con conocimiento de acto o actos contra el bien jurídico protegido; ataques sistemáticos y generalizados en forma tendenciosa y premeditada con el propósito de destruir, total o parcialmente un grupo humano determinado, por razones de cultura, raza, religión, nacionalidad o convicción política, y que, por ser delitos continuos que pueden exteriorizarse en forma masiva. Entre estos delitos destacan el asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la

libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho Internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos; desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid; otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de quienes lo sufran.

Señala que el competente para recopilar toda la información relativa a los hechos, pruebas y elementos de orden fáctico para sustentar la acusación es el Fiscal conforme al artículo 1 de la Constitución; y que, cualquier denuncia o acusación incoada por la comisión de delitos de lesa humanidad debe tramitarse ante los tribunales penales, por el procedimiento contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal.

Es decir, que la obligación del Estado de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad cometidos dentro del territorio nacional, no implica ni autoriza la subversión del ordenamiento procesal penal vigente, consagrado en el Código Orgánico Procesal Penal, siendo competentes para resolver los jueces ordinarios.

En efecto, el monopolio respecto del ejercicio de la acción penal en el sistema acusatorio venezolano le corresponde al Estado por intermedio del Ministerio Público y no de los órganos jurisdiccionales. Si las personas investigadas son el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo,

los integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, los Ministros, el Procurador General, el Fiscal General, del Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, los Gobernadores, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y los jefes de misiones diplomáticas de la República, para los cuales se requiere el antejucio de mérito, la Sala Plena no es la competente a efectos de dicha investigación, pues a ella le corresponde el juicio como tal y no es posible que su actuación se realice bajo la supervisión del Ministerio Público. Respecto al antejucio de mérito, el mismo no se trata de un beneficio por lo cual es procedente, pues no favorece la impunidad.

No está permitido el indulto ni la amnistía como beneficios dentro del proceso penal o con ocasión de éste. En cuanto a los beneficios que puedan conllevar a la impunidad en la comisión de los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad, el mismo constituyente aclara el sentido que pretende asignarles cuando expresamente incluye el indulto y la amnistía dentro de dichos beneficios, y en consecuencia, se prohíbe su aplicación ante la gravedad que implica las violaciones a los derechos; no así las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena que no son beneficios, conforme a la Sentencia número 1472/2002, del 27 de junio de 2002.

Este fallo cuenta con los votos salvados del Magistrado Antonio García García y Pedro Rafael Rondón Haaz, al considerar que la interpretación que se ha realizado sobre el artículo 29 de la Constitución es contraria no sólo a la letra expresa de la norma interpretada, sino al método sobre el cual se pretende sustentar la interpretación que se efectuó, pues el artículo 29 dispone garantías especiales para la protección efectiva de los derechos humanos fundamentales en caso de que éstos resulten afectados por

situaciones extremas, como ocurre en el supuesto de delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos o delitos de guerra.

Señalan los disidentes que estas garantías son:

a.- La imprescriptibilidad de la acción penal,

b.- la atribución de la investigación y juzgamiento de los delitos de lesa humanidad y violaciones graves a los derechos humanos a los tribunales ordinarios,

c.- La eliminación de los beneficios que puedan conducir a la impunidad de estos delitos.

Que la adopción del sistema acusatorio por parte del Código Procesal Penal no implica ni autoriza la subversión del ordenamiento constitucional vigente, conforme al cual para el establecimiento de responsabilidad penal en los casos de delitos de lesa humanidad o violaciones graves a los derechos humanos la investigación debe adelantarla por el propio juez ordinario, como garantía de la efectiva tutela jurisdiccional, por lo que comporta un contrasentido la pretensión de desvirtuarla mediante la invocación del ordenamiento legal que a ella ha de supeditarse.

Manifiestan que no señala la sentencia la razón para atribuirle a los tribunales ordinarios la competencia, no sólo respecto del juzgamiento sino de la investigación en los casos de delitos de lesa humanidad y violaciones graves a los derechos humanos, que también contempla la Exposición de Motivos de la Constitución; y que, no se limita a la imposición de que estos gravísimos delitos sean conocidos por los tribunales ordinarios, sino que se reguló expresamente en ella que la investigación fuese realizada

directamente por éstos tribunales, por disposición clara y contundente de esas mismas Actas de la Asamblea Nacional Constituyente. Igualmente, que ello no colide con la función del Ministerio Público, sino que forma parte de la tutela judicial efectiva y un especial tratamiento para la gravedad de estos delitos.

En el cuerpo de la sentencia, se aprecia que la duda del Ministerio Público y de los demás solicitantes se concreta a cuál debe ser el órgano competente para adelantar la averiguación criminal, ya que de la redacción del artículo 29 constitucional, son los tribunales ordinarios los encargados de llevar a cabo o dirigir la misma y no los fiscales del Ministerio Público, sobre lo cual gira el voto salvado formulado. Sin embargo, lo que más debe llamar la atención y ser motivo de preocupación, es que los sentenciadores cuando analizan el artículo 29 de la Constitución para formular su interpretación, parecen ignorar que los delitos graves contra la humanidad, no son los mismos delitos de lesa humanidad, sino que éstos son solamente una *parcela* de aquellos; siendo que los jueces, sólo realizan mención y analizan el delito de lesa humanidad y la descripción de las conductas tipificadas en el mismo, cuando por delitos graves contra la humanidad y crímenes de guerra se entiende una amplia descripción de conductas previstas como delitos en diversos instrumentos internacionales entre los cuales destaca el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aquí, debe incluirse el delito de agresión, aun cuando no ha sido desarrollado por el Estatuto sino que simplemente constituye un enunciado del artículo 5 del Estatuto.

Además, parece desconocer el sentenciador, que las normas que limitan derechos e imponen penas, deben ser dictadas por órgano del Poder Legislativo y en consecuencia, los delitos y penas del Estatuto de Roma deben incorporarse al derecho positivo venezolano por vía legislativa; más

aún, cuando el Estatuto contempla la aplicación de penas proscritas por el sistema penal interno, como lo es la pena de cadena perpetua.

V.5.2.2.- Sentencia número 626, expediente número 05-1899

De fecha 13 de abril de 2007, dictada por la Sala Constitucional, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán,²⁴⁹ en virtud de amparo con medida cautelar, presentado el 26 de septiembre de 2005, por las ciudadanas María Lenys Pascatillo Urpin, Anarkali Jiménez de Rovain y Licy del Carmen Betancourt, cónyuges de los ciudadanos Marco Javier Hurtado, Héctor José Rovain y José Arube Pérez Salazar, funcionarios de la Policía Metropolitana contra la sentencia dictada el 21 de julio de 2005, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, que declaró sin lugar la apelación interpuesta contra la decisión dictada, el 1 de mayo de 2005, por el Juzgado Cuarto de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal, que acordó mantener la medida de privación judicial a pesar de haber excedido el término legal para mantener la detención.

Para decidir, la Sala señaló que el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, es una limitante temporal a todas las medidas de coerción personal dictadas en el proceso penal, el cual debe ser cumplido por todos los órganos que imparten justicia por ser la regla general que toda persona será juzgada en libertad,

²⁴⁹ Ver Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Expediente. *Sentencia número 626*. Expediente número 05-1899. 13-04-2007, en: www.tsj.gov.ve.

excepto por las razones determinadas por la ley, conforme lo establece el numeral 1 del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como lo sería lo contemplado en el artículo 29 *ejusdem* y de conformidad con lo dispuesto en esta última disposición, los imputados por violaciones contra los derechos humanos no pueden gozar de beneficio procesal alguno y, en este caso, la consecuencia jurídica de la norma contenida en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, pues, los hechos acusados constituían violaciones a los derechos humanos, lo cual, según el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, imposibilitaba que se le otorgara a aquellos beneficio procesal alguno, además de ser imprescriptibles.

Indica la Sala que en el constitucionalismo social existe la tendencia de hacer una inscripción expansiva de los derechos humanos en las Constituciones que ha aparejado una creciente yuxtaposición entre los derechos fundamentales y los derechos humanos; y que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es una muestra de ello; partiendo del mismo fundamento, sólo que la trasgresión de los derechos humanos por personas desprovistas de autoridad supondría un ilícito civil, penal o administrativo, a menos que se trate de conductas auspiciadas, avaladas o toleradas por el gobierno.

Expresan, que otra de las normas contenidas en el precepto constitucional se refiere a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, de las violaciones graves de los derechos humanos y de los crímenes de guerra; y, el juez natural será el juez ordinario, existiendo la imposibilidad de otorgar cualquier beneficio procesal al incurso en alguno de estos delitos, lo cual deriva, por una parte, de que el Estado venezolano firmó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuya normativa

impide cualquier beneficio procesal a los juzgados por genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra o el delito de agresión; tratado internacional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico vigente tal como se desprende de la Gaceta Oficial número 5.507, Extraordinario, del 13 de diciembre de 2000; instrumento legal internacional que bajo circunstancias específicas, vistos los artículos 22 y 23 de la Constitución, puede ser de aplicación preferente, siendo la censura de la consciencia jurídica a la impunidad, lo que impide cualquier despliegue de los efectos jurídicos establecidos en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal. En tal sentido, declara sin lugar el amparo constitucional.

En esa oportunidad se produjo el voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón, quien alegó que tan vigente como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo son los de la libertad personal y la presunción de inocencia, y de acuerdo a ello, los accionantes tenían derecho a ser enjuiciados en libertad; y, que conforme a la sentencia número 537, de 15 de abril de 2005, y que es competencia del legislador y no del intérprete establecer la calificación de hechos como atentados contra los derechos humanos o como delitos de lesa humanidad, surgiendo la presunción que la Sala juzgó de manera contraria a la doctrina que afirmó en su referido fallo y, por ende, obvió la debida tutela al principio de legalidad de los delitos que, como derecho fundamental inherente al debido proceso, reconoce el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución.

Manifestó el disidente, que la Sala, como argumento crucial para la calificación, como atentado a los derechos humanos, que imprimió a los hechos por los cuales se juzga penalmente a los demandantes de amparo, señaló que:

(...) dicho delito constituye una violación al derecho humano a la vida recogido en el artículo 43 de la Carta Magna, razón por la cual considera esta Sala que se verificaron todos los requisitos que establece el artículo 29 del Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para impedir que se les aplique a los accionantes en amparo lo dispuesto en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, razón por la cual la presente acción debe ser declarada sin lugar.

Indica el disidente que la sentencia proscribió la posibilidad de otorgar medidas sustitutivas, lo cual considera absurdo, pues, si las medidas preventivas de restricción a la libertad personal son menos gravosas que la privativa del ejercicio de dicho derecho fundamental, comportan el riesgo de impunidad, no se haya decretado una proscripción general de las mismas, es decir, la prohibición de su aplicación, cualquiera que sea el delito por el cual se juzgue a una persona. De tal manera, resulta inaceptable que si dichas cautelas menos gravosas que la de privación de la libertad conllevan o pueden conllevar el riesgo de impunidad, no se justifica que dicha prohibición no se aplique en los delitos que no sean calificables como atentados a los derechos humanos o delitos de *lesa* humanidad.

Cabe aquí la crítica formulada anteriormente, respecto a la sentencia analizada en el aparte anterior, siendo que este fallo, de igual modo incurre en la errónea interpretación de que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, es un tratado internacional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico vigente, tal como se desprende de la Gaceta Oficial número 5.507, Extraordinario, del 13 de diciembre de 2000, confundiendo la ratificación del tratado con la ejecución de su contenido en el derecho interno, lo cual sólo resulta aplicable respecto de la tipificación de delitos y sanciones, una vez que se dicten las disposiciones legales por parte del órgano parlamentario.

V.5.2.3.- Sentencia número 537, expediente número 04-2533

Dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,²⁵⁰ con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz, en fecha 15 de abril de 2005, en la cual se señaló entre otros aspectos, con referencia a una presunta colisión entre el artículo 19 de la Ley Penal del Ambiente y el artículo 29 de la Constitución, que las acciones para sancionar las violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles; y, que, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuya Ley Aprobatoria entró en vigencia en diciembre de 2000, también establece la imprescriptibilidad de *los delitos de la competencia de esta Corte*, los cuales aparecen enumerados en el artículo 5 del referido Estatuto.

Asimismo señaló, que los conceptos de violaciones a los derechos humanos y crímenes o delitos de lesa humanidad están vinculados por una relación de género a especie, por lo que, la *violación a los derechos humanos*, comprende todas aquellas conductas que, constitutivas de infracción a la Ley, producen la consecuencia de lesión a alguno de aquellos derechos que sean calificables como inherentes a la persona humana.

Expresa la Sala que el principio de legalidad es una manifestación específica del debido proceso, previsto en el numeral 6º del artículo 49 de la Constitución, principio del cual deriva el monopolio legislativo para la descripción de los tipos penales y sólo el legislador tiene competencia para la determinación de cuáles conductas humanas han de ser tenidas como punibles, vale decir, para la configuración de la tipicidad. De allí que, con

²⁵⁰ Ver Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *Sentencia número 537*, expediente número 04-2533.15-04-2005, en: www.tsj.gov.ve.

base al carácter de la tipicidad, que la doctrina reconoce como esencial en la estructura del delito, así como en el principio constitucional de legalidad, de acuerdo con el cual sólo el legislador tiene competencia para la descripción de las conductas punibles y sus correspondientes sanciones penales por lo cual el Tribunal concluye que la calificación de delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad y los efectos jurídico constitucionales de estas conductas, son materia de competencia exclusiva del legislador y no del intérprete.

Por lo tanto, que conforme a esa competencia de legislar, sólo el Poder Legislativo puede establecer cuáles de esas infracciones penales deben ser calificadas como delitos contra los derechos humanos o delitos de lesa humanidad, especialmente para los efectos jurídicos que establezcan la Constitución y la Ley, como la imprescriptibilidad de la acción penal para el procesamiento judicial y la eventual sanción a quienes resulten declarados responsables penalmente por su participación en la comisión de dichos delitos.

Expresa la Sala que con una interpretación teleológica de la Constitución, así como con base en los términos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual, mediante la interpretación de esa jurisdicción constitucional, es ley vigente en Venezuela e, incluso, por tratarse de un tratado relativo a derechos humanos, tiene jerarquía constitucional, en la medida que establece el artículo 23 de la Constitución y, para la Sala, se tendrán como sinónimos los conceptos de delitos contra los derechos humanos y delitos de lesa humanidad.

Añade la Sala, que en Venezuela la Constitución señaló de manera genérica, cuáles delitos son de acción penal imprescriptible en los artículos 29 y 271; extrayéndose del texto de ambas disposiciones que el constituyente sólo tipificó algunas de las conductas punibles respecto de las cuales, por estar inmersas en los conceptos de delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad, no se extingue, por razón del transcurso del tiempo, la acción para procurar el enjuiciamiento de los responsables por la comisión de los mismos, así como la sanción penal a dichos partícipes; por ejemplo, los casos de los delitos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas y los crímenes de guerra, contrario a los tipos penales en blanco y al principio de legalidad, ratificado por el legislador internacional a través del artículo 9 del Estatuto de Roma.

Esta decisión resulta de mayor consonancia con el resto del sistema constitucional, al acoger el principio de legalidad en materia penal, conforme al numeral 6º del artículo 49 de la Constitución. Sin embargo, realiza falsas abstracciones que no prevé ninguna de las disposiciones constitucionales citadas, por ejemplo, en la Constitución no se establece como delito de lesa humanidad al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, por lo que, la sentencia comentada igualmente incurre en falso supuesto de derecho, ya que el artículo 29 no describe conductas delictivas, sino que, como norma programática requiere que el legislador realice dicha tarea; aún en el caso de los artículos 31 y 32 de la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que con relación a delitos cometidos por la delincuencia organizada, establecen que para estos delitos no habrá beneficios procesales. Del mismo modo, el artículo 69 de la Ley contempla la imprescriptibilidad de las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contemplados en los artículos 31, 32 y 33, *ejusdem*.

Lo más relevante del fallo es la falta de uniformidad e inseguridad jurídica que genera este tipo de decisiones contradictorias, más aún, cuando emanan de la Sala Constitucional de nuestro máximo órgano judicial y que buscan emitir criterios interpretativos de las normas de rango constitucional, entre las cuales se debe suponer que no existen contradicciones, de manera que tales interpretaciones jamás deben ser aisladas sino de manera conjunta y armonizada para no generar ningún tipo de duda en la colectividad a quien van dirigidas.

V.5.3.- Persecución del delito dentro del marco de la jurisdicción venezolana

En Venezuela, el Código Penal en su artículo 4, numeral 9°, establece la posibilidad de extender la jurisdicción interna a sucesos acaecidos fuera de sus fronteras territoriales, cuando se trate de delitos contra la humanidad, aunque no define a qué se refiere con este señalamiento, más aún cuando en la legislación penal interna no aparecen previstos, por ejemplo, delitos de lesa humanidad, ni genocidio; sino sólo la agresión, en los términos que ya fueren señalados en este capítulo como delito contra el Derecho internacional, en los artículos 152 y 153 del Código Penal, no siendo reformados en el año 2005, y que contemplan dentro de los supuestos de este delito la organización de ataques desde Venezuela contra otro Estado.

Se puede observar cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con las sentencias aquí analizadas, pretende suplir la omisión legislativa de la Asamblea Nacional, procediendo a legislar en materia penal, función reservada al órgano legislativo del Poder Público, a fin de tipificar esas conductas calificadas internacionalmente como delitos contra la humanidad; además de notarse un desconocimiento de las diferencias entre

una y otra, a partir del análisis del artículo 29 constitucional, cuando la Sala considera, por ejemplo, que los delitos de lesa humanidad son equivalentes a los crímenes de guerra. La Sala Constitucional mediante estos y otros fallos, estableció que los delitos contemplados en Estatuto de Roma son legislación positiva y por lo tanto aplicables de manera directa dentro del territorio nacional; cuando en realidad, sólo de manera residual, Venezuela podía castigar este tipo de conductas, por ejemplo, en el caso de la tortura, por ser Estado Parte del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, incorporado por ley en 1960, de manera que, este supuesto de delito de lesa humanidad sería sancionable no así otras conductas. Además, al suscribir el Estatuto de Roma, sin ningún tipo de observaciones ni reserva, permitiría a un Estado extranjero aperturar un juicio por un delito de esta naturaleza ejecutado en Venezuela.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, fue suscrito por la representación diplomática de Venezuela el 17 de julio de 1998, siendo el primer país Latinoamericano que ratificó el Tratado y se le dio el tratamiento requerido para todos los tratados internacionales, por ley aprobatoria del 13 de diciembre de 2000, publicada en la Gaceta Oficial número 5.507 Extraordinario,²⁵¹ mediante una única disposición en la cual se indica: “*Se aprueba en todas sus partes y para que surta efectos internacionales en cuanto a Venezuela se refiere, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, concluido en la ciudad de Roma, Italia, el 17 de julio de 1998*”, dando la impresión que se trata de una simple ratificación del compromiso asumido internacionalmente; sin atribuirle legitimidad en cuanto a la tipificación penal, pues no puede otorgarse carácter de norma positiva, ya que al remitirse al artículo 29 constitucional que habla de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y delitos contra los

²⁵¹ Ver: www.asambleanacional.gob.ve/index.php?option=com...task.... Revisado: 24-04-2008. 20:35 h.

derechos humanos, la misma es una disposición programática y por reserva legal, el establecimiento de normas de carácter punitivo corresponde únicamente a la Asamblea Nacional.

El artículo 1 de la Ley Aprobatoria de Estatuto, se limita a la aprobación para que los tratados surtan efectos internacionales, pero no puede entenderse en el sentido de que sea asumida como norma positiva interna; y, referente a la forma de elaborar las normas de carácter punitivo, se requerirá, en consecuencia, que se realice la respectiva reforma de la ley penal incluyendo los tipos penales y las penas, todo de conformidad con los artículos 131, 49.6, 202, 204, 207, 208, 213, 214, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos 1 y 3, del Código Penal.

Debería entenderse entonces, que tampoco Venezuela, pudiera extender el fuero jurisdiccional a casos ocurridos fuera de su territorio, salvo que se tratara de situaciones de extraterritorialidad reconocidas internamente y que pudieran perseguirse conforme a los principios de defensa y protección, jurisdicción complementaria o justicia sustitutoria y personalidad activa o pasiva. En cuanto a las normas relativas a la colaboración internacional, sólo algunas normas del Código Orgánico Procesal Penal, establecen la posibilidad de apoyar la colaboración judicial y el hecho de que los tribunales venezolanos conozcan de aquellos asuntos, especialmente el artículo 55 relacionado con la competencia ordinaria en materia penal y lo previsto en el artículo 201, referido a los exhortos, correspondiendo al Ministerio Público solicitar esta actividad probatoria.

CAPÍTULO VI

DOBLE NATURALEZA DEL DELITO DE AGRESIÓN

VI.1.- Límites jurisdiccionales. Competencia para conocer hechos constitutivos de agresión

Como principio, la jurisdicción penal de los Estados debe ejercitarse sobre la base de la aplicación territorial de sus leyes y, por ende, de la competencia de sus tribunales nacionales. Esto se conoce como principio de la *territorialidad*, y se corresponde con el respeto a la soberanía de los Estados y con un orden jurídico internacional donde prime el respeto mutuo entre las naciones.

Debe tenerse claro que la *jurisdicción del Estado* está determinada por el Derecho Internacional Público y así lo señaló la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1927 –hoy Corte Internacional de Justicia- en el caso *Lotus*, en virtud del principio de la igualdad soberana de los Estados, indicando que: (...) *el Derecho Internacional Público regula las relaciones entre Estados independientes (...)*. Por tal motivo, por encima de cualquier otra disposición están las normas jurídicas que obligan a los Estados y que emergen de acuerdos emanados de la propia voluntad de éstos; y, a falta de una regla permisiva contra la restricción que el propio Derecho Internacional impone, no pueden los Estados ejercer su poder de ninguna manera, en el territorio de otro u otros Estados.²⁵²

²⁵² Corte Permanente de Justicia Internacional. Series A, No. 10. S.S. *Lotus (France v. Turkey)*, Judgment, 7 September 1927, 2, pp.19 y ss.

Ello sin embargo, no excluye que los Estados puedan extender la aplicación de sus leyes y la competencia de sus tribunales en razón de la materia respecto a personas, propiedades y actos fuera de su territorio, lo cual no afecta la soberanía; siempre que no exceda los límites del Derecho Internacional Público, todo de conformidad con el principio de igualdad y libertad soberana de los Estados. Es decir, que el margen de discrecionalidad estará directamente vinculado con que la pretensión esté en armonía con el Derecho Internacional Público, lo cual abarca desde la práctica de los Estados hasta los principios de no intervención y proporcionalidad, todo lo cual excluye los intereses meramente políticos o económicos.

Con fundamento en el principio de Universalidad de la protección de los derechos de la persona y la adopción de los principios de relatividad de la soberanía y pertenencia de la persona a una sociedad o comunidad internacional, el principio de territorialidad acepta varias excepciones y en la actualidad, todos los sistemas jurídicos admiten que su jurisdicción pueda ejercitarse extraterritorialmente.

Como ya se señalara en el Capítulo II,²⁵³ algunas legislaciones nacionales han establecido que cuando sus ciudadanos son víctimas de delitos fuera de su ámbito territorial, pueden iniciar proceso judicial contra sus presuntos autores, siendo que esta potestad se ejercita cuando los responsables no han sido juzgados en el territorio donde la infracción ha tenido lugar o no lo han sido adecuadamente. Este Principio se conoce como

²⁵³ Ver Capítulo II. II.2.-Jurisdicción universal y soberanía, pp 104 y 105.

de la personalidad pasiva, reconocido en diversas convenciones de vigencia universal o regional, como fundamento legal para el ejercicio de la jurisdicción estatal. En otros casos la jurisdicción de los Estados se ejercita extraterritorialmente cuando los nacionales perpetran ciertos crímenes en el extranjero y aquél asume para sí la competencia para la persecución penal, lo cual se conoce como principio *de la personalidad activa* o *de la nacionalidad*, que adquiere su *ratio legis* en la circunstancia de que numerosos países prohíben la extradición de sus nacionales y, ante tal hecho, deben obligarse como contrapartida a juzgarlos en su propio territorio, aun cuando el delito hubiese sido cometido fuera de sus fronteras, de manera tal de satisfacer la pretensión punitiva.

El delito de agresión, conforme a lo previsto en el Código Penal venezolano, es considerado por el legislador patrio como un delito contra el Derecho Internacional (antes *derecho de gentes* o *iure gentium*), y comporta la sanción por parte de los tribunales internos de aquellas personas que ejecuten actos preparatorios dentro de la nación con la finalidad de ejercer agresión a la integridad y soberanía de otra u otras naciones amigas, por lo que debe entenderse que se trata de actos ejecutados en tiempos de paz, no procediendo exigir el cumplimiento del Derecho Internacional de los Conflictos Armados o Humanitario sino el Derecho Internacional en sus usos y costumbres así como sus principios y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Como fuere señalado, se entiende por *Jurisdicción Universal* aquella que, sin tomar en consideración el territorio en que se ha cometido el crimen o la nacionalidad de la víctima o del victimario o si se han afectado intereses nacionales, desentendiéndose de toda circunstancia fáctica, atribuye jurisdicción a los tribunales de todos los estados en razón de la naturaleza

misma del delito involucrado; aceptando como principio rector que determinados delitos graves, que conciernen a la humanidad, puedan estar sometidos a la jurisdicción de todos los Estados, es decir, los llamados *crímenes internacionales - criminis iuris gentium-* o, *crímenes de Derecho Internacional*, pues su ejecución, afecta al género humano en su conjunto, excediendo el marco de las sociedades locales. Según la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas, se consuma un crimen de Derecho Internacional al existir una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano. En este caso, la *Jurisdicción Universal*, para unos constituye una excepción al principio de la *territorialidad*, mientras que otros niegan dicha condición afirmando que esa modalidad constituye el principio rector en los crímenes de Derecho Internacional.

El ejemplo que mayormente se conocía a nivel internacional fue el delito de piratería que a pesar de estar previsto en las leyes nacionales, era considerado como *hostis humana generis*. La piratería, siendo la manifestación más palpable en los tiempos en que surgen las normas de Derecho Internacional, constituyó el arquetipo para permitir la habilitación de la jurisdicción universal; en tal virtud, cualquier Estado que capture a los presuntos responsables puede ejercer sobre ellos su jurisdicción penal.

