POLÍTICAS DE SEGURIDAD, GUERRA SANCIONADORA Y DERECHO PENAL BÉLICO

Por **Ana Isabel Pérez Cepeda**
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de La Rioja

SUMARIO: I. SEGURIDAD GLOBAL, PREVENCIÓN Y DERECHOS HUMANOS. II. DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y LA GUERRA. III. LA GUERRA Y EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. IV. EL CRIMEN DE AGRESIÓN. V. TERRORISMO Y CONFLICTOS ARMADOS. VI. CONCLUSIONES

I. SEGURIDAD GLOBAL, PREVENCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Desde el nacimiento del Estado moderno, la seguridad y la libertad han sido un binomio inseparable, el Derecho penal tradicionalmente era el ámbito donde la relación se planteaba de forma más intensa. Si bien la discusión sobre el equilibrio de estos dos polos, que siempre se encuentran en tensión, se ha visto reavivada en los últimos tiempos, probablemente, porque a partir de los atentados del 11 de Septiembre del 2001, la preocupación por la seguridad no se limita a la seguridad de la propia persona y de los propios bienes, reduciéndose al final a una obsesión por la Ley y el orden público, sino que se extiende a ámbitos supraindividuales o colectivos supranacionales, en la medida en que se ha entronizado un nuevo peligro mundial: el peligro de las redes terroristas transnacionales.

Sobre la base de que los miedos existen previamente en nuestra sociedad, pero las instituciones públicas y los medios de comunicación no solamente los estabilizan, dándolos relevancia,

sino que los manipulan y los rentabilizan[1], debemos tener en cuenta que, la terrible masacre del 11-S puso en crisis la ilusión de la seguridad e invulnerabilidad de nuestro primer mundo. El miedo, entendido, en este caso, como el sentimiento de vulnerabilidad, se convierte en un condicionante importante en las políticas de seguridad, siendo utilizado tras el atentado, como excusa perfecta para evitar la pérdida de velocidad del proyecto neoliberal y hegemónico americano. Con este fin, asistimos a la creación de un enemigo, cuyo objetivo no es otro que eliminar toda resistencia a la estrategia de las posiciones dominantes[2]. Prueba de ello es que, justo antes de dicha fecha, fue cuando muchos gobiernos de países en desarrollo se tornaban más críticos respecto a las decisiones en la OMC (Organización Mundial del Comercio). La reacción de EEUU frente al atentado provocó un profundo retroceso de todos los planes de oposición que se habían hecho, surgiendo, un nuevo ideario para legitimar el militarismo.

La guerra contra el terror pretendía hacer el mundo más seguro para la globalización. Convirtiéndose, el atentado en la justificación o la causa a favor de un nuevo imperialismo y colonialismo por medios militares, y si es necesario mediante la conquista. La guerra, ahora, también se puede globalizar sin esfuerzo, ya que la asimetría entre las fuerzas perjudica siempre a los pobres. Bajo estos presupuestos la guerra se convierte en un instrumento natural para preservar un orden igualmente natural que se identifica indisolublemente con los intereses neoliberales y con el instrumento decisorio de su ideario político.

Pero lo cierto es que el anuncio de "guerra infinita" ha supuesto la degradación de las libertades y Derechos civiles en diferentes rincones del planeta. Se lleva a cabo un discurso de

[1] En este sentido, vid., SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2001.

[2] Vid., entre otros, PORTILLAS CONTRERAS, G., "Represión legal del "enemigo" tras el 11 de septiembre de 2001", en *Mientras tanto*, nº 83, 2002, págs. 83 y ss.

emergencia que anula cualquier pensamiento racional, por lo que para la prevención de actos terroristas internacionales y la seguridad mundial, algunos Estados han optado por un modelo penal y procesal funcionalista en el que prima la defensa de la seguridad del Estado y la ausencia de principios liberales[3]. Concretamente, EEUU, niega el estatus legal de los prisioneros de Guantánamo, viola las garantías procesales de los extranjeros tras la aprobación de la Patriot Act de 2001[4], trasladando del ámbito local el escenario de histeria colectiva y de emergencia penal y social al sistema de relaciones internacionales[5].

Puede constatarse cómo, en los últimos tiempos, la amenaza terrorista percibida y políticamente instrumentada provoca que la inseguridad y la incerteza se conviertan en aspectos crucia-

[3] Vid., un análisis del Derecho penal y procesal del enemigo tras el atentado del 11 de septiembre de 2001, en Italia, Francia, Reino Unido y Estados Unidos, realizado por PORTILLAS CONTRERAS, G., "Represión legal del "enemigo" tras el 11 de septiembre de 2001", op. cit, págs. 83 y ss.

[4] El 13 de noviembre de 2001, el presidente Bush decretó una orden de emergencia, la cual faculta al gobierno a arrestar a no—ciudadanos, de quienes se tengan "razones para creer" que son terroristas, para ser procesados por un tribunal militar. Los juicios son secretos y los fiscales no están obligados a presentar pruebas, si es "en pos de los intereses de la seguridad nacional". El 26 de octubre se firmó el USA/Patriot Act, que fortaleció los poderes de policía sobre la sociedad civil. Bajo esta ley, a) cualquier delegación facultada puede entrar secretamente en cualquier casa o negocio, reunir pruebas, no informar al ciudadano del allanamiento y después utilizar la prueba para condenar al ocupante por un delito; b) cualquier agente de policía tiene el poder de monitorear el tráfico de Internet y de correos electrónicos, interceptar los teléfonos celulares de millones de "sospechosos"; c) Cualquier agencia de policía federal puede invadir cualquier local comercial y confiscar todos los registros sobre la base de que ese procedimiento está "conectado" con una investigación de terrorismo. Los ciudadanos que protesten públicamente por estas arbitrarias e invasivas acciones policiales pueden ser arrestados. Estas medidas han motivado que el debate sobre la tensión inherente entre seguridad y libertades civiles esté más vivo que nunca. Surgiendo cuestiones como: ¿Hasta qué punto la necesidad de impedir nuevos atentados terroristas y nuevas víctimas justifica la erosión de ciertas libertades civiles? O, dicho de otra manera, ¿hasta qué punto la necesidad de proteger las libertades civiles, que son el rasgo distintivo de la democracia y que durante siglos han atraído a millones de personas a Estados Unidos, justifica renunciar a medidas antiterroristas adicionales?.

[5] Vid., PISARELLO, G., "El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli", en *Razones Jurídicas del pacifismo*, Trotta, 2004, pág. 19.

les de la vida actual, asfixiando la libertad y la democracia[6].

Por ende, los anglo-americanos, se han convertido en Estados fortaleza de vigilancia trasnacional cuyo modelo se basa en la seguridad y en el predominio militar. Estos países han llevado a cabo guerras de agresión supuestamente "preventivas", haciendo un uso ilegal e ilegítimo de la fuerza (en la guerra de Afganistán e Irak, por mencionar las últimas)[7]. Como señala PALACIOS, "Hablar de guerra preventiva se hacía muy duro porque rompe todos los moldes del Derecho internacional y nos devuelve a la prehistoria del Derecho penal y a la filosofía política de Hobbes"[8]. Con todo esto, una serie de proyectos fundamentales de humanidad como la seguridad, la libertad, la supremacía del Derecho fueron profundamente dañados.

El panorama actual es desolador, no sólo por la falta de un orden mundial multilateral sino por el caos, las guerras y la miseria generadas que asolan amplias zonas del planeta. Ante esta situación estimo que ha llegado el momento de someter a un control democrático el proceso globalizador, de buscar nuevas reglas que eviten sus efectos perversos y perjudiciales. En esta línea, sería conveniente por un lado, poner la economía al servicio del desarrollo humano, por el otro deben sentarse las bases, como de hecho se está haciendo, para establecer realmente una justicia universal, es decir, un sistema universal de garantías de los Derechos humanos.

[6] Vid., BECK, U., "El mundo después del 11—S", en El País, 19 de octubre de 2001.

[7] El gobierno estadounidense lo ha dejado bien claro en el documento "The National Security Strategy of the United States of América" del 18 de Septiembre del 2002. En él introduce el recurso de la "guerra preventiva", la amenaza y uso de la fuerza en relación con los "Estados canallas"; y reivindica la intervención militar unilateral de EEUU ante la impotencia de la Comunidad Internacional para solucionar los problemas globales y en primer lugar el terrorismo internacional. Añade textualmente su "amenaza a cualquiera que persiga un reforzamiento militar con la esperanza de igualar o superar el poder de EEUU".

[8] PALACIOS, F. "La ausencia estructural del *Ius ante Bellum*. Sobre despenalización hegemonista de la guerra y su aconstitucionalidad en el texto español de 1978" (en prensa).

Sobre la base de que la seguridad humana es una parte indisoluble de la seguridad internacional, y por consiguiente de la seguridad global, la seguridad internacional deja de entenderse exclusivamente como seguridad territorial y se entiende ahora también como seguridad humana. Ésta, según lo definió recientemente la *Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía Estatal*, significa "[...]la seguridad de las personas, su bienestar económico y social, el respeto de su dignidad y valor como seres humanos y la protección de sus Derechos humanos y libertades fundamentales". Puede afirmarse que si la civilización sólo está protegida cuando los Derechos tienen validez global[9], surge el desafío de formular en nuevos términos teóricos y políticos la cuestión de lo trascendental de la justicia social en la era de la globalización, desarrollando una política como administración de un estatus social y una política como proyecto de una sociedad diversa, de una sociedad más justa y más igualitaria. De ahí que una política de protección íntegra y garantista de los Derechos humanos y fundamentales no es sólo un modelo posible (pero improbable), alternativo a aquel que existe (pero necesario): es también un modelo legítimo[10].

Para prevenir las violaciones sistemáticas o masivas a los Derechos humanos o las violaciones al Derecho internacional humanitario; o mejor dicho, para prevenir o restablecer amenazas contra la paz y seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad ha determinado que las mismas son susceptibles de ser reprimidas penalmente. Es decir, los responsables de dichas violaciones pueden ser juzgados individualmente. Ahora bien, cuando las lesiones a los Derechos humanos se producen en el interior de un Estado soberano, los gobiernos unilateralmente no

[9] En este sentido, vid., BECK U., *¿Qué es la globalización?, Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Estado y sociedad, 2001, pág. 134.

[10] Así, se pronuncia BARATTA A., "Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti?, en *Democracia e Diritto* 9/200, pág. 22.

pueden interpretar abusivamente su deber de injerencia humanitaria en contra de los crímenes de guerra para fundamentar la legitimidad en el uso de la fuerza, como en su momento sucedió en los Balcanes[11] y ha sido uno de los argumentos utilizados contra Irak, entre otras razones porque al usar las armas acaban siendo ellos mismos responsables de los crímenes que imputan a otros. Tal y como quedó de manifiesto en el Asunto de las actividades militares y paramilitares ejercidas por Estados Unidos en y contra Nicaragua (fallo de 27 de junio de 1986), la Corte Internacional de Justicia, determinó: "268. De cualquier forma, los Estados Unidos pueden ciertamente tener su propia apreciación sobre la situación de los Derechos humanos en Nicaragua, el empleo de la fuerza no puede ser el método apropiado para verificar y asegurar el respeto de tales Derechos"[12].

