

LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS GUERRAS DE AGRESIÓN

Luis Ernesto Orozco Torres*

RESUMEN

En la presente comunicación se ocupa del proceso de la criminalización de la agresión y su concreción como norma consuetudinaria y convencional en Derecho Internacional. La sociedad internacional en su conjunto no ha dado marcha atrás al proceso de criminalización de la barbarie, lo que significaría una involución jurídica trascendental y evidente, sino que todas las regresiones realizadas a estos procesos han sido sólo por vía de los hechos y siempre agudizando cada vez más los argumentos jurídicos y políticos para su justificación. Así, podemos ver que todas las veces que los Estados han hecho uso del recurso de la guerra, éstos han tratado de encontrar justificación a ello, pero siempre desde una dialéctica dictada por este estadio de evolución jurídica de la sociedad internacional; lo que no deja de ser una expresión más del ancestral tópico de la tensión dialéctica entre lo político y lo jurídico.

Palabras clave: Guerras de agresión, criminalización de la guerra, crimen de agresión, responsabilidad penal internacional del individuo.

* Profesor investigador del Programa de Ciencias de la Seguridad de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Es autor también de los libros: *La nueva política europea de vecindad, ¿de la Paneuropa a la Paraeuropa?*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006; y *El crimen de agresión en derecho internacional contemporáneo*, UACJ, Ciudad Juárez, 2008. Y autor de los siguientes artículos: “¿Occidente escindido en la era del fin de la historia?”, *Revista de las fronteras*, UACJ, número 7, año 2, primavera 2007; “La globalización de la justicia”, *Revista de las fronteras*, UACJ, número 10, año 3, verano 2008; “La cuestión bélica en los padres del Derecho internacional”, *Memoria del Seminario Permanente de legislación, teoría y filosofía del derecho*, UACJ, Ciudad Juárez, 2009; “Seguridad pública: ¿civilidad o barbarie?”, *Cuadernos fronterizos*, UACJ, número 14, año 5, primavera 2010; “*Delicta iuris gentium* tipificados en México”, *Criminogenesis*, número 7, septiembre 2010; “Multiculturalismo y derechos humanos en perspectiva iusinternacional”, *Heurística jurídica*, año 1, número 1, agosto-diciembre 2010.

ABSTRACT

This communication discusses the process of criminalization of aggression and its establishment as a norm of customary and conventional international law. International society as a whole has not reverse the criminalization of barbarism, which would be obviously a momentous legal involution, but all the regressions performed on these processes have been only by way of the facts and always sharpening each time plus legal and political arguments for its justification. Thus we see that every time that states have used to resort to war, they have tried to find justification for it, but always from a dialectic dictated by this stage of legal evolution of international society; stage of legal evolution of international society; what is an expression over ancestral topic of the dialectical tension between the political and legal.

Keywords: War of aggression, war criminalization, crime of aggression, international criminal responsibility of the individual.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Dinámica de consolidación; 2.1. Hitos convencionales; 2.2. Hitos institucionales; 2.3. Hitos jurisprudenciales; 3. El carácter criminal de la agresión; 4. Conclusiones; 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el diálogo misivo que en el primer cuarto del siglo pasado sostuvieron Albert Einstein y Sigmund Freud, el científico planteó al psicólogo una pregunta que “...tal como están las cosas en la actualidad, resulta la más importante de las que se le plantean a la civilización: ¿Hay una manera de librar a los seres humanos de la fatalidad de la guerra?”¹. Este último sostiene que parece indudable que la guerra se fundamenta en la propia condición humana. Y que sólo se pueden emprender intentos más o menos sostenibles y funcionales de reprimir esta tendencia humana a la destrucción en su manifestación de la guerra. La Corte Penal Internacional (en adelante “CPI”) es el intento más acabado de estas medidas paliativas, y significa una cristalización indubitable de los

¹ Einstein, Albert y Freud, Sigmund, *¿Por qué la guerra?*, Editorial Minúscula, Barcelona, 2001, p. 63.

esfuerzos iusirenistas de generaciones por entero. Y de esto dan cuenta las tipificaciones de los diferentes crímenes sobre los cuales la CPI tiene y tendrá competencia, y muy en especial el crimen de agresión, pues como se verá en la presente comunicación su propia naturaleza nos permite sostener eso.

En la presente comunicación pretendemos ocuparnos del proceso de la criminalización de la agresión como manifestación emblemática de la macrocriminalidad política², y su concreción como norma consuetudinaria en Derecho Internacional; para ello, trataremos de dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿existe en DI una norma de carácter consuetudinario que prohíba la agresión, criminalizándola así?; de existir ésta, ¿a partir de qué momento se puede fijar su validez?, y por último, ¿esta norma consuetudinaria ha sido objeto de desarrollo progresivo en DI? Trataremos, pues, de trazar unas líneas e ideas de aportación que den respuesta a las cuestiones planteadas.

2. DINÁMICA DE CONSOLIDACIÓN

Si bien es cierto que en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para la creación del Estatuto de Roma no pudieron ponerse de acuerdo los Estados participantes sobre su definición y sus elementos y la manera en que la CPI podría ejercer su eventual jurisdicción; también es cierto que, el crimen de agresión fue incluido en el Estatuto de Roma como parte de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto –según reza el artículo 5– respecto de los cuales la CPI tiene competencia. En efecto, si ya la sola inclusión del crimen de agresión en el Estatuto, aun cuando fuera condicionada a que se aprobara una disposición referente a su definición y a las condiciones del ejercicio de la competencia por parte de la CPI, significó un acontecimiento jurídico-político de gran calado humanista; la reciente adopción por consenso de la definición típica del crimen de agresión y de los requisitos de competencia, en el marco de la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma llevada a cabo del 31 de mayo al 11 de junio de 2010 en Kampala, Uganda, en donde se enmendaron diversos artículos; comporta un hito tanto jurídico, como político, en la criminalización de la barbarie y la erradicación del uso de la fuerza y las guerras de

² “La Macrocriminalidad comprende, fundamentalmente, comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva, macroacontecimientos con relevancia para la guerra y el Derecho Internacional”. Ambos, Kai, *La parte general del Derecho Penal internacional: bases para una elaboración dogmática*, Ezequiel Malariño (trad.), Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, pp. 44 y ss.

agresión como instrumento de política nacional, en el desarrollo de las relaciones internacionales.

En nuestra visión, la existencia y pertenencia del crimen de agresión en Derecho Internacional, puede verificarse desde dos ángulos bien determinados: desde la óptica del DI consuetudinario, y desde el DI convencional. Si es cierto que a todo proceso evolutivo jurídico le antecede una dinámica social creadora y motor, luego entonces esto es aplicable al DI como fenómeno jurídico; con la peculiaridad que en esta dimensión del fenómeno jurídico llamado Derecho Internacional los miembros de la sociedad son Estados. Así pues, retomando algunas irreductibles ideas iusinternacionales diremos que, el DI general se divide —por así decirlo—, en razón de su contenido normativo, en DI consuetudinario y DI convencional³. El primero se identifica con una serie de reglas normativas que, aun cuando no tienen una expresión jurídico-positiva, se consideran de observancia obligatoria, y esta observancia se tiene por vital para la convivencia, o en su caso, incluso la existencia de la sociedad internacional en su conjunto. El segundo es el que los Estados, actores primarios pero no exclusivos, van confeccionando conforme ciertas técnicas jurídicas concretas y puntuales como lo son los tratados internacionales, las convenciones, etcétera.

