

# Sistema Penal & Violência

**Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**  
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

**Porto Alegre • Volume 2 – Número 1 – p. 18-34 – janeiro/junho 2010**

Editor

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Organização de

PAULO VINÍCIUS SPORLEDER DE SOUZA

FABIO D'ÁVILA

NEREU GIACOMOLLI

## DERECHO INTERNACIONAL PENAL: SISTEMA DEL DELITO Y CLAVES EN EL FUTURO EN EL ESTATUTO DE ROMA

*Fernando M. Machado Pelloni*

Profesor visitante de UniRitter dos Reis y PUCRS, Rio Grande do Sul y Università degli Studi di Roma "La Sapienza".  
Ex becario de Universitat Europa-Viadrina, Frankfurt-Oder.  
Docente del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.  
Defensor Público Oficial Adjunto de la Defensoría General de la Nación.  
Actualmente ternado para Fiscal Federal, de la Fiscalía Federal N° 2 de San Isidro, pcia. de BsAs.

*En reconocimiento a la docencia del Prof. Dr. Otto Trieffterer  
al amparo de la serena y bellisima Salzburgo y  
de los Profs. Dr. Miguel Polaino Navarrete y Mg. Miguel Polaino-Orts  
bajo la atenta mirada de La Giralda sevillana*

### Resumo

O artigo de direito internacional penal trata de questões referentes à competência do Tribunal Penal oriundo do Tratado de Roma, destacando aspectos sistemáticos considerados mais relevantes mas que seriam menosprezados ou ignorados no tratamento dos delitos-tipo que por sua vez são competência *ratione materiae* no sistema penal federal.

**Palavras-chave:** direito internacional; penal; Tribunal penal; aspectos sistemáticos; delitos-tipo.

### Abstract

This paper of international criminal law deals with issues concerning the jurisdiction of the Criminal Court derived from the Treaty of Rome, standing system aspects deemed most relevant but would be overlooked or ignored in the treatment of type-crimes that are in turn *ratione materiae* jurisdiction in federal criminal justice system.

**Keywords:** international law; criminal; Criminal Court; system aspects; type-crimes.

## 1 CONSIDERACIONES PREVIAS Y OBJETO

Esta inmersión en el derecho internacional penal tratará cuestiones que hacen a la competencia del Tribunal Penal permanente, originado a partir del Tratado de Roma. No he perseguido más que destacar sus picos sistemáticos más sobresalientes, los cuales, en mi concepto, o son menospreciados o bien ignorados, en el tratamiento de delitos-tipos que a su vez son competencia *ratione materiae* en el sistema penal federal, que sigue por ubicación otras cumbres totalmente diferenciadas, recortando la inserción de nuestra jurisprudencia en un espacio comparado, donde por igual se mantenga su propia identidad.

De cualquier modo, las reflexiones insertas *ut-infra* suponen una remisión a las fuentes que las originan y que abordan los diferentes temas con más extensión y exactitud que quien suscribe aquí, lo cual, por supuesto, no quita una profundización de aquellos en el futuro, en otro emprendimiento personal.

Sin embargo esa es una parte, importante, aunque no condicionante para la segunda. En esta última, trataré la cuestión de las modificaciones al Estatuto que guía el trabajo de la Corte. Para ello dividiré el escenario -doctrina y grupo puntual de trabajo- en lo que fue la etapa previa al resultado de la reunión en Kampala, con lo que esta última dejó como legado a mediados de junio de 2010.

## 2 PARTE GENERAL

### 2.1 Bien jurídico y sistema

Una plataforma de despegue para analizar la existencia de delitos de jurisdicción universal está matizada por consideraciones del más amplio espectro. Precisamente, supone una fusión o comunión valorativa de todas ellas: acaso como la reunión de una sinfónica, las notas musicales aisladamente ejecutadas no representan la obra musical, idéntica por cierto, que se da cuando lo hace el conjunto. Por un lado las estimaciones políticas, acaso como si se trataran de vientos por su fuerza, también por su volatilidad, nos muestran una voluntad consensual en ciernes a delitimadas acciones y a dar por terminada su impunidad. Por el otro las valoraciones jurídicas, con la delicadeza de las finas y también de las más gruesas cuerdas, que desde los acordes internacionales y hasta los de eco interno, intentan dar marco a partituras con gran historia y nóveles a la vez, sin caer en ninguna contradicción ni desafinación. Probablemente por esto es que con un grado de puntualización y también de síntesis, se afirma que es un campo entre el derecho internacional y el penal.<sup>1</sup> Sin embargo, acaso es su razón teleológica, también su sueño, lo destaca que persigue algo que trasciende. Se nos quiere comunicar que en un determinado contexto, no hay margen de aprobación o indiferencia para lo quede fuera. Enseguida se observará mejor.

Hay que hacer punto de partida en un consenso internacional axiológico nucleado en bienes jurídicos más allá de fronteras. Es decir, la concretización de un derecho internacional penal es factible a partir de que ya no es suficiente confiar en el derecho interno frente a casos de violencia dotados de ciertas características propias. No es que este último no se deba ocupar. Al contrario: el primero cuenta con que lo haga. Es a pesar de ello y, fundamentalmente, para el peor escenario. En resumidas cuentas, por si no funciona. Por eso la atención en el ámbito interno es indirecta aunque principal y la externa es directa bien que subsidiaria, bajo el modo operativo de la técnica que organiza y regula a la Corte Penal Internacional.<sup>2</sup>

Ahora la materia de acuerdo reconoce comienzo y fin en la persona, aunque con matices. Si actualmente no se duda -en meridiano occidental- sobre la criminalización de los actos subsumidos por el Estatuto de Roma, cabe expresar que ello se cristalizó -diría yo más que nunca- en la historia y por ella, que posibilitó pensar el ser humano desde otro lugar: uno que no reconozca límites. Esta cuestión comunicacional de valores, que atendía y usualmente observa en modo oblicuo al modo de ser individual y comunitario, se extiende a nivel universal.<sup>3</sup> La receptación del bien jurídico en la esfera internacional viene así a dotar de dignidad penal a los ordenamientos de los Estados partes, pues deja a un lado, cubre y supera la carencia existente en lo que a merecimiento de tutela se refiere.<sup>4</sup> Su consistencia agrupa, para que se destaque y también se distinga, por una parte, el reconocimiento individual pero también, por la otra, del que lo desborda, de un interés supraindividual.