En consecuencia, si la inseguridad de las sociedades disminuye en la medida en que aumenta la seguridad por los Derechos humanos[13], esta finalidad sólo podrá alcanzarse cuando exista una justicia penal internacional unitaria y competente a nivel global. Se requiere la posibilidad de que las más graves violaciones, por ejemplo: el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, la esclavitud, la trata seres humanos, la tortura y la mutilación sexual, no lleguen a justificarse en ninguna parte del mundo.

Desde estas premisas, asistiríamos a un cambio de perspectiva, en la medida en que el flujo de inversiones no condicionaría las opciones político-criminales para proteger los bienes

[11] Bombardeo decidido por la OTAN y ejecutado con la participación directa de diez de sus miembros, entre ellos España, siguiendo la estela de Estados Unidos.

[12] Entre otras razones porque la Carta de ONU, dispone en su art. 2.4: "los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza del uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier otro Estado o en cualquier forma compatible con los propósitos de las Naciones Unidas".

[13] BARATTA A., "Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti?", op. cit., pág. 28.

jurídicos que impone la expansión del Mercado, sino que el Derecho penal contribuiría a escala mundial a la definitiva consolidación y expansión de la tutela jurídico-penal de los Derechos humanos[14]. Esta protección y garantía de los Derechos humanos debe establecerse en tiempos de paz y de conflicto armado, así como el pleno respeto del Derecho internacional humanitario contribuye a la seguridad global y en particular a su componente humano, es decir a la seguridad humana.

En caso de que se susciten quebrantamientos de dichas normas de Derechos humanos y Derecho humanitario, la justicia penal internacional contribuirá a dichos propósitos, en la medida en que el Derecho penal supranacional supone un avance en el grado de civilización sobre cualquier conflicto bélico. Entre otras razones, porque el Tribunal Penal Internacional (TPI) representa el fortalecimiento del sistema jurídico internacional, siendo un instrumento para prevenir atentados en contra de la seguridad humana, y por ende un excelente mecanismo de prevención de atentados en contra de la seguridad global. El TPI realiza una labor preventiva especial, representa una garantía de no-repetición y un medio para que las víctimas puedan obtener cierto tipo de reparaciones[15]. Por una parte, porque la existencia de un TPI permanente ejerce una función preventiva general para aquellas personas que pretendan cometer alguno de estos crímenes, incluidos los líderes políticos y militares, así como también para los militares. Por la otra, se refiere a que la persecución, juicio y castigo de los responsables de dichos crímenes supondrá una garantía de no-repetición, y con ello se podrá restablecer la confianza de la permanencia de la paz y seguridad inter-

[14] TERRADILLOS BASOCO J., "El Derecho de la globalización luces y sombras", en *Trasformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 210 y 211.

[15] Vid., GUEVARA J. A., "La seguridad hemisférica y la Corte Penal Internacional", en http://www.iccnow/espanol/articulos.htm.

nacionales. Además, el TPI no sólo es un mecanismo cuyos resultados auxiliarán a las víctimas para recibir justicia, garantizando sus Derechos y permitirles obtener una reparación del daño sino que con la individualización de la responsabilidad se podrá alcanzar la reconciliación entre los grupos que fueron parte de un conflicto[16].

En síntesis puede afirmarse que, el que se haya asegurado poner fin a la impunidad de autores de delitos de enorme gravedad, como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, es un primer objetivo que se ha cumplido con la entrada en vigor el 1 de julio del 2002 del Estatuto de Roma de 1998. Pues bien, en este camino iniciado con el Tribunal Penal Internacional de adquirir competencias jurisdiccionales internacionales en aquellas violaciones de Derechos humanos más flagrantes, creo que se debe seguir desarrollando y ampliando sus competencias en aquellos ámbitos que está produciendo también una auténtica negación de Derechos humanos. Todo ello sin olvidar la necesidad de actuar previamente en el orden económico mundial imperante, que es el origen, o al menos la causa de que

[16] Como señala, GUEVARA J. A., "La seguridad hemisférica y la Corte Penal Internacional", en http://www.iccnow/espanol/articulos.htm, <<El Estatuto de la CPI contempla un régimen de reparaciones a las víctimas totalmente novedoso en el Derecho penal internacional. El Estatuto señala que la Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. El Estatuto también contempla las formas en que la CPI podrá garantizar dichas reparaciones; la primera de ellas, mediante una decisión en contra del condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Asimismo, cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario... Dicho Fondo Fiduciario será establecido por la Asamblea de Estados Partes del Estatuto y se nutrirá, entre otros, por las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso. En suma, estamos seguros que, como lo están los países que han ratificado el Estatuto, la CPI es un instrumento eficaz que complementará y suplementará los mecanismos de represión nacional e internacional existentes para hacer respetar el Derecho internacional humanitario, así como el Derecho internacional de los Derechos Humanos>>.

se haya profundizado la brecha que separa el disfrute de los Derechos humanos y la pertenencia o procedencia de cualquiera de los Mundos que no sea el primero.

II. Distinción entre el Derecho Penal y la guerra

Después del 11-S de 2001, las nociones y conceptos que separan el Derecho penal y la guerra, se mezclaron. El atentado terrorista fue inmediatamente calificado como un acto de guerra; en consecuencia, las medidas de respuesta adoptadas fueron las de un conflicto armado. Sin embargo, a la hora de resolver sobre el destino de los prisioneros, éstos no han sido considerados prisioneros de guerra, sino terroristas. El atentado no sólo fue un "delito en América" sino también se dijo que fue un "Ataque a América". De tal manera que, nadie sabía muy bien lo que pasaba: ¿se reaccionó con una guerra a un crimen?; o bien ¿fue el propio crimen un acto de guerra? Si la respuesta al primer interrogante es afirmativa, entonces ¿la guerra como reacción no fue también un crimen?

El Derecho penal y la guerra son dos formas del ejercicio de poder. Pues bien, el Derecho penal se trata de un mal necesario, una amarga necesidad, un instrumento de *ultima ratio*, que se justifica en los efectos preventivos. Empero, estos mismos argumentos han sido utilizados para fundamentar el *ius ad bellum*, hasta el punto que la finalidad también coincide: la prevención y el castigo. Desde la perspectiva de la prevención general positiva, el castigo inflingido a los regímenes afgano e iraquí sirve de chivo expiatorio mediante cuyo sacrificio se lleva a cabo la representación del orden existente impuesto por los EEUU y el restablecimiento de seguridad de sus aliados. También tiene efectos de prevención especial, el castigo conlleva mediante la ani-

quilación de la sociedad castigada, una consecuencia importante desde la tecnología del poder: la rotura del disentimiento, es decir, el impedir su articulación mediante el terror.

Los cierto es que, en la actualidad, nos encontramos ante guerras sancionadoras y un Derecho penal bélico[17], en la medida en que la lucha contra el crimen va adoptando cada vez más la forma de una guerra (el Derecho penal del enemigo), y las guerras se legitiman como acciones de castigo contra colectivos (pueblos).

Ahora bien, de la militarización del Derecho penal, sólo cabe esperar "un no-Derecho, una pura reacción defensiva de hecho frente a los sujetos excluidos"[18]. Con esto, por una parte se cambia completamente de paradigma pues al destinatario de la norma no se le valora como persona, postergando con ello su dignidad personal y se le convierte legalmente en el enemigo del sistema. Por la otra, como modelo autoritario, utiliza la técnica de la emergencia o la excepcionalidad lejos de desaparecer han alcanzado su auténtico cenit, es decir, el legislador se mueve dentro de parámetros justificativos típicos de un Derecho penal de excepción[19]. Esta es la línea seguida por todas las legislaciones antiterroristas, aprobadas tras el 11-S, en las que la seguridad adquiere de nuevo un valor supremo, a lo que todo comportamiento debe someterse, de modo que quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el Derecho de seguridad de las demás personas[20]. No obstante, tras

[17] En este sentido, vid., más ampliamente, PRITTWITZ, C., "¿Guerra en tiempos de paz?. Fundamentos y límites de la distinción entre el Derecho Penal y guerra", en *Revista Penal,* nº 14, 2004, pags. 174 y ss.

[18] MAQUEDA ABREU: "Políticas de seguridad y Estado de Derecho", en SERTA. *In memoriam Alexandra Baratta* (ed. Pérez Álvarez), Universidad de Salamanca, 2004, pág. 1298.

[19] Vid., RAMOS VÁZQUEZ: "Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista", en SERTA. *In memoriam Alexandra Baratta* (ed. Pérez Álvarez), Universidad de Salamanca, 2004.

[20] Esta teoría se encuentra ampliamente expuesta por JAKOBS/CANCIO MELIÁ: *El Derecho penal del enemigo,* Civitas, 2003.

la seguridad se oculta su notorio carácter ilegítimo al suprimir las garantías reconocidas en la Constitución y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado de Derecho en función de las características del autor, y subordinar los Derechos individuales a las exigencias de la irracionalidad funcional del Estado[21]. Para esta legislación, lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado[22]. Ello plantea que si se admite el desmantelamiento del Estado de Derecho, en la medida en que el ordenamiento jurídico se convierte en puramente tecnocrático funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, cuyos valores tenga la fuerza y el poder para imponerlos. El Derecho, así entendido, se convierte en puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o la fuerza que controlen el poder[23] aunque para ello haya que sustituir las garantías por una legislación de guerra contra el enemigo con el fin de alcanzar su exclusión o inocuización.

Por el contrario, la judicialización de la guerra a través de un Derecho y de una Justicia universal puede llegar a tener un efecto civilizador. Pues bien, si tenemos en cuenta que EEUU no sólo ha sido la víctima del ataque terrorista, sino también el comisario, el fiscal, el juez mundial, el jurado y el que ejecuta la sentencia, anulando las diferencias entre guerra y paz, ataque y defensa[24] no queda más remedio que albergar ciertas dudas sobre

[21] PORTILLA CONTRERAS, G. "La configuración del <<Homo sacer>> como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial", en SERTA. *In memoriam Alexandra Baratta* (ed. Pérez Álvarez), Universidad de Salamanca, 2004.

[22] PORTILLA CONTRERAS, G., "Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo", *JpD*, nº 49, 2004.

[23] Vid., Al respecto, MUÑOZ CONDE, F., "El nuevo Derecho penal autoritario", En *Estudios penales en Recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, 2003.

[24] BECK, U., "El metajuego de la política cosmopolita", en *Claves*, nº 145, 2004, pág. 9.

dicho efecto civilizador. La realidad ha demostrado, esto ha provocado una deslegalización no sólo de las relaciones internacionales y de los enemigos terroristas sino también del propio Estado de Derecho y de las democracias extranjeras.