Pues bien, si retomamos estas ideas es para estar en condiciones de sostener lo siguiente: las normas consuetudinarias tienen una estrecha vinculación con el proceso social⁴ motor y por ello, a diferencia de las convencionales, el determinar su existencia y momento exacto de vigencia es sumamente difícil, pero no imposible. Pues, si hacemos un ejercicio de retrospectiva analítica podremos advertir que, si es cierto, como lo es, que existe en DI convencional una norma que prohíbe el uso de la fuerza y la amenaza de ésta, que a su vez es fundamento de la prohibición de la agresión y de su carácter criminal⁵ (artículo 2.4 de la Carta de la ONU); *ergo*, ésta es expresión necesaria de una

³ “El Derecho Internacional vale como objetivización de la justicia internacional. Es un ensayo mejor o peor logrado de aplicar la justicia internacional a las circunstancias históricas. El derecho natural es base y principio fundamentador del Derecho Internacional positivo, activador y meta de un derecho perfectible”. Fernández del Valle, Agustín Basavé, *Filosofía del Derecho Internacional*, UNAM, 1ª reimpresión, México, 2001, p.42.

⁴ “El Derecho Internacional es el producto de la coordinación de la voluntad de los Estados. Entre éstos, la moral es una ‘forma especial de conciencia social’”. Tunkin, G. I., *El Derecho y la fuerza en el sistema internacional*, UNAM, México, 1989, p. 86.

⁵ “El elemento más importante en el contenido del principio de no uso de la fuerza o de la amenaza de fuerza es la prohibición de las guerras de agresión, es decir, recurrir a la guerra en las relaciones entre los Estados”. *Ibidem*, p. 46.

norma consuetudinaria previa⁶, pues esta norma de carácter convencional no se refiere a una cuestión de pacto entre varios Estados⁷, sino a una cuestión de vital importancia para la sociedad en su conjunto.

Podemos sostener que el nacimiento de una norma consuetudinaria que contiene la prohibición del uso de la fuerza y que se identifica con la criminalización de la agresión⁸ y que contiene elementos jurídicos suficientes para considerarla como la base del crimen de agresión consuetudinario, es anterior a la concreción jurídica de una norma convencional que contiene dicha prohibición. Por otro lado, una cosa es concluir que existe una norma consuetudinaria semejante, y otra muy diferente es tratar de fijar el momento de su vigencia.

De entrada es necesario hacer alguna aclaración oportuna: en primer lugar pensamos que sería de extrema dificultad el tratar de dilucidar el momento exacto del nacimiento de la criminalización de la agresión o la prohibición de ésta, como norma consuetudinaria del DI, y tratar de fijar una “fecha crítica”⁹ al respecto es casi imposible, al final relativa y a la postre innecesaria; pues creemos que lo que importa no es el momento de su nacimiento, sino que para fines prácticos lo que importa en realidad es que exista cierta conciencia jurídica, por parte de los Estados, sobre la presencia de una norma en ese sentido en Derecho Internacional. En todo caso, el afán por dilucidar esta fecha¹⁰, pensamos que tiene por único valor práctico, el dotar de cierta calidad de añeja

⁶ “The Crime of Aggression is a child of customary international law and hence the ICC’s definition should be, by and large, a codification of existing law rather than a negotiated creation, at least as far as the substantive law is concerned”. Griffiths, Richard L., “International Law, the Crime of Aggression and the *ius ad bellum*”, *International Criminal Law Review*, No. 2, 2002, pp. 301-373, p. 302.

⁷ “Si aceptásemos la teoría de la autolimitación voluntaria de los Estados, como fundamento primero del Derecho Internacional, aceptaríamos la negación del derecho, puesto que la fuerza sería el único límite. La verdad es, precisamente, lo contrario. El derecho no puede fundarse en la fuerza, sino en pautas racionales válidas objetivamente”. Fernández del Valle, Agustín Basavé, *Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 63.

⁸ “La responsabilidad por la agresión es una importante institución del moderno derecho internacional; ésta deriva del principio de la prohibición de la utilización de la fuerza y de la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. La agresión es una violación jurídica grave, de ahí deriva la severa responsabilidad por tal violación.” Tunkin, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 189.

⁹ Márquez Carrasco, María del Carmen, *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 29.

¹⁰ “Whilst it is difficult to put an exact date of birth upon the concept of the criminality of the aggressive use of force, it is clearly a young doctrine when look at besides the history of warfare and the use of force. Ancient and medieval wars were usually undertaken on a “just war” basis, that is to say, the belligerents alleged some definite cause considered by them as a valid and sufficient justification, albeit merely as a façade in many cases. The consensus among states until comparatively recently was that the use of force was simply one of the legitimate tools available to a sovereign state in bringing its policy to fruition. By contrast, the current position is regulated by the Charter of the United Nations, Article 2, paragraph 4 of which prohibits the use of force save in very limited circumstances. These two opposing positions represent the ends of a timeline stretching from the Congress of Europe to the San Francisco Conference on the United Nations Organisation. Somewhere between these two events the

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

Nosotros nos inclinamos a fijar el inicio de la dinámica y proceso de criminalización de la agresión más que en un momento determinado, en una etapa de desarrollo del DI y de la sociedad internacional en concreto¹¹, la cual sería la etapa en que se comenzaron a introducir las nociones de humanidad y comunidad¹², lo primero condicionó al derecho, lo otro a la sociedad. Y esta incursión de las nociones antes apuntadas, se verifica en época de la Sociedad de Naciones, ni más ni menos. Ahora bien, este proceso que comienza en la era de la S de N, la criminalización de la agresión, no termina de cristalizar aquí, no; en realidad en este punto cardinal del decurso histórico no ha hecho más que comenzar dicho proceso. Así pues, diremos que, el carácter criminal de la agresión, o en otras palabras, la consideración de la agresión (dejando en término así de general y abierto a propósito) como uno de los crímenes contra la paz, y en sí mismo el más pernicioso, viene a ser corolario de la inclusión de nociones tales como humanidad y comunidad¹³ en el Derecho Internacional.

En consecuencia, no se puede hablar de la existencia del carácter criminal de la agresión *lato sensu*, hasta que se incorporaron de lleno las nociones extrajurídicas de

concept of the Crime of Aggression was born.” Griffiths, Richard L., “International law, the crime of aggression and...”, *op. cit.*, p.303.

¹¹ “Actualmente, a diferencia de lo dispuesto por el antiguo derecho internacional, el agresor no es sólo una parte de un conflicto bélico, es también un violador de la legalidad; sus actos, que representan desde el principio graves delitos, violaciones delictuosas del derecho internacional, no pueden crear para él tales o cuales derechos, aun en el caso de obtener la victoria.” Tunkin, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 188.

¹² “La cristalización de la noción jurídica de obligaciones *erga omnes* ha traído consigo un cauce de superación de uno de los rasgos más característicos del derecho internacional tradicional, ya que aquella noción significa la admisión de la dimensión jurídica de la comunidad internacional y de sus intereses generales.” Carrillo Salcedo, J. A., *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 174.