El Tribunal de Nüremberg, luego de la II Guerra Mundial, afirmó en su sentencia que el juzgamiento mismo de los principales responsables del nazismo podía haber sido realizado por cualquier Estado individualmente. Posteriormente, este principio ha sido atribuido a otros crímenes de Derecho Internacional, por medio de convenciones, como el secuestro de aeronaves, el sabotaje, el apartheid, el terrorismo, los delitos cometidos contra personas internacionalmente protegidas, y la tortura, entre otros.

En el proceso penal militar a *Eichmann*, los tribunales de Israel ejercitaron jurisdicción universal y afirmaron que en razón de su misma naturaleza los crímenes de guerra y contra la humanidad exceden el marco de las fronteras y las leyes nacionales, siendo objeto del orden internacional de las naciones, bajo el cual deben estar comprendidos. En el caso citado, los tribunales ejercitaron su competencia sobre hechos ocurridos en el extranjero, por extranjeros, sobre ciudadanos que no revestían entonces nacionalidad israelí y sin afectar los intereses vitales de dicho Estado.

La Corte Internacional de Justicia, órgano de las Naciones Unidas, ha destacado la jurisdicción universal, señalando que los derechos y obligaciones consagrados por la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes* y la obligación de cada Estado de impedir y castigar el crimen de genocidio no está limitada territorialmente por la Convención; en tanto que, el proyecto de *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, que en 1996 elaboró la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, establece en su artículo 8 que sin perjuicio de las jurisdicción de una corte penal internacional cada Estado Parte adoptará todas las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes que el código define (agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes contra las Naciones Unidas y su personal asociado y crímenes de guerra), sin importar el lugar de su comisión o la nacionalidad de quienes los hubieren perpetrado. La Corte Internacional de Justicia, ha señalado que existen principios universales y bien reconocidos por las naciones civilizadas como marco del Derecho Internacional, que constituyen consideraciones elementales de la humanidad.²⁵⁴

²⁵⁴ Así lo estableció la Corte Internacional de Justicia en la decisión de mérito en el proceso incoado por el Reino Unido contra Albania, caso del Canal Corfú, el 9 de Abril de 1949, Ver: [//www. icj-cij.org/icjwww/icasas/icc/icc_ijudgment/iCC_ijudgment_19490409.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/icasas/icc/icc_ijudgment/iCC_ijudgment_19490409.pdf). Rev. 24-11-2008, 9:45 h; y en la decisión de

Tomushat, sostiene que el Derecho Internacional Público se constituye en Constitución de la comunidad internacional y que el reconocimiento de una categoría distinta de reglas proporciona la prueba más tangible de la existencia de una comunidad internacional fundamentada en premisas axiomáticas distintas a la soberanía del Estado,²⁵⁵ debiendo tratarse de normas de carácter imperativo y que sólo pueden ser modificadas por normas posteriores que emanen del propio Derecho Internacional y que, sean aceptadas y reconocidas por todos los Estados, principio establecido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual dispone:

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.

Lo cual quiere decir, que dicha modificación se produciría por una norma posterior pero de carácter general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional.

En materia penal, a nivel internacional, el principio de territorialidad no es absoluto y contiene reglas para determinar la competencia del Estado,

mérito en el proceso referido a las actividades militares y paramilitares en contra de Nicaragua contra Estados Unidos de América, del 27 de junio de 1986; en: www.icj-cij.org/homepage/sp/icjrules.php - Revisado: 12-11-2008. 11:00 h.

²⁵⁵Christian Tomushat. *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law.* Humboldt University, Berlin, Germany. 2001, pp 72 y ss.

que son: La nacionalidad, la protección y la personalidad pasiva. El de nacionalidad es llamado principio de personalidad activa, permite (permitiendo) al Estado ejercer la jurisdicción de sus nacionales aun fuera de su territorio, a fin de evitar la impunidad de quienes cometen delitos en el extranjero y persiguen sustraerse a la persecución refugiándose en el Estado de su nacionalidad, con la esperanza de evitar su extradición.

Por su parte, el principio de protección, permite al Estado castigar los delitos cometidos fuera de los límites territoriales, sin importar la nacionalidad del autor, siempre que estos lesionen sus intereses o afecten a la seguridad del Estado, cuando se vean amenazados intereses fundamentales; y que, no se observe interés de enjuiciar los hechos por parte del Estado, en cuyo territorio se cometa el delito. Asimismo, el principio de personalidad pasiva, que faculta al Estado para perseguir los delitos cometidos por no-nacionales fuera de su territorio cuando las víctimas de tales hechos sean sus ciudadanos nacionales, similar a lo ocurrido en el caso Lotus, resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el año 1927.²⁵⁶

El Preámbulo del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, adoptado en la Conferencia de Plenipotenciarios el 18 de Julio de 1998, señala entre otros aspectos, lo siguiente: *Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales.*²⁵⁷ Sin embargo, la práctica judicial de los Estados demuestra que el ejercicio de este tipo de jurisdicción es poco frecuente, pues de ordinario intereses de naturaleza política han interferido y consagrado -como norma- la impunidad de los responsables de los crímenes internacionales, como veremos al analizar el caso de Timor Oriental.

²⁵⁶ Corte Permanente de Justicia Internacional. *Op cit.*, pp.19 y ss.

²⁵⁷ Organización de Naciones Unidas. 1998. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Preámbulo.

Desde los Convenios de Ginebra se estableció que todos los Estados Parte tienen sobre sí el deber de juzgar a los responsables de dichos crímenes contra la humanidad o de extraditarlos o transferirlos, para que otro Estado o tribunal internacional pueda hacerlo, en aplicación del principio *aut dedere aut iudicare*. Si bien de la letra de los Convenios no se desprende expresamente que la jurisdicción universal deba ejercitarse sea cual fuere el lugar en que se cometió la infracción, ello ha sido siempre entendido de esa manera.

El Tribunal de Nüremberg, estableció la enumeración de los delitos graves contra la humanidad en crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad; y señaló, que éstos son sancionables aún si las leyes locales de los Estados donde hubieren ocurrido no condenaran esos actos, pues se consideraba que constituían, por su propia naturaleza, *crímenes contra el Derecho Internacional en su conjunto* y no contra la normativa nacional del territorio donde hubieren sido perpetrados.

En 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una resolución con la cual hizo suyos y convalidó expresamente los principios que guiaron al Tribunal de Nüremberg en los procesos judiciales que siguiera contra los jefes del nazismo y las sentencias por él dictadas. De ello se desprende que las masacres y exterminios o la persecución religiosa o racial, constituían crímenes con independencia, en definitiva, de la existencia de una norma o convención escrita aceptada por los Estados, pues así lo consagraba la práctica entre las naciones civilizadas. Por otra parte, en los *Principios de Derecho Internacional Reconocidos en la Carta y Sentencia del Tribunal de Nüremberg*, que fueron adoptados por la Comisión de Derecho

Internacional de las Naciones Unidas, se consideraron como crímenes contra la humanidad: La agresión, el asesinato, el exterminio, el sometimiento a esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos realizados contra una población civil. Igualmente, la persecución política, racial o religiosa, por estar vinculados a algún crimen contra la paz o un crimen de guerra.

Asimismo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, ha explicado que: *Es actualmente aceptado como regla del Derecho Internacional consuetudinario que los crímenes contra la humanidad no requieren conexión alguna con un conflicto armado de carácter Internacional (...).*²⁵⁸ En tanto que, el artículo 3 del *Estatuto del Tribunal Ad Hoc para Ruanda* difiere de la definición consagrada por el artículo 5 del Estatuto que rige el anterior Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. En efecto, ante el tribunal con sede en Arusha, Tanzania, se exige que los crímenes contra la humanidad hayan sido cometidos (...) *como (...) parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil*²⁵⁹ y ya no se exige que los mismos hayan sido perpetrados *durante un conflicto armado*, como si lo era en la Carta del Tribunal de Nüremberg, con base a los protocolos adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, señala que los crímenes contra la humanidad se distinguen de los delitos comunes, pues constituyen (...) *los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad Internacional en su conjunto;*²⁶⁰ además de ser actos u omisiones practicados de manera generalizada o sistemática contra una población civil. En este sentido hay acuerdo en señalar que dichos actos deben estar

²⁵⁸ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia en Apelación del 07 de octubre de 1997. www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_164.pdf. Revisado: 02-02-2007. 21h.

²⁵⁹ Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/955 (1994). En: www.icrc.org > ... > Bases de datos de DIH. Revisado: 15-11-2008. 10:50 h.

²⁶⁰ Organización de Naciones Unidas. 1998. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

dirigidos contra una parte o porción de la población civil de un país o región; y, el término *sistemático*, se refiere a que los crímenes deben llevarse a cabo de acuerdo a un cierto plan preconcebido.

Cassese señala que el Preámbulo del Estatuto de Roma:

*(...) apenas explicita ese universalismo; sólo expresa la conciencia de que todos los pueblos están unidos por lazos estrechos y sus culturas forman un patrimonio común y afirma de entrada que los crímenes más graves no pueden quedar impunes, sin definir el concepto – eminentemente relativo y subjetivo sin embargo- de gravedad.*²⁶¹

En tal sentido, se cuestiona si surgirá el debate entre universalismo y relativismo de los valores, al momento de juzgar estos crímenes internacionales.

En el terreno de los crímenes de Derecho Internacional o delitos contra el *derecho de gentes*, en virtud de la naturaleza de los mismos, la extraterritorialidad equipara y aún desplaza a la territorialidad como base para el ejercicio jurisdiccional. Por su parte, la jurisdicción universal es un principio que reviste jerarquía constitucional en lo que a los crímenes graves contra la humanidad se refiere y junto con otros ilícitos internacionales consagrados en otros convenios, poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias. De allí que la competencia universal no sólo se justificaría por la naturaleza de estos hechos sino porque ofenden a toda la comunidad internacional; y, cada miembro de esa comunidad pudiera perseguirlos y castigarlos, conforme a los Principios de Princeton en Jurisdicción Universal, elaborados por un grupo de juristas anglosajones en la ciudad de ese nombre, en Estados Unidos de Norteamérica, en el año 2001 y que proponen

²⁶¹ Antonio Cassese. *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Grupo Editorial Norma S.A., Bogotá, Colombia, 2004, p. 15.

una jurisdicción universal, que puede ser incluso *absoluta* al estilo belga y español.

Conforme a estos principios, se autoriza a las jurisdicciones nacionales a pronunciarse sobre persecuciones penales iniciadas contra cualquier persona acusada de graves crímenes contra la comunidad internacional, aún sin exigir que la persona esté aunque sea de paso en el territorio de ese Estado, siendo el único requisito que alguien presente una denuncia o requiera la apertura de la investigación. Sin embargo, esto pudiera constituirse en violación de garantías procesales y derechos humanos, tales como el derecho a la defensa, ya que, de no ser extraditado el autor de los hechos y llevarse el proceso en su ausencia, aún en caso de contumacia, le impediría ejercer su defensa y el control de la prueba, indicando que lo más recomendable es no aplicarlo de manera absoluta sino tener como requisito mínimo que el presunto autor de los hechos se encuentre en el territorio donde va a ser juzgado, ya sea por sí, o por medio de extradición, conforme al principio *forum deprehensionis*.

También resultaría favorable, que cada Estado tuviera competencia internacional dentro de su jurisdicción nacional, a objeto de poder juzgar con base a los instrumentos internacionales; y que existiera el compromiso de cada Estado para con la comunidad internacional de verse en la obligación de realizar tales juzgamientos, en tanto que, la Corte Penal Internacional, en base a su principio de complementariedad, actuara sólo ante la omisión de proceder a nivel interno o cuando las situaciones sean de tal complejidad que requieran una mayor cooperación internacional, por ejemplo, que la prueba deba colectarse en varios Estados porque las acciones igualmente se ejecutaron contra varias naciones.

En Alemania, conforme al artículo 17 del Estatuto, se abarca cualquier forma de jurisdicción extraterritorial y la jurisdicción universal. De modo que un Estado que no tiene ningún vínculo real con el crimen o sospechoso por la comisión del delito, podría demandar la actuación con base en el principio de jurisdicción universal, si se trata de un crimen internacional y por lo tanto, estaría amparado por este principio, teniendo preferencia para el enjuiciamiento sobre la Corte. Por ejemplo, en el caso de Pinochet, varios Estados como España y Alemania, invocaron el principio de jurisdicción universal para enjuiciar a Pinochet ante sus tribunales nacionales y, la interpretación tomada por la Oficina del Fiscal y por la Comisión Internacional de Investigación en Darfur.

Si todos los Estados asumieran esta posición, dejaría a la Corte Penal Internacional sin casos, dado que todos los crímenes de la competencia material de la Corte son objeto, de jurisdicción universal, y podrían, por lo tanto, ser enjuiciados por los Estados. Sin embargo, la ley alemana combina este aspecto con una serie de normas procesales y sustantivas, como el Código Alemán de Derecho Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*, (*VStGB*), que dispone en su sección § 1, un amplio principio de jurisdicción universal, indicando que: *Este código se aplica a todas las ofensas penales contra el Derecho Internacional descritas conforme a esta ley, como atentados graves, incluso cuando la ofensa fue cometida en el extranjero y no guarde relación con Alemania.*²⁶² Esta norma refleja la visión alemana de que para los crímenes más graves contra la humanidad debe aplicarse el principio de jurisdicción universal absoluta. Sin embargo, ello fue limitado por la sección 153, literal f, subsección 1, y subsección 2 numerales 1 y 2, del

²⁶² "Völkerstrafgesetzbuch (VStGB). Teil 1: Allgemeine Regelungen. § 1 Anwendungsbereich: Dieses Gesetz gilt für alle in ihm bezeichneten Straftaten gegen das Völkerrecht, für die in ihm bezeichneten Verbrechen auch dann, wenn die Tat im Ausland begangen wurde und keinen Bezug zum Inland aufweist." Bundesministeriums der Justiz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH -www.juris.de. Revisado: 24-08-2009. 9:15 h.

Código de Procedimiento Penal alemán,²⁶³ mediante el cual el fiscal puede dispensar el enjuiciamiento si el acusado no está presente; y, si el acusado es alemán, sólo se aplica si la ofensa esté siendo enjuiciada por una corte internacional o por un Estado en cuyo territorio la ofensa se cometió o si un nacional de ese Estado fue el agraviado; también cuando no hay sospecha de que un alemán cometió el delito o el mismo no fue cometido contra un alemán o; el delito está siendo procesado por la Corte Penal o por otro Estado en cuyo territorio se cometió el delito.

En España, la Sentencia del Tribunal Constitucional español de octubre 2005, relacionada con la demanda interpuesta por Rigoberta Menchú y otros por las masacres contra el pueblo de Guatemala,²⁶⁴ declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto acceso a la jurisdicción, y, anuló el auto del Pleno de la Audiencia Nacional de diciembre de 2000 y la sentencia del Tribunal Supremo de febrero 2003, reponiendo la causa al estado de dictar nueva decisión sobre el derecho vulnerado, ya que los accionantes denunciaron ante la jurisdicción española la ocurrencia de actos contrarios a la humanidad, especialmente el genocidio cometido en territorio guatemalteco contra nacionales de ese Estado y nacionales del Estado español.

España, en la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial de 1985, señala que la competencia de la jurisdicción española puede extenderse a

²⁶³ Bundesministeriums der Justiz. (2009). Strafprozeßordnung (StPO): "§ 153f (1) Die Staatsanwaltschaft kann von der Verfolgung einer Tat, die nach den §§ 6 bis 14 des Völkerstrafgesetzbuches strafbar ist, in den Fällen des § 153c Abs. 1 Nr. 1 und 2 absehen, wenn sich der Beschuldigte nicht im Inland aufhält und ein solcher Aufenthalt auch nicht zu erwarten ist. Ist in den Fällen des § 153c Abs. 1 Nr. 1 der Beschuldigte Deutscher, so gilt dies jedoch nur dann, wenn die Tat vor einem internationalen Gerichtshof oder durch einen Staat, auf dessen Gebiet die Tat begangen oder dessen Angehöriger durch die Tat verletzt wurde, verfolgt wird. (2) Die Staatsanwaltschaft kann insbesondere von der Verfolgung einer Tat, die nach den §§ 6 bis 14 des Völkerstrafgesetzbuches strafbar ist, in den Fällen des § 153c Abs. 1 Nr. 1 und 2 absehen, wenn 1. kein Tatverdacht gegen einen Deutschen besteht, 2. die Tat nicht gegen einen Deutschen begangen wurde," /www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf Vom 30. Juli 2009. Revisado: 24-08-2009. 10:00 h.

²⁶⁴ Ver sentencia en www.derechos.org/nizkor/guatemala/.../tcgtn.htm. Revisado: 28-08-2009. 7:50 h.

hechos cometidos por cualquier persona y en cualquier lugar, si se pueden calificar tales hechos según la ley penal española como infracción susceptible de persecución en España, en virtud de los tratados y de los convenios internacionales.

Con base a lo anterior, el Tribunal Constitucional activó la Jurisdicción Universal a partir de la ocurrencia de actos que se consideran típicos penales en la regulación penal española y calificados de genocidio aunque habían sido cometidos fuera de su territorio y señala el tribunal que el artículo 23.4 insta el principio de jurisdicción universal absoluta.²⁶⁵ Para ello, parte de lo contemplado en el Convenio Internacional sobre Genocidio y analiza, a partir de lo preceptuado en el artículo VI, que los Estados están obligados a perseguir el delito de genocidio y juzgar a los autores por la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se cometió o en su defecto ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

La Ley belga sobre infracciones graves del 16 de junio de 1993, como lo indica David,²⁶⁶ contempla como crímenes de guerra, algunas violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas

²⁶⁵ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado (B.O.E.) España (ed.): Ley Orgánica 10/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 de 2 de julio, del poder judicial (B.O.E., número 309 26-12-2003) (pdf) (26-12-2003). Artículo 23.

"1. En el orden penal corresponderá la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte.

2. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

- a. Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.*
- b. Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.*
- c. Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda."* Revisado: 10-10-2009. 11:00 h.

²⁶⁶ Eric David. La loi belge sur les crimes de guerre. *Revue belge de droit international*, vol. XXVIII, 1995, pp. 668-671.

durante un conflicto armado no internacional. Indica el autor, que el artículo 7 de la misma ley se declara que la competencia de la jurisdicción belga no tiene limitación territorial y no exige vínculo alguno de nacionalidad. Las nuevas competencias conferidas a las jurisdicciones belgas pueden considerarse compatibles con las normas del Derecho Internacional, siempre y cuando las acciones emprendidas contra los actos o las omisiones de un extranjero en el extranjero, en una situación de conflicto interno, estén sujetas al principio de legalidad, y en particular, a la condición de doble incriminación.

Suecia y Finlandia, prevén la competencia de la jurisdicción nacional en caso de delitos contra el Derecho Internacional Humanitario. Por otra parte, el Código Penal suizo establece que las jurisdicciones militares nacionales pueden pronunciarse sobre violaciones del derecho humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales, incluso si dichas violaciones han sido cometidas en el extranjero y no afectan directamente a los intereses de la Confederación Suiza.²⁶⁷

El artículo 551 del Código Penal nicaragüense,²⁶⁸ permite la incriminación de cualquier violación del derecho humanitario, si se comete, según los términos de la propia disposición, en tiempo de guerra internacional o civil. En tanto que los artículos 12 y 356 del Código Penal ruso del 13 de junio de 1996, se refieren a las conductas prohibidas en virtud de los tratados en los que la Federación Rusa es parte y se prevé la extensión de la competencia de las jurisdicciones rusas fuera del territorio y a

²⁶⁷ Thomas Graditzky. La responsabilidad penal por violación del Derecho Internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional. Comité Internacional de la Cruz Roja.31-03-1998 Revista Internacional de la Cruz Roja No 145, marzo de 1998, pp. 31-61. En: <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/html/5TDLKB>. Revisado: 10-09-2008. 6:23 h.

²⁶⁸ En: Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. Ley N° 641. www.poderjudicial.gob.ni/arc-pdf/CP_641.pdf. Revisado: 24-09-2008.4:10 h.

los no nacionales, si los intereses de la Federación se ven afectados o si en un acuerdo internacional se estipula tal extensión.²⁶⁹

Los artículos 241 y 242 del Código Penal portugués, abarcan algunos aspectos del derecho humanitario: Los crímenes de guerra contra personas civiles y la destrucción de monumentos. Sin embargo, en el artículo 5 se estipula la competencia extraterritorial, no circunscrita a nacionales, solamente en algunos casos expresamente establecidos o cuando se impone dicha competencia de conformidad con el Derecho Internacional convencional.²⁷⁰

De allí, que aun cuando el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ha establecido la figura rectora y las conductas que se subsumen en el tipo penal de la agresión pero no puede ser aplicado hasta después de 2017, no es menos cierto que a nivel internacional, existe una amplia gama de disposiciones de rango jurídico y consuetudinario, que resulta difícil o imposible sustraerse de la persecución por este tipo de hechos, ya que de no haber suscrito por ejemplo, el Estatuto de Roma, posiblemente se haya suscrito la *Convención de Viena sobre el Derecho de Los Tratados o la Carta de la Organización de Estados Americanos* o alguno de los tratados de resolución pacífica de controversias, que de alguna manera u otra obliguen al Estado a responder a nivel internacional; y aún, en virtud del principio de justicia universal, cualquier Estado afectado directa o indirectamente por un acto que tenga este carácter; y, que este tipo de atentados ponen en peligro la paz internacional, puede iniciar el proceso penal contra los autores de estos delitos, aun conforme al derecho interno. De esta manera cabe afirmar, que de existir verdadera voluntad para castigar

²⁶⁹ Thomas Graditzky. *Op. cit.* Revisado: 10-09-2008. 9:50 h.

²⁷⁰ *Ibíd.* Revisado: 10-09-2008. 10:00 h.

estas conductas, ello resultaría posible, siempre y cuando exista voluntad política de sancionar estos actos proscritos y castigables por el Derecho Penal Internacional.

Pudiera asumirse, en principio, que el ejercicio de la competencia se determina por el lugar de comisión más que en la naturaleza o gravedad del delito, a fin de proteger intereses que comunes a todos los Estados, y de allí que cada Estado tiene competencia para actuar fuera de sus límites en casos como en tomas de rehenes, personas internacionalmente protegidas, secuestro de aviones y de transporte marítimo. Con la Corte Penal Internacional, se ha construido un sistema de responsabilidad penal internacional para el individuo, distinto al régimen de responsabilidad internacional de los Estados, a cargo de la Corte Internacional de Justicia.

VI.2.- Responsabilidad del Estado

Ante la problemática surgida con relación a la falta de aplicabilidad de las conductas constitutivas del tipo penal de agresión, queda la vía de acudir a la Corte Internacional de Justicia, es decir, empleando la vía del Derecho Internacional Penal, a fin de denunciar actos de agresión pero en contra del Estado y no de manera personal.

La Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, es un órgano de carácter judicial perteneciente a las Naciones Unidas, por lo cual, su Estatuto pasó a formar parte de la Carta de las Naciones Unidas. La Corte, creada en 1945 y sustituyó desde 1946, a la Corte Permanente de Justicia Internacional. Está integrada por quince magistrados elegidos por la

Asamblea General y el Consejo de Seguridad. Se los elige por sus méritos y cumplen mandatos de nueve años pudiendo ser reelegidos.

Las funciones de la Corte Internacional de Justicia son las de resolver, por medio de sentencias, las disputas que le sometan los Estados, conforme a su procedimiento contencioso; y, emitir dictámenes u opiniones consultivas para dar respuesta a cualquier cuestión jurídica que le sea planteada por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad; o, por las agencias especializadas que hayan sido autorizadas por la Asamblea General. A este organismo puede recurrir cualquier Estado de las Naciones Unidas o que aún no habiendo sido parte, puede serlo en el Estatuto de la Corte en las condiciones que en cada caso determine la Asamblea General, por recomendación del Consejo de Seguridad.

La jurisdicción de la Corte abarca los litigios que los Estados le sometan y los asuntos contenidos en la Carta de las Naciones Unidas o en tratados y convenciones vigentes. Un Estado queda obligado a aceptar la jurisdicción de la Corte mediante la firma de un tratado o convención en que se estipula que el caso sea sometido a la Corte o mediante una declaración especial en ese sentido.

Según el artículo 38 del Estatuto de la Corte,²⁷¹ la misma aplica en sus decisiones:

a) Las convenciones internacionales que establecen reglas reconocidas por los Estados litigantes,

²⁷¹ Organización de las Naciones Unidas. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. www.icj-cij.org/homepage/sp/. Revisado: 14-12-2008. 13:h.

b) La costumbre internacional como prueba de una práctica general aceptada como ley,

c) Las decisiones judiciales y la doctrina de los autores más calificados de los distintos países, como medio subsidiario para la determinación de las reglas jurídicas y

d) La equidad.

Las decisiones de la Corte, con fundamento en el artículo 59 del Estatuto sólo obligan a las partes en litigio, siendo el fallo definitivo e inapelable; y, en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, conforme al artículo 60 *ejusdem*.

VI.3.- El caso Nicaragua

Un ejemplo de lo expuesto anteriormente, ocurrió en la acción interpuesta por Nicaragua en contra de los Estados Unidos de Norteamérica, ante el Tribunal Internacional de Justicia. De conformidad con la ley internacional y las obligaciones establecidas en los tratados, el Tribunal Internacional de Justicia emitió la orden a Estados Unidos de poner fin a su *uso ilegal de la fuerza* y de pagar a Nicaragua reparaciones sustanciales. Estados Unidos argumentó que tenía derecho de (...) *reservarse la capacidad de determinar si ese tribunal tiene jurisdicción sobre Estados Unidos en cada caso particular*; y consideró que la Corte Internacional de Justicia no era competente y que en este caso, el de los ataques contra

Nicaragua, correspondía (...) *esencialmente a la jurisdicción interna de Estados Unidos.*²⁷²

Haciendo un recorrido sobre los hechos acaecidos desde 1980, se produjo una agresión militar de los Estados Unidos contra Nicaragua a través de las fuerzas contrarrevolucionarias, dirigidas por ex-miembros de la guardia nacional somocista, que en el año 1983 se refuerza afectando la economía nicaragüense, para desarticular la base social de la revolución sandinista. Las pérdidas en estos cinco años, se aproximaron a las ganancias de un año de exportaciones y el total de las pérdidas a casi la mitad de ellas. El nivel de vida de la población se redujo aumentando la inversión del presupuesto en el área de defensa, afectando los servicios sociales con un incremento de los impuestos.