Desde la perspectiva de la ciencia del Derecho penal no hay duda en calificar a los atentados del 11-S como delito o crimen. No debemos olvidar que, por una parte, una de las notas esenciales en la calificación de unos hechos como terroristas se trate de una acción violenta e indiscriminada contra la población civil con el fin de atemorizarla, por lo tanto no es de extrañar que con dichos actos sea la propia sociedad la que se sienta atacada. Por la otra, aun en el supuesto de que se hubieran podido calificar los ataques como una amenaza a la paz internacional y a la seguridad, dicha amenaza terrorista, nunca hubiera debido ser valorada de formar arbitraria por el Estado amenazado. Además, no es posible justificar la guerra de Irak en legítima defensa. La razón estriba en que los ataques no fueron dirigidos por ningún Estado concreto, ni fueron preparados por ciudadanos de una nacionalidad determinada. Por no obviar que, la respuesta, para que pudiera ser considera como una medida de autodefensa frente los ataques terroristas, no sólo requiere que hubiera sido proporcionada sino que debía dirigirse contra la propia amenaza terrorista, y no como realmente tuvo un carácter sancionador. En suma, la guerra, como afirma PRITTWITZ, sólo recurre al Derecho penal con el fin de arrogarse una legitimidad, lo que no deja de ser un eufemismo[25], en este caso los atentados fueron crímenes atroces, cuya persecución y sanción debería haber sido exclusivamente penal, por tanto individual, y a través de juicios públicos.

Precisamente, todo ello ha influido en la calificación de la guerra contra Afganistán e Irak como una guerra ilegal, injusta e

[25] PRITTWITZ, C., "¿Guerra en tiempos de paz?. Fundamentos y límites de la distinción entre el Derecho Penal y guerra", op. cit., págs. 180 y ss.

ilegítima. Siguiendo a FERRAJOLI[26], considero que el problema de la ilegalidad o de la legalidad de la guerra es una cuestión jurídica que depende de la existencia o no de Derecho positivo que la prohíba. Mientras que el problema de la justicia es en cambio una cuestión ético-política independiente de lo que dicen o no dicen las normas jurídicas y hace referencia únicamente a la esfera moral y política. El problema reside en que no existen guerras justas[27], porque este instrumento de sanción internacional se inserta en un contexto en el que el desarrollo tecnológico de las armas de destrucción masiva han convertido en ilusoria cualquier idea de guerra controlada, capaz de auto-limitarse con el propósito de minimizar sus efectos letales. La guerras siempre tienen efectos concomitantes llamados "daños colaterales", que comprende la muerte de miles de personas de ambos sexos y diversas edades, la destrucción de edificios, puentes, vías de comunicación y centrales eléctricas. La asunción sin más de esos efectos expresan un grave desprecio por la vida humana y por las riquezas producidas por el esfuerzo de un país, una cínica manera de disimular los horrores de la guerra, de privarles de importancia, algo tan trágico y tan inadmisible para el Derecho. Por tanto, los daños colaterales son un eufemismo, que impide considerar a la guerra como un instrumento humanitario y para proteger a los más débiles, incluso en situaciones de grave vulneración de los Derecho fundamentales.

Tampoco existen guerras legales o legítimas, dado que es una contradicción en los términos. La guerra puede ser justificada por razones extrajurídicas, de tipo económico, político y hasta moral; puede también ser considerada lícita o no ilegal, cuando no existan normas de Derecho positivo que la prohíban. Pero no

[26] Vid., FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, 2004, págs. 28 y ss.

[27] En este mismo sentido se pronuncia PISARELLO, G., "El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli", en *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, 2004, págs. 14 y s.

podrá ser calificada nunca de legal, porque la contradicción entre guerra y Derecho no lo permiten. El Derecho, en efecto, es por su naturaleza un instrumento de paz, es decir, una técnica para la solución pacífica de las controversias y para la regulación y limitación del uso de la fuerza. La paz es su esencia íntima, y la guerra su negación, o cuando menos, el signo y efecto de su esencia en la relaciones humanas así como del carácter prejurídico.

Junto a ello, la guerra como sanción no ha servido ni para prevenir ni reprimir el terrorismo, sino que más bien lo ha potenciado. Por esto, debemos cuestionarnos las consecuencias que el desorden del 11-S ha supuesto en el ámbito internacional, con la creación de nuevos enemigos por exclusión.

Ante esta realidad, creo que tiene razón FERRAJOLI[28] cuando afirma con carácter general que la guerra debe prohibirse ya que el Derecho sólo puede aspirar a ser un instrumento civilizador en la medida en que sea capaz de dar una respuesta simétrica a la violencia. De ahí que debamos abordar alternativas tendentes a desarrollar una Justicia Penal Internacional, que puede ser una vía eficaz para zanjar conflictos futuros. Y en esta línea, plantearnos la posibilidad de una persecución eficiente a través del traspaso del poder de los Estados al TPI, que debería ampliar sus competencias tanto en materia de actos terroristas como respecto al crimen de agresión.

Respecto al terrorismo internacional cabe señalar que, uno de los principales escollos con el que nos encontramos en la actualidad es que no existe un concepto jurídico de terrorismo internacional. Sharon se lo apropió para realizar asesinatos y aprisionar a los palestinos tras un muro más sangriento que el erigido hace medio siglo en Berlín[29]. Putin se sirvió también del con-

[28] FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, op. cit., págs. 37 y ss.

[29] Hace años que el Gobierno egipcio pide la convocatoria de una conferencia internacional para luchar contra el terrorismo, pero Estados Unidos e Israel se oponen porque tienen miedo de que se mencione la actitud del Estado hebreo en Palestina.

cepto de terrorismo internacional para justificar sus atrocidades en Chechenia. Lo que ha quedado demostrado es que, la respuesta militar a actos de terrorismo —con frecuencia condenados o tolerados, no en atención a principios normativos generalizados, sino a coyunturales intereses estratégicos de las grandes potencias— constituyen un auténtico contrasentido y una violación generalizada de derechos humanos. El terrorismo —acción violenta e indiscriminada con el fin de atemorizar a la población civil— es siempre condenable y no tiene justificación.

El terrorismo internacional se ha manifestado con toda brutalidad el 11 de septiembre en Nueva York y el 11 de marzo en Madrid. Se trata de un fenómeno muy peligroso, pues, además de contar con un apoyo social amplio en diferentes países, es de carácter multinacional en su composición humana, financiación y redes operativas, aparte de habitar con normalidad en los países donde actúan. Por eso es correcto hablar de terrorismo internacional. Y cuando, este tipo de terrorismo se estima que representa una amenaza global en sus posibles efectos, el remedio no puede ser nacional, aunque haya que tomar medidas en este último ámbito. Esto conlleva que hoy en día no haya una distinción entre política interna y política externa. Como ha señalado HABERMAS, existe una política interna del mundo, ante todo, en lo que se refiere a seguridad frente al terrorismo y, por tanto, a las medidas represivas y preventivas idóneas para hacerle frente, dado que la seguridad en el mundo es hoy tan indivisible como el mercado y la economía[30].

Lo dicho demuestra que hacer frente al terrorismo internacional exige un tratamiento complejo que consiste en actuar sobre diferentes aspectos del problema y sobre distintos espacios territoriales, no se conseguirá nada a través de guerras preventivas y sancionadoras. Al contrario, como estamos viendo, dichas gue-

[30] Citado por FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, 2004, págs. 52.

rras han provocado efectos desestabilizadores y dramáticos para su población. De ahí que, más que nunca se necesita que el TPI, por una parte, asuma competencias en materia de terrorismo internacional, por la otra que persiga y castigue a los responsables de aquellos Estados que abusando de su fuerza militar realicen guerras ilegales, injustas e inmorales.

III. La guerra y el Tribunal Penal Internacional

Desde hace más de cuatro años observamos con impotencia la guerra contra Irak, que se pretendió justificar inicialmente por la existencia de una relación entre Bin Laden y el jefe del Estado iraquí (relación que no se ha demostrado). Se intervino militarmente sin el mandato de la ONU, por lo que Washington tuvo que recurrir al pretexto de la moral universal, que legitimaba el inicio de las operaciones por la presencia en Irak de armas de destrucción masiva (que nunca se han encontrado). El único resultado positivo ha sido que el reinado de terror de Saddam Hussein ha sido derrotado. Pero, no ha caído sólo, como ironía de su despedida, parecía haberlo hecho junto con las Naciones Unidas. Como RICHARD PERLEN señalaba, "Bueno, no todas las Naciones Unidas. La parte de las "buenas obras" sobrevivirá, la burocracia del mantenimiento de la paz a bajo riesgo permanecerá, los charlatanes del Hudson seguirán con sus balidos. Lo que morirá es la fantasía de las Naciones Unidas como pilar del nuevo orden mundial. Al buscar entre los escombros, será importante preservar, entiéndase de la mejor manera, las ruinas intelectuales del engreimiento liberal de garantizar la seguridad mediante un Derecho internacional administrado por instituciones internacionales"[31]. Y, por supuesto, son aquellos Estados que iniciaron la

[31] PERLE R., "Gracias a Dios por la muerte de las Naciones Unidas", *The Guardian*, London, UK, 21de marzo de 2003.

guerra contra Irak, los que pretendían imponer el "Nuevo Orden" dejando de lado el molesto Derecho internacional[32].

Teniendo en cuenta que, ninguna institución o coalición que no sea el Consejo de Seguridad de la ONU procede al uso de la fuerza, aún como último recurso, porque ello supondría la "anarquía" más que el Derecho internacional, destruyendo toda esperanza de orden mundial. El espectro de las nuevas guerras globales, generadas por la nueva anarquía internacional, vuelve en definitiva a planear sobre nuestro futuro.

Ante el giro drástico de la relaciones entre fuerza y Derecho en el orden internacional, en la medida en que existe un desprecio de la legalidad y por una unilateral pretensión de dominio económico, político, militar y cultural. La sociedad civil actual tenía la convicción de que sólo la implantación de una jurisdicción penal internacional podía permitir afrontar ciertas formas de criminalidad con esperanza de algún éxito. En el plano internacional era necesario construir un sistema de garantías capaz de contrarrestar la actual anarquía militarista y neoliberal. Pero, lo cierto es que, ante la guerra de agresión contra Irak, es decir, ante el crimen contra la paz, dicha sociedad civil, que demandaba la intervención del TPI para exigir responsabilidad, tuvo que asumir que el alcance de esta jurisdicción era limitado y que excedía sus competencias.