¹³ El destacado iusfilósofo internacionalista Agustín B. Fernández, considera que la existencia de la idea de comunidad, es en verdad anterior y se ubica por encima — no sólo temporal, sino jerárquicamente— de la sociedad o sistema interestatal, así consigna que: “La comunidad internacional no tiene fundamento contractual, ni es una personalidad colectiva compleja, sino una institución natural, anterior y superior a toda sociedad de naciones. (...) La comunidad internacional es una idea objetiva, incorporada a la organización. Idea rectora que establece vínculos orgánicos de los Estados entre sí y de estos con la comunidad internacional.” Fernández Del Valle, Agustín Basavé, *Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 66. No podemos más que estar de acuerdo con el autor en el sentido en el que él apunta, pero en realidad aquí nos referimos al advenimiento de la noción de comunidad como una institución jurídica y no sólo como un principio rector ecuménico de las relaciones internacionales e interestatales.

humanidad y comunidad¹⁴, las cuales se encuentran indeleblemente configuradas en términos de moralidad o de lo éticamente funcional¹⁵. El inicio de la criminalización de la agresión la podemos cifrar en términos cronológicos (desde luego, y lógicamente, arbitrarios) y en forma embrionaria en la época de la Sociedad de Naciones (que a su vez se identifica con el proceso de formación de una norma consuetudinaria), pero de forma definitiva y contundente (en clave de norma convencional) dentro de la era de la ONU; esto es, que el carácter criminal de la agresión es en términos generales un corolario más del tránsito evolutivo del Derecho Internacional *tradicional* hacia el Derecho Internacional *contemporáneo*¹⁶. Es necesario marcar lo siguiente: el advenimiento de la humanidad¹⁷ y la comunidad no impone el carácter de criminal a las guerras de agresión, en términos tan llanos y simples como los expuestos por Austin, en el sentido de que todo *deber* ha de entenderse como el hecho de estar uno bajo el mandato de otro o de un grupo de individuos o agrupación de grupos, los cuales están en condiciones prácticas, éticas y legales de causarnos un mal —y vierten una amenaza de realización— para el caso de no ver cumplido su genuino deseo o la satisfacción del deber.

Por otra parte, se nos presenta la cuestión siguiente: *¿esta norma consuetudinaria ha sido objeto de desarrollo progresivo en DI?* Nosotros pensamos que la respuesta es afirmativa, pues en realidad en el decurso de la historia del DI, el proceso de la criminalización de la agresión, la configuración del crimen de agresión consuetudinario y el crimen de agresión convencional, hemos encontrado, a la luz de nuestras investigaciones, al menos quince eventos que se perfilan como los hitos normativos de

¹⁴ El profesor Kai Ambos al hablarnos sobre los trabajos de la CDI referentes a los proyectos de Códigos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, nos comenta: “The substantive criteria for this reduction are that the crime, one the one hand, be recognized by existing customary international law and, on the other hand, that it entails a threat to international peace and security. As to the latter criterion, two of the crimes, aggression and genocide, by their very nature pose such a threat to the international community.” Ambos, Kai, “Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code Observations from an International Criminal Law viewpoint”, *European Journal of International Law*, Vol. 7, No.4, 1996, p.519.

¹⁵ “El deber de obedecer el derecho es un deber moral *hacia* el sistema jurídico, no es un deber jurídico *conforme* al sistema. El deber hacia el sistema no puede derivarse del sistema mismo sino que tiene que surgir de reglas o principios que están fuera del mismo.” Ross, Alf, *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*, Fontamara, México 1997, p. 16.

¹⁶ “Tus, the crime of aggression can only be committed in the context of an international armed conflict. Customary international law has certainly not developed to the extent of perceiving aggressive conduct of non-state entities as a punishable offence”. Müller-Schieke, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression under the Statute of the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, 2001, pp. 409-430, p. 420.

¹⁷ “...las nociones de normas imperativas y de obligaciones *erga omnes* han ido entrando progresivamente en doctrina y en la práctica internacionales ante la necesidad de establecer barreras objetivas, inspiradas en las ideas de humanidad, de justicia y de solidaridad, frente a la pretendida omnipotencia de las voluntades estatales en el plano internacional”. Carrillo Salcedo, J. A., *El derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 173.

mayor trascendencia e históricos sobre el tema, que pueden ser clasificados en tres grandes grupos: a) *hitos convencionales*, b) *hitos institucionales* y c) *hitos jurisprudenciales*.

a) *Hitos convencionales:*

1. El Tratado de Versalles, en especial su artículo 227 y subsecuentes relativos;
2. El Pacto de la Sociedad de Naciones, en especial sus artículos 10 y 11;
3. El Pacto Briand-Kellogg;
4. Los Estatutos de los Tribunales de Nüremberg y Tokio, en especial artículo 6 y artículo 5 , respectivamente;
5. La Carta de las Naciones Unidas con su prohibición del uso de la fuerza consignada en el artículo 2.4;
6. El párrafo 2 del artículo 15 (cláusula Nüremberg) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
7. La Corte Penal Internacional.

b) *Hitos institucionales:*

1. Resolución 95(I) de 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de la ONU, relativa a la confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nüremberg;
2. Resolución 377 (V) de 3 de noviembre de 1950 de la Asamblea General de la ONU, relativa a la Unión Pro Paz;
3. Resolución 2131 (XX) de 21 de diciembre de 1965 de la Asamblea General de la ONU, Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y su soberanía;
4. Resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970, Declaración sobre los principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas;
5. Resolución 3314(XXIX) de 14 de diciembre de 1974 de la Asamblea General de la ONU, relativa a la definición de la agresión;

c) *Hitos jurisprudenciales:*

1. Las Sentencias pronunciadas por los Tribunales de Nüremberg y Tokio, con base en sus respectivos Estatutos;
2. El *obiter dictum* del fallo del asunto Barcelona Traction de la CIJ, y por último;
3. El fallo en su conjunto del asunto de las Actividades paramilitares en y en contra de Nicaragua, también de la CIJ.

2.1. Hitos convencionales

Así, en el primer esfuerzo normativo se pretendió enjuiciar a Guillermo II, dándole así una expresión judicial a la cuestión de la agresión. Por otro lado, en el segundo de los hitos, en los artículos 10 y 11 del Pacto de la S de N se pretendió regular, mediante el establecimiento de normas procesales, la guerra y la violación de estos procedimientos generaba una presunción de agresión. En el tercero se hace una renuncia volitiva unilateral —aunque de forma multilateral— de recurrir al uso de la guerra o fuerza pero, como instrumento de política nacional, es decir, no a todas las guerras en general. En el cuarto hito convencional, tenemos a los Estatutos de los Tribunales de Nüremberg y Tokio. El Estatuto de Nüremberg constituía un anexo del Acuerdo de Londres para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, del 8 de agosto de 1945; por su parte, el Estatuto del Tribunal de Tokio, fue creado el 19 de enero de 1946 por el comandante supremo de las Potencias Aliadas en el Lejano Oriente, el general Douglas MacArthur, por medio de una proclama especial. En la Carta de la ONU, se concreta una prohibición general amplísima sobre el recurso al uso de la fuerza que va más allá de todos los otros esfuerzos hechos con anterioridad, sobre todo en su artículo 2.4, en donde los “...*Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas*”.

Como un ejemplo más de la conciencia jurídica por parte de los Estados del carácter criminal de la agresión, tenemos —aunque de forma tangencial— a la *clausula Nüremberg* contenida en el párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la AG en su 1496ª sesión plenaria del 16 de diciembre

de 1966, en donde se estipula que: [...] 2. *Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.* Y ¿Cuáles son esos principios reconocidos por la comunidad internacional? Pues los principios de Nüremberg, contenidos en la sentencia de dicho tribunal, y reconocidos y confirmados por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 95(I).

Y por último la creación de la CPI es el culmen de todo el quehacer jurídico sobre la cuestión del crimen de agresión ya que se fusionan por fin las dos vertientes de desarrollo del DI general, la consuetudinaria y la convencional; por su concreción del crimen de agresión como crimen internacional propio de una norma convencional general en el artículo 5; sin olvidar la reciente enmienda al Estatuto aprobada por consenso el 11 de junio de 2010, en el marco de la primer Conferencia de Revisión, que suprime el párrafo 2 del artículo 5 y adiciona los artículos 8 bis, 15 bis y 15 ter; además de enmendar los elementos de los crímenes.