En zonas como Matagalpa, Jinotega, Las Segovias, Chontales, Costa Atlántica y Río San Juan, vivía aproximadamente una tercera parte de la población nacional y una cuarta parte de ella fue desplazada por la guerra, obligando a los campesinos a abandonar sus tierras, destruyendo escuelas y asesinando a ciento cuarenta y nueve maestros entre 1980 y 1984; fue bloqueado el servicio de salud y la movilización sanitaria, apareciendo enfermedades ya erradicadas como la malaria. También se produjo la destrucción de viviendas, de los sistemas de luz y teléfono y de vehículos de transporte colectivo, además del daño psicológico producto de la agresión; los pequeños industriales y artesanos, que conformaban numerosos grupos en las ciudades y que en su mayoría se habían agrupado en cooperativas de servicios, se vieron afectados por la escasez de divisas y por la ausencia de

²⁷² Alegatos de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso Nicaragua vs. U.S.A, ante la Corte Internacional de Justicia. Agosto de 1984. En: www.icj-cij.org/homepage/sp/icjrules.php -Revisado: 12-11-2008. 9:45 h.

insumos importados de Centroamérica, siendo ambos límites un resultado de la guerra.

Nicaragua alegaba en su demanda que Estados Unidos utilizó la fuerza militar e intervino en sus asuntos internos en violación de su soberanía, de su integridad territorial y de su independencia política, así como de los principios fundamentales del Derecho Internacional.

En fecha 26 de noviembre de 1984, la Corte se pronunció con relación a la competencia y a la admisibilidad de la acción incoada por Nicaragua el 9 de abril de 1984, conforme a los párrafos 2 y 5 del artículo 36 del Estatuto. En su fallo señaló que tenía competencia para examinar la solicitud referida a la interpretación y aplicación del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de Estados Unidos con Nicaragua, firmado en Managua en 1956. La Corte discutía si era competente en virtud de los alegatos de las partes, ya que Estados Unidos alegaba que Nicaragua nunca fue parte del Estatuto de la Corte Permanente, y que su declaración de adhesión al tratado en 1929, nunca fue ratificada a pesar de haber manifestado su voluntad de hacerlo, ya que, no aparecía consignado el documento respectivo. Sin embargo, la Corte consideró que siendo Nicaragua Miembro de las Naciones Unidas, automáticamente era parte del Estatuto de la Corte Permanente y que fue sustituida por la Corte Internacional de Justicia.

Estados Unidos de Norteamérica, por su parte, alegaba la incompetencia de la Corte por tratarse de un convenio multilateral y El Salvador tampoco formaba parte de este proceso, señalando Nicaragua, que el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, estaba siendo violado por las actividades militares y paramilitares de los Estados Unidos, alegando este

último país, que Nicaragua no había agotado la vía diplomática y que se trataba de un asunto político que debía ventilarse ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En total, Estados Unidos alegaba cinco motivos de inadmisibilidad que fueron declarados improcedentes y consecuentemente, la Corte admitió la solicitud.

El 12 de septiembre de 1985, la Corte Internacional de Justicia de La Haya inicio la audiencia en virtud de la demanda formulada por Nicaragua en contra de los Estados Unidos, por financiar, entrenar y organizar a los contrarrevolucionarios, violando los principios del Derecho Internacional; generando la muerte de más de doce mil nicaragüenses, además de las pérdidas económicas sufridas; a lo que se sumó el embargo comercial decretado por Estados Unidos contra Nicaragua en mayo de 1985.

La Sentencia del 27 de junio de 1986, entre otros aspectos decidió lo siguiente:

a) Rechazó la justificación de legítima defensa invocada conforme al artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, por Estados Unidos en relación con las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua,

b) Que Estados Unidos al entrenar, armar, equipar, financiar y abastecer a las fuerzas contras o al estimular, apoyar y ayudar por otros medios las actividades militares y paramilitares, actuó en perjuicio de Nicaragua, infringiendo la obligación que les incumbe con arreglo al Derecho Internacional consuetudinario de no intervenir en los asuntos de otros Estados,

c) Que con ciertos ataques de Estados Unidos contra Nicaragua en 1983 y 1984; y, con los actos de intervención que implican el uso de la

fuerza, Estados Unidos infringió la obligación de no usar la fuerza en contra de otro Estado,

d) Que Estados Unidos, al dirigir o autorizar vuelos sobre territorio nicaragüense, actuó en perjuicio de Nicaragua, infringiendo la obligación internacional de no violar la soberanía de otro Estado,

e) Que Estados Unidos, al colocar minas en las aguas internas o territoriales de 1984, Nicaragua infringió las obligaciones de no intervenir en los asuntos de Nicaragua, no violar su soberanía y no interrumpir el comercio marítimo pacífico,

f) Que todos los hechos anteriores hechos, violan el artículo 19 del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación,

g) Que Estados Unidos en 1983, al elaborar el manual sobre operaciones psicológicas en guerras de guerrillas y al difundirlo entre los contras, estimuló la comisión de actos contrarios a los principios generales del derecho humanitario,

h) Que por todos los hechos anteriores, Estados Unidos debía indemnizar los perjuicios producidos a Nicaragua con arreglo al Derecho Internacional consuetudinario y con arreglo al Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre las partes; y, que la Corte fijaría el monto correspondiente.

La doctrina del Canciller norteamericano George Schultz, durante los años setenta y ochenta, rechazó a quienes defendían la legalidad internacional y la mediación exterior de las Naciones Unidas y el Tribunal Internacional de Justicia. Washington mantuvo la doctrina Shultz a pesar de las serias objeciones de los presidentes centroamericanos, quienes en 1987 acordaron un plan de paz denominado el *Acuerdo de Esquipulas*, por el cual los países de la región centroamericana dieran paso hacia la democracia y el respeto a los derechos humanos bajo supervisión internacional, subrayando

que un *elemento imprescindible* era el fin del ataque de Estados Unidos contra Nicaragua. Washington respondió ampliando su ofensiva, con vuelos de abastecimiento de la Central Intelligence Agency (C.I.A.) para las fuerzas contrarrevolucionarias, sobrepasando la propia agresión de Estados Unidos contra Nicaragua y pretendiendo obligar al gobierno de Nicaragua a retirar la demanda de reparaciones ante el Tribunal Internacional de Justicia.

Es interesante señalar, que cualquier Resolución que emane de un órgano gubernamental de carácter internacional, adoptado conforme a la Carta de las Naciones Unidas, obliga a sus Estados miembros a acatarla.

En tal sentido, la decisión aquí mencionada, estableció:

El efecto de un consentimiento en el texto de tales resoluciones,²⁷³ no puede ser interpretado como una simple reiteración o una simple especificación del compromiso convencional asumido en la Carta.²⁷⁴ Por el contrario, puede ser interpretado como una adhesión al valor de la regla o de la serie de reglas declaradas por la resolución y tomadas en sí mismas.

En consecuencia, en la acción interpuesta por Nicaragua como Estado Parte de las Naciones Unidas contra los Estados Unidos, la Corte Internacional de Justicia, el 27 de junio de 1986, pronunció sentencia, condenando a Estados Unidos internacionalmente, con relación a las actividades militares y paramilitares ejecutadas en y contra Nicaragua.

²⁷³ Corte Internacional de Justicia. Caso Nicaragua vs. Estados Unidos. Sentencia del 27 de junio de 1986. Refiriéndose a la Resolución 2625 sobre los Principios del Derecho Internacional concernientes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados. En: www.icj-cij.org/homepage/sp/icjrules.php - Revisado: 12-11-2008. 11:00 h.

²⁷⁴ *Idem.*

CAPÍTULO VII

ALGUNAS SITUACIONES FÁCTICAS ACAECIDAS EN DÉCADAS RECIENTES

VII.1.- El grave precedente de la II Guerra Mundial

Después de la I Guerra Mundial, durante la elaboración del Tratado de Paz de Versalles del 28 de junio de 1919, que entró en vigencia en enero de 1920, se presentó el problema de la compensación que Alemania debía pagar a los vencedores de la guerra.²⁷⁵ El Reino Unido, conformado por Inglaterra, Escocia y Gales, obtuvo la mayor parte de las colonias alemanas en África y Oceanía y algunas pasaron por arreglos a Japón y Australia; por su parte, Francia, donde se llevó a cabo gran número de combates del frente occidental, recibió el pago de una gran indemnización y la recuperación de Alsacia y Lorena, que habían sido anexadas a Alemania por Otto von Bismarck tras la Guerra Franco-Prusiana en 1870.

También en Europa Central se crearon nuevos Estados frente a la desaparición del Imperio Austrohúngaro, es decir, Austria, Hungría, Checoslovaquia y Yugoslavia, cediendo territorios a Polonia, Rumanía e Italia. En Alemania, no era bien visto el Tratado de Versalles, debido a que generó la división del país y el derrumbe de la economía alemana y el Estado carecía de fuerzas de defensa frente a amenazas externas, sobre todo por parte de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que buscaba ampliar la cobertura del socialismo.

²⁷⁵ Sociedad de Naciones. *Tratado de Paz de Versalles*. 28 de junio de 1919. Artículos 231 al 247 y anexos. En: www.dipublico.com.ar/instrumentos/8esp.html. Revisado: 24-03-2006. 9:30 h.

Se produjo una desmovilización forzosa del ejército alemán,²⁷⁶ con una economía en descenso y tensión social, generando la creación y organización de los Freikorps, así como otros grupos paramilitares contra los movimientos revolucionarios alemanes como la Liga Espartana lo que produjo que los grupos de población que los apoyaban se volcaron al autoritarismo, del cual emergió el nazismo a finales de los años veinte, que buscaba obtener el poder por la fuerza y que finalizó con la muerte de varias personas y Hitler detenido, tiempo que aprovechó para escribir su libro *Mi Lucha -Mein Kampf* en alemán- cargado de elementos antisemitas y militaristas, donde Hitler analiza parte de su vida y hechos históricos según su propia visión.²⁷⁷

Con el pasar del tiempo, el partido nazi, liderado por Adolf Hitler obtuvo el liderazgo para prometer a Alemania que le sería devuelta la paz, la fuerza y el progreso, señalando la necesidad de remilitarizar el país para librarse del yugo de las antiguas potencias aliadas y evitar la posible influencia del comunismo y los judíos. El mezclar los problemas reales con las necesidades del programa político de Hitler, presentaba el militarismo y la disciplina fascista como las únicas vías capaces de reconducir el Estado.

A finales de 1932, Hitler es designado canciller por el presidente Hindenburg; y el 27 de febrero de 1933, en virtud de un incendio que se produjo de forma inexplicable en el Reichstag, sede del parlamento alemán, Hitler declara el estado de excepción, imputando tales hechos a los comunistas, logrando que Hindenburg firmara el Decreto del Incendio del Reichstag, llamando a elecciones y obteniendo el poder político, quitando del medio a sus opositores, en la llamada *noche de los cuchillos largos*.

²⁷⁶ *Ibidem*. Artículos 159-213.

²⁷⁷ En: www.hitler.org/writings/Mein_Kampf/. Revisado: 23-04-2006. 14:00 h.

Hitler remilitarizó la Renania en 1936 y diseñó una política extranjera denominada *el pangermanismo*, que persiguió reagrupar en un mismo Estado a la población germana de Europa central, comenzando en 1938 por Austria, con el firme propósito de recuperar dichos territorios, así como Polonia y la ciudad de Danzig, en la antigua Prusia, cuyos territorios fueron perdidos por Alemania después de 1918. En el oeste de Checoslovaquia se encontraba viviendo gran parte de la población de ascendencia germana, siendo aceptada la incorporación de los Sudetes en septiembre de 1938,²⁷⁸ tras una conferencia tripartita entre Alemania, Francia y Gran Bretaña.

En marzo de 1939, los ejércitos de Alemania entraron en Praga y asumieron el control de los territorios checos; y, Hitler, desde el Castillo de Praga, proclamó el Protectorado de Bohemia y Moravia, propiciando la sumisión de Eslovaquia. Además, se apoderó del territorio de Memel, perteneciente a Lituania.

El 19 de mayo de 1939, Polonia y Francia firmaron un acuerdo de mutua defensa, que posteriormente suscribió Gran Bretaña. El 23 de agosto de 1939, Alemania y la Unión Soviética, suscribieron el Pacto Ribbentrop-Molotov,²⁷⁹ que incluía un protocolo secreto por el que ambas potencias se dividían Europa central en esferas de influencia, incluyendo la ocupación militar. Este tratado establecía el comercio e intercambio de petróleo y comida de la Unión Soviética a Alemania, reduciendo así el efecto de un futuro bloqueo por parte de Gran Bretaña y la Unión Soviética ocupó la parte oriental de Polonia. El Ejército Rojo ejecutó a gran cantidad de oficiales

²⁷⁸ Montañas ubicadas en Polonia ricas en piedras preciosas.

²⁷⁹ Ver: segundaguerramundial.mi-web.es/.../pacto-ribbentrop-molotov-t885.html. Revisado: 30-04-2006. 9:30 h.

polacos en la *Masacre de Katyn*.²⁸⁰ Posteriormente la Unión Soviética atacó a Finlandia el 30 de noviembre, en lo que se conoce como la *Guerra de Invierno*.²⁸¹ Ambos países firmaron la paz en Moscú el 12 de marzo de 1940.

La invasión de Polonia de 1939, por parte de los alemanes y los ataques japoneses contra China, Estados Unidos y las colonias Británicas y holandesas en Asia, produjo que estallara la II Guerra Mundial. A medida que la guerra progresó, los países que iban entrando en la misma, bien de forma voluntaria, bien al ser atacados, se alinearon en uno de los dos bandos, como fue el caso de los Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Soviética, que fueron respectivamente atacados por Japón y Alemania.

Por otra parte, al igual que Hitler en Alemania, Mussolini defendía el derecho de Italia a la expansión territorial. Mussolini dio inicio a una campaña expansionista conocida como el *colonialismo italiano* y estableció colonias en Somalia, Eritrea y Libia, y conquistó por la fuerza Abisinia y Albania, ignorando las protestas de la Sociedad de Naciones.

En 1931, Japón invadió Manchuria, convertida en Manchukuo un año más tarde, Estado independiente bajo protectorado japonés, junto con Jehol. Debido a las fuertes críticas internacionales, Japón debió retirarse de la Sociedad de Naciones en 1934. En 1937, Japón inició la Segunda Guerra Chino-Japonesa, y ocupó la parte noreste de China. Estados Unidos de Norteamérica había impuesto un embargo económico a Japón que había hecho caer en sus importaciones y dejó sin petróleo al ejército japonés, siendo una de las causas primordiales para el ataque a Pearl Harbor en

²⁸⁰ Exordio. La Segunda Guerra Mundial. 1939-1945. Masacre de oficiales polacos en Katyn. En: www.exordio.com/1939-1945/codex/.../katyn. Revisado: 17-04-2006. 15:40 h.

²⁸¹ Guerra de invierno 1939-1940. En: www.guerramundial.info/guerra-de-invierno-1939-1940/ Revisado: 23-05-2008. 11:00 h.

diciembre de 1941; produciendo la entrada de Estados Unidos de Norteamérica en el conflicto mundial.

Entre los meses de mayo y junio de 1940, se llevó a cabo la invasión de los Países Bajos, Francia y Bélgica por parte de Alemania, adelantándose Adolf Hitler a los planes de Stalin; y en junio de 1941, Alemania dirige su *Operación Barba Roja*²⁸² contra la Unión Soviética a fin de lograr la derrota de ese país. El 2 de mayo de 1945, cae Berlín ante la Unión Soviética, con la invasión a Normandía, que tomó de sorpresa a Hitler, lo cual generó la capitulación de Alemania, el 7 de mayo de 1945; y, el 8 de mayo de ese mismo año, se firmó el armisticio que puso fin a la guerra en Europa. Desde entonces, en gran parte de Europa se conmemora esa fecha como el Día de la Victoria.²⁸³

En Asia la guerra terminó el 15 de agosto de 1945, cuando Japón reconoció su derrota, tras los ataques nucleares en Hiroshima y Nagasaki por parte de Estados Unidos. El 2 de septiembre de ese mismo año, concluyó oficialmente la guerra al firmar Japón la rendición incondicional, imponiendo como única condición la permanencia de la figura del emperador por tradición ancestral y cultural y aceptando la no tenencia de fuerzas armadas.

Destaca a la luz del presente trabajo, las importantes consecuencias que tuvo la guerra, entre las cuales resaltan las deportaciones masivas a campos de concentración dirigidos en Europa por Alemania, contra judíos, homosexuales, eslavos, discapacitados, gitanos, Testigos de Jehová, comunistas, españoles republicanos y partisanos eslovenos. En estos campos de exterminio tuvo lugar el Holocausto. Igualmente, hubo atropellos

²⁸² En: www.guerramundial.info/operacion-barbarroja-parte-i/. Revisado: 15-01-2009. 8.15 h.

²⁸³ En: es.euronews.net/2010/05/.../dia-de-la-victoria-en-rusia/ - España. Revisado: 24-01-2008. 9:00 h.

contra la población japonesa residente en los Estados Unidos. Además de ello, resulta clara la grave agresión por parte, principalmente de japoneses, en contra de Estados Unidos y China; y, por parte de Alemania contra Polonia y las demás naciones europeas invadidas y la posterior masacre de sus pobladores, violaciones masivas de mujeres por parte de tropas soviéticas y japonesas; experimentos científicos usando prisioneros, realizados por médicos nazis y japoneses; bombardeos aéreos masivos; y la utilización de la bomba atómica por parte de Estados Unidos contra Hiroshima y Nagasaki.

La II Guerra Mundial generó que surgieran dos superpotencias que buscaban repartirse el mundo: Estados Unidos y la Unión Soviética, siendo sustituida la Sociedad de Naciones por la Organización de Naciones Unidas que creó el Consejo de Seguridad²⁸⁴ encabezado por los países vencedores de la guerra y China únicos con voz y voto en dicho organismo.

Los hechos acaecidos durante la II Guerra Mundial, son el principal ejemplo de guerra de agresión, cuando las tropas aliadas a Hitler, invadieron arbitrariamente el territorio de varios Estados Europeos, así como Japón lo hizo en Asia, masacrando a gran parte de su población, siendo relevante para este trabajo, el hecho del despliegue de conductas ilícitas que fueron posteriormente calificadas por el Estatuto de Nüremberg como constitutivas de actos de agresión. A partir de allí, surgen una serie de tratados y resoluciones de las Naciones Unidas, en las cuales se elabora la definición de la agresión y se determina las conductas que lo conforman, todo ello, en virtud de la violación del derecho a la autodeterminación de los pueblos, previsto como un derecho inherente a la persona.

²⁸⁴ Ver más en: www.un.org/es/ y www.onu.org.ve/index.php?option=com. Revisado: 13-05-2007. 9.30 h.

En los juicios de Nüremberg y Tokio, se juzgó y condenó a gran parte de jerarquía de oficiales nazi y del *Tenno* nipón –como se denominó a la alta oficialidad japonesa- por la perpetración de crímenes contra la humanidad.

Luego de la caída del Tercer Reich, Alemania adoptó disposiciones dentro de su Código Penal,²⁸⁵ que castigan la ejecución de crímenes contra la paz, como lo son la *preparación de una guerra de agresión* prevista en su Sección 80 (§ 80) y la *incitación a una guerra de agresión*, previsto en su Sección 80 a (§ 80a), anticipándose a la creación de normas de orden penal internacional.

VII.2. - La ex Yugoslavia

El suceso relevante que debe ocupar la atención con referencia a la presente tesis doctoral, se circunscribe a la intervención de la Organización del Tratado del Atlántico Norte en Kosovo, sin autorización del Consejo de Seguridad alegando legítima defensa anticipada.

VII.2.1.-Los hechos

Tras la división de Yugoslavia, las luchas en Croacia estallaron en junio de 1991, luego de que Croacia y Eslovenia se declararon independientes de Yugoslavia, y los serbios que allí vivían se opusieron a

²⁸⁵ Bundesministerium der Justiz. *Strafgesetzbuch (StGB)* (1998). 32ª ed, Deutscher Taschenbuch, Verlag, des Verlages CH Beck. München. Deutschland. "Erster Abschnitt.Friedensverrat, Hochverrat und Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates.Erster Titel. Friedensverrat."

este movimiento independentista, apoyados por el Ejército Popular Yugoslavo. Los esfuerzos realizados por la Comunidad Europea para cesar las hostilidades a mediados de 1991 y para resolver la crisis en el marco de la Conferencia sobre Yugoslavia resultaron inútiles. Las Naciones Unidas intervinieron en la situación yugoslava el 25 de septiembre de 1991, cuando el Consejo de Seguridad dictó su Resolución 713, en la cual expresaba su profunda preocupación por las luchas en ese país e instando a todos los Estados a aplicar inmediatamente un (...) *embargo general y completo a todas las entregas de armamentos y pertrechos militares a Yugoslavia.*

El 27 de noviembre de ese año, el Consejo de Seguridad aprobó, en virtud de su Resolución 721, las gestiones del Secretario General y manifestó que no se podía realizar una operación de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz sin el cumplimiento total por todas las partes del acuerdo de Ginebra. El 15 de febrero de 1992, a pesar del hecho de que ciertos grupos políticos en Yugoslavia todavía expresaban objeciones contra el plan de las Naciones Unidas, el Secretario General recomendó al Consejo de Seguridad que se pusiera en movimiento la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas (UN.PRO.FOR.).

El 21 de febrero de 1992, el Consejo de Seguridad, en virtud de su Resolución 743, estableció la Fuerza de Protección, a fin de servir de mecanismo provisional para crear las condiciones de paz y seguridad necesarias para la negociación de un arreglo global de la crisis yugoslava en el marco de la Conferencia de la Comunidad Europea sobre Yugoslavia. El 30 de mayo de 1992, actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad, en su Resolución 757, impuso sanciones sobre la República Federativa de Yugoslavia, formada entonces por Serbia y Montenegro, a fin de ayudar a lograr una solución pacífica y

solicitó a todas las partes, la creación de las condiciones necesarias para la entrega de suministros de carácter humanitario a Sarajevo y otros lugares de Bosnia y Herzegovina, incluido el establecimiento de una zona de seguridad que abarcara a Sarajevo.

El 18 de junio de 1993, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 842, autorizando el despliegue del personal adicional, luego de que los Estados Unidos de América ofrecieron proporcionar alrededor de trescientos efectivos. Aunque las tres partes violaron la prohibición de vuelos militares en el espacio aéreo de Bosnia y Herzegovina en casi cuatrocientas ocasiones desde su imposición, esta medida logró el objetivo de prevenir la utilización de fuerzas aéreas en combates militares en la República.

El 9 de abril de 1994 la O.T.A.N informa al del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que esa organización había adoptado las medidas necesarias tendientes a asegurar el cumplimiento de la prohibición de vuelos militares y que los Estados Unidos de Norteamérica, Francia, los Países Bajos, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Turquía habían ofrecido proporcionar aviones para la operación y se desplegaron los aviones norteamericanos, los de Francia y de los Países Bajos en la zona.

Las operaciones fueron autorizadas por la Resolución 816 y las medidas comenzaron a aplicarse el 12 de abril de 1993. Sin embargo, desde el establecimiento de la *zona de prohibición de vuelos* en el espacio aéreo de Bosnia y Herzegovina hasta el 1 de diciembre de 1994, se contabilizaron más de tres mil violaciones aparentes de la prohibición. El incidente mayor ocurrió el 28 de febrero de 1994, cuando los aviones de combate de la O.T.A.N., derribaron cuatro de seis aviones de caza en el espacio aéreo de Bosnia y

Herzegovina que habían desafiado la prohibición internacional de vuelos militares.

El Consejo de Seguridad autorizó a la UN.PRO.FOR., para que en caso de actuar en legítima defensa, adoptara las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, en respuesta a los bombardeos. El 7 de enero de 1994, el Consejo de Seguridad condenó cualquier tipo de hostilidades en las zonas de seguridad, en especial el bombardeo sobre Sarajevo realizado por las fuerzas serbias de Bosnia, y exigió el fin de los ataques contra Sarajevo y su población civil. El Consejo reafirmó su compromiso de aplicar plenamente todas sus resoluciones pertinentes, en particular la Resolución 836, en la que autorizaba a la UN.PRO.FOR a utilizar la fuerza para proteger Sarajevo y cinco ciudades declaradas como zonas de seguridad en Bosnia y Herzegovina.

Los Jefes de Estado y de Gobierno que participaban en la Cumbre de la O.T.A.N., celebrada en Bruselas los días 10 y 11 de enero de 1994, publicaron una declaración en la cual manifestaban su voluntad de poner fin al conflicto en Bosnia y Herzegovina, señalando estar dispuestos bajo la autoridad del Consejo de Seguridad a *realizar ataques aéreos a fin de impedir la estrangulación de Sarajevo, las zonas seguras y otras zonas amenazadas de Bosnia y Herzegovina.*

El Consejo de la Organización del Atlántico Norte decidió que, en diez días desde el 10 de febrero 1994, se lanzarían ataques de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, sobre las armas pesadas de cualquiera de las partes que se encontrasen dentro de la zona de exclusión de Sarajevo y que no estuviesen controladas por la UN.PRO.FOR. El Consejo del Atlántico Norte aceptó la petición del 6 de febrero de 1994 del Secretario General de

las Naciones Unidas y autorizó al Comandante en Jefe del Comando Sur de la O.T.A.N., para que realizar ataques aéreos contra posiciones de artillería o morteros en Sarajevo o alrededor de ésta.

Inmediatamente después de la decisión de la O.T.A.N., el Secretario General de las Naciones Unidas dio la orden a su representante especial para la ex Yugoslavia de dar los toques finales para la realización de ataques aéreos. Asimismo, delegó en su representante especial la autoridad de aprobar una solicitud de apoyo aéreo directo por parte del Comandante de la Fuerza para la defensa del personal de las Naciones Unidas en cualquier lugar de Bosnia y Herzegovina.