El desarrollo de una Justicia Penal internacional junto a los sistemas judiciales nacionales tiene un fuerte impulso a raíz de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de ONU sobre el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional, celebrada en

[32] Cfr., PERLE R., "Gracias a Dios por la muerte de las Naciones Unidas", *The Guardian*, London, UK, 21 de marzo de 2003, que piensa que "el fracaso crónico del Consejo de Seguridad a la hora de hacer cumplir sus propias resoluciones no ofrece lugar a dudas: sencillamente no está a la altura de las circunstancias. No nos queda más remedio que recurrir a coaliciones dispuestas a hacer frente a esto. En lugar de tacharlas peyorativamente como amenaza al nuevo orden mundial, debiéramos admitir que son, en defecto de otra cosa, la mejor esperanza para ese orden, y la verdadera alternativa a la anarquía del fracaso de las Naciones Unidas".

Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998, en la que se aprobó el "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" (ER), creando una instancia diferente sobre crímenes internacionales, que va más allá de los Tribunales de Derechos Humanos Europeos que sólo sancionan al Estado. Así lo estipula en su primer artículo cuando establece que es de aplicación a las personas. No hay una responsabilidad colectiva del Estado. Podemos destacar que:

1. El TPI en su relación con los Tribunales de los Estados, establece el principio de Complementación y Subsidiariedad es decir que la Corte tendrá Jurisdicción cuando los Tribunales Nacionales no quisieron o no pudieron ejercer su jurisdicción. Dichos principios establecen que los Estados Partes poseen competencia para proceder a juicio en caso de que se cometa alguno de los crímenes contemplados por el Estatuto. El TPI podrá considerar los casos sólo si los sistemas judiciales domésticos no están funcionando o si los gobiernos carecen de la voluntad política para asumir los casos. Se requiere que los Estados Partes promulguen legislación de implementación. Es por ello que algunos Estados han tomado como iniciativa la reforma de sus Códigos Penales, incorporando los delitos descritos en el Estatuto, tal el caso de la LO 15/2003 de 23 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entró en vigor el 1 de octubre del 2004.

2. Teniendo en cuenta los recientes acontecimientos, debemos tener presente que el Tribunal está destinado a juzgar los delitos de genocidio, de lesa humanidad, de agresión y de guerra. Se trata de gravísimos crímenes que atentan contra la paz y los Derechos humanos más importantes universalmente reconocidos, estas cuestiones ya no son, ni pueden ser, algo privativo de la soberanía de cada Estado, porque afectan

a la comunidad internacional y, en última instancia, a la humanidad entera.

Sin embargo, para atraer a la Administración Clinton, presionada por el Pentágono y la mayoría republicana del Congreso, que exigía garantías de que ni un solo americano, del soldado raso al Presidente, pudiera ser encausado, el proyecto se fue debilitando. Entre las múltiples consecuencias de esta presión ejercida por los EEUU, conviene destacar que, algunos subtipos de los crímenes se concibieron en términos más restrictivos de lo que permitían otros convenios internacionales en vigor y el crimen de agresión quedó en suspenso al menos durante siete años hasta que se llegue a un acuerdo sobre su definición (art. 5.2), cuando la agresión es el más grave de los crímenes internacionales, por sí mismo y por desencadenar a menudo otros crímenes, en particular la violaciones graves del Derecho Internacional humanitario y crímenes de guerra.

Sobre la regulación del terrorismo como crimen internacional y la asunción de competencias por parte del Tribunal, no existe en la actualidad ningún proyecto ni un plazo para realizar dicha tarea. Parece que la falta de interés responde a que es más rentable seguir manejando un concepto abierto de terrorismo, para realizar interpretaciones arbitrarias sobre determinados hechos y comportamientos violentos llevados a cabo por determinados grupos.

3. Por ende, la competencia del TPI se limita a los crímenes cometidos en el territorio o por un nacional de alguno de los Estados partes, o de Estados que, sin pertenecer al Estatuto, acepten la intervención individualizada del TPI para un caso concreto (art. 12.3). Aunque el ER ha ido más allá de lo que proponía, por ejemplo, Estados Unidos, que exigía para los crímenes de guerra y contra la humanidad que el

Tribunal sólo pudiera intervenir si el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen y el Estado de nacionalidad del acusado —ambos— eran partes en el Estatuto o aceptaban la jurisdicción del Tribunal para el caso en cuestión. Exigencia lógica, por cuanto con la redacción final se puede imponer a un Estado no parte en un tratado la jurisdicción de un órgano internacional creado por éste si el hecho se comete en un Estado parte (lo que, por ejemplo, podrá afectar a soldados norteamericanos actuantes en Estados parte en una guerra de agresión)[33].

Para aquellos supuestos como el que nos ocupa, el Estado en el que se ha cometido el crimen tampoco es un Estado parte. Téngase en cuenta, sin embargo, que hablamos de crímenes que forman parte del Derecho internacional consuetudinario y la mayoría se sancionan en todos los Códigos penales del mundo. Pero a pesar de ello, salvo que el Pentágono renuncie a aplicar su propia legislación penal militar, que recoge los Convenios de Ginebra de 1949, la posibilidad de que un soldado de los Estados Unidos aparezca ante el Tribunal es remota.

4. Entre otras razones porque, inicialmente, la independencia del Tribunal ha sido limitada por la Resolución 1422 adoptada de forma unánime por el Consejo de Seguridad. En la citada Resolución, invocando el art. 16 del Estatuto, se estableció que el Tribunal Penal Internacional deberá abstenerse durante doce meses —prorrogable por períodos iguales indefinidamente— de iniciar investigaciones o juicios contra nacionales de Estados que no son parte en el Tratado de Roma, por hechos u omisiones relacionados con una operación establecida o autorizada por las Naciones Unidas.

[33] Vid., las situaciones en que la acción de la Corte tendría que tener un impacto sobre los Estados no parte, el estudio realizado por FLORES LIERA, S., "La Corte Penal Internacional y los Estados no partes", en *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana* (Coord. Yánez-Barnuevo), Casa de América, 2001, págs. 224 y ss.

Posteriormente, aparece la propuesta por parte de Estados Unidos, en su política de unilateralismo creciente, de firmar "Acuerdos Bilaterales". Se recuerda que previamente también se le había concedido, a través del art. 98, lo que dio en llamarse el principio de inmunidad funcional. A través de estos instrumentos, lo que se ha intentado es evitar que sus militares sean juzgados[34]. En la actualidad ya acordaron países como Israel, Rumania, Tayikistán, Italia, etc. Con estos acuerdos, no sólo se violenta el principio de igualdad que se quería imponer, sino que se crean clases de Estados en Derecho Internacional: Estados que se someten al Tribunal Penal Internacional y Estados que no la aceptan.

La negativa de EEUU a someterse a ninguna ley, que no sea la propia ha sido, precisamente, uno de los últimos capítulos de la ocupación de Irak, ya que Bremer, máxima autoridad durante un año en Irak, aprobó unos días antes del teórico traspaso de la soberanía, un edicto que garantiza inmunidad a ciudadanos estadounidenses y sus trabajadores asociados mientras realizan su trabajo en ese país.

En suma, puede observarse cómo los gobernantes de los Estados Unidos han boicoteado sistemáticamente, incluso desde el momento en que el Tribunal Penal Internacional era un proyecto embrionario, la posibilidad de establecer una jurisdicción universal de los crímenes contra la humanidad mediante un Tribunal permanente, imparcial e independiente, encargado de emprender esa tarea. Si bien inicialmente fracasaron en su tentativa al ratificar el Estatuto de Roma una abrumadora mayoría de países, los responsables de la política exterior de los Estados Unidos variaron su estrategia, restringiendo el alcance y competencias del Tribunal a través de convenios bilaterales a Estados signatarios del Estatuto Penal Internacional, que en realidad son

[34] Vid., CONTRAFATTO DE CARTOLANO, S., "La Corte Penal Internacional y los "Acuerdos Bilaterales", en http://www.iccnow/espanol/articulos.htm

acuerdos de impunidad internacional, al asegurarse que las personas estadounidenses acusadas de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra no serán entregadas al Tribunal Penal Internacional.

IV. El crimen de agresión

En la prevención de la guerra, la generalización de las condiciones económicas, sociales y políticas que posibiliten la paz, el reconocimiento de instituciones como la ONU, como he venido defendiendo, tiene un protagonismo central. Sin embargo, los organismos internacionales no es que todavía no han asumido el principio de radical oposición entre la guerra y Derecho, es que ni siquiera se han elaborado unos presupuestos normativos sobre conflictos. Resulta una paradoja la existencia de toda una amplia normativa instrumental y organizativa sobre cómo operar dentro de un conflicto y, por el contrario, que se hayan obviado los instrumentos normativos que describan tipologías, circunstancias y condiciones para la intervención en conflictos y guerras (*ius ante bellum*). Lo cierto es que el marco jurídico e institucional de la comunidad internacional no ha demostrado poseer los instrumentos normativos lo suficientemente eficaces como para evitar y regular guerras y conflictos.

En ese contexto, un paso decisivo sería sancionar a aquellos que cometan un crimen de agresión. Debemos tener presente que dicho crimen tutela el Derecho más fundamental de poder vivir en paz y tiene fundamento en el Derecho internacional consuetudinario. La prohibición de agresión en general fue proclamada por primera vez en el Pacto Briand-Kellog en 1928. La primera convención sobre la definición de agresión fue elaborada el 24 de abril de 1933, sobre la base de un anteproyecto del Comité de

Seguridad de la Conferencia del Desarme. En la Convención fueron declarados como actos de agresión: a) la declaración de guerra; b) la invasión; c) el ataque armado d) el bloqueo naval y e) la prestación de apoyo a bandas armadas. En 1945 el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg declaró como "crímenes contra la Paz" en el art. 6, p. 2 "la planificación, preparación e iniciación de una guerra agresiva (war of aggression)"[35].

En su discurso de apertura ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en 1945, JACKSON, Fiscal Jefe de los Estados Unidos, declaró: <<Este juicio representa el desesperado esfuerzo de la humanidad por aplicar el rigor del derecho a aquellos hombres de estado que han usado los poderes del mismo para atacar los fundamentos de la paz mundial y para cometer actos de agresión contra sus vecinos>>. Afirmó también que <<el desencadenamiento de una guerra de agresión es un crimen que ninguna situación política o económica puede justificar>>[36]. JACKSON, al abandonar su puesto en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, estaba convencido de que la guerra y la tiranía sólo podían encontrar freno <<cuando hagamos que todos los hombre respondan ante la ley>>. Reclamó acción judicial para garantizar que todos aquéllos que comiencen una guerra acaben respondiendo por ello.

Tal y como nos señala otro de los antiguos fiscales de Nuremberg, FERENZC, tras revisar los antecedentes y el derecho existente, los eruditos Jueces del Tribunal Internacional concluyeron: <<El cargo del acta de acusación según el cual los acu-

[35] Un análisis más amplio sobre la evolución internacional del crimen de agresión, vid., PÉREZ CEPEDA, A.I., "Globalización: Guerra, prevención y justicia penal internacional", en *SERTA. In memoriam Alexandra Baratta* (ed. Pérez Álvarez), Universidad de Salamanca, 2004.