Uno de los logros más destacados del Estatuto de Roma es la cristalización y concreción —al fin— de la quintaesencia de lo que los iusinternacionalistas llaman lo novedoso de la evolución del Derecho Internacional en la última centuria, pues éste viene moviéndose de un estadio “tradicional” a uno “contemporáneo”, y que se identifica con el principio de responsabilidad individual penal internacional, pero ya no ligada al régimen de responsabilidad del Estado, según nosotros. Empero, existe entre muchos iusinternacionalistas¹⁸ la idea de que, la responsabilidad internacional del individuo comporta, en última instancia, la responsabilidad internacional del Estado,¹⁹ ya que esta última es en la que aquella encuentra su germen; y esta postura es también en cierto grado sostenida por la práctica internacional de algunos Estados.²⁰ Y sostienen, además, que

¹⁸ “L’engagement d’une responsabilité pénale individuelle implique, pour reprendre les termes d’Otto Triffterer, un obiter dictum sur la responsabilité de l’Etat”. Dumée, Marie, en: Hervet Ascencio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet (Directoires), *Droit International Pénal*, París, A. Pedone, 2000, p. 260.

¹⁹ “...there is the question of jurisdiction *ratione personae*. The crime of aggression is inherently a state crime. Although the idea of initiating an armed conflict originates and develops in the mind of individuals, the aggressive act emanate as an act of the state, not of its intellectual initiators”. Müller-Schieke, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression...”, *op. cit.*, p. 410.

²⁰ “In Nuremberg, the United States clearly viewed this crime as one for which responsibility attaches to individuals. Nonetheless, in a recent statement on the proposed international criminal court, the United States expressed many caveats about attaching responsibility to individuals for the crime of aggression. Instead, it described aggression as essentially a crime of states, which is problematic for two reasons: it is ill-defined and liable to be politicized. Other countries found the role of the Security Council in authorizing judicial involvement by the international criminal court troubling”. Meron, Theodore, “Is

ambas responsabilidades se encuentran entrelazadas en una inextricable simbiosis. Sin embargo, nosotros consideramos que en este sostenido doctrinal reside en gran medida la piedra angular de todo el entramado de dificultades y problemas materiales (en términos operativos y dialécticos) que enfrenta la tarea de la construcción típico-conceptual del crimen de agresión. Y esto es así, pues se hace una conexión —actualmente innecesaria— entre los actos individuales y los estatales, y esa asociación se proyecta sobre las consecuencias de la comisión de tal crimen²¹. Asimismo, consideramos que este catálogo argumental en el que se realiza un vínculo entre ambos regímenes de responsabilidad tiene su origen en una interpretación a *contrario sensu* de una parte de la Sentencia de Nüremberg.

2.2. Hitos institucionales

La Asamblea General acomete el proceso de criminalización de la agresión en momentos y esfuerzos determinados y puntuales. Obviamente en el decurso de la actividad de la AG ha desplegado, ha tenido múltiples ocasiones de abordar el tópico de la agresión *lato sensu*, esto queda patente en el gran número de resoluciones en que ésta se ha pronunciado en un sentido o en otro sobre nuestro tema. Empero, en realidad es en estas ocasiones en concreto en que la AG ha hecho aportaciones significativas de orden de desarrollo normativo.

En primer lugar, tenemos a la Resolución 95(I) de 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de la ONU (en adelante “AG”), relativa a la confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nüremberg, en donde la AG da carta de naturalización en derecho internacional a los principios proclamados por dicho Tribunal. A manera de remedio político la AG jalonea el desarrollo normativo de la cuestión de la agresión con la resolución Unión Pro Paz, Resolución 377 (V) de 3 de noviembre de 1950; luego, acomete tal tarea proveyendo una cuestión subyacente de lo que llamamos agresión *lato sensu*, en la resolución 2131 (XX) del 21 de diciembre de 1965, aprobada por 109 votos contra ninguno y una abstención,

International Law Moving towards Criminalization?”, *European Journal of International Law*, No. 1, Vol. 9, 1998, p. 4. 28 Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court: Compilation of Proposals, Un Gaor Preparatory Comm. on the Establishment of an International Criminal Court, 51st Session, Supp. No. 22A, at 18, para. 68, UN Doc. A/51/22 (1996). 29 Ibid, at 18, para. 67.

²¹ “Turning to the determining feature of the crime of aggression, it essentially represents a state crime”. Müller-Schieke, Irina Kaye, “Defining the Crime of Aggression...”, *op. cit.*, p. 420.

que contenía la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y su soberanía; en la resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970, Declaración sobre los principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas; y por último, tenemos la Resolución 3314(XXIX) de 14 de diciembre de 1974 que se identifica con un esfuerzo *democrático institucional* de la aplicación de la observancia de la prohibición del uso de la fuerza²².

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

De hecho, podemos encontrar que el quehacer de la Asamblea General nos proporciona más material que el del Consejo de Seguridad, ya que con la Resolución 377 (V) Unión Pro Paz, la AG desde muy temprana edad institucional se adelanta a la Corte Internacional de Justicia en sus criterios, ya que, en suma, esta importante resolución representa lo que la CIJ sostendrá luego, que:

...si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad de sus miembros permanentes, dejara de cumplir con su responsabilidad primordial por el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resultara haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinaría inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los Miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso

²² “The drafters of the Definition thereby signaled clearly that not every act of aggression constitutes a crime against peace: only war of aggression does.(...) When an aggressive act short of war is committed, although a violation of international law occurs, no crime against peace is perpetrated.” Dinstein, Yoram, *War, aggression and self-defense*, Cambridge-Grotius, Cambridge, 2001, p. 125.

de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales.²³

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

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

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

Todo Estado tiene el deber de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. (...) Una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz, que, con arreglo al Derecho Internacional, entraña responsabilidad.

Es importante señalar y poner el énfasis en el hecho de que la AG realiza un ejercicio de vinculación directa entre la obligación contenida en el artículo 2.4 de la Carta y la responsabilidad sobre el crimen, si bien es cierto no habla de responsabilidad estatal o individual, y tampoco dilucida la naturaleza de la responsabilidad, criminal o de otro tipo. Por último, está la resolución 3314 (XXIX) que la Asamblea General aprobara el 14 de diciembre de 1974, que representa en sí misma el culmen de todo el quehacer de la Asamblea referente a la cuestión de la agresión²⁴ *lato sensu*, pues antes no encontramos algún esfuerzo parecido ni en forma ni magnitud, y posteriormente tampoco. Sobre todo, esta resolución contiene la primera definición de la agresión, que se formula desde una dinámica institucional internacional y que en general puede leerse como una

²³ Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión, *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, (PCNICC/2002/WGCA/L.1), Nueva York, 24 de enero de 2002, p. 187.

²⁴ “The existence of the definition removed the artificial barrier that had been used as the excuse to defer action on the criminal code and court”. Ferencz, Benjamin, “Can Law Deter Aggression?”, *Pace International Law Review*, otoño de 1999.

manifestación general de los miembros de la comunidad internacional en su conjunto. Así pues, la resolución 3314 (XXIX) considera que:

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

Y en su artículo 5 señala:

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

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

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

Así pues, la 3314 (XXIX) confirma —como no podía ser menos— que la agresión es un crimen para el Derecho Internacional. Sin embargo, como no podía ser más, en la resolución no se contiene ningún tipo de régimen de sanción, o en otras palabras, no contempla ninguna pena aplicable a los individuos para el caso de su quebrantamiento.²⁵

2.3. Hitos jurisprudenciales

Este rubro a su vez, podríamos bifurcarlo en: aportaciones jurisprudenciales de tribunales convencionales, y aportaciones jurisprudenciales de tribunales institucionales. Como ejemplo de los primeros, tenemos a las sentencias de Nüremberg y Tokio, donde se realiza una aplicación judicial de las normas consuetudinarias y las incipientes normas convencionales sobre la cuestión de la agresión, en ese momento histórico dado. Y son en definitiva, los tribunales internacionales de Nüremberg y Tokio, en donde comenzó la carrera por la criminalización de la barbarie.