El 10 de febrero de 1994, el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia señaló su desacuerdo con la posición de una serie de miembros de la O.T.A.N, que interpretaban que la decisión de la Organización era un *ultimátum unilateral a los bosnios serbios, a los que se amenaza con bombardeos aéreos*, pidiendo la convocatoria del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para todos los países interesados a fin de buscar vías prácticas de desmilitarización de Sarajevo, por lo cual el Consejo se reunió los días 14 y 15 de febrero de 1994.

Aunque el *ultimátum* de la O.T.A.N era muy bien acogido por muchos Estados, algunos se opusieron o expresaron su preocupación por la posibilidad de que, como resultado de estos ataques, la UN.PRO.FOR pasare a ser un objetivo de medidas de represalia. Por ello, el 17 de febrero de 1994, tras una reunión con los oficiales rusos en Bosnia, los serbios acordaron retirar a más tardar en dos días todas sus armas pesadas hasta la distancia establecida por la Organización del Tratado del Atlántico Norte.

El 20 de febrero de 1994, el Consejo de Seguridad se reunió en consultas informales a petición de la Federación de Rusia, estando fijada la fecha límite de la O.T.A.N para la retirada de armas pesadas. Como resultado, el Consejo decidió, en coordinación con la O.T.A.N., no recomendar que se llevaran a cabo los ataques aéreos en ese momento. A finales de marzo de 1994, las fuerzas serbias de Bosnia lanzaron una ofensiva contra la zona segura de las Naciones Unidas en Gorazde, produciendo numerosas víctimas mortales entre la población civil.

El 6 de abril de 1994, el Consejo de Seguridad, en una declaración de su Presidente, condenó enérgicamente el bombardeo y los ataques de infantería y artillería contra la zona segura de Gorazde, y exigió la cesación inmediata de todo nuevo ataque contra la ciudad. El Consejo exhortó a todas las partes al respeto de las zonas seguras, de conformidad con su Resolución 824, de 1993.

El 10 y el 11 de abril de 1994, aeronaves pertenecientes a la O.T.A.N bombardearon posiciones de los serbios de Bosnia debido a que las acciones de estos últimos habían puesto en peligro a la población civil. El Consejo del Atlántico del Norte acordó que se estableciese una *zona militar de exclusión* en el territorio de Bosnia y Herzegovina, y exigió que todas las armas pesadas de los serbios de Bosnia se retiraran el 27 de abril de 1994. Luego de que se estableciera una zona de exclusión de armas pesadas, se hizo más necesaria la intervención pacífica de los Gobiernos de Alemania, los Estados Unidos de Norteamérica, la Federación de Rusia, Francia y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

El 21 de noviembre de 1994, de conformidad con la Resolución 958, la O.T.A.N lanzó un ataque aéreo contra el aeródromo de Udbina, situado en el Sector Meridional de la zona protegida de las Naciones Unidas en Croacia, luego de que aviones de las fuerzas serbias de Krajina atacaran objetivos en el enclave de Bihac el 18 y el 19 de noviembre. Un total de treinta y nueve aviones de combate de Francia, los Países Bajos, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América tomaron parte en el ataque contra el campo de aviación de Udbina en estrecha colaboración con la UN.PRO.FOR.

El 29 de octubre de 1999, Vlastimir y Borka Bankovic, Zivana Stojanovic, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimovic y Dragan Sukovic, interpusieron demanda contra doce Estados miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte,²⁸⁶ quienes a su vez son miembros del Consejo de Europa, por haber incurrido en la violación de los artículos 2, 10 y 13 de la Carta Europea de Derechos Humanos, mediante el bombardeo efectuado contra la emisora Radio Televisión Serbia (R.T.S.) durante la intervención del régimen de Milosevic en Kosovo.

Hasta entonces, la Corte Europea de Derechos Humanos mantenía el criterio de que los órganos de Control del Convenio venían defendiendo el ámbito territorial y los actos de los Estados Parte estaban sujetos al Convenio por las acciones u omisiones de todos sus órganos, independientemente del lugar en el cual se produzcan, entendiendo que el marco de aplicación de la Convención Europea va mas allá del marco territorial de cada Estado y sigue el ejercicio de las competencias estatales; pero, en este caso, la Corte cambió su criterio y afirmó que el Convenio,

²⁸⁶ Reino Unido, Bélgica, Francia, Alemania, Hungría, Grecia, Luxemburgo, Italia, Polonia, Turquía Holanda y Noruega.

salvo en casos excepcionales, no se aplica fuera del territorio de los Estados contratantes, por lo que colocó en tela de juicio la credibilidad y legitimidad del sistema europeo de derechos humanos. La Corte Europea de Derechos Humanos, en su Application 52207/99, el 12 de diciembre de 2001, decidió que era inadmisibile, por motivos jurisdiccionales, una petición contra todos los países europeos de la O.T.A.N que formaban parte de la Convención Europea de Derechos Humanos, presentada por parientes de personas que perecieron durante el bombardeo del sistema de radio y televisión de Serbia.

Con este nuevo criterio, la Corte Europea de Derechos Humanos olvidó la existencia de valores inherentes a la dignidad humana de carácter universal, lo cual estimuló la intervención europea en el exterior, aún bajo dudosa argumentación legal, todo lo cual constituye un retroceso en la jurisprudencia, además de implicar un trato desigual en la aplicación de los tratados que conforman el sistema.

El ataque aéreo de la O.T.A.N. en la República de Yugoslavia, produjo una ruptura de la Carta de Las Naciones Unidas, originando el derrumbe del sistema de seguridad colectivo, pudiendo generar que en el futuro los miembros de la Alianza Atlántica recurran a una forma de presión militar dentro de una pretendida licitud discutible.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, señaló en su informe que el Consejo de Seguridad no estaba capacitado para intervenir en la crisis de Kosovo, porque la legitimidad de esas intervenciones generó un profundo desacuerdo entre los miembros del propio Consejo y no existía consenso en el seno de la Comunidad Internacional.

Cabe hacer referencia a que en la interpretación común de las normas internacionales, no se permite la violación de la soberanía de los Estados y las medidas coercitivas que se tomen sin la autorización del Consejo de Seguridad constituyen un atentado al sistema de seguridad internacional fundado en la Carta de Las Naciones Unidas, más aún, si se realizan sin mandato de la Organización de las Naciones Unidas, además de existir el riesgo de que queden impunes las violaciones sistemáticas de los derechos humanos.

En el caso de Yugoslavia, el Consejo de Seguridad evaluó la situación de la provincia de Kosovo considerándola como amenaza a la paz internacional, tomando un cierto número de decisiones en base al Capítulo VII de la Carta, consistentes en obligar a la República de Yugoslavia a buscar soluciones políticas a su conflicto no internacional.

Así, se planteó la procedencia de la utilización de la fuerza para hacer ejecutar dichas decisiones, generando duda si para ello se podía recurrir a la actuación militar, reservada a los supuestos del artículo 39 de la Carta y si resultaba aplicable a Kosovo donde el maltrato a la población ponía en peligro el interés colectivo por la paz, además de que conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, no existe ninguna justificación de esos ataques ni de la interpretación extensiva de la soberanía dentro del Derecho Internacional, menos aún la realizada unilateralmente por un grupo de Estados que pretenda imponer esa indebida interpretación y sólo podía ser autorizada, como último recurso por el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, donde además existía el veto de Rusia, que impedía ejecutar mediante la fuerza militar las resoluciones del Consejo, todo de conformidad con el artículo 53 de la Carta.

Lo ocurrido en Kosovo, pone en duda la capacidad de la organización mundial para responder a las necesidades contemporáneas de la seguridad colectiva.

VII.2.2.-Inexistencia de una política diplomática preventiva

Destaca el hecho que el Consejo de Seguridad no ejerció activamente su misión de prevenir el conflicto, cuando resultaba claro que la provincia de Serbia se encontraba en un proceso de violencia étnica, siendo abandonado el gobierno de Belgrado por la Comunidad Internacional en las negociaciones de Rambouillet, donde participaban Rusia, Estados Unidos y la Unión Europea, surgiendo un impase diplomático ante la ausencia de una verdadera política de diplomacia preventiva, al considerar Yugoslavia que no le podía ser impuesto un reglamento global y sistemático, en la cual, una de las cuestiones planteadas era la autonomía de la provincia de Kosovo, donde la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas no pudo realizar recomendaciones de negociación, generando la intervención de la O.T.A.N., quien no tenía legitimidad para intervenir.

Luego de la Resolución 1160, la diplomacia norteamericana tomó parte en el proceso de negociación en la República Federal Yugoslava, pero no actuó como árbitro entre las comunidades serbia y albana y la brutalidad de las fuerzas serbias provocó la ruptura de las negociaciones directas, revelando la incapacidad de Yugoslavia para resolver la crisis, perdiendo Yugoslavia el control de la misma, debiendo ser adoptada la Resolución 1199, de fecha 23 de septiembre de 1998, que señalaba la existencia de doscientos treinta mil desplazados.

Con ello, el Consejo de Seguridad adoptó medidas e impuso una serie de obligaciones a Yugoslavia a fin de acabar con las hostilidades que limitaban su soberanía, debido a que las fuerzas militares no pueden ser empleadas contra las fuerzas armadas disidentes ya que se trataba de un conflicto interno y no internacional. Desde la adopción de esta Resolución, las operaciones militares de Yugoslavia en Kosovo no podían ser justificadas alegando legítima defensa por ser contrarias al Derecho Internacional.

El Consejo de Seguridad impuso la obligación de mejorar la situación humanitaria y estas medidas fueron confirmadas el 24 de octubre de 1998 por la Resolución 1203. En un primer momento comenzaron a retornar los desplazados, pero se agravó la situación cuando en Rambouillet se propuso por los negociadores, la participación del Ejército de Liberación de Kosovo, lo cual generó que se agravara la posición hostil de Belgrado y se descartara cualquier solución pacífica.

VII.2.3.- La puesta en peligro de la paz como bien jurídico

Los instrumentos legales fundamentales que regularon la situación crítica producida en Kosovo, fueron las resoluciones 1160, de marzo de 1998 y 1244, del 10 de junio de 1999. El primero, contenitivo de un reglamento político para determinar la responsabilidad de Yugoslavia; y el segundo, la concesión de facultades a la Comunidad Internacional para realizar ese objetivo. Solamente en la segunda resolución y las que le sucedieron se trata el tema de la paz y la seguridad internacional, además de asuntos relacionados con la ruptura de negociaciones, el recrudecimiento de las acciones armadas y la concentración de militares y paramilitares en Kosovo.

En este sentido se pudo determinar que el gobierno yugoslavo asumió como conducta política el empleo de la fuerza contra la población siendo que dicha conducta de destrucción de la población, fue considerada un motivo válido para justificar una reacción y ataque internacional.

Sin embargo, la actitud de desplegar los ataques aéreos por parte de la O.T.A.N., se encuentra lejos de constituirse en un objetivo humanitario; ya que se ejecutó un crimen contra la humanidad que debió ser enjuiciado por el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, toda vez que amenazó la estabilidad de la región y constituyó el delito de agresión bélica y fue una provocación a la vista de la comunidad internacional que afectó la credibilidad de la seguridad colectiva, no siendo tomadas medidas para salvar a la población, ni se justificaba por el estado de necesidad en que se encontraba esa población; evidenciándose que se trató de un acto cuyo su único objetivo fue obligar a Yugoslavia a aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, ante la inacción de este organismo.

De este modo, la O.T.A.N. se sustituyó de oficio a Yugoslavia y a la Organización de Naciones Unidas en su responsabilidad de proteger a los pobladores, siendo dicha ocupación atentatoria contra la soberanía del pueblo, pero fomentada por la ausencia de reacción del organismo internacional correspondiente, generando desde este momento el riesgo de que cualquier Estado pretenda resolver por la fuerza cualquier problema en contra de las minorías dentro y fuera de sus territorios.

VII.2.4.- La ausencia de la Organización de Naciones Unidas

La Organización de las Naciones Unidas debió buscar una solución diplomática a la situación kosovar. No se debe olvidar, que en el aspecto legal, el Secretario General de esa organización elaboró las resoluciones del Consejo de Seguridad e invitó a Yugoslavia a someterse a las exigencias de la comunidad internacional. Por su parte, el Consejo de Seguridad es el organismo encargado de legitimar mediante su aprobación, cualquier tipo de permiso para proceder al empleo de la fuerza y la O.T.A.N., ante el temor al veto de Rusia y China, obvió este trámite y llevó a cabo los ataques. Por su parte, a objeto de justificar su error de omisión, el Consejo de Seguridad consideró que la actuación de la Organización Atlántica se debió a una situación que implicaba el estado de necesidad, y su abstención dentro de esa grave situación constituyó el incumplimiento de sus obligaciones.

Por lo tanto, lo recomendable sería modificar el derecho al veto, a objeto de que el Consejo de Seguridad pueda disponer de una mayor potestad discrecional en el ejercicio de sus responsabilidades o que este tipo de decisiones quedaran a criterio de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

VII.2.5.- Empleo de la fuerza en violación de las obligaciones internacionales

En el caso de la ex Yugoslavia, quedó demostrado que el empleo de la fuerza sin un consenso universal puede traer consecuencias graves que dañan a la población y ponen en peligro la paz y la seguridad internacional, siendo que lo más grave, es que se puede beneficiar al Estado que viole sus obligaciones internacionales y se fomente la impunidad en lugar de resolver el conflicto. Los ataques aéreos de la O.T.A.N .fueron violatorios al principio esencial de no recurrir a la fuerza, contemplado en el artículo 2 de la Carta

de la Organización de las Naciones Unidas debiendo los Estados hacerlo previa autorización del Consejo de Seguridad y con fines compatibles a los fines de la Organización de las Naciones Unidas.

La Organización del Tratado del Atlántico Norte para realizar los ataques, se basó en su deber y en su responsabilidad como miembros de la Organización de las Naciones Unidas, ante la omisión de actuación por parte de las Naciones Unidas, creando una situación polémica respecto a si una alianza militar puede sustituirse en el interés de la paz y la seguridad colectiva.

La situación generada, similar a la producida con la Sociedad de Naciones frente a las invasiones ocurridas durante la II Guerra Mundial que llevaron a la desaparición y sustitución de ese organismo internacional, obligan a la Organización de las Naciones Unidas a mejorar el funcionamiento del Consejo de Seguridad, reformar el derecho a veto y ampliar el voto a todas las naciones, ya que la ausencia de consenso no puede ser aceptable frente a la imperativa necesidad de cumplir los fines pacíficos y humanitarios previstos en la Carta de las Naciones Unidas.

En Italia, el Movimiento de No Violencia y el Movimiento Internacional de la Reconciliación, interpuso una denuncia penal por violación del orden constitucional en virtud de la participación italiana de la guerra por actuar junto con los restantes miembros del Tratado del Atlántico en el genocidio del pueblo kosovar, pues según el artículo 11 de su Constitución,²⁸⁷ sólo se

²⁸⁷ El artículo 11 señala: *“Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de las controversias internacionales accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las nacionales, y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin »*. Constitución de

puede recurrir a la guerra con fines defensivos, e Italia no puede tomar parte en guerras ofensivas, como el llevado a cabo contra Serbia, pues sólo podía actuar si Italia hubiere estado siendo objeto de un acto de agresión militar extranjera.

VII.2.6.- La decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (T.P.I.Y.), fue creado mediante Resolución 827 del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 1993, por considerar que desde 1991 se produjeron en territorio de la antigua Yugoslavia graves violaciones de los derechos humanos, así como una amenaza para la paz y seguridad de Los Balcanes.

Junto al Tribunal actuaría la Oficina de Fiscalía, encargada de dirigir la investigación y formular acusación. Este tribunal tuvo jurisdicción internacional²⁸⁸ para perseguir y juzgar a los culpables por los siguientes delitos:

- a.- Graves violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949,
- b.- Violaciones de las Convenciones Internacionales sobre la guerra y la costumbre internacional acuñada desde el fin de la II Guerra Mundial,
- c.- Crímenes contra la humanidad,
- d.- Genocidio,

la República Italiana. 21 de diciembre de 1947. En : www.der.uva.es/constitucional/.../constitucion_italiana_1947. Revisado: 10-07-2008. 9:30 h.

²⁸⁸ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia en Apelación del 07 de octubre de 1997. En: www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_164.pdf. Revisado: 02-02-2007. 21h.

e.- Delitos sexuales,

f.- Tortura.

El último imputado, procesado por el tribunal fue el líder de los serbios de Bosnia, Radovan Karadžić, quien se encontraba prófugo de la justicia desde 1995, detenido en Belgrado el 21 de julio de 2008, en virtud de once cargos por los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

VII.3.-Timor Oriental

Timor Oriental se independizó en el año 2002; y ya en el año 2003, celebrando su primer año de independencia de Indonesia y estando aún presente la Misión de Apoyo de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UN.MI.S.E.T.),²⁸⁹ se adhirió a varios tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos. Para entonces se encontraban siendo enjuiciadas trescientas sesenta y nueve personas por delitos contra la humanidad, relacionados con la consulta popular sobre la independencia que se efectuó en 1999, la mayoría militares indonesios de alto rango.

Desde 1975, cuando Portugal se retiró del territorio de Timor, colonia que ocupaba desde hace cuatrocientos años, se produjeron graves violaciones contra los derechos humanos, debido a que Indonesia procedió a invadir y ocupar ese territorio al cual utilizaba para sus maniobras militares, y donde la población reclamaba su independencia, tras haber sido absorbida por esa nación tras la independencia de Portugal. En estos hechos, aparte de

²⁸⁹ En: www.un.org/spanish/Depts/.../unmiset/index.html - Revisado: 13-07-2007. 12:20 h.

los horrendos crímenes contra miles de habitantes, consistentes en violaciones, homicidios incluso dentro de las iglesias; se destruyó además la infraestructura del pueblo timorés, fundamentalmente sus hospitales, escuelas y bibliotecas.

Timor Oriental es una nación rica en yacimientos de petróleo y gas natural, pero uno de los países más pobres de la tierra, cuya invasión contó con el visto bueno de Estados Unidos, que consideraba a Indonesia como un apoyo para frenar el comunismo en la zona.

Portugal se apropió de la parte este de la isla de Timor en el siglo XVI y Holanda se quedó con la zona occidental de la isla en este reparto. Tras siglos de dominio, Amsterdam cedió su zona a Indonesia en 1946, mientras, Portugal continuó con el gobierno sobre su área hasta 1975, año en el que el movimiento pro-soberanía –Fretilin- declaró la independencia del territorio como República Democrática de Timor Este, pero Yakarta invadió este Estado, convirtiéndolo en su provincia número 27. La Organización de las Naciones Unidas condenó esa anexión y exigió la celebración de un referéndum de autodeterminación.

En la lucha por su libertad fallecieron más de doscientas mil personas, es decir, la tercera parte de su población. Indonesia, durante sus más de dos décadas de ocupación, cometió homicidios, violaciones y saqueos y la presión internacional hizo que el 30 de Agosto de 1999 se celebrase un referéndum, que resultó con un 79% de los votos a favor de la independencia, lo cual no fue aceptado por Indonesia y el ejército indonés con la ayuda de la policía, masacró a la población civil, lo que tuvo como

consecuencia dos mil muertos, la destrucción de casi la totalidad del territorio, refugiados y desplazados.

A fin de restaurar la legalidad tuvo que intervenir la Organización de las Naciones Unidas desplegando fuerzas de paz en la zona. Éste fue el primer paso de un proceso tutelado que culminó en el nacimiento de una república soberana, que en abril de 2003 fue admitida por la Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico.

La grave situación económica generó que en el mes de abril de 2006, se surgiera la insubordinación de quinientos noventa y un militares, que exigían mejoras laborales y sumió al país en una ola de violencia. A pesar de la presencia de tropas internacionales en la zona, más de noventa mil personas abandonaron el país en menos de un mes. Esto produjo a su vez, una crisis humanitaria, que llevó al gobierno a declarar el estado de emergencia, debiendo el presidente asumir el mando de las Fuerzas armadas y la Policía. En julio de 2006, los rebeldes comenzaron a entregar las armas, y quince días después Xanana Gusmao tomó juramento al segundo gobierno democrático.

Desde el año 2002 se llevaron a cabo los juicios contra los altos funcionarios del gobierno indonés, dictándose sentencia en el último juicio en el mes de diciembre de 2004.

Cabe notar, que las penas aplicadas durante los mencionados procesos judiciales fueron realmente insignificantes con relación a las graves violaciones a derechos humanos, tal como la dictada en contra del general de división Adam Damiri, quien fue condenado a tres años de prisión y sólo

seis personas fueron condenadas, en parte, debido a la falta de seguridad a las víctimas y testigos, quienes prefirieron no comparecer ante los tribunales.

De igual modo, Indonesia se negó a trasladar a doscientas ochenta personas que se encontraban procesadas por crímenes contra la humanidad y contra quienes ya pesaba una acusación fiscal por los graves hechos de violencia que tuvieron lugar entre los meses de agosto y septiembre de 1999.

VII.4.- Sierra Leona

Durante el año 1991, comenzó el conflicto entre los miembros del Frente Revolucionario Unido (R.U.F.) y el Consejo Regulador Nacional Provisional (N.P.C.R.), grupo militar que tomó el poder en Sierra Leona desde 1992. Estos grupos fueron los responsables de masacrar a centenares de miles de ciudadanos, además de los centenares de miles de desplazados, la mayoría de los cuales nada tenían que ver con los conflictos. Incluso, luego de las elecciones de 1996, cuando resultó vencedor el presidente Ahmad Tejan Kabbah, se reinstauró la Constitución de 1991, la cual había sido suspendida por el gobierno militar, lo cual generó la ira de los grupos rebeldes quienes iniciaron una ofensiva mayor contra la población civil.

El 25 de mayo de 1997, un golpe militar derrocó al presidente y los militares crearon el Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas, presidido por Johnny Paul Koroma, a quienes se unió el Frente Revolucionario Unido anunciando la creación de tribunales revolucionarios populares conformados por personas sin cultura jurídica, alegando que había derrocado al gobierno porque éste no había logrado consolidar la paz en

Sierra Leona, tras el acuerdo alcanzado en noviembre de 1996 en Costa de Marfil.

Toda esta situación se agudizó cuando las tropas de África Occidental se enfrentaron en Freetown, capital de Sierra Leona, contra las fuerzas del Frente Unido Revolucionario, falleciendo numerosos civiles que no participaban en el conflicto, en tanto que, otros perecieron debido al embargo impuesto por las fuerzas de África Occidental, que impidió la entrada de barcos al puerto de Freetown; en otros distritos hubo enfrentamientos entre milicias de grupos tribales como los kapras y kamajors.

Asimismo, tropas nigerianas que se encontraban en Sierra Leona en virtud de un acuerdo de defensa celebrado entre ambos países, fuerzas del Grupo de Vigilancia del Alto al Fuego, tropas de Guinea y Ghana, tomaron parte en los enfrentamientos y el 2 de junio de 1997, barcos nigerianos bombardearon objetivos militares en Freetown, produciéndose combates entre éstos y soldados sierraleoneses, los cuales se repitieron entre septiembre y octubre de 1997 durante el embargo económico impuesto por la Comunidad Económica Africana (ECO.W.A.S),²⁹⁰ en los cuales fallecieron centenares de civiles que no tomaban parte en los enfrentamientos, siendo que la medida de uso de la fuerza no había sido autorizada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En septiembre de 1997, las fuerzas de ECO.W.A.S intensificaron los ataques e implementaron el embargo por tierra, mar y aire y el 8 de octubre, aviones nigerianos bombardearon el Cuartel de Cockerill con el fin de destruir un helicóptero de combate, en tanto que, el 15 de octubre atacaron un centro

²⁹⁰ La Comunidad Económica de Estados de África Occidental, por sus siglas en inglés Economic Community Of West African States. Ver: www.africa-union.org/root/au/recs/ecowas.htm. Revisado: 15.-08-2007. 12:45 h.

de comunicaciones externas, bombardeando los alrededores de ésta, lo cual produjo el deceso de decenas de civiles.

A partir del 8 de octubre de 1997, el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas impuso el embargo global de petróleo y armas e impidió la entrada de buques a Sierra Leona, para lo cual autorizó a ECO.W.A.S. Debido a estas medidas, las fuerzas revolucionarias y los soldados recrudecieron sus ataques contra la población civil, en especial, contra ciudadanos nigerianos que se encontraban en Sierra Leona.

En la Resolución 1289 del 11 de mayo de 2000, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la Organización de Naciones Unidas, autorizó a la Misión de las Naciones Unidas en Sierra Leona (UNAM.SI.L.),²⁹¹ para mantener la seguridad, facilitar la circulación y la ayuda humanitaria, prestar asistencia a las autoridades de Sierra Leona que habían retornado al poder y custodiar armas y municiones entregados por excombatientes.

Sin embargo, antes de la autorización de ataque dada por el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, fuerzas de diferentes países africanos habían efectuado ataques a Sierra Leona, causando la muerte y daños a la población civil, lo cual constituye acto de agresión bélica, toda vez, que representa una incursión de fuerzas externas dentro de un Estado y su soberanía, más aún cuando las víctimas de dicha incursión fueron ciudadanos civiles que no tomaron parte en el conflicto interno y se dan todas las conductas subsumibles en lo que debería constituir el tipo penal, tales como invasión, bombardeo y bloqueo de costas, entre otras.

²⁹¹ United Nations Mission in Sierra Leone. En: www.un.org/en/peacekeeping/missions/.../unamsil/. Revisado: 15-08-2007. 13:55 h.

VII.5.- Camboya

Camboya es una nación que estuvo sometida a fuertes hostilidades desde el año 1955, cuando era gobernada por el príncipe Sihanuk, quien fue derrocado en 1970 y sustituido por Lon Nol bajo el respaldo de Estados Unidos. En ese momento, Pol Pot y las fuerzas de Khmer Rojo entraron en el combate y cinco años más tarde tomaron el poder. Los daños por los bombardeos de las tropas norteamericanas fueron agravados por las fuerzas del Khmer, como se llamaba al Partido Comunista, cuyas políticas empeoraron la situación social y económica del país y arremetieron contra las etnias vietnamitas, dentro de Camboya y dentro de las fronteras de Vietnam. En virtud de estos hechos, Vietnam, a su vez, procedió a invadir el área de Kampuchea derrocando al gobierno de Pol Pot, siendo designado Phnom Penh, apoyado por los vietnamitas, quienes finalmente retiraron su presencia militar en septiembre de 1989.