[36] Y que continua diciendo, Robert Jackson, <<si ciertos actos en violación de tratados constituyen crímenes, lo son ya hayan sido cometidos por los Estados Unidos o por Alemania, y no podemos establecer normas de conducta criminal contra otros que no estemos dispuestos a aplicarnos a nosotros mismos>>.

sados planearon y llevaron a cabo una guerra de agresión, constituye el cargo de mayor gravedad... Iniciar una guerra de agresión, por tanto, no es tan sólo un crimen internacional; es el crimen internacional supremo, que sólo difiere de otros crímenes de guerra en que encierra en sí mismo la acumulación de todo el mal de los restantes>>[37].

Esta definición fue agregada por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU a los Principios de Nuremberg, el 29 de julio de 1950, e incorporada al proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en su art. 16[38]. Conviene recordar que el 13 de febrero de 1946 la Asamblea General de la ONU adoptó la resolución 3 (1), en la que <<toma conocimiento de la definición de los crímenes de guerra, contra la paz y contra la Humanidad tal como figuran en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 8 de agosto de 1945>>.

Estos principios fueron integrados en las Sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, del 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946. El Secretario General de la ONU, Trygve Lie, en su informe complementario, sugirió el 21 de octubre de 1946 que los Principios de Nuremberg fuesen adoptados como parte del Derecho Internacional. En su resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de la ONU aceptó formalmente la sugerencia y por lo tanto, <<confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal de Nuremberg y por la Sentencia de ese Tribunal>>. El efecto de las resoluciones mencionadas es consagrar con alcance universal el derecho creado en el Estatuto y en la Sentencia del Tribunal de Nuremberg.

A su vez, mediante resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947, relativa a la *Formulación de los principios reconocidos*

[37] FERENCZ, B. B., "Getting *aggessive* about preventing aggresion", en http://benferencz.org/brownuni.htm

[38] Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 48º período de sesiones.

por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, la Asamblea General, decide confiar dicha formulación a la Comisión de Derecho Internacional. La Comisión, en su primera reunión de mayo a junio de 1949, elaboró dichos Principios y Delitos, adoptándolos en 1950. Como consecuencia, los Estados de la comunidad internacional, entre ellos Estados Unidos, el Reino Unido y el reino de España, tienen la obligación *erga omnes* de aplicar los principios emanados de Nuremberg, entre otras cosas, porque la mera pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas mediante la aceptación del Estatuto de la misma lleva ínsita la aceptación y el compromiso por hacer cumplir los principios que, emanados de Nuremberg, han pasado a ser Derecho Internacional de obligado cumplimiento, tanto consuetudinario como convencional.

Será en la Ley 10 del Consejo Aliado de Control, bajo la que se dirimieron los juicios posteriores al principal proceso de Nuremberg, tal cual se previó en este Estatuto, donde se recogió el crimen de agresión en el Artículo II[39]. Los Proyectos de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de los años 50, llegaron a una determinación de los actos que constituyen delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad: <<1.º Cualquier acto de agresión, incluyendo el empleo, por las autoridades de un Estado, de fuerzas armadas contra otro Estado, con cualquier propósito que no sea nacional o de propia defensa colectiva o en ejecución de una decisión o recomendación de un órgano competente de las Naciones Unidas. 2. º Cualquier amenaza de las autoridades de un Estado de recurrir a un acto de agresión contra otro Estado>>.

[39] El mencionado artículo dice: 1. Cada uno de los actos siguientes se reconoce como crimen: (a) Crímenes contra la Paz: Llevar a cabo la invasión de otros países y guerras de agresión en violación de las leyes y tratados internacionales, incluidos pero no limitados a, la planificación, preparación, inicio o ejecución de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o garantías, o la participación en un plan común o conspiración para la consecución de cualesquiera de los anteriores".

La Asamblea General puso en manos de la Comisión de Derecho Internacional el encontrar una fórmula adecuada para definir la <<agresión>>. En el proyecto de tal Código correspondiente al año 1954, se llegó a una determinación de los actos que constituyen delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. En el art. 2, que estable expresamente <<Son delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad los siguientes actos: 1) todo acto de agresión, inclusive el empleo por las autoridades de un Estado, de la fuerza armada contra otro Estado, para cualquier propósito que no sea legítima defensa nacional o colectiva o la aplicación o recomendación de un órgano competente de las Naciones Unidas. 2) Toda amenaza hecha por las autoridades de un Estado de recurrir a un acto de agresión contra otro Estado. 3) La preparación por las autoridades de un Estado del empleo de la fuerza armada contra otro Estado, para cualquier propósito que no sea la legítima defensa nacional o colectiva, o la aplicación de una decisión o recomendación de un órgano competente de las Naciones Unidas (...) 9) El hecho de que las autoridades de un Estado intervengan en los asuntos internos o externos de otro Estado mediante medidas coercitivas de índole económica o política, con el fin de influir en sus decisiones y obtener así ventajas de cualquier índole. En cuanto a la responsabilidad por este tipo de actos, el mismo proyecto de Código de 1954 establece, en el art. 1. Los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, definidos en el presente Código son delitos de derecho internacional, por los cuales serán castigados los individuos responsables>>. Igualmente, en su art. 3 recoge en principio de no inmunidad por la comisión de este tipo de crímenes para los Jefes de Estado y otras autoridades. En su art. 4 contempla la no admisión de la obediencia debida como invocación para la comisión de este tipo de delitos.

El 18 de diciembre de 1967 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Resolución 2330/XXII y crea un

Comité Especial sobre la Cuestión de la Definición de la Agresión. Tras siete años de trabajos, el proyecto de este Comité fue finalmente aprobado por la Asamblea General en su Resolución 3314/XXIX, de 14 de diciembre de 1974. La agresión en el sistema jurídico internacional, según esta resolución, consiste en <<el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición>>. El término <<Estado>> en esta definición incluye el concepto de un <<grupo de Estados>> cuando proceda. Además de la definición ya mencionada de <<agresión>> que se recoge en el art. 1, en su preámbulo se reafirma el hecho de que <<el territorio de un Estado es inviolable y no podrá ser objeto, ni siquiera transitoriamente, de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado en contravención de la Carta...>>, contravención que se ha producido en el caso de EEUU contra IRAK. En el artículo 3 se establece: <<Con sujeción a las disposiciones del art. 2 y de conformidad con ellas, cualesquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: a) la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado o toda ocupación militar, aun 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 por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra la 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 Estado, 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>>. El art. 5, agrega: <<Ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación a un agresión. La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional. Ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal>>.

Como en muchos Acuerdos de ONU, el precio para el Acuerdo general era la inserción de causas de exculpación, bajo ciertas circunstancias, para usar la fuerza armada cuando el fin es <<la libre determinación>> o <<liberación de la dominación extranjera>>. Con el fin de encontrar un equilibrio, fue reconfirmado que sólo el Consejo de Seguridad estaba autorizado para decidir si la agresión por un Estado había ocurrido. La nueva definición podría servir como una guía pero no debía disminuir la autoridad de la Carta constitucional del Consejo para determinar la existencia de cualquier amenaza a paz, perturbación del orden público, o acto de agresión... y para elegir las medidas para restaurar la paz.

En palabras del ex Fiscal de Nuremberg FERENCZ, si bien esta definición tiene imperfecciones y a algunos estados les

gustaría modificarla, <<La objeción que con mayor frecuencia ahora se hace de cara a aceptar la definición de agresión de 1974 es que ésta sólo pretendía ser una guía no vinculante para el Consejo de seguridad (el cual prácticamente no la prestó atención desde entonces) y que no puede ser considerada como norma penal que, para ser justa, ha de especificar los elementos del crimen. Estas objeciones carecen de fundamento válido. A lo largo de los muchos años de debate en el seno de los comités especiales de las Naciones Unidas, representativos de todas las naciones, nadie sugirió que la definición había de tener sólo un sentido muy restringido y limitado. ¡La definición de agresión estaba llamada a ser la definición del crimen de agresión! Su preámbulo dice explícitamente que con tal definición se buscaba disuadir a los potenciales agresores... El consenso era coherente con el mandato original de la Asamblea General basado en los principios de Nuremberg. El elemento de intencionalidad, o conocimiento culpable, emanaba del cargo de los acusados como dirigentes importantes. Sólo podían ser acusados del crimen si su conocimiento, capacidad y autoridad se desprendían claramente de la propia naturaleza de su autoridad. Estas disposiciones y elementos del tipo fueron considerados adecuados por parte de la Fiscalía y los Tribunales de Nuremberg, fueron reafirmados por la Asamblea General en pleno, fueron recomendados por la Comisión de Derecho Internacional y varios expertos independientes invitados a tal efecto, así como la opinión pública mundial, que reconoció la justicia de los procesos de Nuremberg. Ciertamente, debiera ser posible, por medio del compromiso, que las naciones aceptaran lo que ya ha sido tan universalmente aceptado>>.

El proyecto de creación de una jurisdicción criminal internacional había estado languideciendo en la agenda de Naciones Unidas durante casi cincuenta años mientras la violencia armada y los ultrajes de derechos humanos continuaron. En 1996 la

Comisión de Derecho Internacional completó su Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Sobre la base de los principios de derecho internacional sentados en Nuremberg, el mencionado Código recoge la "agresión" del siguiente modo: <<Artículo 16. Crimen de agresión. 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 de un crimen de agresión>>. Al respecto se ha señalado[40]:

1. Esta tipificación de la agresión como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad se basa en la disposición del Estatuto de Nuremberg, interpretada y aplicada por el Tribunal de Nuremberg. El art. 16 se ocupa de varios aspectos importantes del crimen de agresión a efectos de la responsabilidad penal personal. La frase: <<El que... será responsable de un crimen de agresión>> se utiliza para indicar que el ámbito del presente artículo se limita al crimen de agresión a los citados efectos. Así pues, el artículo no trata de la cuestión de la definición de agresión, que queda fuera del ámbito del presente Código.

2. Los autores de un acto de agresión sólo pueden buscarse entre las categorías de personas que tienen la autoridad o el poder necesarios para desempeñar, llegado el caso, un papel de dirección o organizador en la comisión de una agresión[41]. El ámbito de los posibles intervinientes en un posible delito de agresión debe entenderse en un sentido amplio, es decir que abarcan, además de los miembros del gobierno, las personas que ocupan un alto cargo en el aparato militar, el cuerpo diplomático, los par-

[40] Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones - 6 de mayo a 26 de julio de 1996, documento suplemento No. 10 (A/51/10).

[41] Se trata de las personas que en el art. 16 se designan con el nombre de <<dirigente>> u <<organizador>>, expresiones tomadas del Estatuto de Nuremberg.

tidos políticos o el mundo de los negocios[42].

3. Ahora bien, el mero hecho material de participar en un acto de agresión no basta para establecer su responsabilidad penal. También hace falta que esa participación haya sido deliberada y se haya verificado con conocimiento de causa, en el marco de un plan o una política de agresión. A este respecto, el Tribunal de Nuremberg, al analizar el comportamiento de ciertos acusados, declaró: <<Cuando éstos, con pleno conocimiento de causa, ofrecieron su asistencia, pasaron a ser partes en la conspiración que él [Hitler] había urdido. Si entre sus manos fueron meros instrumentos, el hecho de que fueran conscientes de ello impide considerarlos inocentes>>[43].