²⁵ “The definition confirmed that ‘A war of aggression is a crime against international peace’ but no provision was made to hold accountable those responsible for the crime”. Ferencz, Benjamin, “Guettint Aggressive About Preventing Aggression”. *Brown Journal Of World Affair*, Providence, RI, Brown University, primavera de 1999.

El Tribunal de Nüremberg hizo invaluable aportaciones, sobre las cuales conviene detenerse. En primer lugar, determinó que iniciar una guerra de agresión constituía un crimen internacional:

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

Por consiguiente, iniciar una guerra de agresión, no es sólo un crimen internacional; es el supremo crimen internacional y sólo difiere de otros crímenes de guerra en que contiene dentro de sí el mal acumulado de todos ellos.²⁶

Sostuvo también una línea argumental sobre la cuestión del carácter criminal de la agresión en Derecho Internacional, anterior al Estatuto de Nüremberg²⁷, lo que constituye su gran aportación a la cultura jurídica universal; pues, dictaminó, con apoyo y fundamento en el Pacto Briand-Kellogg, que la guerra como instrumento de política nacional ya era considerada un crimen internacional desde antes de la creación del propio tribunal:

...la solemne renuncia a la guerra como instrumento de política nacional necesariamente entraña la proposición de que una guerra de esa índole es ilegal en el Derecho Internacional, y de que quienes planean y hacen una guerra de esa índole, con sus inevitables y terribles consecuencias, están cometiendo un crimen al actuar de tal manera. Entre las guerras encaminadas a lograr la solución de las controversias internacionales emprendidas como instrumento de política nacional indudablemente están comprendidas las guerras de agresión, y por lo tanto, las guerras de esa índole están proscritas por el Pacto.²⁸

²⁶ Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión, *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, (PCNICC/2002/WGCA/L.1), Nueva York, 24 de enero de 2002, p. 23.

²⁷ “El Tribunal de Nuremberg (*sic*) señaló que en la definición de los crímenes contra la paz que figuraba en el Estatuto de Nuremberg (*sic*) estaban comprendidas las guerras de agresión y las guerras en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales. Como ya había determinado que se habían planificado y llevado a cabo guerras de agresión contra 12 países, el tribunal consideró que era innecesario considerar en detalle si las guerras también constituían violaciones de tratados, acuerdos o garantías internacionales. Refiriéndose a los tratados enumerados en el apéndice C de la acusación, el tribunal atribuyó importancia principal a las convenciones de La Haya; al Tratado de Versalles; a los tratados de garantías mutuas, arbitraje y no agresión, y al Pacto Briand-Kellogg. Asimismo, determinó concretamente que Alemania había violado varias disposiciones del Tratado de Versalles y que todas las guerras de agresión violaban el Pacto Briand-Kellogg”. *Ibidem*, p. 39.

²⁸ *Ibidem*, pp. 39-40.

Además, el Tribunal de Nüremberg consideró que esto estaba apoyado por una serie de instrumentos y declaraciones internacionales que, en general proveía de cierta expresión de la conciencia de la sociedad internacional en su conjunto, respecto del carácter criminal de la agresión.²⁹

En segundo lugar de las aportaciones de los tribunales de la segunda posguerra, tenemos al Tribunal de Tokio. Este tribunal reconocía su basamento jurídico en la Declaración de Postdam del 26 de julio de 1945, la Conferencia de Moscú del 26 de diciembre de 1945 y la Declaración de El Cairo del 1 de diciembre de 1943. Además, Japón en el Instrumento de Rendición del 2 de septiembre de 1945, aceptó las condiciones estipuladas por las Potencias Aliadas en la Declaración de Postdam, y ello dio más fundamento iusinternacional al Tribunal de Tokio.

En términos generales el Tribunal de Tokio se refirió a dos tipos de agresión *lato sensu*; así dictó que las acciones de Japón contra Francia constituían actos de agresión y amenaza de uso de fuerza. Respecto de las demás potencias que entraron en hostilidades con Japón sostuvo que: las acciones contra China, Estados Unidos de América, el Commonwealth Británico, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Francia y Países Bajos, eran consideradas guerras de agresión. El Tribunal de Tokio se alejó un poco de las consideraciones de Nüremberg, que en general las rubricó de conformidad, sólo en su consideración de las guerras de agresión como un crimen en Derecho Internacional. En efecto, en ocasión del enjuiciamiento de los criminales de guerra del Lejano Oriente, el Tribunal de Tokio concretó, al pronunciarse sobre la validez retrospectiva de la norma jurídica que contenía el carácter criminal de la agresión en Derecho Internacional, que:

...(a)ggressive (*sic*) war was a crime at international law long prior to the date of the Declaration of Potsdam.³⁰

²⁹ “En apoyo de esta interpretación, el Tribunal de Nuremberg (*sic*) consideró las siguientes expresiones solemnes de opinión formuladas con anterioridad: a) El artículo I del proyecto de Tratado de Asistencia Mutua patrocinado por la Sociedad de Naciones, en el que se declaraba ‘que la guerra de agresión es un crimen internacional’; b) El preámbulo del Protocolo para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales de la Sociedad de Naciones de 1924 (recomendado por unanimidad por la Asamblea de la Sociedad de Naciones a los miembros, pero nunca ratificado), en el que se declaraba que ‘una guerra de agresión... es un crimen internacional’; c) El preámbulo de la declaración aprobada en 1927 por unanimidad por la Asamblea de la Sociedad de Naciones, en la que se decía que ‘una guerra de agresión jamás podrá servir como medio para resolver las controversias internacionales, y en consecuencia constituye un crimen internacional’; d) La resolución adoptada por unanimidad por 21 naciones en la Conferencia Panamericana de 1928 en la que se declaraba que la ‘guerra de agresión constituye un crimen internacional contra el género humano’”. *Ibidem*, p. 40; que remite a las pp. 221 y 222 de la Sentencia de Nüremberg.

³⁰ La cita es de Gaja, Giorgio, “The Long Journey Towards Repressing Aggression”, en: Cassese, Antonio; Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 429.

En cuanto a las aportaciones jurisprudenciales de tribunales institucionales, no podríamos pasar por alto tampoco, las imponderables contribuciones que la CIJ ha hecho sobre el tema que nos ocupa, en ocasión de sus fallos a los asuntos de la *Barcelona Traction*, de 5 de febrero de 1970, y en el asunto de *las Actividades paramilitares en y en contra de Nicaragua*, de 27 de junio de 1986. En la primera, la CIJ considera a la proscripción de la agresión como paradigma de una norma *erga omnes*; cuando resuelve sobre la existencia de:

...obligaciones *erga omnes*, que resultaban, por ejemplo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial.³¹

Y en la segunda sostiene que el principio de prohibición del uso de la fuerza y de no intervención, son de índole consuetudinario y que, su inclusión en convenciones generales no privan a dichos principios de su carácter de normas consuetudinarias, basándose en el argumento de su inclusión en el derecho internacional convencional, es decir, que su incorporación al derecho convencional no convierte a estos principios en patrimonio del universo volitivo estatal. Así lo determino:

Principios tales como los del no uso de la fuerza, la no intervención, el respeto por la independencia e integridad territorial de los estados (sic) y la libertad de navegación continúan siendo obligatorios como parte del Derecho Internacional Consuetudinario, a pesar de la aplicación de las disposiciones del derecho convencional al cual han sido incorporados.³²

Y más tarde, cuando se ocupó sobre el fondo del mismo asunto, sostuvo:

...las partes están de acuerdo en considerar que los principios relativos al empleo de la fuerza, que figuran en la Carta de las Naciones Unidas, corresponden, en lo esencial, a los que se encuentran en el Derecho internacional consuetudinario. Las partes están pues de acuerdo

³¹ CIJ, recueil 1970, párrs. 33 y 34. La cita es de: Carrillo Salcedo, J. A., *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 173.