La Asamblea General de las Naciones Unidas recordó en su Resolución 57/228 de 18 de diciembre de 2002,²⁹² que las graves transgresiones del derecho de Camboya y del Derecho Internacional que se habían cometido durante el período de la Kampuchea Democrática entre 1975 y 1979, seguían preocupando profundamente a la comunidad internacional, y las autoridades de Camboya pidieron asistencia a las Naciones Unidas para procesar a los más altos dirigentes de la Kampuchea Democrática y aquellos responsables por los crímenes y graves transgresiones del derecho penal de Camboya, el Derecho Internacional humanitario y las normas consuetudinarias en la materia, así como los

²⁹² Ver: www.un.org/spanish/aboutun/organs/ga/.../res.htm. Revisado: 23:11:2007. 9:50 h.

instrumentos internacionales en los cuales Camboya es parte, cometidos en el período comprendido entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979, por lo cual, se acordó establecer salas especiales en la estructura actual de los tribunales de Camboya para el procesamiento de los crímenes cometidos durante ese período.

Por tales motivos se elaboró un proyecto de resolución el 6 de mayo de 2003, denominado: Proyecto de Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya, referido al procesamiento de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática, con el objeto de regular la cooperación entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya para procesar a los más altos dirigentes de la Kampuchea, regulando el Acuerdo, el fundamento en derecho y los principios y las modalidades de dicha cooperación.

En dicho acuerdo se dispuso que las Salas Especiales tendrán la misma jurisdicción *ratione materiae* que la *Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales en los tribunales de Camboya para el procesamiento de los crímenes cometidos en el período de la Kampuchea Democrática*, tal como fue aprobada y modificada por el Parlamento de Camboya con arreglo a su Constitución; así como igualmente, que las Salas Especiales tendrán competencia *ratione personae* respecto de los más altos dirigentes de la Kampuchea Democrática y frente aquellos a quienes incumba la mayor responsabilidad por los crímenes mencionados en el artículo 1 del Acuerdo; todo de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, en particular, sus artículos 26 y 27.

Por otra parte, estas Salas Especiales tendrían competencia *ratione materiae* para conocer del crimen de genocidio conforme a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, de los crímenes de lesa humanidad según se definen en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998; así como, de las transgresiones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y los demás crímenes de esa índole tipificados en el Capítulo II de la Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales, promulgada el 10 de agosto de 2001.

La pena máxima para los crímenes de la competencia de las Salas Especiales será la reclusión perpetua y el procedimiento habrá de ser conforme a la legislación de Camboya. En caso que la legislación de Camboya no regule una materia específica o haya dudas sobre la interpretación o aplicación de una norma de la legislación de Camboya o sobre la compatibilidad de tal disposición con la normativa internacional, podrá acudir en busca de orientación a las normas procesales de carácter internacional.

Como se puede observar, Camboya fue objeto de agresiones bélicas por parte de Estados Unidos de Norteamérica y Vietnam, en la segunda mitad del siglo XX, quienes desplegaron sus tropas para influir de manera efectiva en el derrocamiento de diferentes gobiernos camboyanos, irrespetando la soberanía de ese Estado. Asimismo, durante dichas incursiones se ejecutaron gravísimas violaciones contra el derecho penal de Camboya, el Derecho Internacional Humanitario y las normas consuetudinarias en la materia, así como los instrumentos internacionales en que Camboya es parte y los derechos humanos inherentes a la dignidad del ser humano.

VII.6.- Vietnam

La guerra de Vietnam se enmarcó en la estrategia de contención para evitar la expansión del comunismo, conforme a la *Doctrina Kennan*,²⁹³ siendo que la resistencia a cargo del Frente Nacional de Liberación de Vietnam, tuvo apoyo de otros Estados. El número de muertos de los ocupantes norteamericanos de la guerra de Vietnam, se debió a la estrategia que se desarrolló en Vietnam bajo el nombre de *Corazones y Mentes*, durante la etapa previa a la guerra de Vietnam, la cual se extendió entre 1958 y 1964. Igualmente, el número de soldados estadounidenses en la parte sur del país asiático era muy escaso, ya que desde 1958 hasta 1962 la actividad guerrillera fue mantenida en un nivel bajo dado que la República Democrática de Vietnam o Vietnam del Norte amparaba la resistencia del Vietcong²⁹⁴ y persiguió, por todos los medios diplomáticos convencer a Saigón, bajo el régimen de Ngo Dinh Diem y aliado de los Estados Unidos, de la necesidad y conveniencia de celebrar elecciones libres en todo el país, conforme a los Acuerdos de Ginebra firmados el 21 de julio de 1954, los cuales ofrecían una solución política y diplomática del conflicto mediante la total desmilitarización del país y la eliminación de toda presencia exterior en Vietnam.

Luego de esto, se produjo un aumento de las tropas estadounidenses hasta alcanzar el número de once mil doscientos soldados, considerados en el informe *consejeros militares y personal de servicios*, además de veintiún mil soldados de Corea del Sur, un mil doscientos soldados australianos y

²⁹³ Impuesta en 1940 a sugerencia de George Frost Kennan (16 de febrero de 1904 – 17 de marzo de 2005), quien era ministro y consejero gubernamental norteamericano. Se le denominó doctrina de la contención e influyó en la Guerra Fría entre Estados Unidos y la Unión Soviética. Más información en: www.anep.edu.uy/historia/clases/.../c02_guerrafria.htm y www.ucm.es/info/nomadas/5/cshdz.htm. Revisado: 14-09-2007. 16:35 h.

²⁹⁴ Abreviación de Vietnam Congsan, o "Vietnam rojo" en el idioma vietnamita.

cuatrocientos cincuenta militares neozelandeses. Para Estados Unidos se trataba de una guerra especial, por la participación en la misma de tropas especiales que en un primer momento no entraban directamente en combate sino que se limitaban a dirigir a las tropas del régimen de Vietnam del Sur. La guerra se desencadenó con carácter permanente en agosto de 1964, a partir del incidente que se generó en el Golfo de Tonkín, Estados Unidos decidió desplegar sus tropas de forma masiva.

Lo ocurrido durante ese período se diferencia de casos recientes como Irak o Kosovo, debido a que en Vietnam, la Organización de las Naciones Unidas no amparaba la intervención estadounidense, sino que se llevó a cabo en virtud de acuerdos bilaterales con el régimen de Diem, con quien se suscribió un acuerdo de amistad y cooperación entre los dos países en 1961 y con el apoyo de los países del Tratado de Defensa de Asia (S.E.A.T.O.).²⁹⁵

La unificación de las fuerzas nacionalistas vietnamitas se produjo a finales de 1960, con la denominación del Frente Nacional de Liberación, en el cual se agruparon una veintena de partidos y grupos religiosos y un año después, se constituyeron las Fuerzas Armadas de Liberación Nacional. Por otra parte, los budistas jugaron un rol muy importante en contra de la invasión e injerencia norteamericana en Vietnam.

Vietnam se convertía de esta manera, en un escenario de la rivalidad interbloques, política y económica de dos sistemas claramente diferenciados. Además, la presión que ejercían los movimientos de liberación de todo el mundo, la solidaridad y simpatía con el Frente Nacional de Liberación de los

²⁹⁵ *Tratado de Defensa de Asia Suroriental*, firmado por EE.UU., Australia, Nueva Zelanda, Corea del Sur y Filipinas y que viene a ser como una especie de O.T.A.N., del Sureste de Asia.

países que habían accedido a su independencia después de una dura lucha anticolonial; todo lo cual, llevó a la celebración de la Conferencia Afro-Asiática en El Cairo en 1958, en la cual se propuso de forma abierta, la aplicación del Acuerdo de Ginebra y se planteó la necesidad de poner fin a la intervención de Estados Unidos en el sur de Asia, lo cual constituía a todas luces el crimen de agresión, ya que esa nación, la cual se constituía para ese momento en una de las dos superpotencias mundiales, bajo esa sola justificación y con el objeto de evitar la expansión de comunismo, ejecutaba injerencias en otras naciones irrespetando la soberanía de dichas pueblos.

VII.7.- Afganistán e Irak luego del 11 de septiembre de 2001

Posterior a los ataques del 11 de septiembre de 2001, Estados Unidos redefinió su política internacional, en la denominada guerra contra el terrorismo o guerra contra el mal, aumentando su presupuesto militar para el año 2002, a trescientos setenta y nueve billones de dólares, calculando que para el año 2007, debería llegar a cuatrocientos cincuenta billones de dólares. Para ello, se procedió a crear el Ministerio de Seguridad Interior.

La base legal de sus actuaciones las desarrolló el entonces presidente norteamericano George Bush, en diversos Actos de Gobierno, entre los cuales destaca el *U.S.A Patriot Act* del 24 de octubre de 2001, y la *Autorization for Use of Military Force* del 18 de septiembre de 2001, mediante las cuales el presidente quedaba autorizado para utilizar toda la fuerza necesaria y apropiada contra las naciones, organizaciones o personas que él determinare hubieren planeado, autorizado, cometido o ayudado en los ataques terroristas que ocurrieron el 11 de septiembre o, que hayan dado refugio a organizaciones o personas, a fin de prever cualquier acto futuro de

terrorismo internacional contra Estados Unidos de Norteamérica, por parte de organizaciones, naciones o personas y cualquier juez federal podrá autorizar las detenciones e incautación de bienes dentro o fuera de su distrito.²⁹⁶

De este modo se reformaron y ampliaron la *Ley Antiterrorista y de Pena de Muerte Efectiva* de 1996, quedando bajo jurisdicción del nuevo Departamento de Seguridad Nacional. Posteriormente, como ya se señalara en el Capítulo V de este trabajo, se produjo una Reforma en 2004, la cual revela el carácter político criminal económico como fin último, ya que abarca desde el lavado de dinero hasta todos los delitos financieros a nivel nacional e internacional, que puedan perjudicar la seguridad de los ciudadanos norteamericanos, al proveer fondos para los ataques terroristas, debiendo en consecuencia (...) *salvaguardar la integridad de las instituciones financieras norteamericanas*,²⁹⁷ incorporando en su artículo 315, conceptos indeterminados como la indicación de (...) *cualquier delito grave*, cuya interpretación queda al libre arbitrio del funcionario y puede generar la aplicación de penas corporales excesivamente altas, como se incorporaron en la reforma señalada.

Esta normativa incluye la definición de *combatiente ilegal*, refiriéndose al estatus de quien represente un peligro para la sociedad, por cuanto no los considera como combatientes de las fuerzas armadas regulares de cualquier Estado beligerante, señalando que no están inmersos en las regulaciones nacionales e internacionales sobre las leyes y costumbres de la guerra, no considerándolos prisioneros de guerra ni reconociéndoles sus derechos,

²⁹⁶ Senado de Estados Unidos. *USA Patriot Act* "Sec. 219. SINGLE JURISDICTION SEARCH WARRANTS FOR TERRORISM: Rule 41 (a) for Federal Rules of Criminal Procedure is amended by inserting after "executed" the following: and (3) in an investigation of domestic terrorism or international terrorism (as defined in section 2331 of title 18, United States Code) by a Federal magistrate judge in any district in which activities related to the terrorism may have occurred, for search of property or for a person within are outside the district" U.S.A. 2001.

²⁹⁷ Senado de los Estados Unidos de Norteamérica. *U.S.A. Patriot Act* . (2001) y Reforma (2004), artículo 302, numeral 3.

ubicándolos en el margen de *no personas*, a que aludiera Jakobs,²⁹⁸ negándoles la aplicación del sistema internacional de protección de derechos humanos y el de reglas mínimas correspondientes al sistema internacional de los conflictos armados.

En consecuencia, la concepción de justicia como (...) *imparcialidad, igualdad entre partes, ventaja mutua*, es reemplazada por una *justicia infinita*, parcializada, que ha desatendido no sólo las normas de derecho interno de los Estados involucrados sino al Derecho Internacional, pretendiendo deslegitimar en nombre de la lucha contra el terrorismo internacional, principios que han sido desarrollados de manera progresiva durante siglos, y desaplicar las garantías de derecho a quienes se vean involucrados en este tipo de eventos, con un aumento significativo de las penas, deformando el fin político criminal de esta (...) *en tanto recurso necesario para el cumplimiento de la misión protectora y preventiva del derecho penal*.²⁹⁹ Este principio es interpretado en dirección contraria por Jakobs, quien le atribuye a la agravación de la pena una mayor eficacia preventiva, definiendo este autor como objeto de tutela (...) *la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica* y no lo que hasta ahora se ha venido conociendo como bien jurídico.³⁰⁰

Por ello, según esta concepción, el derecho penal garantizará la vigencia de la norma y no la protección de bienes jurídicos. Concibe un bien jurídico abstracto de protección a un sentimiento general de seguridad, que se opone al criterio del Estado democrático según el cual, ningún autor de

²⁹⁸ Gunter Jakobs. 1997. *Op cit.*, pp 45-50.

²⁹⁹ Claus Roxin. *El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*. En: *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1982, p. 12.

³⁰⁰ *Ídem*.

injustos pierde su condición de persona ni puede ser reducido a la condición de excluido o marginado perpetuo, vinculada a los delitos de conciencia disidente, pues quien los ejecuta siente la necesidad de su conducta como un imperativo de conciencia, respondiendo a un sistema de valores o desvalores cerrado, viviendo la conminación penal mas como reafirmación de sus convicciones, por lo que la única manera de atacar este tipo de conducta es creando condiciones sociales que disminuyan la anomia o desubicación social o cultural del individuo y lo enseñen a enfrentar la realidad mediante la razón, debiendo ser redefinidas las condiciones sociales que puedan generar estas conductas. Sin embargo, la ceguera de los Estados se centra en obtener beneficios para sí mismos, sin importar que los costos internacionales de tales beneficios generan extensas poblaciones de excluidos, que apelan a este tipo de conducta -en el caso del terrorismo real y no el imaginario- para hacer sentir su voz.

En primer término, la justificación para atacar Afganistán el día 7 de octubre de 2001, se basó en la existencia en ese Estado de la principal célula fundamentalista talibana de Al Qaeda, comandada por Osama Bin Laden, a la cual se hizo responsable de los atentados del 11 de septiembre. Al día siguiente del primer ataque, las emisoras de televisión norteamericana transmitían como un hecho histórico y glorioso, el traslado a Bahía de Guantánamo de gran parte de las personas detenidas en Afganistán.

Posteriormente, en 2002, valiéndose Estados Unidos de Norteamérica de su influencia en su condición de miembro permanente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, logró la autorización para desplegar su ataque contra Irak, tras informar erróneamente al Consejo de Seguridad sobre la existencia de armas químicas en Irak y que dicha conducta amenazaba la seguridad de esa nación. En esa oportunidad, en el mes de

septiembre del 2002, Estados Unidos emite un documento denominado *The National Security Strategy of the United States of América*, por el cual reemplaza la hasta entonces vigente *Doctrina de la Seguridad Nacional* por la *Doctrina de la Guerra Preventiva*, reservándose el derecho de atacar preventivamente cualquier nación del mundo que se considere sospechosa de albergar intenciones terroristas. Según estos documentos, Estados Unidos no debe demostrar agresión previa alguna para actuar bélicamente sino sólo la posibilidad de que ésta alguna vez se pueda cometer. Esta doctrina de la guerra preventiva fue desarrollada mucho antes del 11 de septiembre y el atentado contra las Torres Gemelas, como pudo verse en Camboya, Vietnam, Korea y otros actos anteriores a esa fecha.

En efecto, en esta oportunidad y por unanimidad, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 1546, con la cual los quince países miembros de este órgano legitiman la acción unilateral de Estados Unidos en Irak, a pesar de los condicionamientos iniciales de los países que se oponían al proyecto original, como lo son Alemania, Argelia, Chile y Francia.

La resolución aprobada establece el envío a Irak de una fuerza multilateral para el mantenimiento de la paz, constituida por unos ciento treinta mil soldados, después de la entrega de la soberanía al gobierno interino de Irak. Sin embargo, no limita las acciones militares de Estados Unidos, por lo que mantendrá su ejército y el control militar del país, ejecutando actos contrarios a los derechos humanos, al detener a personas sin ninguna justificación real y trasladarlas a sitios de detención dentro o fuera de Irak, sin el conocimiento de sus familiares y muchas veces sin efectuar su identificación, como ocurrió con la mayor parte de personas detenidas en Guantánamo, bajo la pretendida justificación de que se trata de personas que representan amenazas terroristas, o miembros de presuntos

grupos insurgentes que ponen en riesgo a la estabilidad. Bush aceptó la propuesta de Francia y Alemania de que una vez que tengan la *soberanía* en sus manos, el gobierno interino de Irak podrá decidir el momento en el que deberán salir las tropas extranjeras de su país. Por su parte, la Resolución 1546 no define cual va a ser el plazo para la salida de las tropas del mantenimiento de la paz ni de las tropas estadounidenses.

La Organización de las Naciones Unidas siempre fue considerada como la mejor institución para la solución pacífica de conflictos y proteger los derechos humanos, así como para dirigir las acciones humanitarias y como un nuevo modelo para un gobierno mundial. Sin embargo, en algunos casos se ha visto cómo permanece pasiva ante guerras de agresión; en este caso, podría ubicar la situación sin precedentes planteada en Irak desde el año 2002, en la cual, la totalidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas votó por la intervención norteamericana en Irak.³⁰¹

Por tal razón, noticias aparecidas en entre los días 13 y el 24 del mes de febrero, y el 11 de abril, todos de 2010, por citar algunos hechos, dan cuenta de nuevos enfrentamientos.³⁰² Las tropas internacionales, con el apoyo de las fuerzas afganas, realizaron un ataque militar contra un grupo de presuntos insurgentes al sur de Afganistán. En esta oportunidad, la Fuerza Internacional de Asistencia a la Seguridad (I.S.A.F.), bajo órdenes de la O.T.A.N., señaló que en dicha ofensiva participaron miembros de las fuerzas armadas de Inglaterra, Dinamarca, Estonia y Canadá. Lo más significativo fue el hecho de que la O.T.A.N haya admitido haber lanzado misiles por lo cual fallecieron doce civiles en los ataques del 13 de febrero; veintisiete el 22

³⁰¹ En otros tiempos vemos como la O.N.U., se opuso a intervenciones militares, tales como la oposición a la ocupación israelí.

³⁰² www.noticias24.com/actualidad/noticia/143693/. 13 de febrero de 2010. 10.49 am. 14 de febrero de 2010.11.54 am. 22 de febrero. 7.26 am. 11 de abril de 2010, 9:41 a.m.

de febrero de 2010; y, cuatro civiles, -dos mujeres, un niño y un anciano- el 5 de abril de 2010, por errores injustificable.

Sin obtener avances significativos en los aspectos político, económico ni social, en agosto de 2010 se produjo la retirada del último contingente militar norteamericano en Irak.

VII.8.- Somalia

En el mes de enero de 2007, se produjeron sendos ataques a Somalia, en la frontera con Kenia, por parte de tropas norteamericanas,³⁰³ alegando la presencia de miembros de Al Qaeda, presuntamente protegidos por islamitas somalíes.

La situación en Somalia no es nada prometedora y resulta muy compleja por los ataque de piratas somalíes contra embarcaciones de diferentes nacionalidades, que en los últimos años han sido incrementados, ya que estos alegan que las naciones extranjeras pretenden apoderarse de sus tierras y riquezas minerales.

Se ha podido ver en los últimos meses, cómo tropas norteamericanas han efectuado diversos bombardeos en la frontera somalí con Kenia, cerca de Ras Kamboni. Llama la atención que esa región de Somalia es rica en minerales y especialmente en diamantes. El diario *The Washington Post*, señaló que un avión de combate AC-130 de la Fuerza Aérea Norteamericana lanzó ataques contra miembros de Al Qaeda en dos oportunidades durante el

³⁰³ Ver más en: www.hrw.org/spanish/docs/2007/08/13/somali16721.htm. Revisado: 30-08-2007. 9:20 h.

mes de enero de este año, siendo la primera acción abierta de Estados Unidos en Somalia desde 1994, cuando efectuó una desastrosa misión de mantenimiento de paz. Asimismo, en un ataque contra el aeropuerto de Mogadiscio, capital somalí, hubo cuatro civiles heridos.

Ante la mirada indiferente de la Organización de Naciones Unidas y en virtud de mantener su sitio permanente en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, haciendo uso de la Ley *U.S.A Patriot Act*, dictada en 2001 y posteriormente reformada en 2004, el gobierno norteamericano se ha atribuido facultades para actuar contra el terrorismo, no sólo a nivel interno sino fuera de las fronteras norteamericanas y bajo esa justificación, realiza ataques bélicos contra cualquier Estado, como en este caso, en el cual alegó la presencia de miembros de la organización terrorista Al Qaeda.³⁰⁴

Esta incursión, de manera clara evidencia una conducta constitutiva del delito de agresión bélica, conforme a la propia definición elaborada por la Organización de Naciones Unidas, según la cual:

Agresión es el uso de la fuerza armada de un Estado contra la Soberanía, la integridad territorial, o la independencia política de otro u otros Estados, o en cualquiera otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, independientemente que el Estado sea o no miembro de la Organización de Naciones Unidas.

De modo que, las incursiones efectuadas por Estados Unidos en Somalia constituyen conductas que encuadran dentro de la definición de la agresión bélica internacional.

³⁰⁴ Ver más en: pmundial.wordpress.com/2007/.../somalia-¿otro-frente-de-combate-entre-estados-unidos-y-al-qaeda/ - Revisado: 15-11-2007. 23.10 h.

VII.9.- Osetia del Sur y Abjasia

En el mes de agosto de 2008, un nuevo hecho calificable como agresión, fue ejecutado contra la república separatista de Georgia, Osetia del Sur, fue invadida por Rusia después de que el Primer Ministro Putin advirtiera a los georgianos que la represión contra rebeldes separatistas traería retaliaciones.

Por tal motivo, Rusia envió ciento cincuenta tanques y aviones caza, atacando Vaziani, una base militar al norte de Georgia, a veinticinco kilómetros de Tiflis, la capital de la pequeña nación. El presidente de Georgia, Mikheil Saakashvili, acusó a Rusia de realizar una incursión en territorio georgiano, y ha señalado que vehículos armados habían entrado en las regiones separatistas de Abjasia y Osetia del Sur. Mikhail Saakashvili señaló que Rusia le estaba haciendo la guerra dentro de su propio territorio.

El lunes 11 de agosto de 2008,³⁰⁵ diplomáticos de occidente buscaban redactar una resolución en la Organización de Naciones Unidas acordando un alto al fuego; pero Rusia se negó a votar la resolución redactada por los franceses, apoyada por los restantes de quince miembros del Consejo de Seguridad, alegando que Rusia no participó en su elaboración. El denominado Plan de Medvédev-Sarkozy,³⁰⁶ fue el resultado de las negociaciones de la Unión Europea para poner fin a las acciones bélicas de la Guerra de Osetia del Sur y se consolidó el 13 de agosto de 2008. Un año después le fue reconocida la independencia.

³⁰⁵ Ver: www.elpais.com › *Internacional*. Revisado: 11-08-2008. 22:50 h.

³⁰⁶ En: es.wikipedia.org/.../Acuerdo_de_alto_el_fuego_de_la_Guerra_de_Osetia_del_Sur_de_2008 – Revisado: 14-05-2009. 12:15 h.

El documento abordaba seis aspectos y fue firmado por los representantes de Osetia del Sur y Abjasia en presencia de Melvédev. Los acuerdos principales giraban en torno a lo siguiente:

- a) Cese al fuego inmediato,
- b) Respeto por la integridad territorial de Georgia y
- c) Retorno al estatus quo, antes de la intervención georgiana en Osetia del Sur.

CAPÍTULO VIII

LA PROPUESTA

Hasta ahora hemos analizado cómo se ha manifestado el delito de agresión desde sus orígenes y cómo el Derecho Internacional se desarrolló a partir de la necesidad de poner freno a estos graves delitos contra la humanidad. Por tal motivo, como aporte a la investigación, se pasa en este Capítulo a presentar una propuesta que a partir de un enfoque teórico que permite superar los elementos que actualmente obstaculizan el enjuiciamiento tendente a sancionar el delito de agresión, cuya enunciación se encuentra establecida en el numeral 2 del artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y cuyo contenido sustantivo fue desarrollado durante la Conferencia de Kampala de Revisión del Estatuto, celebrada en Uganda del 31 de mayo al 10 de junio de 2010, en la cual se decidió aceptar la definición política de la Resolución 3314 de la Organización de Naciones Unidas, adoptada por el Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión de la Universidad de Princeton, y la cual fue aceptada después de nueve años de funcionamiento, sin esperanza de su entrada en vigencia, ya que la misma fue diferida por siete años más, siempre que concurra la voluntad de las 2/3 partes de los países miembros del Estatuto.

Para ello, se exponen en los puntos siguientes los aspectos que dificultan la sana convivencia de la comunidad mundial e impiden la sanción penal de quienes atentan contra la paz a través de la ejecución de actos de agresión, siendo que, bajo la propuesta que aquí se ofrece como la reconceptualización al actual sistema punitivo internacional, podrán convertirse en tangibles, los resultados que de dicha aplicación esperan los receptores de la norma. Esta abarca la impostergable puesta en vigencia de

la reciente sistematización de los elementos constitutivos del tipo penal de agresión, los cuales por encontrarse en un infértil estado de dispersión dentro de una gama de disposiciones internacionales que *in extenso* los describen, aún continúan favoreciendo la desidia de quienes teniendo la competencia para ello, no han permitido alcanzar el efecto sancionatorio individual sobre quienes ejecuten actos constitutivos del delito.

Este exhorto debe ir acompañado por la disposición política internacional de controlar la proliferación de armas; debiendo los organismos internacionales, en especial el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, asumir su rol como garante de la paz y seguridad internacional y no de suspender las investigaciones que sobre agresión adelante futuramente el Fiscal de la Corte; todo lo cual será objeto del siguiente desarrollo.