Naturalmente que parte de un ámbito personal, a partir del ser humano pero ante la violencia colectiva, se la traspasa hacia arriba, al Estado e incluso, tal y como se dijo, a pesar de él, en lo que hace a una plataforma teleológica que guía sentido y fin: esta indisolubilidad fundamenta la dignidad penal.<sup>5</sup> No se trata de una discusión social sobre la adhesión a un modo de pensar y vivir, aunque por noble que resultase, ello persiguiera ser disuasivo frente a perturbadores fantasmas, en la defensa de una pretensión para o transindividual.<sup>6</sup> Ese vínculo horizontal no es competencia del derecho penal, sea interno o supranacional.<sup>7</sup> Al contrario, el enlace vertical se presenta diferente por cuanto todas y cada de las funciones de poder deben reconocer y promover el irrenunciable valor encerrado en todos y cada uno de los individuos, sin distinción arbitraria -por contrario a la igualdad- de ninguna especie, lo que a su vez se conecta con uno de los modos monitoreables en lo que toca a las relaciones sociales: si bien no hay acuerdo, participo de la opinión de quienes se muestran partidarios de comprender, a partir de la distinción en función de cada delito, a estas ofensas como ataques a bienes jurídicos individuales pero también pluripersonales.<sup>8</sup>

Los hechos punibles que sobresalen, para ir a la estructura vital al Estatuto de Roma, giran en pos de estas apreciaciones. No obstante, no es apenas una preocupación por la humanidad sino que, además, lo es aquello que los Estados no deben de hacer con ella: por esto participan del elemento adicional que los distingue como crímenes internacionales y, también, que se concentran sobre lo que hacen quienes cuentan con el poder, lo ejercen o lo representan. En cuanto aquello, porque la tutela de la paz, la seguridad y el bienestar -citados en el Preámbulo del Instrumento-<sup>9</sup> se entrelazan en el contexto de violencia organizada o sistemática contra población civil en delitos contra la especie; como el genocidio que requiere la destrucción de un grupo en el dolo del autor o bien conflictos los armados entre Estados o en fracciones, donde las violaciones al *jus ad bello* tienen lugar;<sup>10</sup> y, en lo último, conectado a lo anteriormente considerado, la violencia es colectiva, extensiva, expansiva en donde el responsable es autoridad de *iure* o *facto*.<sup>11</sup>

Hay que tomar en cuenta que los hechos punibles recién mencionados, tipificados en el Estatuto, son lesiones a los derechos fundamentales por quienes controlan el poder estatal, lo que gravita en la impunidad de los autores: de ahí el compromiso en evitarlo.<sup>12</sup> Es decir, el ataque contra estos últimos por parte de tal macrocriminalidad hace, entonces, a la competencia del Tribunal.<sup>13</sup> No se aborda la cuestión como suceso individual y aislado: es parte de un encadenamiento de episodios, por lo que el cuadro temático es usualmente colectivo; lejos de atender la obligación vertical la inclusión de grupos de personas, se las excluye total y absolutamente, a partir de un categórico desconocimiento de la dignidad con la que cuentan, afectándose el segmento oblicuo que ubica al ser con la comunidad y el mundo e impidiéndole a su vez cualquier intento o progreso en el vínculo horizontal de interacción. En ello debe considerarse el lugar de la ley y su aplicación en la formación social, expectativas de comportamiento en la autoridad y en el soberano, el que termina por reconocer o padecer fácticamente la negación de lo normativo e impone a nivel naciones la necesidad (cada vez mayor) de expandir el campo del derecho.<sup>14</sup>

Pueden hacerse mayores precisiones todavía. Sin contradicción con las líneas genéricas introducidas, se admite separar al sujeto pasivo de los delitos con el bien jurídico tutelado, que puede lucir especiales características a partir de cada delito-tipo. Un ejemplo puede aclararlo. Efectivamente, el genocidio persigue la eliminación de una nacionalidad, raza, religión o grupo étnico, de modo que cada muerte sistemática incide en la violación de un núcleo de protección colectivo;<sup>15</sup> de manera que en la comunidad Taba (Ruanda), cada ejecución de miembros del clan Tutsi por los Hutus constituía el exterminio -en parte o todo-.<sup>16</sup> El delito contra la humanidad, en cambio, sin salirse de un escenario pluripersonal de violencia -que lo quita del crimen común y que alcanzó su lugar fuera de los actos prohibidos por las leyes de la guerra-, no choca sino con uno más individual, existan o no conflictos armados, sin quitar la relevancia trascendente, justamente, a nivel universal de ese solo y único ser humano ni el reconocimiento de sus más elementales derechos;<sup>17</sup> el propio estatuto da señales en su listado de tipificación en este sentido.<sup>18</sup>

Ahora bien, si se alcanzó -y con esfuerzo- consenso en los anteriores casos, no lo es tanto en el especial panorama del delito de agresión, indefinido *ab initio* a la luz de la trayectoria del Estatuto. O sea que, a pesar de participar del núcleo de tutela comentado,<sup>19</sup> un acto capaz de causar tanta lesión como los otros, venía exceptuado en su definición del Tratado. Tampoco en otra cuestión no menos importante.