4. El presente artículo se refiere a la agresión <<cometida por un Estado>>. La persona —como dirigente u organizador—

[42] Así lo determinó el Tribunal de Nuremberg al afirmar: <<Hitler no podía, por sí solo, hacer una guerra de agresión. Necesitaba de la colaboración de estadistas, jefes militares, diplomáticos, financieros>>.

[43] En cambio, ese mismo tribunal declaró a Schacht, Doenitz y Borman inocentes de ciertos crímenes contra la paz que se les imputaban resolviendo, en el caso del primer acusado: <<Es evidente que Schacht había ocupado una posición importante en el programa de rearme de Alemania y que las medidas que adoptó, en particular en los primeros días del régimen nazi, fueron causa de la rápida ascensión de Alemania como Potencia militar. Pero ese rearme, por sí mismo, no constituye un crimen a tenor del Estatuto. Para que sea un crimen contra la paz, según lo dispuesto en el artículo 6 del Estatuto, habría que probar que Schacht llevó a cabo ese rearme porque sabía que formaba parte de los planes elaborados por los nazis con miras a una guerra de agresión...>>. En cuanto al segundo de los acusados, el Tribunal dictaminó: <<No se ha demostrado que Doenitz, aunque construyó y preparó el arma submarina de Alemania, participara en la conspiración urdida para hacer guerras de agresión o que preparara y desencadenara esas guerras. Trabajaba en la sección de operaciones y se ocupaba únicamente de las cuestiones tácticas. No asistió a las conferencias importantes durante las cuales se expusieron los planes de guerra de agresión y no se ha demostrado que estuviese al corriente de las decisiones adoptadas en esas conferencias...>>. Respecto del tercer acusado, el Tribunal apuntó la posibilidad de deducir la información de que dispone una persona analizando las funciones desempeñadas por ella: <<Las pruebas no demuestran que Borman haya tenido conocimiento de los planes de Hitler que tenían por objeto preparar, desencadenar o hacer guerras de agresión. No asistió a ninguna de las conferencias importantes en que Hitler, poco a poco, reveló sus planes de agresión, y no se puede deducir con seguridad, de las funciones desempeñadas por el acusado, que se le haya tenido al corriente de esos planes>>.

participa en esa agresión. Esta participación es lo que el art. 16 define como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. En otras palabras, en el presente artículo se reafirma la responsabilidad penal de los participantes en un crimen de agresión. La responsabilidad de una persona por dicho crimen está intrínseca y vinculada con la agresión cometida por el Estado. Por consiguiente, sólo el Estado puede cometer una agresión infringiendo la norma de derecho internacional que prohíbe ese comportamiento. Ahora bien, el Estado es una entidad abstracta, incapaz de actuar por sí misma. El Estado sólo puede cometer la agresión a través de la participación activa de las personas que tienen la autoridad o el poder necesarios para planificar, preparar, desencadenar o llevar a cabo la agresión. El Tribunal de Nuremberg reconoció expresamente la realidad del papel de los Estados y las personas al declarar: <<Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a las personas que cometen esos crímenes pueden hacerse respetar la normativa del derecho internacional>>. En efecto, la violación, por el Estado, de la regla de derecho internacional que prohíbe la agresión entraña la responsabilidad penal de las personas que han desempeñado una función decisiva en la planificación, la preparación, el desencadenamiento o la realización de la agresión. Las palabras <<una guerra de agresión cometida por un Estado>> indican claramente que esa violación del derecho por el Estado es una condición *sine qua non* de la posible imputación de responsabilidad a una persona por un crimen de agresión. Sin embargo, el alcance del presente artículo se limita a la participación en un crimen de agresión a efectos de la determinación de la responsabilidad penal de las personas. No se refiere, pues, a la regla de derecho internacional que prohíbe el recurso a la agresión por los Estados.

5. La acción del Estado sólo entraña responsabilidad individual por el crimen de agresión si el comportamiento del Estado

constituye una violación suficientemente grave de la prohibición enunciada en el párrafo 4 del art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas. A este respecto, puede ocurrir que el Tribunal competente tenga que examinar dos puntos estrechamente vinculados entre sí, a saber: en primer término, si el comportamiento del Estado constituye una violación del párrafo 4 del art. 2 de la Carta y, en segundo término, si ese comportamiento constituye una violación suficientemente grave de una obligación internacional para ser considerada como una agresión que entraña la responsabilidad penal de las personas. El Estatuto y las Sentencias del Tribunal de Nuremberg son las principales fuentes autorizadas en materia de responsabilidad individual por actos de agresión.

6. La agresión comprende varias fases que se enumeran en el art. 16. Se trata de la orden de cometer el acto de agresión, y, después, de la planificación, la preparación, el desencadenamiento y la realización de las operaciones resultantes de esa decisión. En la realidad esas diferentes fases no están separadas por una divisoria impermeable. En efecto, la participación en una sola de las fases basta para que se incurra en responsabilidad penal.

Los 34 miembros de la Comisión de Derecho Internacional concluyeron que no incluir este crimen sería contraproducente cincuenta años después de Nuremberg y que habría que dejar que la práctica perfilara el contorno preciso del crimen. No obstante, antes de que un individuo pueda ser acusado de agresión, sería necesario que el Consejo de Seguridad determinara que se ha producido un acto de agresión por parte de un Estado, ya que la Carta de las Naciones Unidas así lo prevé.

De todo lo expuesto, cabe incidir en la gravedad de las medidas tomadas en contra del Consejo de Seguridad de la ONU y sin agotar el mecanismo de convocatoria de la Asamblea General bajo la fórmula <<Uniting for Peace>>, por parte del Gobierno de los Estados Unidos y apoyadas por Gran Bretaña y

España, constituyen un acto deliberado de deslegitimación del sistema jurídico internacional, de lo que se deduce que la guerra contra Irak, queda fuera del derecho internacional, y tiene como finalidad instrumental la supresión del sistema de Naciones Unidas y la no aplicación de las normas del derecho internacional utilizando para ellos los principios conocidos como de estado de excepción *de facto*, pero esta vez a nivel global[44].

Teniendo en cuenta que, como ya hemos señalado, el Estatuto del TPI contempla en su artículo 5 el crimen de agresión como uno de los cuatro crímenes de competencia del Tribunal, aclarando en el párrafo 2 de ese artículo que: "2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas". Ello significa que en un primer momento no podrá presentarse ante el Tribunal, para su enjuiciamiento, ningún caso concreto de crimen de agresión, sino que será necesario previamente que, una vez transcurridos siete años desde la entrada en vigor del estatuto, una Conferencia de Revisión adopte un texto en el que se defina dicho crimen y que se establezcan las condiciones que regulen el ejercicio de la competencia de la Corte con respecto al mismo.

El hecho de que el Tribunal no pueda asumir competencias todavía sobre este crimen, no supone que el crimen de agresión no exista y como tal esté tipificado por el Derecho internacional y el sistema de las Naciones Unidas. Precisamente, los tres Estados cuyos presidentes actuales se reunieron en las Islas Azores, Estados Unidos, Reino Unido y Reino de España, fueron miembros integrantes del Comité de 35 países que redactó la definición existente del crimen de agresión, la cual se concretó en

[44] Declaración del Equipo Nizkor. Unión Europea, 22 de marzo de 2003.

la Resolución 3314/XXIX, de 14 de diciembre de 1974, de la Asamblea General de la ONU, previa aprobación por dicho Comité. El crimen de agresión es "el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición". De ahí que, mientras el Tribunal penal internacional no tenga competencias, debe ser la Asamblea General, a través de los mecanismos jurídicos establecidos en la Carta, la que denuncie formalmente todos los actos ilícitos, ilegales o violatorios del Derecho internacional humanitario y de los Derechos humanos que hayan sido cometidos por cualquiera de los países implicados en estos crímenes, una vez conocido el dictamen de la Corte Internacional de Justicia.

En consecuencia, la ONU no sólo tiene que despojar a las fuerzas ocupantes del control de Irak, asumiendo la reconstrucción y la devolución de la soberanía del Estado a sus ciudadanos. Extremo que, solo ha realizado parcialmente, cuando EEUU lo ha necesitado, mediante la resolución 1546 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre Irak, aprobada el 8 de junio. Mediante esta resolución se aprobó la más flagrante y pública violación de la Carta de las Naciones Unidas, y de las normas fundamentales del Derecho internacional, al autorizar la ocupación militar del territorio de uno de sus miembros por un contingente internacional bajo mando del país agresor, los EEUU. Da cobertura *legal* y proporciona una imagen conveniente de multilateralismo, muy favorecida por los medios de comunicación, pero en realidad se está autorizando que la fuerza, marginando al Derecho, rija en estos momentos, sin limitación alguna y por "consenso de los pueblos civilizados", las relaciones internacionales. El lugar de la organización internacional, el de la "irrelevancia", le fue asignado públicamente y en varias ocasiones por el

presidente Bush, hace ya más de un año. El capitalismo neoliberal nos ha devuelto, en apenas dos décadas, a la barbarie. En suma, si no quiere que se interprete como una ratificación *a posteriori* de la guerra y de la ocupación, debe seguirse la vía expuesta para castigar por el crimen a los Estados y aquellos individuos, que planificaron, prepararon el inicio o conducción de esta guerra de agresión, que supone la violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales.

En cualquier caso, no conviene olvidar que nos encontramos ante un crimen internacional de vital importancia, en la medida en que con él se tutela el Derecho más fundamental el poder vivir en paz. Si Estados soberanos están deseosos de cambiar maneras tradicionales de pensar y actuar para acercarse a un mundo más seguro y humano, no sólo deben disminuir los gastos enormes para el armamento de capacidad destructiva infinita y la inclinación hacia violencia, sino que además la guerra-agresión debe considerarse como ilegal. El castigo de los agresores tiene que ser una meta primaria del orden legal internacional para que todos que moran en este planeta puedan vivir en paz y con dignidad humana. Debemos ser conscientes que este delito en numerosas ocasiones es el paso previo para cometer otros delitos internacionales contra la paz, delitos de guerra y contra la humanidad.

Pero, el problema surge sobre todo porque se trata también de una figura política, porque supone supeditar el ejercicio de la guerra a las resoluciones del Consejo de Seguridad de ONU. En otras palabras, a la ONU se la configura como el órgano político y garante del orden mundial. Ahora bien, con el fin de conseguir una aceptación mayor como el guardián imparcial de la seguridad universal, el Consejo debe reformarse para cumplir el papel de acuerdo a la Carta de la ONU. Las previsiones de la Carta que dan un Derecho de veto a sólo unos Miembros privilegiados pueden, y deben, permitir, como mínimo, que si uno de dichos Estados

está implicado en una posible agresión, su Derecho a veto quede inactivo. Esta es la única vía si el Consejo pretende ejercer un papel apropiado como el protector de humanidad[45].