³² Extracto del fallo del 26 de noviembre de 1984 sobre la admisibilidad de la demanda incoada por Nicaragua; transcrito en: Laudy, Marion, *Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya*, Siglo XXI Editores, México, 1988, p. 190.

en que el principio fundamental en esta materia se expresa en los términos utilizados por el artículo 2, párrafo 4, de la Carta.³³

3. EL CARÁCTER CRIMINAL DE LA AGRESIÓN

Como hemos venido planteando, el proceso y dinámica de consolidación de la criminalización de la agresión y del crimen de agresión consuetudinario se inician en la época de la S de N, pero este proceso no es ajeno al otro proceso de positivización del crimen de agresión convencional, es decir, como norma convencional positiva en DI. Así nos comparte la profesora Márquez Carrasco en este sentido:

...la disposición convencional y la norma consuetudinaria poseen raíces comunes, existe entre ellas una fuerte imbricación, idea que permitiría justificar que el contenido de ésta última se defina por referencia al establecido en el principio de la Carta.³⁴

Es cierto que las críticas que se hacen por ejemplo al Pacto de Paris en concreto, y que se extrapolan a todos estos esfuerzos normativos por regular al fenómeno bélico, son atinadas; no obstante, todos y cada uno de estos esfuerzos por concretar un desarrollo normativo respecto de la agresión, y en especial el Pacto de Paris, representan un hito en la criminalización de la barbarie y la proscripción de las guerras en general. En este sentido compartimos el sentir de la profesora Petit De Gabriel cuando nos dice que: “...*si retomamos el punto de partida —la falta de cualquier norma relativa al recurso a la guerra— vemos que el camino recorrido en unos treinta años no es pequeño.*”³⁵ Además, y sobre todo, este Pacto de Paris muy en particular, dio a la humanidad un servicio mayor que el que prestó a los Estados mientras duró en vigencia, pues sirvió de base jurídica para el juzgamiento de los criminales de guerra de las Segunda Guerra Mundial en los Tribunales de Nüremberg y Tokio.

Debemos destacar que el salto cualitativo dado por la sociedad internacional en los años que van de 1919 a 1945 es significativo, pues haciendo un recuento de los avances³⁶,

³³ Sentencia del 27 de junio de 1986, párr. 188. La cita es de: Carrillo Salcedo, J. A., *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 158.

³⁴ Márquez Carrasco, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 29.

³⁵ Petit De Gabriel, Eulalia, *Las exigencias de humanidad en el Derecho Internacional tradicional (1789-1939)*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 133.

³⁶ “A lo largo del proceso tendente a la eliminación progresiva del empleo de la fuerza en las relaciones internacionales tiene lugar una de las más sensibles transformaciones del ordenamiento jurídico internacional dado que el recurso a la fuerza, de poder ser utilizado discrecionalmente por los Estados como atributo de su soberanía, fue sometido más tarde a limitaciones o condiciones para su ejercicio,

podemos decir que, antes de la Sociedad de Naciones en Derecho Internacional no existe una conciencia jurídica colectiva más o menos generalizada sobre el carácter criminal de la agresión y de las guerras en general, ni sobre el crimen de agresión consuetudinario, mucho menos existía una norma positiva con semejante contenido. Así, luego de la Primera Guerra Mundial —y como consecuencia de ella— se opera y concreta una conciencia jurídica acerca de la criminalidad de la guerra de agresión, más no de las guerras en general, así que la sociedad internacional se lanza a tratar de someter el fenómeno bélico a ciertos parámetros legales de corte predominantemente adjetivo, procesal pues, lo que significa que en este periodo histórico del DI tampoco encontramos una ley positiva ya sea convencional generalizada o particular, ni tampoco una norma general. En cambio luego de la Conferencia de San Francisco en 1945, la sociedad internacional se encuentra ante una conciencia jurídica, que podemos calificar de operativa, funcional y activa, sobre la criminalidad de la agresión y de las guerras en general, y no sólo eso, sino que ella opera una concreción jurídica sin precedente ni parangón, pues logra un desarrollo normativo sobre la cuestión y lo plasma en lo que a partir de ahí será la Carta constitutiva de la nueva organización internacional³⁷.

Así pues, queremos decir que es en este periodo de evolución propia del DI en donde el proceso, en particular, de criminalización de las guerras de agresión y de la proscripción de la guerra en general, se comienza a cristalizar; este proceso que tenía ya desde años atrás gestándose en virtud de las consideraciones de humanidad de los fines del derecho y de la política, así como de las consideraciones del *ius in bello*³⁸. Y en particular es la Sociedad de Naciones la que, ya en su dinámica intrainstitucional, ya en la extrainstitucional, preside la construcción y concreción de una conciencia universal, e institucionalizada, sobre el carácter criminal de la agresión y de la necesidad de la prohibición del recurso a la guerra como un atributo más de la soberanía estatal. Así pues, nos servimos de, y compartimos las ideas y conclusiones que sostiene la profesora Márquez Carrasco sobre la cuestión esbozada *supra*; pues ella sostiene que en este

para desembocar por último con la *Carta de las Naciones Unidas* en su prohibición con algunas excepciones”. Márquez Carrasco, María del Carmen, *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 19.

³⁷ “La experiencia del Pacto sirvió para que en San Francisco se estableciera un sistema más desarrollado técnicamente y más centralizado desde el punto de vista jurídico y político.” Alcaide Fernández, Joaquín y Márquez Carrasco, María del Carmen, “La legítima defensa y los nuevos desarrollos de la acción de las Naciones Unidas en el marco de la seguridad colectiva”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 1997, pp. 253 y ss.

³⁸ “Independientemente de la escasa relevancia jurídico-formal del individuo ante el Derecho internacional tradicional, consideramos que la persona (y detrás de esta, la noción de dignidad humana), es ya desde mitad del siglo XIX uno de los motores de la evolución del Derecho internacional.” Petit De Gabriel, Eulalia, *Las exigencias de humanidad...*, *op. cit.*, p. 219.

periodo de la vigencia de Pacto de la S de N los Estados confeccionan y adquieren una especie de “convicción jurídica” acerca de la idea “de que la guerra estaba prohibida”, lo que a la postre operó “...una transformación radical en la regulación jurídica de la fuerza”.³⁹

La misma profesora nos informa que de entre algunos sectores de la doctrina iusinternacional de la época, se pueden extraer dos conclusiones en general, que ella considera “esenciales”. Por un lado, —nos comenta— se asevera “la existencia de una norma consuetudinaria relativa a la renuncia de la guerra...”. Y por otro, sigue sosteniendo, se entendía que tanto las sanciones propias de la dinámica legal del Pacto de la S de N, como la legítima defensa eran “excepciones a la ilegitimidad de la guerra generalmente aceptadas por los Estados”. Asimismo, compartimos su inquietud referente a tratar de indicar la “fecha crítica” de la cristalización y “nacimiento de la prohibición del recurso a la fuerza como norma general consuetudinaria”.⁴⁰

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

Bien podréis mejorar, suavizar, civilizar la guerra cuanto queráis; mientras le dejéis su carácter actual, que consiste en la violencia puesta en manos de la parte ofendida, para que se haga juez criminal de su adversario, la guerra será la iniquidad y casi siempre el crimen contra el crimen. No hay más que un medio de transformar la guerra en el sentido de su legalidad: es arrancar el ejercicio de sus violencias de entre las manos de sus beligerantes y entregarlo a la humanidad convertida en Corte soberana de justicia internacional y representada para ello por los Estados más civilizados de la tierra.⁴¹

Por último, debemos tener en cuenta que el principio jurídico operativo que subyace al proceso de criminalización de las guerras de agresión en Derecho internacional contemporáneo es, indubitadamente, el principio de la subjetividad internacional penal del individuo; y este principio; y la separación entre los dos regímenes de responsabilidades internacionales, el individual y el estatal, parece confirmarse en la

³⁹ *Problemas actuales sobre...*, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁰ *Ídem*, todas las citas hechas están en las pp. 27-29.