En la agresión, como si los vientos fallaran o las cuerdas de la sinfónica se contradijeran y ambos a la vez, pues aunque la política tiñe el mundo jurídico en la competencia de la Corte Penal Internacional, es complicado más que en cualquier otro supuesto aventurarse a una prognosis, por su sobredimensión en la especie y determinar cuando una acción conmoverá el espacio de tutela. A su vez, también separar una opinable de otra altamente polémica en esa conexión o relación. Respecto de la regulación de las armas en los crímenes de guerra, la esfera de lo punible podría expandirse demasiado, lo cual no es que no sea deseable:

es que también se dificulta el acuerdo por factores realistas. Más tarde puntualizaré los dos temas, dado que según el anuncio, es mi principal interés, aunque sin dudas el primer delito cautivó toda la atención en la revisión del Estatuto.

## 2.2 Teoría global o universal del delito. Gráfica de la parte general

Otra cuestión es la estructura del hecho punible bajo el Estatuto. Prácticamente apenas se ha destacado que el enfoque que predomina en su ámbito está marcado por el *Common Law*: la teoría del delito continental es tripartita, en tanto en aquél es bipartita.<sup>20</sup> Esto significa más de lo que puede parecer, de forma tal que no es una diferencia para menospreciar y ello porque ya en lo que sería una exposición del tema, luce distinto: no es igual plantearlo de un lado que del otro.<sup>21</sup> Para empezar, porque es otro sistema, que participa además de otras fuentes, uno cerrado por el ordenamiento legal -*statute, Gesetz, ley en Civil Law*- y lo precedente sumado a las decisiones judiciales y la costumbre, con primacía de esto, en el más permeable mundo anglosajón (en tal sentido el art. 21 del Tratado).<sup>22</sup>

En el plano de la teoría continental, el esbozo de una teoría gira en un esquema contemporáneo tripartito: la propia perspectiva teleológica prefiere la descomposición del delito en acto típico (con elemento objetivo y subjetivo), antijuricidad típica (por exclusión de causas objetivas y falta de factor subjetivo de justificación) y culpabilidad también típica (por falta de causas de inculpabilidad y a su vez afirmación de reprochabilidad), porque suponen categorías específicas y no fungibles que hacen a una superior praxis del derecho penal.<sup>23</sup> Sin embargo, en el *Common Law* que edifica como constructor el Estatuto de Roma, el empleo de esos elementos suena extraño, aún si los empleara la Corte Penal Internacional:<sup>24</sup> el tratamiento ahí es bipartito en el plano objetivo del acto y en lo subjetivo de la adscripción al autor, lo cual desde hace tiempo había sido dejado a un lado, en el radio de influencia de la dogmática alemana e italiana (más la española y portuguesa), aunque mantenga claridad expositiva incluso entre quienes observan la superación a la que se hace referencia.<sup>25</sup>

Hay que tomar en cuenta, al final de cuentas, que la escuela clásica italiana y también la alemana, con sus variantes semánticas, se plantaron en este viejo camino. La reconstrucción provino de la mano del neokantismo y del finalismo, en ese orden, para no ser nunca más abandonado, sin perjuicio del enorme desarrollo del pensamiento penal continental.

Sintéticamente, en mi opinión, el aporte fue el que sigue: se reconocen cuestiones del mundo del ser de una parte y se proponen valores del orden normativo por la otra, para dar con un hecho punible influenciado por ese contraste en una unión en todos los niveles ya citados, participándolos a todos de algo concreto -objetividad- y de algo personal -subjetividad-;<sup>26</sup> la acción típica es antijurídica y participa en ella la finalidad como aspecto psíquico del autor que conoce, como la culpabilidad más allá de la imputación, es exigibilidad normada por valoración como contra-derecho.<sup>27</sup> Lógicamente, una visión apartada del esquema, supone todas las dificultades que el anterior contribuyó a solucionar o a intentarlo cuanto menos, como resulta del conocido problema (uno que podrían ser varios más) del error en la existencia de una causal de justificación.<sup>28</sup>

En un diagrama bipartito la exposición está muy separada: en una esquina la dimensión del *actus reus* de la propia del *mens rea* en la otra, como elemento material u objetivo y mental o subjetivo del delito respectivamente.<sup>29</sup> Respecto del primero, éste atiende a la totalidad de aspectos relativos a un crimen, con expresa excepción de todo aquello que se vincule al estado psíquico de la persona. Así se presenta como todo aquello ligado al acto (*conduct*) y su causal resultado (*consequence*), a lo que se unen circunstancias especiales, como conflicto armado en un crimen de guerra.<sup>30</sup> No debe dejar de mencionarse que como aspecto externo al hecho, puede el Estatuto recurrir a la pura descripción como también a la referencia normativa: en efecto, si rescato el empleo de la figura del genocidio, se recurre a la respectiva convención; pero también puede

emplearse la costumbre en el derecho internacional penal y la jurisprudencia, capaces de darle otro rendimiento a los principios como puede ser el *nullum crimen sine lege* -art. 23- respecto, para ir a un caso concreto, de los delitos de lesa humanidad.<sup>31</sup> En el segundo, entonces como contracara de lo previo, se va al aspecto interno, al sujeto: concierne a que se conozca y quiera la acción y su consecuencia; no probar la culpabilidad es, por otra parte, quebrar la inocencia y lo que no se duda, bajo ningún motivo, es los tribunales internacionales no condenan sin la concurrencia de ambos ingredientes.<sup>32</sup> Los preceptos delictivos -arts. 6, 7 y 8 del Tratado a los que volveré luego- deben ir acompañados, así lo plantea la técnica, por esta toma de posición del agente. Se aclara que el individuo, en efecto, debe obrar con intención (*intent*) y conocimiento (*knowledge*) y ello se puntualiza, a partir del art. 30, ligándose aquello con la conducta y su efecto y éste con las condiciones en el hecho.<sup>33</sup> Las eximentes de responsabilidad (*defences*), todas, impiden el progreso de esta culpabilidad, más allá que sean justificaciones (p.ej. legítima defensa, art. 31.c) o excusas (p.ej. error, art. 32). Que no se distinga en el Estatuto, no obstante, no debe generalizarse fuera de él. Sería una equivocación.