No se me escapa que si el TPI asume competencias en este ámbito, hay quienes defienden que se corre el riesgo de que afecte el mecanismo de seguridad colectiva establecido en el Capítulo VII de la Carta hecha en San Francisco el 26 de junio de 1945, donde se contiene lo relativo a las acciones en caso de amenaza a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión y, especialmente, a la facultad, que se reconoce en el art. 39 de la Carta al Consejo de Seguridad, para determinar en cada caso la existencia de un acto de agresión, lo que el Consejo hace casuísticamente, a la luz de todas las circunstancias que concurren en un caso concreto. Las hipótesis son dos: la primera es que sólo la responsabilidad penal de los culpables sea determinada por los jueces del TPI. El Tribunal será completamente independiente determinando la culpa o la inocencia del acusado. Y sea el Consejo de Seguridad el que determina previamente a su procesamiento si ha existido una agresión contra otro Estado. Se trataría de una cuestión previa extrajudicial al enjuiciamiento y procesamiento de la Corte por un crimen de agresión. Viene a ser como las inmunidades a nivel Estatal y necesidad desafuero. Pero, la diferencia es que el encargado de concederlo es el Consejo de Seguridad y en él hay cinco Estados con Derecho a veto.

En principio los problemas serían menores, si como defiende FERENCZ, cuando afirma "el Artículo 1 de la Carta de la ONU establece la finalidad de suprimir los actos de agresión de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho internacional". Todos los miembros del Consejo están vinculados por este mandato. Si un miembro del Consejo de Seguridad fuera

[45] Vid., en este sentido, FERENCZ, B. B., "Getting aggessive about preventing agresión", en http://benferencz.org/brownuni.htm

acusado de agresión y su representante en el Consejo no se inhibiera de opinar o votar sobre la cuestión (como es costumbre), esta actitud sería contraria a los principios de justicia...". Sin embargo, es evidente que determinadas potencias manipulan e inciden en las decisiones del Consejo para determinar la existencia o no de un crimen de agresión[46], de ahí las trabas que pusieron para que dicho delito a pesar de estar tipificado como un crimen internacional no apareciera por el momento en el catálogo de delitos competencia del Tribunal.

Constatado que dichas potencias no asumen someterse a ningún órgano de gobierno ni jurisdiccional internacional encargados de velar por la tutela de la paz y la seguridad mundial. Los inconvenientes sólo pueden salvarse si se da la segunda de las hipótesis. Para ello sería necesario que los países que han ratificado tanto la Carta de ONU como el Tratado de Roma, decidan acabar con la anarquía, con la posibilidad de que el orden mundial esté sometido al ejercicio de un poder hegemónico y unilateral de uno o pocos países. Un gran paso en este proceso evolutivo irreversible sería que el delito de agresión fuera definitivamente perfilado por el Grupo de Trabajo encargado del tema, como una norma penal incompleta, con una remisión a la normativa de la Carta de las Naciones Unidas (el párrafo 4 del art. 2) que sirve para recordar el alcance del tipo y asegurar la debida coherencia entre el mismo y las disposiciones de la Carta, pero con un tipo cerrado, con una definición de agresión, no siendo necesario ya el recurso a la Resolución 3314/XXIX, de 14 de diciembre de 1974, donde se define la agresión en el sistema jurídico internacional. Esto habilitaría al Tribunal a enjuiciar y determinar todos los elementos del tipo, es decir, determinar si ha existido una agresión de un Estado respecto a otro y la responsabilidad, en su caso, de los

[46] A pesar de que el Consejo para tomar esta decisión debería tener sólo en cuenta como directriz los principios fundamentales contenidos en la Resolución 3.314, sobre la definición de agresión.

sujetos imputados. Si los resultados del Grupo de Trabajo, siguen esta hipótesis, cuando sea abordado en la primera conferencia de revisión del Estatuto de Roma transcurridos siete años desde su entrada en vigor (1 de julio de 2002) y se apruebe, se habrá realizado un colosal avance en la garantía de la legislación internacional humanitaria y de los Derechos humanos.

Si bien es cierto que tanto la ley internacional como las naciones están evolucionando despacio hacia un orden mundial más humano, todavía se oyen nociones de soberanía del Estado absoluta y las prohibiciones tradicionales contra la interferencia en los asuntos interiores de un país como justificación para las violaciones de los Derechos humanos. También es cierto que en las Naciones Unidas y en las conferencias internacionales, los estadistas y las organizaciones no-gubernamentales están empezando a hablar sobre una "cultura de paz". Ellos han venido a reconocer que el Derecho a vivir en paz es el Derecho humano más fundamental. La guerra-ética debe reemplazarse por una "paz-ética", cuando la agresión sea condenada como el crimen internacional supremo.

V. Terrorismo y conflictos armados

Otro paso decisivo para evitar conflictos bélicos en la actualidad es regular el terrorismo como un crimen internacional, de tal manera que la TPI tuviera competencias sobre el mismo. En esta línea, para describir tipologías, circunstancias y condiciones para la intervención en conflictos y guerras surge la necesidad de diferenciar el terrorismo de los conflictos armados.

La relación entre el terrorismo y los conflictos armados se plantea, en primer lugar, desde la perspectiva de la adecuada distinción conceptual entre ambos fenómenos. Esta distinción tiene

especial relevancia dada la tendencia de los Estados a calificar como "terroristas" a los grupos insurgentes organizados que de acuerdo con la normativa internacional[47], y su desarrollo jurisprudencial[48], merecerían la calificación de beligerantes en el marco de un conflicto armado, ya tenga éste último un carácter internacional por el control de conjunto, que no necesariamente efectivo, de terceros Estados sobre dichos grupos armados organizados de oposición, o un carácter no internacional.

Aparte de las posibles implicaciones políticas del reconocimiento de la condición de beligerantes a los grupos armados organizados de oposición, los Estados no han mostrado tradicionalmente ningún interés en reconocer la existencia de un conflicto armado dentro de sus fronteras, puesto que ello les impediría aplicar a los miembros de dichos grupos buena parte de su legislación penal interna "antiterrorista" en cuanto que fuera incompatible con las reglas y usos internacionales aplicables a los conflictos armados.

Las situaciones en Irak, Afganistán, Colombia, Chechenia, Cachemira, o Palestina, por poner sólo algunos ejemplos, ponen de manifiesto la actualidad de este problema y la necesidad de distinguir conceptualmente entre las nociones de terrorismo y de conflicto armado como paso previo y necesario para analizar fenómenos complejos, donde se entremezclan elementos de ambos como es el caso de la llamada "guerra global contra el terrorismo" en la que dicen encontrarse involucrados un número importante de los Estados de nuestro entorno.

Una segunda perspectiva desde la que se plantea la relación entre el terrorismo y los conflictos armados es aquélla de la

[47] Fundamentalmente el artículo primero del Protocolo Adicional Segundo a los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados y el Art. 8 del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional.

[48] Particularmente la definición de conflicto armado contenida en la decisión sobre jurisdicción de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso *Tadi_* (1999).

utilización del terror como método de guerra. La utilización del terror como estrategia para la obtención de concesiones de carácter político no es un fenómeno exclusivo de situaciones de paz. Por el contrario, es frecuente que, en el marco de conflictos armados entendidos como situaciones de crisis donde las partes han decidido dirimir sus diferencias mediante el recurso a la fuerza armada, los Estados o grupos armados organizados en conflicto recurran a la utilización del terror como método de guerra a los efectos de obtener importantes ventajas político-militares.

A diferencia de lo que ocurre en situaciones de paz, la utilización del terror en el marco de un conflicto armado no es objeto de una prohibición absoluta ni por el derecho internacional de los conflictos armados, ni por el derecho internacional humanitario, y, mucho menos, por un derecho penal internacional que sólo incluye aquellas violaciones de la normativa internacional reguladora de los conflictos armados cuya gravedad justifica el nacimiento de responsabilidad penal individual. Así, la condición de combatiente conlleva la carga de soportar psicológicamente el terror que el enemigo pretende infligir mediante la utilización de ciertos medios y métodos de combate legítimos como por ejemplo la utilización de ciertas armas contra las que no se tiene protección.[49]

Sin embargo, si bien no absolutamente prohibido, la utilización del terror como método de guerra en el marco de los conflictos armados es objeto de una estricta regulación cuyo incumplimiento da frecuentemente lugar a responsabilidad penal individual. Particularmente relevante en este sentido es la prohibición absoluta de lanzar ataques contra la población civil, contra personas civiles, o contra bienes de naturaleza civil, o ataques indiscriminados o que causen excesivos daños civiles colaterales en relación con la ventaja militar esperada, especial-

[49] Lógicamente siempre que tales armas no causen por su propia naturaleza males superfluos o sufrimientos innecesarios, ni tengan carácter indiscriminado, dada la imposibilidad de dirigirlas exclusivamente contra objetivos militares o de limitar sus efectos.

mente cuando aquéllos están principalmente dirigidos a aterrorizar a la población civil. De esta manera, se incurre en responsabilidad penal individual cuando, como ocurrió durante el cerco de Sarajevo entre 1991 y 1995, la población civil se convierte en el objetivo principal de una campaña de terror consistente en bombardeos selectivos y disparos con armas de precisión a los efectos de incrementar la presión para que las fuerzas armadas asediadas se rindan[50].

Pero, incluso, la utilización del terror como método de guerra contra los combatientes de las partes en conflicto está sujeta a importantes limitaciones. Entre ellas la más relevante es la criminalización de la declaración de que no haya cuartel que, según los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, consiste en ordenar o declarar a subordinados por quien estuviera en situación de mando o control efectivo que no haya sobrevivientes con el fin de amenazar al adversario o de que se conduzcan las hostilidades de tal manera[51].

Además, no conviene olvidar que la utilización indirecta del terror en el marco de los conflictos armados presenta también importantes limitaciones como consecuencia de la prohibición de ciertos medios y métodos de guerra. Sirvan como ejemplo a estos efectos la criminalización del uso intencionado del hambre contra la población civil como método de guerra[52] o del uso de balas que, debido a que se enganchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, agravan inútilmente el sufrimiento o el efecto de la herida.[53]

[50] Sentencia de Primera Instancia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso Krsti_. El código penal español va todavía más lejos al tipificar en el art. 611.1 de la siguiente manera el uso del terror contra la población civil en un conflicto armado: "Realice u ordene realizar (...) actos o amenazas cuya finalidad principal sea aterrorizarla (población civil)".

[51] Ver, Art. 8.2 (b)(xii) y (e)(x) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y los Elementos del crimen de guerra consistente en declarar que no haya cuartel.

[52] Art. 8.2(b)(xxv)ER.

[53] Art. 8.2(b)(xix)ER.