Los cambios que deberán de producirse para moldear la nueva conceptualización son tratados a continuación:

VIII.1.- Necesidad de reformar el derecho a veto

Una de las obligaciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas consiste en preservar la paz. En efecto, este organismo fue creado con el objetivo de mantener la paz y la seguridad en la comunidad de naciones, pudiendo realizar recomendaciones a los gobiernos y tomar decisiones por medio de resoluciones que obliguen a los miembros de esos gobiernos a cumplirlas, conforme a lo establecido por la Carta de las Naciones Unidas.

El Consejo de Seguridad está conformado por quince naciones, cinco permanentes y diez temporales. Los cinco miembros permanentes son los Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Inglaterra, la República Popular China y Rusia; en tanto que los diez miembros no permanentes son electos cada dos años como representantes regionales. Cada miembro del Consejo tiene un voto; y, las decisiones requieren del voto favorable de al menos nueve miembros. Con relación al *veto*, sin embargo, sólo los cinco miembros permanentes cuentan con ese derecho.

La palabra *veto*, significa literalmente *prohíbo*. Es empleada para establecer que una de las partes tiene el derecho a impedir de manera unilateral una determinada disposición legislativa, es decir, ostenta una autoridad ilimitada para impedir modificaciones pero no para adoptarlas. Si alguno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad veta una propuesta, la misma queda rechazada de inmediato, aún si los restantes miembros votan a favor.

Ha sido constante la demanda de reforma acerca del aumento en el número de integrantes permanentes, especialmente las efectuadas por los miembros del G4, es decir, Japón, Alemania, Brasil e India, toda vez que Alemania y Japón son los países que proveen la mayor suma de fondos a la Organización, en tanto que Brasil, es la nación sudamericana más grande y junto a la India, aportan mayor cantidad de tropas a las misiones de paz lideradas por el Consejo.

En cuanto a África, aun cuando ninguna nación se ha propuesto formalmente como candidata a miembro, Sudáfrica y Nigeria son las opciones más fuertes para una posible membresía, debido a que Sudáfrica

tiene la mayor y más desarrollada economía del continente, siendo Nigeria el país más poblado y quien constantemente envía tropas para las operaciones de preservación de la paz. En fecha reciente, se produjo la incorporación de Colombia por América Latina.

El Reglamento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas,³⁰⁷ fue aprobado por ese organismo en su primera sesión y modificado en las posteriores, siendo la última la correspondiente a la sesión 2410a. celebrada el 21 de diciembre de 1982, la cual en su artículo 3, dispone que:

El Presidente convocará a sesión al Consejo de Seguridad cuando se lleve a la atención del Consejo de Seguridad una controversia o situación, con arreglo a lo previsto en el Artículo 35 o en el párrafo 3 del Artículo 11 de la Carta, o cuando la Asamblea General formule recomendaciones o refiera una cuestión al Consejo de Seguridad en virtud del párrafo 2 del Artículo 11, o cuando el Secretario General señale a la atención del Consejo de Seguridad cualquier asunto, con arreglo a lo previsto en el Artículo 99.³⁰⁸

Las funciones del Consejo de Seguridad, son las siguientes:

- a) Mantener la paz y la seguridad internacionales de conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas,
- b) Investigar toda controversia o situación que pueda crear fricción internacional,
- c) Recomendar métodos de ajuste de tales controversias, o condiciones de arreglo,
- d) Elaborar planes para el establecimiento de un sistema que reglamente los armamentos,

³⁰⁷ Organización de Naciones Unidas. Reglamento Provisional del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. 1983. En: www.un.org/spanish/documents/reglacs.htm . Revisado: 24-11-2007. 15:00 h

³⁰⁸ *Ibidem*. Artículo 3.

e) Determinar si existe una amenaza a la paz o un acto de agresión y recomendar qué medidas se deben adoptar,

f) Instar a los miembros a que apliquen sanciones económicas y otras medidas que no entrañan el uso de la fuerza, con el fin de impedir o detener la agresión,

g) Empezar acciones militares contra un agresor,

h) Recomendar el ingreso de nuevos Miembros.

Además, tendrá potestades administrativas fiduciarias dentro de las Naciones Unidas en las denominadas *zonas estratégicas*; la designación de los miembros del Tribunal Internacional de Justicia; y, las facultades de suspensión de la investigación e incluso del enjuiciamiento que le confiere el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,³⁰⁹ conforme a su artículo 16, el cual señala:

Artículo 16. Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento. En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

En caso de formularse una denuncia de amenaza contra la paz, el Consejo primeramente recomienda a las partes que lleguen a un arreglo pacífico, e incluso actúa en la mediación o la investigación, pudiendo designar representantes especiales o solicitar al Secretario General que intervenga. Este último podrá emitir directrices de cese al fuego, e incluso,

³⁰⁹ Organización de Naciones Unidas. 1998. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Op cit., Artículo 3.

enviar fuerzas de las Naciones Unidas para preservar la paz en las regiones donde hay disturbios, a fin de crear las condiciones para que se pueda llegar a un arreglo pacífico. Igualmente, con base al Capítulo VII de la Carta, el Consejo podrá adoptar medidas coercitivas, sanciones económicas o acciones militares colectivas.

El Consejo de Seguridad, según el artículo 24, numeral 1 de la Carta de Naciones Unidas, es quien tiene (...) *la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales*, así como (...) *la responsabilidad de determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión* conforme al artículo 39. En razón de tal normativa, el Consejo de Seguridad es el competente para la determinar la existencia de la agresión. Es importante observar, que en los debates efectuados en la Sexagésima Cuarta reunión de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, en un clima esperanzador y de participación armónica y con la voluntad de la mayoría de las naciones que la conforman, el día 25 de septiembre de 2009, se planteó la necesidad de realizar reformas de los organismos internacionales y de democratizar del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, para que estén a la par del nuevo orden geopolítico mundial del siglo XXI, siendo denunciado el poder antidemocrático del Consejo de Seguridad, y la posibilidad de que sus poderes sean transferidos a la Asamblea General, donde están representados todos los miembros de la organización.³¹⁰

El verdadero problema surge, cuando uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad manifiesta su desacuerdo con la opinión mayoritaria y ese único veto bastará para impedir que se tome una

³¹⁰ Análisis Efe. 25 de septiembre de 2009. En <http://www.noticias24.com/actualidad/noticia/91212/la-onu-inauguro-un-nuevo-clima-de-compromiso-mundial/> Revisado: 25-09-09. 8:35 h.

decisión, llevando a determinaciones inconsultas como la ejecutada por la Organización del Tratado del Atlántico Norte en la ex Yugoslavia. Existe sin embargo, la posibilidad que algún miembro permanente no apoye una decisión pero que tampoco tenga interés en bloquearla, pudiendo entonces abstenerse en la votación.

Este tema ha sido ampliamente cuestionado constituye una práctica atentatoria en contra de la democracia interna de este órgano y de la propia Organización de las Naciones Unidas, toda vez que se ha planteado en sede de la Asamblea, sin obtener consenso, la posibilidad de eliminar el derecho de veto. Su importancia radica en que las decisiones serían tomadas por mayoría.

Representaría un avance en este orden, que situaciones tan delicadas atinentes a la preservación de la paz y la seguridad internacionales, además de las atribuciones conferidas por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se resolvieran por el voto de la Asamblea General de Naciones.

De igual manera, la unipolaridad política actual en la cual Estados Unidos de Norteamérica se desenvuelve, tal como se desprende, entre otros factores del contenido de la *Ley U.S.A Patriot Act*, parece auto catalogarse gendarme del mundo; y, los recientes conflictos bélicos en los que este último ha participado junto a sus aliados, demuestran que el Consejo de Seguridad ha dejado de ser operativo, ya que ha hecho caso omiso de resoluciones emitidas por ese mismo organismo, tales como las referidas a la desocupación de Israel sobre en territorio Palestino y la de no intervención

armada en Kosovo e Irak, algunas de estas acciones lideradas por Estados Unidos.

En consecuencia, se debe democratizar al Consejo de Seguridad, evitando la influencia de determinadas naciones o grupos influyentes, debiendo quedar conformado por todos los países integrantes de la Organización de Naciones Unidas, con el mismo derecho de voto, eliminando el derecho de veto que impide imponer decisiones necesarias para mantener la seguridad colectiva. De este modo, el buen funcionamiento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, dependerá no sólo de la reforma de su composición, sino también de cómo evolucione la estructura del poder mundial.

VIII.2.- Implementación de políticas de desarme

El Preámbulo de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, ratificada el 24 de octubre de 1945, estableció:

*NOSOTROS LOS PUEBLOS DE LAS NACIONES UNIDAS RESUELTOS a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra(...) a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas (...) Y CON TAL FINALIDAD, a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar... que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común, y emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos (...)*³¹¹

Lograr que las naciones lleguen a un acuerdo sobre un desarme general ofrecería un medio eficaz al servicio de la paz, pero ello no es

³¹¹ Ver más en: www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm - . Revisado: 27-10-2008. 6:15 h.

suficiente si no se reducen, de igual modo, las razones que llevan a los hombres y a los pueblos a recurrir a las armas, tales como el afán de poder y la voluntad de dominio sobre otros pueblos, sumado al miedo de ser objeto de una agresión en los derechos, en la propia vida y en la libertad.

En efecto, como lo afirmara Luckham, resulta una característica de la retórica política hablar de orden internacional, cuando se está en una fase de anarquía en la cual se *vende* guerra al tercer mundo, por parte de las potencias que controlan el negocio de las armas, corriendo el riesgo de una guerra mundial, lo cual traería catastróficas consecuencias políticas y económicas, destrucción de entes estatales y sociedades.³¹²

En tal sentido, se aprecia que las organizaciones internacionales creadas para garantizar la paz y la seguridad internacionales parecen haber perdido autoridad para aplicar las disposiciones sobre la materia.

Los costos de armamento reportan beneficios económicos a los grandes productores y vendedores de armas en relación con los beneficios que reporta el mantenimiento del orden. Por otra parte, muchos Estados tienen la errónea noción que el desarrollo se mide con base a la capacidad bélica, y por ello, muchos buscan invertir en armas y aumentar su parque armamentista, evidenciándose el incremento de éste especialmente en los países tercermundistas, muchos de ellos extremadamente pobres; cuando lo cierto es que países como Japón o Suiza, que no poseen ejércitos, son países de primer mundo. Paralelo a ello, en esos países tercermundistas,

³¹² Robin Luckham. *The arms race and the new international anarchy*. En *Armement, Développement, Droits de l'homme, Désarmement*. Publications de la Faculté de Droit de L'Université René Descartes (Paris V). Établissements Bruylant, Bruxelles. Bélgica. 1985, pp. 176-201.

especialmente en África y en el Medio Oriente, se produce la mayor cantidad de conflictos bélicos lo cual invita a incurrir en gastos armamentistas.

Para algunos Estados la cantidad y calidad de las armas es símbolo de estatus y soberanía, considerando que les genera una situación de seguridad frente a eventuales ataques externos y a las acciones de grupos inconformes dentro de las naciones, siendo éste el rol político de las armas que los grandes expendedores, especialmente de Europa y Estados Unidos, *venden* al tercer mundo; contrario a las políticas de desarme o reducción de armamento que a su vez, esos mismos países predicán en las convenciones organizadas por los organismos internacionales destinadas a tal fin.

Por otra parte, la *Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre Desarme*, celebrada en 1979, como resultado de la primera *Sesión Especial de Desarme de la Asamblea General de las Naciones Unidas* celebrada en 1978, se mantuvo inactiva por un lapso de casi trece años; y, no fue sino hasta el mes de mayo de 2010, cuando sus sesenta y cinco Estados miembros, ante la solicitud de los países no alineados y la presión de Estados Unidos de Norteamérica, aprobaron un plan de desarme nuclear, ante las nuevas amenazas de maduración de uranio por parte de naciones como Irán, con miras al desarrollo de armas nucleares.

Durante los últimos años, sin embargo, fueron celebradas diversas conferencias sobre el tema, tal como la realizada el 20 de febrero de 2007, en Ginebra, a fin de crear un nuevo marco de regulación sobre la adquisición de material comúnmente empleado para pruebas radiológicas, las cuales pudieran ser utilizadas por grupos terroristas, con resultados predecibles para la seguridad internacional; mientras que la reunión de 2005, convocada

a objeto de analizar el tratado de no proliferación de armas nucleares, tuvo un final opacado por su conclusión sin acuerdos.

El 9 de septiembre de 2009, se realizó en México la Sexagésima Cuarta reunión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, durante la cual se discutió el problema armamentista, incluso, el de proliferación y uso de armas convencionales, la prohibición de las experiencias nucleares en la atmósfera, en el espacio extra-atmosférico y submarino; utilización del espacio extra-atmosférico; la no proliferación nuclear y de las armas bacteriológicas; asistiendo más de un mil cuatrocientos delegados de setenta países, conferencia que constituyó el preámbulo de la reunión sobre desarme nuclear del Consejo de Seguridad, realizada el 24 de septiembre de 2009; y ambas, previas a la reunión a efectuada en el mes de mayo de 2010, dirigida a analizar la posibilidad de emitir un *Tratado sobre la No Proliferación de Armas Nucleares*, mediante la cual se hizo una revisión del tratado y de las medidas para evitar la diseminación de armas nucleares, estableciendo que el Tratado constituye una herramienta clave en forjar un mundo sin armas nucleares.³¹³

Previa a esta reunión, entre los días 26 y 28 de agosto de 2009, tuvo lugar en Japón, la XXI Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asuntos de Desarme, en la cual se discutió el problema de la no proliferación nuclear, con la participación de noventa representantes de veintiún países, a fin de que los Estados que posean arsenales nucleares procedan a su reducción e implementación del Tratado de Prohibición Amplia de Ensayos Nucleares, aprobado en 1996.

³¹³ En: www.voanews.com/.../Tratado-de-No-Proliferacion-Nuclear-de-2010-96302804.html. Revisado: 14-06-2010. 9:15 h.

En la reunión del Consejo de Seguridad del 24 de septiembre de 2009, se planteó la problemática surgida con relación a la imposibilidad de aplicación del *Tratado de Prohibición Amplia de Ensayos Nucleares de 1996*, ya que el mismo no ha entrado en vigor debido a que países como Estados Unidos, Israel, Corea del Norte e Irán no lo han ratificado, siendo que Estados Unidos de Norteamérica fue uno de los países que impulsó la reunión de la *Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre Desarme*. Uno de los inconvenientes que usualmente surge para llegar a acuerdos, es justamente ese doble discurso político de algunos Estados, que exigen para otros lo que ellos no están dispuestos a ofrecer.

En consecuencia, si no existe una verdadera voluntad política por parte de la comunidad internacional por abordar con seriedad el problema de la proliferación de armas, que cada día son más sofisticadas y por ende, de mayor letalidad, así como frenar el creciente tráfico de armas hacia los países del tercer mundo, nada se hace con celebrar conferencias en las cuales no se producen acuerdos que obliguen a los Estados a reducir su producción y tenencia, evidenciándose así falta de conciencia en el peligro que ello representa para la paz, la seguridad y la propia supervivencia de la humanidad.

VIII.3.- Sanción penal de las conductas constitutivas de agresión

Siguiendo avanzando con los puntos que conforman la presente propuesta, cabe preguntarse si: ¿Existen mecanismos positivados para hacer efectiva la responsabilidad de los autores y partícipes en el delito de agresión a nivel internacional y nacional?; y de no ser así: ¿Resultará factible que se

produzca una sanción internacional contra el Estado agresor por responsabilidad ante la comunidad internacional por actos de agresión?

Como quedó expuesto, durante siglos ha sido planteada la necesidad de sancionar el delito de agresión por las graves implicaciones que su comisión produce sobre la humanidad y sus derechos fundamentales, debiendo hacerse efectiva la responsabilidad personal por la comisión del delito de agresión, proponiéndose al efecto:

VIII.3.1.- Individualización de los medios de comisión del delito. La Conferencia de Kampala

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, fue creado con el fin de sancionar los crímenes más graves contra los derechos humanos, tanto en tiempos de paz como en los de guerra. Luego de discusiones que datan de siglos -desde que se estableció entre los siglos XV y XIX, que la piratería constituía un delito contra la humanidad, el cual conformaba una de las formas que adopta el delito de agresión- y siempre la existencia de diversos intereses políticos y económicos, influyeron a fin de que no se determinara mediante disposiciones punitivas, cuáles son las conductas que configuran el tipo penal del delito. Anterior a la Conferencia de Kampala, celebrada entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010, no había existido consenso respecto a las conductas, adoptándose el contenido en la Resolución 3314 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974.

Esta tipificación no resuelve el problema, ya que si bien por vía de enmienda fue aprobada la incorporación del delito por las naciones que son Partes en el Estatuto, no es menos cierto, que su entrada en vigor quedó diferida; y que el ejercicio real de la competencia por la Corte, está sujeto a

una decisión que se adopte con posterioridad al 1º de enero de 2017, requiriéndose igual mayoría que la requerida para la aprobación de la enmienda del Estatuto previsto en los artículos 121 y 123 del mismo.

Ahora bien, según el referido artículo 123, la revisión del Estatuto podrá hacerse siete años después de su entrada en vigencia, pudiendo pedir cualquier Estado parte, la revisión de los crímenes con base al artículo 121, por vía de enmienda. En virtud de esta disposición, procede incorporar aquellas conductas que constituyen cualquier forma de perpetración del delito de agresión.

Se observa entonces, que aún con esta nueva incorporación en el texto del artículo 8 (bis) de Estatuto de Roma, la sanción del delito de agresión permanece en un limbo jurídico, al quedar diferida y sujeta a una condición futura e incierta, por la cual sería posible, pero no segura, su entrada en vigor después del año 2017; permaneciendo aún como salida, su persecución como delito contra el Derecho Internacional; o simplemente, planteando la responsabilidad del Estado y no de los particulares, ante la Corte Internacional de Justicia.

Esto trae a colación una inquietud con respecto a si en tanto no se establezcan de manera cierta el momento a futuro en el cual deba comenzar el enjuiciamiento por este delito, estos casos deberán seguir siendo resueltos como asuntos de Derecho Internacional Penal y no como de Derecho Penal Internacional, con el riesgo que, de no existir una norma interna por la cual deban regirse los tribunales nacionales al sentenciar estos hechos, generalmente tipificados como Delitos Contra el Derecho Internacional, quedará únicamente la posibilidad de acudir al Derecho Internacional

Público, con la finalidad de que las víctimas puedan obtener una condena del Estado, ante la Corte Internacional de Justicia, no una condena personal de carácter penal.

En todo caso, la mayoría de las veces confluyen en los mismos autores de la agresión los actos constitutivos de otros delitos contra la dignidad humana, ya sea, delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, por los cuales sí pueden ser enjuiciados por los tribunales nacionales del lugar en el cual se produjeron los delitos o por la Corte Penal Internacional de manera complementaria. El problema se presenta, cuando el Estado agresor utiliza tecnicismos jurídicos para pretender hacer valer el derecho a la defensa anticipada legítima o cuando alega no estar sujeto a la normativa penal de carácter internacional y no existe la voluntad interna de ningún país para proceder al enjuiciamiento de sus autores.

El siglo XX, finalizó con situaciones reñidas con los derechos humanos y pese a existir la Declaración Universal de los Derechos Humanos y numerosos instrumentos internacionales que condenan los actos de agresión, se apreciaron sucesos como la intervención militar en la ex Yugoslavia por parte de la Organización del Atlántico Norte, que generó severas inquietudes, pues, durante la abolición por ex Yugoslavia de la autonomía de Kosovo y las muertes que se produjeron en su población, ésta fue objeto de bombardeo por parte de la O.T.A.N., lo cual no puede considerarse un asunto interno de ex Yugoslavia sino de implicaciones internacionales.

Los ataques aéreos de la O.T.A.N., con los resultados conocidos en ausencia de participación de la Organización de Naciones Unidas, no fueron

consultados al Consejo de Seguridad por temor al veto de Rusia y China; siendo que pese a dicha irregularidad, el 2 de Junio de 1999, la Corte Internacional de Justicia rechazó la demanda de ese país respecto a las medidas conservadoras y se declaró preocupada por el empleo de la fuerza en ex Yugoslavia estimando necesario que todas las partes intervinientes debían actuar conforme a sus obligaciones y a la Carta de las Naciones Unidas y demás reglas de Derecho Internacional y Derecho Internacional de los Conflictos Armados; sin embargo, no produjo ninguna sanción en contra de los miembros de la O.T.A.N., tal vez para opacar la omisión en la cual incurrieron los órganos internacionales a los cuales les estaba dado velar por la paz y la protección de los derechos humanos.

Posteriormente, tanto el G-8 como el Consejo de Seguridad, legitimaron la actuación de la O.T.A.N., permitiendo el despliegue de la Fuerza de Kosovo (K.FOR.),³¹⁴ lo cual aseguró el nuevo auge como fuerza política de las Naciones Unidas, ya que, tal omisión le había costado el cuestionamiento de su vigencia. Sin embargo, en el plano jurídico la acción desencadenada por los ataques aéreos, nada tenía en común con una posible *intervención humanitaria*, pues se llevaron a cabo sin anuencia del Consejo de Seguridad. Recurrir al estado de necesidad significó negar el derecho y suponer sin que hubiese existido su discusión, que no había una solución distinta a los bombardeos empleados por la O.T.A.N.

Este mecanismo de recurrir a la fuerza armada por uno o varios Estados en contra de otro u otros Estados, viola la regla imperativa de Derecho Internacional que prohíbe expresamente el empleo de la fuerza, establecido en el artículo 2, parágrafo 4, de la Carta de la Organización de

³¹⁴ Kosovo Force. Es la fuerza militar de la O.T.A.N., para Kosovo. Ver más en: www.nato.int/kfor/. Revisado: 23-12-2008. 17:20 h.

Naciones Unidas, que guarda relación con la resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en 1989, sobre la protección de los Derechos Humanos y el Principio de *No Intervención en los asuntos internos de los Estados*, previsto en su artículo 2, párrafo 2; siendo que la adopción de medidas contrarias al Derecho Internacional son en consecuencia, violatorias de la Carta de las Naciones Unidas.

Todas estas formas de agresión son rechazadas dentro del actual Estado de Derecho Internacional, salvo en casos de legítima defensa previstos en el artículo 51 de la Carta, basada en una decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Capítulo VII, de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, de manera excepcional, constituyendo la mayoría de las veces un problema de orden jurídico más que de orden político o moral. Tampoco resulta legítimo considerar que el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, contenido en el Protocolo I de 12, de 1977, sirva de criterio para justificar la licitud de los bombardeos o cualquier otro medio empleado para ejecutar el delito de agresión.

Se trata de actos unilaterales más que de conflictos armados y contrarios al Derecho Internacional y que, en el caso específico de ex Yugoslavia, debieron implicar, además, la responsabilidad de la O.T.A.N. Sin embargo, en el plano jurídico, nunca se dio respuesta a la ilegalidad de los ataques aéreos; y el Consejo de Seguridad, en su Resolución 1199 del 23/09/98, consideró la necesidad de los ataques; por lo cual, todo el sistema de seguridad de la Carta de las Naciones Unidas resultó distorsionado.

Del mismo modo, puede darse que los casos se canalicen conforme al artículo 53 de la Carta, de manera que pierdan eficacia, siendo lo ideal,

mantener la paz garantizando la supremacía del Derecho Internacional y que los miembros del Consejo de Seguridad, no sean simples representantes de sus Estados sino personalidades comprometidas con el deseo de justicia y paz en el mundo, contribuyendo al respeto de los derechos del hombre y las reglas de derecho; no debiendo ver a estas últimas como supletorias del Consejo de Seguridad.

Aun cuando conforme al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no pueda procederse al enjuiciamiento del delito de agresión, a nivel internacional, existe una amplia gama de disposiciones de rango jurídico y consuetudinario, resultando difícil o imposible sustraerse de la persecución por este tipo de hechos, ya que, como se indicara en capítulos precedentes posiblemente una nación haya suscrito la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o la Carta de la Organización de Estados Americanos u otro tratado de resolución pacífica de controversias, que de una manera u otra la obliguen a responder a nivel internacional.

En consecuencia, se puede señalar que de existir verdadera voluntad política para castigar estas conductas, ello resulta posible aun cuando no se haya establecido la tipificación del delito de agresión en el Derecho Penal Internacional. Sin embargo, esto estaría sujeto a que el Estado haya contemplado dicho delito dentro de su normativa sustantiva interna y tenga en consecuencia, definidas las conductas que se subsumen en el tipo penal; de lo contrario, al admitir la competencia de la Corte, habría cedido a ésta la posibilidad de investigar y sancionar el delito.

Por otra parte, en la Conferencia de Kampala se acordaron una serie de condiciones de vigencia y procedibilidad, para el efectivo ejercicio de la

competencia por parte de la Corte Penal Internacional, respecto del crimen de agresión, tanto en el supuesto de remisión a la Fiscalía por un Estado Parte o “motu proprio” (art. 15 bis), así como en los casos de que se produzca la remisión por el Consejo de Seguridad (art. 15 ter).

En atención a la tipificación, se propuso la definición genérica de agresión contenida en la Resolución 3314/XXIX, del 14 de diciembre de 1974, de carácter más político y menos dogmático. En este orden, con ello se logra un avance en la garantía de la legislación internacional humanitaria y de los derechos humanos, por cuanto se pudiera contar con una normativa de carácter penal, con reglas claras respecto a las conductas sancionables y atentatorias contra las disposiciones de protección de los dos sistemas antes mencionados. Respecto a esta definición, el Comité Internacional de la Cruz Roja afirmó que la misma dista de constituir una verdadera definición del delito, alegando que: *(...) nada dice acerca de las formas de agresión indirecta que caracterizan a nuestra época, como la subversión, los atentados terroristas, la injerencia extranjera en caso de guerra civil (...)*, entre otros supuestos, además de hacer consideración de un elemento netamente subjetivo, como lo es la motivación para recurrir a las armas. Asimismo, critica el hecho de no resultar vinculante para el Consejo de Seguridad. Sin embargo, lejos de tales observaciones ésta fue considerada para su aprobación.³¹⁵

Para construir el tipo del crimen de agresión, el único requisito subjetivo exigido para quien ejecuta la acción o acciones dirigidas a la perpetración del delito, es un dolo genérico que implica la efectiva conciencia y voluntad de ejecutar una guerra de agresión.