Ahora bien, puntualizado lo precedente, podría adecuarse un sistema con otro, en términos de aceptación, nunca de perfección. Si se presta atención a que en el *Common Law* el *actus reus* tiene un tono esencial y básicamente objetivo, ello no quita que en la teoría continental eso se perdiera por el elemento subjetivo, antes lo opuesto. A partir de ahí y en la medida que fundamentalmente esto último tiene incidencia en la culpabilidad y en la responsabilidad,<sup>34</sup> probablemente el reconocimiento más no la valoración de este plano como cuestión en el hecho, podría dar como panorama un marco común a ambos, más allá de las notorias diferencias. Por otra parte, tampoco el *mens rea* puede apartarse de cierta objetivización más allá de la relación psicológica entre un individuo y su comportamiento, habida cuenta de una evaluación social y legal a ese puente.<sup>35</sup>

Si existe un camino teórico común a ambos sistemas,<sup>36</sup> es más razonable transitarlo desde el neokantismo que desde los desarrollos del finalismo, no como un problema de dogmática en el que se prefiere una a la otra sino que, según se expuso, aquella a diferencia de la última, una mejor (o acorta la distancia) como propuesta en la explicación del delito del *Civil Law* a la del crimen u ofensa del *Common Law* que influye en el Estatuto de Roma, cuanto menos si quieren analizarse los hechos punibles de allí -en sus elementos- y la jurisprudencia internacional desarrollada por los tribunales *ad-hoc* o la propia Corte Internacional, en adecuación al curso de la historia del derecho internacional penal -véase el cuadro A *ut-infra* como síntesis-.<sup>37</sup> Los restantes temas de la parte general -y me refiero con énfasis a la responsabilidad individual a partir de la autoría y participación, arts. 25 y 28 del Tratado- han alcanzado, sin perjuicio de aportes de uno u otro ámbito, autonomía bastante como para ser continuados desde allí.<sup>38</sup>

Cuadro A<sup>39</sup>

Europäisches Strafrecht	CPI Crímenes	Common Law Offence
Tatbestand: Handlung (Kausalität) und Erfolg + Vorsatz	Elementos materiales: Conducta (causalidad) y consecuencia + Elemento intencional: Intención y conocimiento	Actus reus: Conduct (causation), consequence + Mens rea: intention + knowledge
Rechtswidrigkeit v. Rechtfertigung (zB. Notwehr) + vorsätzlich und wissentlich	Eximentes Ofensa v. justificación (pej. legítima defensa) y excusa (pej. error) + intención ni conocimiento de elemento/s material/es	Defences Wrongdoing/Mens rea v. Justification (p.ej. self-defence) + Mens rea v. Excuses (p. ej. mistake)
Schuld v. Entschuldigung (zB. Irrtümer) + wollen und Vorwurf		

### 3 PARTE ESPECIAL

#### 3.1 Gráfica básica y revisión

Desde su formulación original, el Estatuto contiene y se internó en los delitos que hacen al núcleo de interés del derecho internacional penal: la triada agrupa al genocidio -su instigación pública, autónomamente, también cuenta como precepto de parte especial, art. 25.2.e)-, delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

**Cuadro B**

Elementos Materiales u objetivos del Tipo	Circunstancias o elementos normativos fácticos o de iure	Elemento Intencional o subjetivo del Tipo
<p>Art. 6 Genocidio</p> <p>a) matanza – b) lesión grave a integridad física o mental – c) sometimiento a condiciones que acarree su destrucción – d) medidas que impidan nacimientos – e) traslados por la fuerza de niños</p>	<p>Art. 6 Genocidio</p> <p>Actos contra grupo nacional, étnico, racial o religioso + Convención contra el Genocidio</p>	<p>Art. 6 Genocidio</p> <p>intención y conocimiento o dolo pero destruir total o parcialmente un grupo</p>
<p>Art. 7 Crímenes de lesa humanidad</p> <p>a) asesinato – b) exterminio – c) esclavitud – d) deportación o traslado forzoso de población – e) encarcelación u otra privación de libertad en violación al derecho internacional – f) tortura – g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo o esterilización forzados u otros abusos sexuales graves – h) persecución de grupo con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, étnicos, culturales, de género u otro motivo universalmente inaceptable – i) desaparición forzada de personas – j) apartheid – k) otros actos inhumanos que causen grandes sufrimientos o atenten contra la integridad física o salud mental</p>	<p>Art. 7 Crímenes de lesa humanidad</p> <p>Actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático<sup>40</sup> contra una población civil + Definiciones aplicables respecto de b), c), d), f), g), h), j) e i)<sup>41</sup></p>	<p>Art. 7 Crímenes de lesa humanidad</p> <p>Intención y conocimiento</p>
<p>Art. 8 Crímenes de Guerra</p> <p>2a) Infracciones graves a CG's: i) matar; ...; viii) tomar rehenes. 2b) Otras violaciones graves de las leyes y usos: i) ataques a población civil o contra civiles que no participen directamente en hostilidades; ...; xxvi) reclutar o alistar menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente de las hostilidades. 2c) las violaciones del art. 3 común a las cuatro CG's, contra personas que no participen en hostilidades, incluidos miembros de las fuerzas armadas que depusieran armas o estuvieren fuera de combate por cualquier causa</p>	<p>Art. 8 Crímenes de Guerra</p> <p>Actos que se cometan como parte de un plan o política o como comisión de crímenes a gran escala + Conflicto armado Internacional 2b) -o no 2c)- + Convenciones de Ginebra</p>	<p>Art. 8 Crímenes de Guerra</p> <p>Intención y conocimiento</p>

No obstante su mención, no hubo una toma de posición originaria respecto de la agresión, a pesar de su relación con crímenes de guerra.<sup>42</sup> Ahora además de ello, se llevó a discutir el empleo de armas especiales, según los mecanismos de revisión que el propio Tratado de Roma estipulaba.<sup>43</sup> Lo último no tuvo gran tratamiento pues el primero concentró los mejores análisis sustanciales. También los procedimentales. Vamos a ellos.