VI. Conclusiones

De lo hasta ahora expuesto puede deducirse que sería necesario que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sea verdaderamente un órgano de representación de la sociedad civil mundial, donde los Estados se encuentren en un plano de igualdad. En efecto, tiene que desaparecer la posición de miembro permanente y con Derecho a veto. La sociedad civil no puede confiar en un sistema jurídico en el que el Consejo de Seguridad tenga la última palabra, puesto que éste al tener como miembros permanentes a las naciones más poderosas del mundo que inevitablemente buscarían influir en las decisiones del TPI de acuerdo a sus intereses[54]. No debe olvidarse que el Consejo de Seguridad tiene también la potestad de detener los juicios o investigaciones sobre cualquier caso; dicha orden podría ser renovada indefinidamente a intervalos de un año.

Las recientes guerras contra Afganistán e Irak, decididas por unos pocos gobernantes, han sido como "un golpe de Estados" contra el orden internacional, tratando de disolver el proyecto interno universal preconfigurado de la Carta de la ONU y ha provocado una regresión de la sociedad internacional al estado salvaje, desigual, inhumano e injusto. La idea de sustituir un poder hegemónico, económico y militar anglo-americano por la ONU como garante del orden mundial, al establecer la posibilidad de intervención armada preventiva como operaciones de respuesta a una hipotética amenaza, además de ser un uso ilegal e ilegítimo de la fuerza, equivale de hecho a una reafirmación del Derecho a la guerra como una agresión y que, como tal, está en contradicción con los principios básicos que deben servir de fundamento a la cooperación internacional pacífica entre Estados.

[54] Por ello, el mantenimiento de la independencia del fiscal en la CPI es crucial para la existencia de una Corte justa e imparcial. Asimismo, es crucial que el Fiscal cuyas decisiones se someten a la supervisión de los magistrados asuma responsabilidades por las que sea imputable.

Contra esta regresión de las relaciones internacionales a la lógica de la guerra, de la economía y de las relaciones del trabajo a su modelo paleocapitalista, no existe otra alternativa preventiva que el Derecho a la garantía de los Derechos, obviamente una política que se tomen uno y otros en serio. Ciertamente estamos asistiendo hoy a una crisis de la legalidad y de los Derechos humanos, tanto en el interior de nuestros ordenamientos como en las relaciones internacionales. Y todavía, propio de la globalización y el crecimiento de interdependencia y de las comunicaciones viene como posible otra consecuencia indispensable, que queramos impedir el futuro de la guerra, de violaciones, de devastación humana y ambiental, de fundamentalismo y conflictos interétnicos sobre el fondo del crecimiento de la desigualdad y la injusticia.

También creo que ha llegado el momento de reivindicar la paz y la seguridad, no de algunos sino de cualquier país, región, y del conjunto del planeta. Este objetivo no se consigue con guerras, sino que sólo puede lograrse mediante políticas concertadas que aseguren el diálogo, la participación, la satisfacción de las necesidades básicas de las poblaciones, el desarme global y la justicia social. Por tanto, debe urgirse a que los Estados, sin excepción, se comprometan a deshacerse cuanto antes de cualquier tipo de armas de destrucción masiva, firmen todos los acuerdos y tratados de desarme existentes y suspendan toda actividad de investigación en este sentido[55]. En el ámbito del Derecho internacional, debe propugnarse que la utilización de las mismas sea considerada como un crimen de guerra[56].

Ante el reto del terrorismo internacional, Europa ha reaccionado con dureza y EEUU ha hecho de él una cruzada y un pretexto para apuntalar su afán de dominio mundial, como he descrito anteriormente. Es obvio que los Estados tienen un

[55] Así, se pronunciaba la CRUE en su "Manifiesto contra la guerra de Irak".

[56] Art. 8.2 a) i), iv) y v. Y desde luego, el hecho de que un dirigente político haga una

Derecho inmanente a protegerse ellos y su población. Pero para hacer frente al terrorismo internacional, no es sólo cuestión de una definición o de medidas policiales; supone abordar problemas de fondo, económicos, políticos y culturales en el área de riesgo; resolver en justicia las situaciones de Irak y Palestina, fortalecer el Derecho y trabajar para construir una sociedad internacional menos injusta y violenta. La solución a este conflicto social no pasa por invadir países, sino por dar a los pueblos humillados y oprimidos su lugar y su dignidad.

La inseguridad se genera sobre todo por los odios y conflictos, que tienen causas que deben removerse. Sin embargo, ni se han adoptado medidas contra los problemas vitales del planeta: la pobreza, el hambre, las enfermedades[57], el medio ambiente, la criminalidad internacional, el comercio de armas, etc. Ni se ha tenido en cuenta que la guerra contra el terrorismo no es un choque de civilizaciones —el Islam contra Occidente—, sino una guerra civil dentro de la civilización islámica entre extremistas que utilizan la violencia para imponer su visión y una mayoría moderada que quiere puestos de trabajo, educación, atención sanitaria y dignidad mientras practica su fe. La mejor vía para acabar con el terrorismo es que venzan los moderados. Así como, tampoco se ha exigido a la comunidad musulmana establecida en Occidente el respeto estricto de las leyes y, paralelamente a ello, ofrecerles los Derechos de que disfrutan los ciudadanos europeos y favorecer su integración. A corto plazo no se les reconoce: libertad individual, igualdad de la mujer, respeto a sus creencias y tra-

simple recomendación a las fuerzas militares de que no utilicen armas de destrucción masiva, como hizo el día que autorizó la agresión el presidente de los EEUU, no excluye la responsabilidad penal en comisión por omisión.

[57] El terrorismo no deriva directamente de la miseria, pero con un crecimiento demográfico explosivo, las ingentes masas de jóvenes sin perspectivas, bajo gobiernos más o menos autoritarios y corruptos, son presa fácil de ideologías religiosas o civiles fanatizadas que generan, a su vez, el caldo de cultivo propicio para que surjan adeptos a la inmolación y el martirio.

diciones en la medida en que no vulneren la legislación del país de acogida, Derechos humanos frente a concepciones teocráticas, programas sociales contra la exclusión y la regularización de los indocumentados residentes, ni siquiera una nueva política orientada a favorecer la inmigración legal, conforme a las necesidades laborales de los distintos países.

Por ende, existe una necesidad de que el TPI, como sistema de garantía de los Derechos humanos, asuma competencias en el crimen de agresión, en la medida en que este último tutela el Derecho humano más importante; el Derecho a vivir en paz. Y que sea el propio Tribunal, mientras no se reforme el Consejo de Seguridad, quien decida: en primer término, si el comportamiento del Estado constituye una violación del párrafo 4 del art. 2 de la Carta y, en segundo término, la responsabilidad penal de las personas que han participado en la agresión. Esto no significa que, mientras el TPI no tenga competencias, si verdaderamente se quiere proteger la paz y el Derecho humano más importante, así como, incluso, la seguridad y el orden mundial, no se pueda ni deba incriminar y, en su caso condenar, a aquellos Estados que dirigieron, organizaron o bien participaron activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de la guerra de agresión cometida contra el Estado de Irak. La Asamblea General, a través de los mecanismos jurídicos establecidos en la Carta, es la encargada de denunciar formalmente este ilícito, ilegal o lesivo del Derecho internacional humanitario y de los Derechos humanos que ha cometido, una vez conocido el dictamen de la Corte Internacional de Justicia. Esta vía es la que debe seguirse, la ONU, como he señalado antes, no sólo tiene que despojar a las fuerzas ocupantes del control de Irak, asumiendo la reconstrucción y la devolución de la soberanía del Estado a sus ciudadanos, además debe sancionar a los Estados que planificaron; prepararon el inicio o conducción de esta gue-

rra de agresión, que supone la violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales.

Además, por una parte la legítima defensa, tiene que ser interpretada en sentido estricto. Sólo está justificada cuando se trate de la existencia de una agresión ilegítima. Cuando existe una simple amenaza, para que la intervención esté justificada, ha de ser ilegítima, real, actual e inminente. Por la otra, la necesidad de intervención humanitaria no puede ser decida por uno o varios Estados de forma unilateral. El Consejo de Seguridad debe ser el órgano encargado de autorizar la intervención y si no se respeta los Estados y sus dirigentes deben ser sancionados.

Todo ello, sin olvidar que cuando la finalidad es el desarrollo y la vigencia de los Derechos humanos, al menos los esenciales, en todos los lugares del planeta, sancionando sus violaciones más graves, no se tiene que limitar el principio de justicia universal, como hizo el anterior gobierno de Estado español, a través de LO 18/2003, de 10 de diciembre para la cooperación con la Corte Penal Internacional. Esta Ley tiene una vocación regresiva y recorta sustancialmente avances conseguidos para sancionar los crímenes más graves de alcance universal con la aprobación del Estatuto de Roma. Entre otras razones porque, por una parte, limita la competencia de los tribunales españoles para investigar y juzgar los crímenes internacionales con independencia de la nacionalidad de los autores o las víctimas o del lugar donde se cometieron los hechos[58], por la otra, establece mecanismos de cooperación férreamente controlados por el ejecutivo, y vinculados a su política internacional[59]. Por tanto, esta Ley contradice los

[58] El art. 7 impone a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal que se abstengan de todo procedimiento por hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente el TPI, y, en caso de denuncia o querella, se limiten a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal del TPI.

[59] El mismo art. 7 establece la competencia exclusiva del Gobierno de presentar denuncias al Fiscal. Supeditar la actividad de persecución de hechos delictivos competencia de la

fines del Estatuto de Roma y la Carta de Naciones Unidas, ya que no se orienta a establecer un orden mundial más justo, basado en la paz y en los principios y propósitos de las normas internacionales que protegen los Derechos humanos, sino todo lo contrario. El desarrollo progresivo de los Derechos estriba en imponer a los Estados la obligación de asumir el principio de persecución universal, no en permitirlo, si lo que realmente se pretende es acabar las violaciones más graves y con la impunidad de los más peligrosos criminales.

En suma, puede afirmarse que la sociedad civil global tienen ante sí un reto; la mejor arma preventiva con la que contamos es la legalidad y la defensa de los Derechos humanos. Los instrumentos jurídicos existen, simplemente se trata de que se apliquen y se utilicen, y algunos que tornen, evolucionen, se interpreten y desarrollen con un único fin: salvaguardar la paz y la seguridad de la Humanidad, sirviendo de límite al ejercicio criminal, hegemónico y unilateral del poder económico-militar.

Esta exposición no es sino una denuncia de la debacle que desde un punto de vista jurídico, político y moral comporta la actual normalización de la emergencia y de la vulneración de la legalidad por parte de los más fuertes y un intento por situar la cultura jurídica y a los Derechos como herramientas al servicio de una auténtica alternativa civilizadora. Una alternativa basada en la protección de los más vulnerables, de los oprimidos por todo tipo de poder.

Corte Penal Internacional a la autorización del Gobierno, resulta contradictoria con los principios y fines que están en la base de la Corte Penal Internacional