⁴¹ Alberdi, Juan Bautista, *El crimen de la guerra*, Linkgua Ediciones, Barcelona, 2006, pp. 38-39.

reciente y reinaugurada⁴² práctica del Consejo de Seguridad. En ésta se advierte, a modo inverso, como la responsabilidad del Estado en y por la comisión de hechos criminales contenidos y propios del DI, no engendra ni comporta la responsabilidad individual⁴³. Así pues, en el asunto de las resoluciones respecto del caso de la invasión a Kuwait por Irak, el Consejo de Seguridad condenó los actos realizados por Irak e impuso a éste (como Estado) severas sanciones, pero nada resolvió acerca de la responsabilidad criminal internacional de los líderes iraquíes⁴⁴.

Por último, diremos que de cierta manera estamos de acuerdo con las ideas planteadas por el jurista Kelsen, cuando afirma que:

...castigar a los autores de una guerra significa hacer a ciertos individuos responsables castigándolos por actos cometidos por ellos mismos, por sus órdenes o con su autorización. Esto no significa castigar a un Estado como tal, es decir, a un Estado como un cuerpo colectivo. (...) La diferencia consiste en que ese castigo —por lo menos en Derecho Penal moderno— involucra la responsabilidad individual, en tanto que las específicas del Derecho Internacional involucran la responsabilidad colectiva. El castigo está dirigido contra el individuo que, con su propia conducta, ha violado el Derecho, ha cometido personalmente el delito; así, el Derecho Penal dirige sus sanciones contra un individuo precisamente determinado como el individuo que con su conducta ha realizado el acto que constituye el delito⁴⁵.

4. CONCLUSIÓN

⁴² Véase sobre el tema a: Acosta Estévez, José B., “El capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y el ejercicio del uso de la fuerza armada contra Irak: ¿La ONU como instancia legitimadora del uso de la fuerza?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IV, 2004, pp. 11-65. Y también el excelente trabajo conjunto de: Alcaide Fernández, Joaquín y Márquez Carrasco, María del Carmen, “La legítima defensa y los nuevos desarrollos...”, *op. cit.*, pp. 253 y ss.

⁴³ O, por el contrario, en algunos casos recientes la responsabilidad internacional individual no comporta la estatal, para tal efecto véase: Spinedi, Marina, “State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?”, *Europea Journal of International Law*, No. 4, Vol. 13, 2002, pp. 895-899.

⁴⁴ “However, even in the cases when some reactions against law-breaking State do take place, the position of individuals is hardly affected. This may be illustrated by the practice relating to Iraq’s invasion of Kuwait. After the restoration of Kuwait, SC Res. 687 (1991) imposed harsh conditions on Iraq, but it did not say or imply that the Iraqi leaders should be prosecuted for the invasion”. Gaja, Giorgio. “The Long Journey towards Repressing Aggression”. En: Cassese, Antonio; Gaeta, Paola and Jones, John R. W. D. (eds.), *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 427-428.

⁴⁵ Kelsen, Hans, *La paz por medio del derecho*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 92-93.

Advertimos que en época de entre guerras se comienza a confeccionar una suerte de *convicción jurídica* a cargo de los Estados y respecto del carácter criminal de la agresión. También vimos que esta conciencia jurídica concreta se identifica con la configuración de una norma consuetudinaria que contiene una prohibición de emprender una guerra de agresión en Derecho Internacional; asimismo, sostuvimos que esta norma consuetudinaria conteniendo el carácter criminal de la agresión, ha sido objeto de un dinámico desarrollo normativo que ha desembocado en una norma convencional positiva concreta, que en definitiva es expresión de aquélla.

Sin duda, los Tribunales de Nüremberg y Tokio fueron parte importante en el proceso de desarrollo normativo que se concretó en la Carta de San Francisco,³ y también fueron expresión de la “convicción jurídica” de la que ya hablamos antes. Así, estos tribunales fueron en realidad un punto de encuentro importante entre las dos vías de desarrollo del DI, la consuetudinaria y la convencional⁴⁶. Valoremos la siguiente cuestión referente a los tribunales internacionales; el simple y llano castigo que, en Derecho Internacional tradicional, se inflige al beligerante agresor —por el beligerante victorioso— no comporta ningún tipo de esencia jurídica, a lo sumo de fuerza y razón, mas no necesariamente de justicia; sin embargo, ajusticiar o juzgar presupone un orden normativo al cual, tanto el que juzga como el juzgado, se someten; uno se lo impone al otro, sujetándose él mismo a ese orden. Esto en términos generales constituye la diferencia ontológica entre *fuerza y derecho*. Esta es la gran evolución operada en y desde los Tribunales Internacionales de Nüremberg y Tokio, dentro del discurrir de las relaciones internacionales.⁴⁷

Para concluir a modo integral esta comunicación, diremos que en el proceso probatorio inexorable de los años transcurridos desde aquellas fechas hasta hoy, podemos advertir que la sociedad internacional progresivamente más institucionalizada,⁴⁸ nunca

⁴⁶ “Finalmente, después de cientos de años, los Estados lograron acuerdos sobre un principio jurídico contra la utilización de la fuerza nacional, a fin de aumentar la influencia del derecho como medio de contención contra la guerra. Sería trágico que los Estados nuevamente permitieran la utilización de la fuerza, de acuerdo a intereses nacionales, y según la apreciación de ellos por cada Estado”. Henking, Louis, “International Law and Behaviour of Nations”. *RdC*, Vol. 114, 1965, p. 276; citado por: Tunkin, G. I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, p. 186.