### 3.2 La agresión

El tema es antiguo y por razones de espacio no se hará más que señalarlo. Queda como presupuesto en esta presentación que muchos autores han tomado posición en él y del modo que el *jus in bello* ocupa un área central en los crímenes de guerra, el *jus ad bellum* hace al núcleo de la agresión. Se puede hacer de ella una exploración en el derecho consuetudinario amplia o más restringida. El interés es invariable en su aclaración para la competencia de la Corte: toda represalia o guerra persigue ser defensiva, pero distinguir ofensa de defensa implica neutralidad y ello no es fácil de alcanzar.<sup>44</sup> El proceso de revisión del Estatuto apenas es su más reciente evidencia y así lo demuestra su discusión. Téngase en cuenta lo que hay aquí en tensión: por una parte, que concurren factores extrajurídicos -políticos o realistas-, más los metateóricos -de matriz natural o positiva-; y por la otra, en mi concepto, que un hecho que lesiona en algún punto la soberanía de un Estado es sometido a la juridización de su consecuencia como sanción, que es reemplazo de la propia represalia o de la guerra, según intensidad y distinguiéndose en ello -justo de lo injusto-, con la determinación de sus elementos y la de los órganos involucrados en semejante toma de posición acerca de la ofensa.<sup>45</sup>

En efecto, al ir sobre el fundamento, se está a su vez ante la delgada línea que divide aguas entre la realización axiológica del derecho internacional penal por enfrentar a su específica negación por la guerra injusta (*rechtswidriger Krieg*), o bien frente a un acto comprensible y normado de reacción, lo que es igual a afirmar *bellum iustum*. A pesar de ello, cierto es rescatar que el conflicto que sea iniciativa de un Estado agresor, no puede ser respondido de cualquier modo por el agredido, sino solamente en una justa medida (*rechtmäßiger Krieg*, además) porque lo contrario iría contra el *jus in bello*.<sup>46</sup> Hasta que punto es evaluación del último responder o de otro órgano a nivel internacional, como su derecho o con este último de su lado, es algo turbio.<sup>47</sup> Sin embargo, en clave al bien jurídico que es la paz y con ella la realización de la persona en sus derechos -siempre destruidos por un conflicto bélico- es una constante esperanza apostar a mover o reemplazar la respuesta de la maquinaria armamentista, para poner en su sitio a una jurisdicción que analice otras consecuencias, en el sentido personal de la pena, que naturalmente optimiza el clásico escenario, que lapidariamente desconoce con facturación en inocentes víctimas, a los máximos responsables en el crimen.<sup>48</sup> Este hecho punible apunta con exclusividad a los últimos, militares o políticos.<sup>49</sup>

Desde el positivismo, se separaba la agresión (delito, crimen) de la guerra justa, a instancia de cuanto la última es respuesta al quiebre del ordenamiento jurídico internacional, afectándose la paz por la primera, que pone en peligro el bien jurídico oblicuo, con legitimación en el afectado Estado. Lo que se salteaba o estaba fuera de tal sistema era típicamente *Unrecht*.<sup>50</sup> Sin embargo, no puede negarse que la substitución civilizada por cuenta de la pena en una comunidad de naciones, le da precisión a un marco que además de entronizar la respuesta en el Estado agredido y que se defendía -lo cual la posicionaba *per se* con sospecha de ilegítima-, quitándole también amplitud a aquél para manejar el volumen de su reacción, lo cual era discreción y como tal, en mi parecer, inaceptable.<sup>51</sup>

Si por el Tratado de Roma, la aparición de la Corte Penal Internacional hizo a un lado los márgenes preocupantes del serio análisis positivista, una de sus más grandes garantías será la discusión probatoria. Es que la adopción de la represalia o de la guerra como consecuencia a la ofensa por contradicción del ordenamiento internacional se basaba, en lo principal, en una buena argumentación ante la dificultad probatoria:<sup>52</sup> también a título personal resulta fuera de discusión semejante renuncia.<sup>53</sup>

Básicamente, y esto es lo que se quiere decir ya en miras al análisis del delito, existen dos grandes corrientes para la agresión. Una restringida al derecho consuetudinario y una, también a partir de este último, mucho más amplia. La primera tiene su perímetro en los juicios que se siguieron contra los vencidos en la Segunda Gran Guerra. La segunda, sin perder la pista anterior, a dosis de la actuación de Naciones Unidas.



En la *juris opinio* son ambas vertientes las que explican el delito y sus perspectivas. Sin embargo, el grupo de trabajo por la incorporación del crimen de agresión se recostó más en la última.

En el conjunto de la limitación consuetudinaria, encontramos como columna vertebral a Nuremberg: punto de partida pero también de llegada.<sup>54</sup> El Estatuto del Tribunal Militar criminalizaba, dolosamente, el planear, preparar, iniciar o guiar una guerra de agresión con infracción de tratados o acuerdos internacionales, según el art. 6a).<sup>55</sup> Intrasistemáticamente era un atentado contra la paz, por consecuencia en interpretación judicial, era una suprema ofensa transnacional, que por el mal que encerraba no debía quedar impune. Por esta razón, dotar de contenido al crimen pendiente de descripción típica, no sería más que actualizar, en clave al producto de la Corte fundada en Roma en 1998, lo originado a partir del histórico órgano jurisdiccional internacional de 1946.<sup>56</sup> Sin embargo, actos que afectarían el núcleo de dignidad penal no serían quizás de subsunción legal, como ser, entre algunos ejemplos, la coalición contra Irak, por ausencia de anexión o sometimiento del Estado en cuestión, factores que destacan como móvil especial al elemento subjetivo, combinado con los materiales objetivos, consuetudinariamente cristalizados pero también por reglas.<sup>57</sup> Obsérvese que, como se ha escrito *ut-supra*, se puede girar el ordenamiento jurídico transnacional y justificar lo que no podría ni debería resultar justificado. Profundizo.