³¹⁵ Ver más en: www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TECMU. Revisado: 24-07-2009. 4:50 h.

En cuanto al elemento subjetivo, no se requiere un *ánimo específico*, conformado por la búsqueda de la ocupación o anexión o subordinación del Estado agredido, sino la simple ejecución de conductas susceptibles de configurar el delito, en el territorio de uno o varios Estados extranjeros.

Para esta tipificación, en el anterior Capítulo V, se hizo referencia a innumerables documentos de carácter internacional, suscritos en su mayoría por los Estados miembros de la comunidad internacional, que contienen un largo catálogo de conductas constitutivas de agresión y que, claramente, pudieron ser incluidas dentro del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, debido a que las mismas han servido en oportunidades anteriores para el enjuiciamiento de este delito, tal como ocurrió con el Tribunal Penal Internacional de Nüremberg y con el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

La Resolución 3314/XXIX, del 14/12/1974, emanada de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, señala que basada en la necesidad de mantener la paz y la seguridad internacionales y adoptar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas contra éstas y evitar actos de agresión, se definen en su artículo 1, lo que debe entenderse por agresión, al señalar:

La agresión es el uso de la fuerza armada de 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.

Asimismo, contempló los modos de comisión en su artículo 3.

Esta definición se encuentra igualmente en consonancia con la que fuere presentada por Cherif Bassiouni, quien expuso en similares términos, cuáles debían ser las conductas a tomar en consideración como medios de comisión del delito de agresión, concordante con la Resolución 3314 (XXIX), quien incluía: a) La invasión o el ataque al territorio de un Estado por la fuerzas armadas de otro Estado, o cualquier ocupación militar o cualquier acto de anexión de todo o parte del territorio de otro Estado mediante el empleo de la fuerza; b) El bombardeo o la utilización de todo tipo de armas por las fuerzas de un Estado contra el territorio de otro; c) El bloqueo de los puertos o costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas de tierra, mar o aire o las flotas aéreas y marítimas de otro Estado; e) El uso de la fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran estacionadas en el territorio de otro Estado con su aprobación, de manera contraria a las condiciones recogidas en el acuerdo, o cualquier ampliación de la presencia de dichas tropas en el territorio; f) El acto de un Estado de permitir que su territorio, a disposición de otro Estado, sea empleado por este para perpetrar actos de agresión contra un tercer país; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos de tropas no regulares o mercenarios, que se dediquen a llevar a cabo acciones armadas contra otro Estado; y, h) La incitación, planeamiento e inducción a la comisión de cualquiera de estos actos.³¹⁶

Es interesante observar cómo Alemania, después de la II Guerra Mundial, incorporó al Código Penal la Sección 80 y la Sección 80ª, contentivas de los delitos que atentan contra la paz, conformados por la

³¹⁶ M. Cherif Bassiouni. "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice". *Op. cit.*, pp. 23-67.

preparación de una guerra de agresión y la incitación a una guerra de agresión.³¹⁷ Este artículo señala:

Sección Primera: Traición a la Paz, alta traición y puesta en peligro del Estado Democrático de Derecho. Título I: Traición a la paz.

Sección 80: Preparación de una guerra de agresión.

Quien prepare una guerra de agresión (Sección 26, aparte 1 de la Constitución) en que se vea involucrada la participación de la República Federal Alemana, será castigado con privación de libertad superior a 10 años hasta privación perpetua de libertad.

Igualmente prevé la instigación pública a cometer el delito de agresión, cuando dispone:

Sección 80 a: Incitación a una guerra de agresión.

Quien dentro del ámbito de validez de esta Ley, en una reunión pública o mediante medios impresos (Sección 11, aparte 3), incite a una guerra de agresión (Sección 80), será castigado con privación de libertad de 3 meses a 5 años.

Luego de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Alemania reformó nuevamente el Código Penal y a la par de éste, el Código Procesal Penal y la Constitución, a objeto de armonizarlas con la normativa penal internacional, de manera que, aparte de incluir todo lo relativo a las conductas contempladas en el Estatuto, castiga desde mucho antes de la entrada en vigencia de éste, el delito de agresión y

³¹⁷ Bundesministerium der Justiz. *Strafgesetzbuch (StGB)* (1998). 32ª cd, Deutscher Taschenbuch, Verlag, des Verlages CH Beck. München. Deutschland. "Erster Abschnitt. Friedensverrat, Hochverrat und Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates. Erster Titel. Friedensverrat. § 80 Vorbereitung eines Angriffskrieges

Wer einen Angriffskrieg (Artikel 26 Abs. 1 des Grundgesetzes), an dem die Bundesrepublik Deutschland beteiligt sein soll, vorbereitet und dadurch die Gefahr eines Krieges für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführt, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestraft.

Nichtamtliches Inhaltsverzeichnis
§ 80a Aufstacheln zum Angriffskrieg

Wer im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) zum Angriffskrieg (§ 80) aufstachelt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Bundesministerium der Justiz. "Strafgesetzbuch (StGB)" (Código Penal Alemán), (1998). 32ª cd, Deutscher Taschenbuch, Verlag, des Verlages CH Beck. München. Deutschland. y: www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf. Revisado: 25-10-2008. 11.50 h.

lo considera como un grave atentado contra la paz, imponiendo a los autores de su ejecución, pena privativa de libertad que va desde diez años hasta cadena perpetua.

En consecuencia, el delito quedó establecido en el artículo 8 (bis) del Estatuto de Roma, del modo siguiente:

“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, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas” (art. 8 bis.1).

Se considerará como acto de agresión, al “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....” (art. 8 bis.2).

Incluye además los siguientes actos:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él,

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado,

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado,

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea,

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo,

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado,

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

Se deben producir de manera simultánea las características, gravedad y escala para hablar de violación manifiesta. Ello, sujeto a la señalada condición de procedibilidad.

VIII.3.2.- Eliminación de exigencia de condiciones de procedibilidad para el enjuiciamiento

Uno de los grandes problemas es todo lo relacionado con la denominada *condición de procedibilidad*, consistente en la necesaria declaración previa de la existencia de un acto de agresión por parte del Consejo de Seguridad para que la Corte Penal Internacional pueda ejercer su jurisdicción sobre este delito.

Existen varias iniciativas presentadas por la Comisión Preparatoria que van referidas a la exigencia de este requisito de procedibilidad para poder enjuiciar a los autores o partícipes en actos constitutivos del delito de agresión, y se refieren, a la actuación del Consejo de Seguridad en la elaboración de la declaración previa de que se está en presencia de un hecho constitutivo de agresión. En tal sentido, resulta totalmente inadecuado introducir una condición de procedibilidad como ésta, ya que en razón de los problemas analizados respecto al ejercicio del veto en el Consejo de Seguridad, difícilmente se lograría un acuerdo por parte de los cinco miembros con derecho a veto para declarar la existencia de una guerra de agresión, por las posibles manipulaciones políticas, aunque se tratase de un solo Estado que manifestare su desacuerdo.

Respecto a las iniciativas presentadas en el seno de la Comisión Preparatoria, hubo varias posiciones entre las que destacan: La presentada por Grecia y Portugal, la cual está contenida en el documento PCNICC/1999/WGCA/DP1,³¹⁸ la de Colombia, contenida en el documento PCNICC/2000/WGCA/DP 2,³¹⁹ y, la presentada por Bosnia-Herzegovina, Nueva Zelanda y Rumania, que se encuentra contenida en el documento PCNICC/2001/WGCA/DP.³²⁰

En el primer documento, es decir, el presentado por Grecia y Portugal, la Corte Penal Internacional tendría que instar al Consejo de Seguridad para que se pronunciase sobre la existencia de la agresión con carácter previo al ejercicio de su jurisdicción; sin embargo, si al transcurrir doce meses, el

³¹⁸ Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. "Propuesta de Grecia y Portugal". *Informe PCNICC/1999/WGCA/DP. 1.* 1999, p. 5.

³¹⁹ Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. "Propuesta de Colombia". *Informe PCNICC/WGCA/DP 1.* Anexo II. 2000.

³²⁰ Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. "Propuesta de Bosnia-Herzegovina, Nueva Zelanda y Rumania". *Informe PCNICC/2001/WGCA/DP. 1.* 2001, p. 162.

Consejo de Seguridad no se pronuncia, la Corte procedería con prescindencia de su opinión.

En el Informe de Colombia, se establece que, si con arreglo al artículo 13 del Estatuto, se remite al Fiscal una situación que pudiera constituir crimen de agresión o éste ha iniciado una investigación relativa a un crimen de agresión y existe una determinación previa del Consejo de Seguridad, la Corte resolvería sobre la admisibilidad del asunto. Este pronunciamiento sobre la admisibilidad por la Corte y asunción de la competencia, conforme al artículo 19 del Estatuto, procedería aún sin que haya determinación previa del Consejo de Seguridad. De existir una solicitud previa del Consejo de Seguridad, no sería necesario solicitar nuevamente su opinión.

En cuanto a la opinión de Nueva Zelanda, Bosnia y Rumania, si bien es similar a la sostenida por Grecia y Portugal, se establece un sistema de competencia subsidiaria y con dos posibles instancias políticas, de forma que, ante la falta de pronunciamiento por parte del Consejo de Seguridad, la competencia para resolver sobre la procedencia del enjuiciamiento estaría atribuida a la Asamblea General, la cual solicitaría la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el sentido de que ha habido un acto de agresión por parte del Estado de que se trate. Cuando la Asamblea General así lo recomiende, el Fiscal proseguirá las actuaciones de conformidad con el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

A ello se suma lo contemplado en el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas,³²¹ en cuanto a que el Consejo de Seguridad determinará la

³²¹ Organización de las Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas. 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*

existencia de amenaza a la paz, quebrantamiento a la paz o acto de agresión y hará las recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41³²² y 42³²³ para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacional.

En la Conferencia de Kampala se fijaron una serie de condiciones procedibilidad, para el efectivo ejercicio de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión (en los artículos 15 bis y 15 ter del Estatuto), tanto en el supuesto de remisión a la Fiscalía por un Estado Parte o a iniciativa de ésta, dependiendo en consecuencia de la autorización expresa del Consejo de Seguridad.

Aun cuando la Conferencia de Kampala estableció diferencias dependiendo de si el caso fue remitido a la Fiscalía por un Estado Parte o por actuación oficiosa de ésta (artículo 13 a y c y 15 bis), o si la situación fue enviada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (artículo 13 b y 15ter); igualmente dispuso que la Corte sólo podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por 2/3 de los Estados Parte (artículos 15 bis.2 y 15 ter.2), siempre sujetos a la condición de que con posterioridad al 1º de enero de 2017 se produzca la decisión favorable (artículos 15 bis.3 y 15 ter.3), de aprobación de la enmienda conforme al artículo 121, 3 del Estatuto.

recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

³²² *Ibíd.* Artículo 41: “El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.”

³²³ *Ibíd.* Artículo 42: “Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.”

Por otra parte, aún en caso de remisión de un Estado parte o procediendo de oficio, el Fiscal deberá comprobar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate, para lo cual notificará al Secretario General de la Organización de Naciones Unidas la situación ante la Corte, con copia de la documentación y de los antecedentes del caso (art. 15 bis.6). Si el Consejo de Seguridad determina la procedencia la Fiscalía podrá iniciar la investigación (artículo 15bis.7), de lo contrario, luego de seis meses desde la notificación, el Fiscal podrá iniciar el procedimiento bajo dos requisitos esenciales: (artículo 15 bis.8)

a.-Que lo autorice la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte (artículo 15.4)

b.-Que no se lo impida o suspenda el Consejo de Seguridad(artículo 16).

Del mismo modo, aunque la Corte Penal Internacional llegase alguna vez a tener competencia sobre la materia, seguiría existiendo la posibilidad de la paralización de sus actuaciones por parte del Consejo de Seguridad a través del uso de la competencia que le viene atribuida por el artículo 16 del Estatuto de Roma, ya que los miembros del Consejo con derecho a veto lo utilizarían por motivos políticos para paralizar la actividad de la Corte siempre que esta no les convenga. Con la exigencia de esta condición de procedibilidad, se introduce un serio precedente, ya que, haría pensar que se estaría ante un tipo penal en blanco y que se incluirían conceptos jurídicos indeterminados; y, por lo tanto, la decisión acerca de la definición del acto de agresión, en cada caso, por parte del Consejo de Seguridad, le daría la potestad de calificar si se está en presencia del crimen de agresión.

Esta situación, supone la relativización y abandono del principio de legalidad y de seguridad jurídica que proporcionaría mantener una clara definición del crimen de agresión, quitándole a la Corte Penal Internacional la facultad de juzgar conforme al análisis de los elementos probatorios producidos durante el proceso, y conforme a las máximas de experiencia y a la lógica que implica una sana crítica, si se está o no en presencia del delito de agresión y la necesidad de castigar el delito.

Darle la facultad al Consejo de Seguridad de calificar dichas conductas y establecer si constituyen delito, pudiera generar una opinión calificada que produciría en los jueces de la Corte la obligación moral y política de plegarse a la precalificación dada por el Consejo, con los argumentos en los cuales éste se haya fundado para determinar la procedibilidad del enjuiciamiento, afectando *a priori* la imparcialidad del sentenciador.

Ya finalizando este análisis, será la integración de los anteriores puntos que conforman la re-conceptualización, aquí presentada como propuesta, lo que dará paso a la sistematización punitiva internacional que permitirá alcanzar un efecto sensibilizador en quienes dotados de la suficiente capacidad legislativa, puedan traducir este enfoque teórico en los distintos cuerpos normativos, que den por resuelta la problemática internacional que motivó la realización de este trabajo, ya que no basta el desarrollo del tipo penal y sus formas de comisión, sino que, debe buscarse de manera efectiva y pronta su concreción en realidad, a fin de cumplir con la deuda que actualmente mantienen con la humanidad la Organización de las Naciones Unidas.

CONCLUSIONES

Se ofrece en este trabajo una propuesta basada en el efecto sancionatorio requerido sobre quienes ejecuten actos constitutivos de delitos de agresión, por tratarse de un crimen grave contra la humanidad.

Para ello se pudo concluir que los delitos internacionales contra la humanidad no siguen los mismos patrones que los delitos previstos dentro del ámbito nacional y el Derecho Penal Internacional tiene como objeto la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana e impone principios y reglas de observancia obligatoria por la comunidad internacional, incorporando violaciones contra el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, que contempla las reglas mínimas de respeto a la persona en tiempos de conflicto armado; y, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por tal motivo, las disposiciones de carácter internacional, prohíben la perpetración de ciertas conductas consideradas crímenes contra el *derecho de gentes* o crímenes de Derecho Internacional, los cuales comportan consecuencias jurídicas que obligan a los Estados a su persecución y castigo.

En tal virtud, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional como instrumento de derecho punitivo represivo, contiene normas penales positivas de carácter internacional, estableciendo una Corte Penal Internacional para sancionar de manera subsidiaria, los crímenes más graves contra la humanidad, cuando el Estado a nivel interno no demuestre su disposición de sancionar el delito o no exista garantía de un juicio justo.

Se concluye que el bien jurídico tutelado para todos los delitos contra la humanidad va a ser la persona humana como generadora de derechos, buscando proteger esencialmente su derecho a la dignidad, a la paz y a la seguridad, fundamentales para su convivencia y el Derecho Penal Internacional se rige por el principio de responsabilidad personal para el castigo de los delitos, a diferencia de la responsabilidad del Estado, la cual no reúne los requisitos de una condena penal.

Se garantiza además el castigo dentro de este sistema penal respecto de todas las conductas criminales, ya que si bien por dolo directo será responsable aquel funcionario que ordene o ejecute estos delitos, también el artículo 28 del Estatuto contempla una responsabilidad con igual pena para quienes hayan omitido impedir su comisión en virtud de su deber de vigilancia, estableciendo un dolo por omisión impropia, así como la negligencia como dolo eventual y no como culpa; y, la autoría mediata, incorporando los elementos objetivos (*actus reus*) y subjetivos (*mens rea*) de los delitos, abarcando las diversas formas del proceso mental de la voluntad, desde el dolo directo, el dolo eventual, la culpa negligente hasta la culpa consciente. Para la agresión, sólo contempla el dolo directo.

Para garantizar la efectiva aplicación de sus disposiciones sustantivas se incluye en el Estatuto el concepto de *responsabilidad de mando* o del superior, por el incumplimiento de actuar para impedir la comisión de delitos por parte de los subordinados, siendo responsable tanto por su propia falta como por las conductas penales de otros, creando una responsabilidad directa por falta de supervisión y una indirecta por el actuar de otros. De ese modo se constituye la responsabilidad en un delito propio de omisión y un delito de peligro, estableciendo la ilicitud de las leyes de amnistía, cuando se trate de delitos graves contra la dignidad humana; no pudiendo aceptarse tal

posibilidad, cuando la comunidad internacional ha aceptado el carácter *ius cogens* de tales prohibiciones.

De forma complementaria, se analizó lo concerniente al principio de Jurisdicción Universal, que permite que cualquier persona señalada por la comisión de delitos graves contra la humanidad, pueda ser sujeto de enjuiciamiento criminal, no sólo por la Corte Penal Internacional, cuya actuación es subsidiaria de los tribunales nacionales, sino por cualquier tribunal nacional, siempre y cuando la persona haya permanecido en dicho territorio, concluyendo en la inconveniencia de establecer una jurisdicción universal absoluta, a lo cual se oponen autores como Cassese, según la cual, cualquier Estado, por el hecho de pertenecer a la comunidad internacional y tratarse de un delito contra ésta, puede en un momento determinado activar un proceso criminal contra los presuntos autores de dichas violaciones, iniciar los procesos e incluso dictar órdenes de arresto y emitir solicitudes de extradición, tal como lo disponen la ley belga y la española.

Si bien países como Alemania, han calificado a la Corte como una institución interestatal, conforme al artículo 24, párrafo 1 de la Constitución, otorgándole carácter de institución supranacional, por lo que los actos de la Corte Penal Internacional tienen efecto inmediato dentro el ordenamiento jurídico alemán, se observó cómo algunas legislaciones, contienen amplias interpretaciones con relación a la presencia física requerida por la ley internacional; siendo que, en el proyecto de ley de implementación de la Corte Penal Internacional en Sudáfrica y en la ley de implementación de dicha Corte en Canadá, se permite el ejercicio de la jurisdicción sobre personas que supuestamente cometieron delitos fuera de los territorios respectivos de los Estados, pero quienes con posterioridad, estuvieron

presentes en los mismos. En tanto que, otras legislaciones incorporan exigencias respecto a la necesidad del consentimiento del Procurador General para el enjuiciamiento, lo cual lleva a concluir en la posibilidad de generar problemas, ya que, las facultades discrecionales del Procurador General pudieran interferir con el interés de la justicia, al representar los intereses políticos del Estado; por ejemplo, en países como el Reino Unido y Canadá, las facultades discrecionales del Procurador General no están sujetas a criterios explícitos ni a revisión judicial, pudiendo generar dudas respecto a la imparcialidad e independencia judicial.

Yendo de lo general a lo particular, se concluye en la necesidad de pasar de la simple enunciación y descripción dentro del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de los supuestos de hecho de la norma tipificados como delito de agresión, a la determinación de que si no existe su previsión dentro del derecho interno, estos casos deberán seguir siendo resueltos conforme al Derecho Internacional Penal y no al Derecho Penal Internacional; por lo que de no contar con una norma interna por la cual deban regirse los tribunales nacionales al sentenciar estos delitos, generalmente tipificados como delitos contra el Derecho Internacional, quedará únicamente la posibilidad de acudir al Derecho Internacional Público, con la finalidad de que las víctimas puedan obtener una condena contra el Estado ante la Corte Internacional de Justicia, mas no una condena personal de carácter penal; al quedar diferida y sujeta a condición futura, la posibilidad de que la Corte pueda ejercer su competencia.

Se concluye que para el tipo penal de agresión, el único requisito subjetivo es un dolo genérico que conlleva conciencia y voluntad de ejecutar una guerra de agresión; y, como elemento subjetivo, el ánimo específico conformado por la búsqueda de la ocupación, anexión o subordinación del Estado agredido, debiendo ser eliminado el obstáculo legal de exigencia de

una condición de procedibilidad por parte del Consejo de Seguridad, ya que los Estados con derecho a veto para declarar la existencia de una guerra de agresión o de ejecutarla bajo la pretendida justificación de actuar en beneficio de la comunidad internacional, pudieran en un momento dado, manipular las decisiones del Consejo; además de la posibilidad de paralizar las actuaciones de la Corte conforme al artículo 16 del Estatuto.

Se evidenció que en la mayoría de los casos confluyen en los mismos autores de la agresión, otros delitos contra la dignidad humana, ya sea, delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, por los cuales sí pueden ser enjuiciados por los tribunales nacionales del lugar en el cual se produjeron los delitos o por la Corte Penal Internacional de manera complementaria. El obstáculo se produce cuando el Estado agresor utiliza subterfugios para pretender hacer valer el derecho a la defensa anticipada legítima o cuando alega no estar sujeto a la normativa penal de carácter internacional y no existe la voluntad interna de ningún país para proceder al enjuiciamiento; o, cuando se emplean las fuerzas militares como pretendida justificación de intervención humanitaria.

Se pudo concluir que en cuanto a la comisión de actos de agresión ocurridos en las últimas décadas, la mayoría de los casos que fueron analizados no pudieron ser sometidos a conocimiento de la Corte Penal Internacional, por cuanto ocurrieron con anterioridad a la implantación de la Corte, siendo que los tribunales nacionales, no han sido lo suficientemente objetivos en la imposición de las penas, además de que muy pocos testigos han acudido a declarar por temor a represalias, tal como ocurrió en el caso de Timor Oriental. Igualmente se apreció que muchas situaciones se ejecutaron o se agravaron por no haber asumido los organismos internacionales su rol de garantes de la paz internacional, como lo acaecido

con la intervención militar en la ex Yugoslavia por parte de la Organización del Atlántico Norte y las muertes producidas a la población Kosovar, que no pueden considerarse asuntos puramente internos de ex Yugoslavia y que no fueron consultados al Consejo de Seguridad por temor al veto de Rusia y China. En este sentido se evidenció que el recurrir a la fuerza armada por uno o varios Estados en contra de otro Estado, viola la prohibición de Derecho Internacional de emplear la fuerza, prevista en el artículo 2, párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución sobre la Protección de los Derechos Humanos y el *Principio de No Intervención en los asuntos internos de los Estados*. Por ello, la justificación *humanitaria* de los bombardeos de la O.T.A.N., no se acepta dentro del actual Estado de Derecho Internacional.

A lo anterior se suma que la regionalización de las Naciones Unidas y los procedimientos internacionales son inevitables, pero existe el riesgo de que devenga en una escapatoria a las reglas de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y de sus los Principios y los casos se canalicen conforme al artículo 53 de la Carta, pudiendo hacerle perder eficacia y dirigir al mundo a una nueva división en bloques opuestos. Por tal razón los miembros del Consejo de Seguridad no pueden ser simples representantes de sus Estados sino personalidades inspiradas por el deseo de justicia y paz en el mundo, contribuyendo al respeto de los derechos del hombre y las reglas de derecho y no ver a estas, como suplementarias del Consejo de Seguridad. En consecuencia, es indispensable una reforma del derecho a veto, el cual actualmente y después de más de cincuenta años sigue controlado por los miembros tal como fueron designados después de la II Guerra Mundial, y que las decisiones se tomen por votos afirmativos y negativos de todos los Estados que conforman la Organización de las Naciones Unidas. Ello se convierte en una demanda de la Comunidad

Internacional como ocurrió en los debates efectuados en la Sexagésima Cuarta reunión de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, el día 25 de septiembre de 2009, cuando se planteó la necesidad de realizar reformas de los organismos internacionales y de democratizar del Consejo de Seguridad de la O.N.U., para que estén a la par del nuevo orden geopolítico mundial del siglo XXI, siendo denunciado el poder antidemocrático del Consejo de Seguridad, y la posibilidad de que sus atribuciones sean transferidas a la Asamblea General, donde están representados todos los miembros de la organización.

Por ello, resulta impostergable establecer el voto calificado de todos los países y el país que no esté conforme pueda formular un veto, lo cual permitiría al Consejo de Seguridad asumir el rol que le ha sido asignado y evitaría la marginalización de las Naciones Unidas y el retorno a las políticas de bloques, debiendo la objeción o veto ser debidamente justificada; ya que de no reformarse el derecho a veto imperará la ley del más fuerte y quedara relegada la protección de los derechos humanos y consecuentemente la ley del más justo.

Resulta imprescindible que las naciones asuman de modo efectivo la necesidad de reducir al mínimo la tenencia de armas, puesto que en el desarme tendría la humanidad un medio eficaz al servicio de la paz, más no al servicio de aquellos Estados que fomentan el desarme para otros pero no para ellos, recurriendo al negocio y al uso de las armas, como mecanismos para efectuar el control político y económico sobre otras naciones. Lo anterior, se puede resumir en la célebre expresión del jurista y político romano Marco Tulio Cicerón: *“Que las armas cedan ante la toga”*.

Por tal motivo, no puede analizarse la agresión desde un único ángulo sino un hecho de doble carácter: a.- Un atentado contra el Derecho Internacional y por ello, objeto de conocimiento por el Derecho Internacional Penal y de la imposición de sanciones penales a los agresores por cualquier Estado conforme al principio de justicia universal; e igualmente, de sanciones internacionales al Estado como ente al cual representan los autores de la agresión; b.- Un delito contra la humanidad, y por ende, objeto de conocimiento por el Derecho Penal Internacional, al atentar de manera grave contra el derecho de las personas a la paz, a su integridad y a su identificación con el ejercicio de la soberanía, como máxima expresión de sus libertades ciudadanas.

Con el fin de hacer efectivo el castigo del delito de agresión, hasta tanto entren en vigencia las disposiciones desarrolladas en la Conferencia de Kampala, además del Estatuto de Roma se cuenta a nivel internacional, con una serie de disposiciones de rango jurídico y consuetudinario, que resulta difícil o imposible sustraerse de la persecución por este tipo de hechos, como la Convención de Viena sobre el Derecho de Los Tratados o la Carta de la Organización de Estados Americanos o los tratados de resolución pacífica de controversias, que obligan al Estado a responder a nivel internacional; y aún, cualquier Estado afectado directa o indirectamente por un acto que tenga este carácter, en virtud del principio de justicia universal podrá accionar contra los atentados pongan en peligro la paz internacional; pudiendo incluso iniciar el proceso penal contra los autores de estos delitos, aun conforme al derecho interno. Por tal razón de existir verdadera voluntad política para castigar estas conductas, ello resulta posible, aun cuando no sea posible su enjuiciamiento por la Corte Penal Internacional.