⁴⁷ “Juzgar los crímenes es más que castigarlos, porque no es el castigo el que arruina al criminal, es la sentencia”. Alberdi, Juan Bautista, *El crimen de la guerra...*, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁸ La creación de la CPI debe ser engarzada debidamente al fenómeno de la Organización Internacional y, por lo cual, participe de su misma dinámica evolutiva; así pues, destacar el papel de todo esto en el “...profundo proceso de transformación...” que se está operando en el Derecho internacional contemporáneo, que —en palabras del profesor Carrillo Salcedo— “...se configura como un orden regulador de las relaciones de coexistencia y de cooperación, frecuentemente institucionalizada, entre Estados de diferentes estructuras políticas, sociales y económicas y distintos Grados de desarrollo, así

más ha retrocedido este estadio de evolución iusinternacional por vía de lo jurídico, no así por vía de lo *fáctico*; en otras palabras, la sociedad internacional en su conjunto no ha dado marcha atrás al proceso de criminalización de la barbarie⁴⁹ —en clave de criminalización de la agresión—, lo que significaría una involución jurídica trascendental y evidente, sino que todas las regresiones realizados a estos procesos han sido sólo por vía de los hechos y siempre agudizando cada vez más los argumentos jurídicos y políticos para su justificación⁵⁰. Así, podemos ver que todas las veces que los Estados han recurrido al recurso de la guerra, éstos han tratado de encontrar justificación a ello⁵¹ —ya sea en su justa causa o simplemente en recta legalidad— pero siempre desde una dialéctica dictada por este estadio de evolución jurídica⁵² de la sociedad internacional;⁵³

como de relaciones sociales más complejas, no siempre interestatales, facilitadas por la existencia de Organizaciones Internacionales, universales y regionales.” Carrillo Salcedo, J. A., *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁹ Así que esta evolución que en DI se ha operado nos sirve como un basamento idóneo para cimentar la constante evolución de la sociedad internacional, así que en definitiva estamos de acuerdo con las palabras de Maravall cuando afirma que: “Somos el pasado en la medida en que nos levantamos sobre el sedimento de formas de vida que se han quedado detrás de nosotros, de formas culturales que otros hombres han ido ensayando, y a nivel de las cuales se encuentra cada presente. Somos todo eso porque sobre ello y de ello vivimos. Por eso, existir es para el hombre existir sobre el nivel del tiempo.” Maravall, José Antonio, *Teoría del saber histórico*, Revista de Occidente, Madrid 1958, p. 203.

⁵⁰ En este punto en particular, en la dinámica justificativa que de la guerra se realiza, estamos de acuerdo con los planteamientos de Tunkin, cuando afirma: “La violación del derecho internacional no puede ser moralmente justificada. El principio del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales es un principio fundamental del derecho internacional. Cualquier violación del derecho internacional es, sobre todo, violación del principio del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales. Por lo tanto, la violación del derecho internacional implica, al mismo tiempo, la violación de los principios de la moral internacional y, por supuesto, de acuerdo al punto de vista de la moral humana, no puede ser moralmente justificable.” Tunkin, G.I., *El Derecho y...*, *op. cit.*, pp. 90-91.

⁵¹ “Hay dos modos típicos de justificar la guerra en cuanto tal: como *mal aparente* o como *mal necesario*. Contra la teoría de la guerra justa que distingue entre guerras buenas y guerras malas, la filosofía de la historia, aun partiendo de la aceptación común de la guerra como mal, invierte su sentido, procurando demostrar que se trata o de un mal que *esconde* un bien o de un mal del que *deriva* un bien”. Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 62.

⁵² “El tremendo desastre que constituyó la primera guerra mundial (sic), generó en la conciencia popular un clima de rechazo del uso de la fuerza y, en las clases dirigentes, la preocupación por la búsqueda de dispositivos que impidiesen, en el por venir, una tragedia semejante. Las gravísimas infracciones del *ius in bello* cometidas por los beligerantes, provocaron su denuncia por algunas de las voces más autorizadas de la época. Así, en agosto de 1917, S.S. Benedicto XV, en alocución dirigida a los jefes de Estados beligerantes, propuso un plan de paz justa y duradera, que procurase un orden pacífico al tiempo que propuso la conclusión de un tratado de paz que consolidase un sistema de arbitraje generalizado a los efectos de solucionar los contenciosos internacionales. A su vez, el que fuese Presidente de los EE. UU., Woodrow Wilson, propuso la conclusión de un tratado de paz y que, entre otras e importantes medidas, se llegase a la creación de una liga de naciones.” Peláez Marón, en: Carrillo Salcedo, J. A. (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 99.

⁵³ Una y otra vez las naciones escogen la paz y la guerra. Nadie duda que la paz aparezca siempre como un ideal a seguir y la guerra como una calamidad a evitar.” Fernández Del Valle, Agustín Basavé, *Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p.155.

lo que no deja de ser —por otro lado— una expresión más del ancestral tópico de la tensión dialéctica entre lo político y lo jurídico⁵⁴.

⁵⁴ “La gran mayoría de los miembros de las familias de las naciones que en teorías las guerras de agresión son indeseables. Hay en tiempos resientes alguna excepciones entre ella destaca la doctrina de la Italia fascista de Mussolini según la cual es manifestación necesaria de la virilidad de un país; la injustificada Etiopia por los italianos, en 1935 fue una confirmación de tal doctrina; la Alemania nazi de Hitler sostuvo que la guerra era la realización de una nación. Pero hasta Alemania, Italia y Japón trataron hipócritamente de describir sus guerras de agresión como guerras ‘defensivas’.” Friedmann, Wolfgang, *La nueva estructura del Derecho Internacional*, Trillas, México, 1967, p.305.

5. BIBLIOGRAFÍA

Acosta Estévez, José B., “El capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y el ejercicio del uso de la fuerza armada contra Irak: ¿La ONU como instancia legitimadora del uso de la fuerza?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IV, 2004, pp. 11-65.

Alberdi, Juan Bautista, *El crimen de la guerra*, Linkgua Ediciones, Barcelona, 2006.

Alcaide Fernández, Joaquín y Márquez Carrasco, María del Carmen, “La legítima defensa y los nuevos desarrollos de la acción de las Naciones Unidas en el marco de la seguridad colectiva”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 1997.

Ambos, Kai, *La parte general del Derecho Penal internacional: bases para una elaboración dogmática*, Ezequiel Malariño (trad.), Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005.

—, “Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code Observations from an International Criminal Law viewpoint”, *European Journal of International Law*, Vol. 7, No.4, 1996.

Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 2000.

Carrillo Salcedo, J. A. (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

—, *El Derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid, 1991.

Cassese, Antonio; Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión, *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, (PCNICC/2002/WGCA/L.1), Nueva York, 24 de enero de 2002.

Dinstein, Yoram, *War, aggression and self-defense*, Cambridge-Grotius, Cambridge, 2001.

Einstein, Albert y Freud, Sigmund, *¿Por qué la guerra?*, Editorial Minúscula, Barcelona, 2001.

Ferencz, Benjamin, “Can Law Deter Aggression?”, *Pace International Law Review*, otoño de 1999.

—, “Guettint Aggressive About Preventing Aggression”. *Brown Journal Of World Affair*, Providence, RI; Brown University, primavera de 1999.

Fernández del Valle, Agustín Basavé, *Filosofía del Derecho Internacional*, UNAM, 1ª reimpresión, México, 2001.

Friedmann, Wolfgang, *La nueva estructura del Derecho Internacional*, Trillas, México, 1967.

Griffiths, Richard L., “International Law, the Crime of Aggression and the *ius ad bellum*”, *International Criminal Law Review*, No. 2, 2002, pp. 301-373.

Hervet Ascencio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet (Directoires), *Droit International Pénal*, París, A. Pedone, 2000.

Laudy, Marion, *Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya*, Siglo XXI Editores, México, 1988.

Meron, Theodore, "Is International Law Moving towards Criminalization?", *EJIL*, No. 1, Vol. 9, 1998.

Müller-Schieke, Irina Kaye, "Defining the Crime of Aggression under the Statute of the International Criminal Court", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, 2001, pp. 409-430.

Márquez Carrasco, María del Carmen, *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 1998.

Petit De Gabriel, Eulalia, *Las exigencias de humanidad en el Derecho Internacional tradicional (1789-1939)*, Tecnos, Madrid, 2003.

Ross, Alf, *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*, FONTARAMA, México 1997.

Spinedi, Marina, "State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?", *Europea Journal of International Law*, No. 4, Vol. 13, 2002.

Tunkin, G. I., *El Derecho y la fuerza en el sistema internacional*, UNAM, México, 1989.