Por fundamentación, el art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas rechaza los elementos antes mencionados, vueltos en actos estatales como el uso de la fuerza contra integridad territorial o independencia política de un Estado, o en alguna otra manera inconsistente con los propósitos de la Organización panacional: ello exigiría, por lo pronto, que según el capítulo VII, el Consejo de Seguridad tomé acción por aire, agua o fuerzas terrestres como medios necesarios para mantener o restaurar la paz y la seguridad internacional, según el art. 42. Este último puede delegar en sus miembros la ejecución pero, de ser así, debe ejercitarlo expresamente y además quedarse a cargo. A no ser que se trate de la hipótesis del art. 51, que es la legítima defensa internacional, que debe atender al *jus in bello*, y de la que también debe hacerse cargo el órgano más pequeño aunque también más gravitante en el grupo de naciones.<sup>58</sup> Sin embargo, cuando esto último no sucede, desde el positivismo, tampoco se cubre -en sentido favorable- el derecho internacional o, sin más, se lo contrapone o subvierte. Ahora: ¿por qué no desencadena una consecuencia?

Desde una radarización, **lo concerniente bajo *actus reus* está ubicado en clave a perseguir, lógrese o no, la conquista o el control del Estado agredido, en términos militares o políticos, es decir, en conexión al *mens rea*, al puente con un cabo adicional que atar respecto del dolo o a una intención especial.**<sup>59</sup> Como lo precedente tiene sabor a poco, surgió otra perspectiva. Porque coexisten a esas situaciones de agresión otras infracciones al derecho internacional público, que más que negación de la norma son antes bien lesiones al bien jurídico, hay un despegue. Si se piensa, entre otras, en el ataque a Libia en 1986, individualizado como el inicio de un círculo vicioso,<sup>60</sup> la limitación anterior se vuelve insostenible. Esa incursión se hizo sobre un ataque presuntamente terrorista, fue su respuesta y los ejemplos se multiplican con tal caracterización, sin ser la ocasión individualizar a todos y cada uno de ellos.<sup>61</sup> No obstante, no hay justificación jurídica, cuanto mucho cabe atenuación en la responsabilidad. En procura de evitar este vaciamiento de dignidad penal en el sistema y con factores extrasistemáticos de peso -las víctimas a la cabeza-, se defiende la opción de la Resolución de la Asamblea General N° 3314 de Naciones Unidas -de diciembre 14 de 1974-, por la que varios delitos-tipos pueden también subsumirse dentro del crimen: ataques armados, ocupaciones, bombardeos en todo lugar, bloqueos, envíos de bandas armadas y permitir que contingentes militares de paso en un país, encuentren allí plataforma para tomar otro, como parte también del derecho consuetudinario.<sup>62</sup> Esto no sería guerra -acorde a Nuremberg- sino actos de agresión: aquella es más y éstos algo menos, aunque ambos punibles, desde los elementos materiales enunciados en el art. 3 de la disposición *in commento*, los cuales deben (des)contar suficiente gravedad, de acuerdo al art. 2.<sup>63</sup>

Se observa una gran preocupación en que no se empleen disposiciones para encubrir brutales agresiones conforme el derecho internacional consuetudinario. No es que esté mal la tendencia, que más abajo se advertirá mejor, a rodear de circunstancias objetivas, al hecho y su consecuencia, como contrarias al sentido de la Carta de Naciones Unidas, para despejar cualquier acontecimiento malo so pretexto de su buen fin. Creo, no obstante, que es preferible **el aporte continental -de parte general- de elementos subjetivos en la ponderación de justificantes, el cual debería ser la solución para distinguir una legítima defensa jurídica de un pretexto político para afectar la soberanía, integridad territorial o normal desarrollo institucional de un Estado.**<sup>64</sup>

Según se anticipó, la propuesta del grupo de trabajo permanente para la revisión del Estatuto en lo que al crimen de agresión se refiere, se alejó del cordón de Nuremberg.<sup>65</sup> A pesar de que hay material anterior, es a partir de fines de 2008, según mi análisis, en donde empieza a alcanzarse una estructura de parte especial para este hecho punible contra la paz y contra la humanidad. Ello teniéndose en especial consideración que el equipo dentro del cual aquél se desempeñaba, aceptó la invitación de Uganda para hacer la tarea reformulatoria en ese Estado, concretamente y tal como ocurrió después, dentro del primer semestre de 2010.<sup>66</sup> El reporte que se publicaba entonces avanzaba, además de profundizar en temas de jurisdicción de la Corte que no han sido abordados aquí,<sup>67</sup> y era partidario de alterar la composición de fuentes de la parte especial en lo que atendía este hecho punible para su interpretación, incluyendo en el art. 9.1 al injusto que se incorporaría.<sup>68</sup>

En una entrega posterior, ya se eliminaba la suspensión dada en el art. 5.2 del Tratado de Roma -que posponía la competencia del Tribunal hasta la definición- y se perfilaba, para algunas delegaciones de Estados partes, un trazado segmentado de comportamientos: serían penalmente relevantes -en la comisión de agresión, primer segmento- planear, iniciar o realizar los actos que por su carácter, gravedad y escala, constituyeran -el segundo- una manifiesta violación de la Carta de Naciones Unidas, todo ello como presunto art. 8bis, parágrafo 1.<sup>69</sup> Otras tomaban postura por la innecesidad de la acentuación en la última: cualquier acción de esas características choca con el instrumento en cuestión, lo que además iba a sobrar con lo que le seguía.<sup>70</sup> En efecto, el parágrafo 2, entre tanto, lucía en todo sentido la Res. ONU AG N° 3314, aunque existieran reparos acerca de la tipificación de actividades de parte de grupos armados en cooperación con algún Estado, es decir, que el asunto estaba centralizado sobre los comportamientos de éste, como también que la declaración que servía de guía no se detuvo en un hecho puntual, como consumativo *per se* de la ofensa.<sup>71</sup>