BIBLIOGRAFÍA

Textos impresos

ABRISKETA, Joana. (2004). "La Corte Penal Internacional: Sanción para las más graves violaciones de los derechos humanos". En: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Humanitarian net. Universidad de Deusto. Bilbao.

ADDA, Jacques. (2004). *La mondialisation de l'économie*. Tome 2 problémes. Sixième edition. Editions La Découverte. París.

AGUIAR, Asdrúbal. (2006). *Código de Derecho Internacional*. Publicaciones de la Universidad Católica de Venezuela. Caracas.

ALLER, Germán. (2006). "El Derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto". En *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Tomo 1, Editorial B de F, Buenos Aires.

AMBOS, Kai. (1999). "Impunidad, derechos humanos y derecho penal internacional". *Revista Nueva Sociedad*, Nro. 161, Caracas.

----- (1999). "El caso Pinochet y el Derecho aplicable". *Revista Penal*. Nro 1, páginas. 3 y siguientes. España.

----- (2001). *Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Universidad Externado, Santa Fe de Bogotá.

----- (2005). *Estudios de Derecho Penal Internacional*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.

AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel. (2003). *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*.

Fundación Konrad Adenauer Stiftung E.V e Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional. República Federal de Alemania.

APONTE CARDONA, Alejandro David. (1999). *Guerra y Derecho Penal del Enemigo*. Universidad de Los Andes, Bogotá.

ARZOLA, Alejandro. (2002). *Derecho Supranacional Humanitario y Penal*. Caracas.

BARATTA, Alessandro. (1986). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI Editores, España.

----- (1995). “Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”. En AA.VV. *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago de Chile.

BELLO RENGIFO, Carlos. (2006). “Las razones del derecho penal”. En *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Tomo 1. Editorial B de F. Buenos Aires.

BLUM, William. (2006). *El Estado Agresor*. Editorial La Esfera de Los Libros. S.L. Madrid.

BORELLI, Silvia. (2005). “Echar luz sobre un vacío jurídico: el Derecho Internacional y las detenciones en el extranjero en el marco de la “guerra contra el terrorismo”. *Revista Internacional de La Cruz Roja*, N° 857 del 31 de marzo de 2005.

BORREGO, Carmelo. (2006). *Validez espacial de la norma penal de orden internacional*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

BROTÓNS, Antonio Ramiro, RIQUELME Rosa, DIÉZ-HOCHLEITNER Javier, ORICHUELA Esperanza y PÉREZ-PRAT Luis. (1997). *Derecho Internacional*. Mc Grau Hill. Madrid.

CANCIO MELIÁ, Manuel. (2003). *¿Derecho Penal del Enemigo?*. En Jakobs/Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid.

CASSESE, Antonio. (2003). *International Criminal Law*, Oxford University Press, Gran Bretaña.

----- (2004). "¿Hay un conflicto insuperable entre soberanía de los Estados y justicia penal internacional?". En *Crímenes Internacionales y jurisdicciones internacionales*. Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty Editores. Editorial Vitral, Bogotá.

----- (2004). "La influencia de la CEDH sobre la actividad de los tribunales penales internacionales". *Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty Editores*. Editorial Vitral, Bogotá.

CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud. (1999). "Negociating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court". *Cornell International Law Journal*. Número 32.

----- (2000). "La Corte Penal Internacional. Ratificación y aplicaciones por las legislaciones nacionales". *Revue Internationale de Droit*. Editions Èrès. Toulouse. Francia.

----- (2001). "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice". Publicado en *Virginia Journal of International Law Association*, Otoño 2001. Va. J. Int'l. L81.

CHALIAND, Gérard (2008). *Le nouvel Art de la Guerre*. L'Archipel. París.

CHOMSKI, Noam. (2003). *El terror como política exterior de Estados Unidos*. Alfa Grupo Editorial, Caracas.

----- (2004). *Hegemonía o Supervivencia*. Grupo Editorial Norma S.A. Bogotá.

----- (2004). *Piratas y Emperadores. Terrorismo Internacional en el mundo de hoy*. Ediciones B. S.A. Barcelona. España.

----- (2007). *Estados Fallidos. El abuso de poder y el ataque a la democracia*. Ediciones B. S.A. Barcelona. España.

CHOMSKY, Noam y ACHCAR, Gilbert. (2007). *Estados Peligrosos. Oriente Medio y la política exterior estadounidense*. Ediciones Paidós Ibérica. S. A. Barcelona. España.

CHORNET, Consuelo Ramón. (1995). *¿Violencia Necesaria?. La intervención humanitaria en Derecho Internacional*. Editorial Trotta S.A. Madrid.

DAVID, Eric. (1995). La loi belge sur les crimes de guerre. *Revue belge de droit international*, vol. XXVIII, 1995, Bélgica.

DE ARENAL, Celestino. (1987). "Investigación sobre la paz, pasado, presente y futuro". *Congreso Internacional sobre La Paz*. Universidad Autónoma de México.

DE CASTRO, Benito. (1990-91) "Derechos Humanos, Persona y Comunidad Política", *Anuario de la Universidad de Los Andes*, Mérida.

DELMAS-MARTY, Mireille. (2004). *Pueden los crímenes internacionales contribuir al debate entre universalismo y relativismo de los valores ?* En *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty Editores. Editorial Vitral, Bogotá.

DONNA, Edgardo Alberto. (1998). *La autoría y la participación criminal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.

DÖRMANN Knut. (2003). "La situación jurídica de los combatientes ilegales/no privilegiados". *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 849.

FERRAJOLI, Luigi. (2000) *Derecho y Razón*. Editorial Trotta, cuarta edición, traducción de Perfecto Ibáñez y otros, Madrid.

----- (2001). *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Editorial Trotta, segunda edición, Madrid.

----- (2007). “Criminalidad y globalización”. En *Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México.

FONTANEL, Jacques y MATIÈRE, Jean Pierre. (1985). “La préparation a la guerre. Défense nationale et développement”. En *Armement, Développement, Droits de l’homme, Désarmement. Publications de la Faculté de Droit de L’Université René Descartes (Paris V)*. Établissements Bruyland, Bruxelles. Bélgica.

FOUCAULT, Michel. (1995). Poderes y Estrategias. En *Microfísica del Poder*. Editorial Planeta Agostini, Barcelona, España.

FRULLI, Micaela. (2004). “El Derecho Internacional y los obstáculos a la implementación de la responsabilidad penal por crímenes internacionales”. En *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty Editores. Editorial Vitral, Bogotá.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. (1986). *La Defensa de la Constitución*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala.

GIL GIL, Alicia. (1999). *Derecho Penal Internacional*. Editorial Tecnos, Madrid.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. (2001). “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho español”. En *Bacigalupo Zapater, Enrique (Director), el Derecho Penal Internacional*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.

GRISANTI AVELEDO, Hernando y GRISANTI FRANCESCHI, Andrés. (2000). *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial. Octava Edición. Vadell Hermanos Editores. Valencia, Venezuela.

HASSEMER, Winfried. (1991). "Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos". En *Nuevo Foro Penal*. Nº 51. Bogotá.

HERMIDA DEL LLANO, Cristina: (2005). *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Anthropos, Barcelona, España.

HOBBS, Thomas. (1998). *Leviatán o La Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*. Fondo de Cultura Económica. México.

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS. 1995. *Derecho Penal Venezolano. Volumen III. Tomo I*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas.

JAKOBS, Gûnter. (1985) "Kriminalisierungim Volfeld einer Rechtsgutverletzung". Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt, a.M. ZStW 97, Mai 1985. Frankfurt, Deutschland.

----- (1997). *Consejo General del Poder Judicial/Junta de Galicia*. Estudios de Derecho Judicial. Nº 20, España.

----- (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Civitas. Madrid.

----- (1997). *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, Madrid.

----- (1998). "Sociedad, norma, persona: En una teoría de un Derecho Penal funcional". *Cuadernos de Conferencias y Artículos*. nº 13, Universidad de Externado, Colombia.

----- (1999). *Consejo General del Poder Judicial/Junta de Galicia*.

------. (1999). “La Ciencia del Derecho Penal frente a las exigencias del presente”. Consejo General del Poder Judicial/Junta de Galicia. *Estudios de Derecho Judicial*, n° 20, España.

------. (2001). *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina.

------. (2004). *Dogmática de Derecho penal y configuración normativa de la sociedad*. Thomson Civitas. Madrid.

JAKOBS, Gûnter y CANCIO MELIÁ, Manuel. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Thomson Civitas. Primera edición. Madrid.

JORDA, Claude. (2004). “El punto de vista jurídico”. En *Crímenes Internacionales y jurisdicciones internacionales*. Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty Editores. Editorial Vitral, Bogotá.

KAGAN, Robert. (2003). *Paradise and Power*. Atlantic Books, London, England.

KANT, Emmanuelle. (2002). *Pour la paix perpétuelle*. LGF, Paris.

LEITHENBERG, Milton. (1985). “The impact of the worldwide confrontation of the great powers. Aspects of military intervention and the protection of military power”. En *Armement, Développement, Droits de l’homme, Désarmement. Publications de la Faculté de Droit de L’Université René Descartes (París V)*. Établissements Bruyland, Bruxelles. Bélgica.

LEU, Hans Joachim. (1982). *Introducción al Derecho Internacional Penal*. Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas.

LEVEL, Patrice. (1961). “Essai sur les conflits de lois dam le temps”. *Revue Critique a Droit International Privé*. 1961-I. París.

LOCKE, Jhon. (2008). *An Essay concerningh humane understanding*. Volumen II. Oxford University Press. Inglaterra.

LUCKHAM, Robin. (1985). "The arms race and the new international anarchy". En *Armement, Développement, Droits de l'homme, Désarmement. Publications de la Faculté de Droit de L'Université René Descartes (Paris V)*. Établissements Bruyland, Bruxelles. Bélgica.

LUHMANN, Niklas. (1983). *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica* (Traducción de Otto Pardo). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

MÜLLER, Ingo. (2006). *Los juristas del horror*. Traducción de Carlos Armando Figueredo. Editorial ACTUM. Caracas.

MIR PUIG, Santiago: (2004). *Derecho Penal, Parte General*. Séptima Edición, Reppertor. SL., Barcelona, España.

NIKKEN, Pedro. (1988). *En defensa de la persona humana*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

OHMAE, Kenichi. (2005). *El próximo escenario global. Desafíos y oportunidades en un mundo sin fronteras*. Capítulo 8: La reinención del gobierno. Páginas 255-293. Grupo Editorial Norma. Bogotá.

ORTEGA TEROL, Juan Miguel y SÁNCHEZ LEGIDO, Angel. (2002). "Orden Público Europeo y Acción Exterior: El bombardeo de la OTAN en Yugoslavia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Revista Española de Derecho Europeo*, Nro 3, Civitas, Madrid, julio-septiembre 2002.

OXFORD RESEARCH GROUP. (2006). *Global Response to Global Threats. Sustainable Security for the 21st Century*. Briefing Paper. junio 2006.

PEÑA SOLÍS, José. (2008). *Lecciones de Derecho Constitucional General. Volúmen I. Tomo II*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. (2005). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos. España.

PRIETO SANJUAN, Rafael. (2006). *Akayesu: El primer juicio internacional por genocidio*. Grandes fallos de la justicia penal 2. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Biblioteca Jurídica. Bogotá.

RIQUERT, Fabián y PALACIOS, Leonardo. (2003). *El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes en la Ley*. Revista Universitaria, Año V, nº 3, junio 2003, Mar de Plata, Argentina.

RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro. (2005). *La Corte Penal Internacional. Complementariedad y Competencia*. Vadell Hermanos Editores. Valencia-Caracas.

RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, José Luís. (2000). *Aspectos Penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional*. En Escobar Hernández, Concepción Editor. Colección Escuela Diplomática, Nro. 4. Madrid.

ROSALES, Elsie. (2003). "Terrorismo y Globalización del control penal". *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*. Nº 6. Caracas.

------. (2007). *Sistema Penal, Ley Penal y Estado Constitucional*. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos Nº 18. Caracas.

ROSALES, Elsie, BORREGO, Carmelo y NÚÑEZ, Gilda. (2008). *Sistema Penal y Acceso a la Justicia*. Universidad Central de Venezuela. Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico. Colección Monografías Nº 93. Caracas.

ROXIN, Claus. (1982). "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo". En *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*. Editorial Temis, Bogotá.

------. (1997). *Derecho penal, parte general*. Tomo I. Civitas, p. 999. Madrid.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. (2002). *Doctrinas de la guerra y de la paz*. En Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época. Tomo XIX. Madrid.

SAFIEH, Afif. (1985). "Promouvoir la multi-polarité". En *Armement, Développement, Droits de l'homme, Désarmement. Publications de la Faculté de Droit de L'Université René Descartes (Paris V)*. Établissements Bruyland, Bruxelles. Bélgica.

SANGUINETTI, Antoine. (1985). "Rapports entre la notion de sécurité et les atteintes aux droits des hommes et des peuples". En *Armement, Développement, Droits de l'homme, Désarmement. Publications de la Faculté de Droit de L'Université René Descartes (Paris V)*. Établissements Bruyland, Bruxelles. Bélgica.

SEGOVIA BERNABÉ, José Luis. (2003). "La seguridad ciudadana y las víctimas: Pistas éticas para humanizar el sistema penal". En *Gobernanza y Seguridad Sostenible*. Edición 12. Salamanca, España.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. (1999). *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. Cuadernos Civitas. Madrid.

----- (2006). "Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae". En *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Tomo 2. Editorial B de F. Buenos Aires.

SOLER, Sebastián. (1929). *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*. Buenos Aires.

SOROS, George. (2002). *Globalización*. Editorial Planeta. Barcelona. España.

THIERRY, Hubert. (1984). *Droit et relations internationales. Traités, résolutions, jurisprudence*. Montchrestien. París.

TIEDEMANN, Klaus. (1998). *La armonización del derecho penal en los Estados Miembros de la Unión Europea*. Universidad Externado, Santa Fe de Bogotá.

TOMASEVSKI, Katarina. (1985). "Prohibitions of the use of armed force and exceptions pertaining to liberation movements: Réconciling the irreconcilable". En *Armement, Développement, Droits de l'homme, Désarmement*. Publications de la Faculté de Droit de L'Université René Descartes (París V). Établissements Bruyland, Bruxelles.

TOMUSHAT, Christian. (2001). "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century". *General Course on Public International Law*. Humboldt University, Berlin.

TORO JIMÉNEZ, Fermín. (2002). "Derecho Internacional Público". Volumen II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

TUNC, André. (1964). *Le droits des Etas Unis*. PUF. París.

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS. (1995). *Código Penal de Venezuela*. Volumen III, Tomo I, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas.

URIBE VARGAS, Diego. (1996). *El Derecho a la Paz*. Universidad Nacional de Colombia. Santa Fé de Bogotá.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. (1966). *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico. En torno al derecho natural*. Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos: Instituto de Cultura Hispánica, Madrid.

VATTEL, Emerich. (1989). "Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains". Guillaumin Ced. Orig. 1758C 1863, t. I, LXVIII, y Steward Jay, *Status of the Law of Nations in Early American Law*, 42 Vanderbilt Law Review 1989. París.

WELZEL, Hans. (1956). *Derecho penal alemán*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Depalma. Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1986). *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*. Editorial De Palma. Buenos Aires.

----- (2005). "Entorno de la Cuestión Penal". *Maestros del Derecho Penal*, Nro. 18, Editorial B de F, Julio César Faira Editor. Montevideo.

----- (2006). *El enemigo en el Derecho penal*. Grupo Editorial Ibáñez. Universidad Santo Tomás. Bogotá.

ZORGBIBE, Charles. (1975). *Les relations internationales*. Themis Science Politique. Presses Universitaires de France. París.

Textos digitales

AMBOS, Kai. (1999). "Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional". *Criminal Law Fórum* 10. pp. 1-32. Traducción del inglés de Fernando del Cacho (C.E.U. San Pablo), revisión y actualización del autor. Editorial Albrematica. En: Copyright © eIDial.com.

----- (2007). "Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y Realpolitik". *Política criminal*. nº 4, 2007. A1, p. 1-16. En: <http://www.politicacriminal.cl>.

ARAYA ROJAS, Laura. *El Derecho a la Paz y la Constitución Política*. En: www.uned.ac.cr/sep/recursos/investigaciones/documents/Derechopaz.pdf

BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna y ZINNO TORRAZZA, Julio. *Historia del Pensamiento Criminológico*. Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho. En: www.ub.edu/penal/historia/positivismo.html.

BORREGO, Carmelo. (2009). "Jurisdicción Universal y el Sistema de Justicia de la Corte Penal Internacional". En *Capítulo Criminológico*. Universidad del Zulia. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Criminología. Maracaibo, Estado Zulia. Venezuela. Y en formato electrónico ISO: CC. [online]. oct. 2004, vol.32, no.4 [citado 21 Octubre 2009]. En: <http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-9598200400000006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0798-9598.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. (2007). *Expediente 2264-2007*. Ginebra. Suiza. En: www.icj.org/ -

CHOMSKY, Noam. (2007). "In retrospect a review of NATO's war over Kosovo. Part II". Z. Magazine. 2000. En: www.kamita.com/misc/nc/textos/otan02.html.

DELMAS-MARTY, Mireille. (2003). Le Droit International En Débat. Ordre juridique et paix positive. En *Le Monde Diplomatique sur cédérom*. Francia. Julio 2003. En: www.monde-diplomatique.fr/2003/07/DELMAS_MARTY/10236.

DUFOUR, Jules. (2003). *L'invasion armée de l'Iraq et l'avenir des Nations*. Texto de conferencia pronunciada en el marco de una reunión del Consejo de la Unión de fuerzas progresistas de Québec, arrondissement de Chicoutimi, Saguenay, 14 junio 2003. En: <http://www.ufp.qc.ca/article614.html>

----- (2003). *Le nouvel ordre mondial se met peu à peu en place*. Association canadienne pour les Nations Unies (ACNU) – Section Saguenay-Lac-Saint-Jean, Saguenay, Le Devoir, 20 agosto 2003, p. A6. En: <http://www.ledevoir.com/2003/08/20/34312.html>

GRADITZKY, Thomas. (1998). "La responsabilidad penal por violación del Derecho Internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional". En: *Revista Internacional de la Cruz Roja No 145, marzo de 1998*. En: <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/html/5TDLKB>.

GREPPI, Edoardo. (1999). "The evolution of individual criminal responsibility under international law". *International Review and Red Croce*. Nro. 835. P.531-553. 1999. En: [/www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JQ2X](http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JQ2X).

LEMKIN, Raphael. *Los actos que representan un peligro general*. En: www.saltana.org/2/arg/62.htm.

OXFORD RESEARCH GROUP. (2006). *War on Terror. Failing, and Distracting Politicians from the Genuine Threats to Global Security*. En: <http://www.commondreams.org/news2006/0613-07.htm>

RODRÍGUEZ, Cristhian Gilberto. (2008). *Actuales tendencias del derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal*. En: [Derecho penal on line.com](http://Derecho%20penal%20on%20line.com).

Informes y documentos de organizaciones internacionales

AMNISTÍA INTERNACIONAL. (1997). *Sierra Leona. Un retroceso catastrófico para los derechos humanos*. 20 de octubre de 1997. Índice AI: AFR 51/05/97/s.

----- (1996). *Towards the future founded on human rights* AI INDEX: AFR 51/05/96, DISTR: SC/CO/GR, 25 September 1996.

----- (2005). I "Resonaron las voces de los jamás escuchados". *Informe 2004*. Editorial Amnistía Internacional. Madrid.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2004). *Informe de Recomendaciones*.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. (2007). Ginebra. Suiza. "Expediente 2264-2007". En: www.icj.org/IMG/CIJ_secreto_estado.pdf.

COMITÉ PREPARATORIO SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL. (1999). "Propuesta de Grecia y Portugal". *Informe PCNICC/1999/WGCA/DP*.

----- (2000). "Propuesta de Colombia". *Informe CNICC/2000/WGCA/DP*.

----- (2001). "Propuesta de Bosnia-Herzegovina, Nueva Zelanda y Rumania". *Informe PCNICC/2001/WGCA/DP*.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. (2001). Audiencia del 20 de noviembre de 2001. Informe CR 2000/32. Audiencias de 15 al 19 de octubre de 2001. CR 2001. 5-6 y 10. La Haya.

----- (1986). Caso "*Nicaragua vs Estados Unidos*". *Sentencia del 27-06-1986*. La Haya.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso "*Barrios Altos*" (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), *sentencia de 14 de marzo de 2001*.

FUNDACIÓN ACCIÓN PRO DERECHOS HUMANOS. Aplicación efectiva del principio de jurisdicción universal. En: www.fundacionpdh.org/.../justiciauniversal-ejemplos.htm.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE SEGURIDAD. (2000). *Cuarto Informe del Secretario General sobre la Misión de las Naciones Unidas en Sierra Leona*. S/2000/455, 19 de mayo de 2000.

----- (2000). *Quinto Informe del Secretario General sobre la Misión de las Naciones Unidas en Sierra Leona*. S/2000/751, 31 de julio de 2000.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. CONFERENCIA DIPLOMÁTICA. (1949). Actas de la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1949, tomo II, sección A, tomo III, Anexos.

SALA II. CÁMARA FEDERAL ARGENTINA. (2001). Causa N° 17.889. *Incidente de apelación de Simón Julio*. Sentencia del 9 de noviembre de 2001.

TRIBUNAL INTERNATIONAL (CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. TPY). (1998). *The Prosecutor Of The Case No.: It-96-21 (Caso Celebici) vs Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Esad Landzo With Grave Breaches Of The Geneva Conventions And Violations Of The Laws And Customs Of War*. 420 P. Judgement of 16 November 1998.

YALE CENTER FOR INTERNATIONAL AND AREA STUDIES. (2002). "Yale East Timor Project". 2001 Annual Report. En *Genocide Studies Program*. Yale University, Estados Unidos de Norteamérica.

Códigos, tratados y leyes

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ. "Strafgesetzbuch (StGB)" (Código Penal Alemán), (1998). 32ª cd, Deutscher Taschenbuch, Verlag, des Verlages CH Beck. München. Deutschland.

----- (2002) Völkerstrafgesetzbuch (VStGB). "Bundesministeriums der Justiz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH. En: -www.juris.de....." und "bundesrecht.juris.de/bundesrecht/vstgb/gesamt.pdf". Vom 26. Juni 2002.

----- (2009). Strafprozeßordnung (StPO).
/www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf Vom 30. Juli 2009.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (1991 y 1996) *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, 1991.

CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE GINEBRA DE 1949. *Actas*. tomo II, sección A, pp. 761-766; tomo III, Anexos, pp. 96-100, y *Commentaire I*.

Convención de La Haya sobre Leyes y Costumbre de la Guerra Terrestre del 29 de julio de 1899.

ASAMBLEA NACIONAL. (2005). *Código Penal venezolano*. Gaceta Oficial Extraordinario N° 5768, del 13 de abril de 2005. Imprenta Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Naciones Unidas, Nueva York.

-----.(1984). *Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes*. Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

----- . (1945). *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Naciones Unidas, Nueva York.

----- . (1993). *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*. Página Web. N. Doc. S/RES/827. 1993, Anexos.

----- . *Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra*. (1977). Artículo 86, párrafo 2.

ORGANIZACIÓN DE LA UNIDAD AFRICANA. (1981). *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*. Nairobi.

SENATE OF UNITED STATES. (2001). *USA Patriot Act of 2001*, H.R.3162. Congress 107 th, 24 October 2001, Y Reforma de 2004, 302 (3)). Estados Unidos de Norteamérica.

VERFASSUNGGEBENDEN VERSAMMLUNG.
PARLAMENTARISHER RAT. (1949). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. (Asamblea Constituyente. Consejo Parlamentario. Ley

Fundamental de la República de Alemania). Kraft gesetzt. 23. Mai 1949.
(BGBl. I 1949, S.1).

Organismos Internacionales e Intergubernamentales

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA DERECHOS
HUMANOS: <http://www.unchr.ch/spanish/>.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL.
www.un.org/spanish/law/ilc/convents.htm.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:
www.cidh.oas.org/

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS:
[http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/521/23/PDF/N0952123.pdf?](http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/521/23/PDF/N0952123.pdf?OpenElement)
OpenElement

CORTE PENAL INTERNACIONAL: <http://www.icc-cpi.in9t/php/index.php>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:
www.corteidh.or.cr/

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. [/www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf)

CRUZ ROJA INTERNACIONAL: www.CICR.org.

GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION APPROVES FIRST STEPS TO
STRENGTHEN SECRETARIAT MANAGEMENT, INVESTING IN THE
UNITED NATIONS. For a Stronger Organization Worldwide:
<http://www.un.org/reform/>

NIZKOR: www.derechos.org/nizkor/impu/tpi/

www.derechos.org/nizkor/shop/004esp.htm.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: www.un.org/spanish/

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA):
<http://www.oas.org/main/spanish/>.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO:
(PNUD): <http://www.undp.org/spanish/>.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS:
<http://www.un.org/>

SECRETARÍA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES
UNIDAS: <http://www.un.org/News/ossg/sg/index.shtml>

UNITED NATIONS FOUNDATION: <http://www.unfoundation.org/>

UNITED NATIONS OFFICE FOR DISARMAMENT AFFAIRS:
<http://www.un.org/disarmament/>

UNITED NATIONS FOR AFRICA: www.africa-union.org/root/au/recs/ecowas.htm.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA: <http://www.tsj.gov.ve>.

Organizaciones No Gubernamentales

AMNISTÍA INTERNACIONAL: <http://www.amnistía-internacional.org/>

HUMAN RIGHT WATCH: <http://www.hrw.org/spanish/>

CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL
(CEJIL): <http://www.cejil.org/>

CADENA ABC: www.abc.net.au.news.