Pese a aquello, la propuesta ensayada era largamente descriptiva: el crimen de agresión, a partir planear, iniciar o realizar -tramo inicial 8bis.1 *ab initio*- actos manifiestos contrarios a la Carta de Naciones Unidas -trayecto siguiente, *id. in fine*- quedaba largamente cubierto, si el conjunto era recogido más abajo como aclaratorios del parágrafo previo -última parada, 8bis.2-. Por ejemplo: quien de comienzo a una invasión por las fuerzas armadas de un Estado sobre el territorio de otro -8bis.2.a) en función del 8bis.1)-.<sup>72</sup>

En una reunión posterior, con material informalmente discutido meses antes, se dieron unos cambios en la técnica legislativa.<sup>73</sup> Esto se plasmaba en mantener apenas la eliminación del 5.2 del Tratado (suspensión de la competencia hasta tanta se definiera por consenso el crimen de agresión) y adoptar la figura también como art. 8bis en una clara división entre introducción y definición del hecho punible. El encargado del grupo de tareas explicaba la conveniencia de un análisis preliminar por las propias características del delito, mientras que la responsabilidad de la prescripción típica se advertía en comportamiento, posición del líder estatal o militar como sujeto activo, los modos comisivos (*actus reus*), la situación del autor frente al hecho (*mens rea*) y circunstancias en lo que a aspectos objetivos y subjetivos pudiera corresponder.<sup>74</sup> A diverso de la senda transitada antes, se emplearon las bases de la Resol. ONU AG N° 3314 sin citarla. La conclusión se apoya, en que el acto de agresión, que no exigía prueba extra en un obrar a contramano de la Carta de Naciones Unidas,

venía dada por la planificación, preparación, iniciación o ejecución de la acción de quien tenía posición efectiva de poder o dirección, concretándose el uso de fuerza armada por un Estado contra la soberanía, integridad territorial o independencia política de otro, o en otro modo inconsistente con el texto de la Comunidad de Naciones. El comportamiento, por gravedad, escala y consistencia, debía ser contrario al cuerpo legal de la ONU.<sup>75</sup> No obstante, por la importancia del derecho consuetudinario en la materia, era preferible la opción abandonada. Esto, en mi opinión, es lo que prevaleció en Kampala.

Tras dos largas semanas de discusión, en la revisión de la Conferencia, el plenario por consenso alcanzó a dictar la Resolución RC N° 6,<sup>76</sup> en la que se exhortó a los Estados partes del Tratado de Roma que hace al Estatuto de la Corte Penal Internacional, a aprobar el texto que se descompone aquí como art. 8bis:<sup>77</sup>

### Cuadro C

Elementos Materiales u objetivos del Tipo	Circunstancias o elementos normativos fácticos o de <i>iure</i>	Elemento Intencional o subjetivo del Tipo
<p>Parágrafo 1</p> <p>Persona que planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión</p>	<p>Parágrafo 1</p> <p><u>Subjetivo</u>: quien está en condiciones de dirigir o controlar la acción política o militar  <u>Objetivo</u>: el acto por gravedad, escala y características es manifiesta violación de la Carta de Naciones Unidas</p>	<p>Parágrafo 1 extendido a 2</p> <p>Intencional y conocimiento o doloso</p>
<p>Parágrafo 2</p> <p>Actos de agresión -exista o no declaración de guerra- en el sentido del parágrafo 1</p> <p>a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;</p> <p>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;</p> <p>c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;</p> <p>d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;</p> <p>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;</p> <p>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;</p> <p>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.</p>	<p>Parágrafo 2</p> <p>Según Resolución ONU AG 3314  Los actos son por gravedad, escala y características, violación de la Carta de Naciones Unidas (en el sentido del parágrafo 1)</p>	

### 3.2 Armas

Mientras se desarrollaba una de las sesiones de preparación para la revisión del Estatuto, puntualmente, sobre el séptimo de los encuentros, Bélgica -por sus representantes- introdujo informalmente a consideración la modificación de uno de los modos comisivos de crímenes de guerra, por el empleo o la utilización de armas. Si bien sus aspectos son indudablemente menos polémicos o con menos historia de tensiones -no en cuanto al flagelo- que el anterior caso, su tratamiento por la conferencia de modificación, sería un paso significativo para el derecho internacional humanitario y el respeto por las personas bajo conflicto armado, internacional o no.<sup>78</sup>

Hay que tener debidamente presente que parejamente a la iniciativa, habría un retroceso de la industria armamentista y a un modo no injusto -por ahora- de hacer la guerra. Sentado esto, la idea era incluir en el art. 8.2.b) los numerales xvii, xviii y xix, que aludían, respectivamente, al empleo de veneno, de armas asfixiantes o gases o líquidos análogos y de proyectiles expansivos.<sup>79</sup>

Por igual, tal y según las víctimas de las armas en cuestión que no distinguen, las variables se extenderían hasta los conflictos no-internacionales. Así, entonces, se incluirían en el 8.2.e) las enmiendas xvii, xviii y xix, en simetría a la mención antecedente. Se sumaban Argentina, Burundi, Eslovenia y Samoa al proyecto Bélgica en clave de esta equiparación. Como resultado se dio que se ampliaron los planes de modificación, en varios sentidos, siempre conforme el derecho internacional. Así, este grupo por sus representantes, hicieron dos grandes contribuciones más, adicionales tanto para conflictos armados internacionales, como a los que no.

Por una parte, la enmienda al art. 8.2.b) en incisos xxvii, xxviii y xxix, que criminalizaba el uso de agentes, toxinas, armas o equipos en violación a la Convención contra el desarrollo de armas biológicas, el empleo de armas químicas también en contradicción a su Convención respectiva y la de utilización de minas anti-personal.<sup>80</sup> Por la otra, la modificación del art. 8.2.e) en el orden xiii, xiv y xv, en idéntico modo de tipificación para conflictos no internacionales.

Finalmente, este puñado de países fue por más. Así, con la técnica legislativa de las propuestas comentadas *ut-supra*, sugirieron como art. 8.2.b) xxx la prohibición del uso de armas definidas y en violación a los Protocolos de la Convención de Prohibiciones y Restricciones al uso de ciertas armas convencionales que pueden ser excesivamente lesivas por efectos indiscriminados.<sup>81</sup> Ello, insisto, también para conflictos no-internacionales, en clave a un art. 8.2.e) xvi.

Seguramente muchos Estados involucrados con la revisión del Estatuto estarían además interesados en analizar la prohibición del empleo de armas nucleares. Sin embargo, los miembros permanentes del Consejo de Seguridad con o sin los demás de la OTAN (o NATO, en inglés) crearían lo contrario.<sup>82</sup> A pesar de ello, hubiera sido de interés averiguarlo. No hay demasiada diferencia con los que no apoyan el Tratado de Roma por falta de ratificación, quienes además verían comprometido su comportamiento a la luz de la definición del crimen de agresión.

Ahora bien, lo más persuasivo de la iniciativa tirada por Bélgica es algo así como que casi la totalidad de los países del mundo entero -contabilizándose las ratificaciones de los instrumentos- dejarían asentado una prohibición abarcativa para el empleo de armas ligadas a la barbarie, aunque vengan de la mano presunta de la civilización, argumento que podría extenderse bajo el derecho internacional consuetudinario, según la *opinio juris* y la practica de los Estados, de lo que resultaría que más tarde o más temprano, se volvería innecesaria la adhesión a los respectivos Tratados (sobre armas), por la propia revisión de la Conferencia que estableció la competencia de la Corte Penal Internacional.<sup>83</sup>

El plan era muy ambicioso. Demasiado para los intereses de algunos Estados cuyo poder militar descansa en las armas en cuestión, a cualquier título. La revisión el Tratado llegó, como sea, a adoptar una posición:

dictar una Resolución -RC N° 5- al menos para conflictos no-internacionales, con una técnica distinta a la de la iniciativa, aunque no desconocida, ya que fue similar a la que circuló para el caso de la agresión en la sesión octava. Es decir, se agregaron los delitos-tipos e inmediatamente se definieron los elementos a valorar o ser tenidos en cuenta.<sup>84</sup>

**Cuadro D**

Elementos materiales u objetivos del Tipo	Circunstancias o elementos normativos fácticos o de <i>iure</i>	Elemento intencional o subjetivo del Tipo
<p>8.2.e) xiii) emplear veneno o armas envenenadas</p> <p>1. Que el autor haya empleado una sustancia o un arma que descargue una sustancia como resultado de su uso. 2. Que la sustancia haya sido tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas.</p>	<p>3. El comportamiento haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional y haya estado relacionada con él.</p>	<p>4. el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.</p>
<p>xiv) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos</p> <p>1. Que el autor haya empleado un gas u otra sustancia o dispositivo análogo. 2. Que el gas, la sustancia o el dispositivo haya sido tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades asfixiantes o tóxicas</p>	<p>3. El comportamiento haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional y haya estado relacionada con él.</p>	<p>4. el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.</p>
<p>xv) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubre totalmente la parte interior o que tenga incisiones.</p> <p>1. Que el autor haya empleado ciertas balas. 2. Que las balas hayan sido tales que su uso infrinja el derecho internacional de los conflictos armados porque se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano.</p>	<p>4. El comportamiento haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional y haya estado relacionada con él.</p>	<p>3 &amp; 5. el autor haya sido consciente que la naturaleza de las balas era tal que su uso agravaría inútilmente el sufrimiento o el efecto de la herida. de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.</p>

#### 4 CONSIDERACIONES FINALES

Según mis sentidos, las reformas de parte especial que hacen a la competencia de la Corte Penal Internacional son, fuera de detalles quirúrgicos e incluso en lo restrictiva que ha sido la labor en cuanto resultado, ampliamente satisfactorias. Se valora como positivo, finalmente, contar con una postura respecto del crimen de agresión, la cual no ha sido estrecha sino, antes lo contrario, realmente generosa. También que en los conflictos armados no-internacionales, no se podrá recurrir al empleo de armas que difunden terror a través de la población civil.<sup>85</sup> A contracara, se toma como negativo, la irresponsabilidad de los Estados partes en no asumir el bien jurídico tutelado y dotar de dignidad penal, en atención a las víctimas, hechos que caerían bajo su responsabilidad en los acontecimientos bélicos internacionales.

También, aunque excede el marco de esta proposición, sin dudar, será muy pero muy difícil que los países más importantes ratifiquen la enmienda del art. 8bis, con lo que el problema de jurisdicción será de

magnitud. Lo supongo y, sinceramente, espero equivocarme en clave realista. Son ellos también los que deberían crear condiciones tendientes a una paz duradera y sustentable, con ayuda económica para los más pobres del planeta.<sup>86</sup> Sin embargo, más que la banalidad sofisticada, podrá cualquier interesado en conflictos, separar según adhesiones a la definición de agresión, al Estado que está junto a la paz y la causa de la dignidad humana, del que no. No es poco dar con la encarnación del *Tenente Passini*, ese que gritaba: “¡se divierten con la guerra!”<sup>87</sup>

## NOTAS

- <sup>1</sup> Cfr. SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2009, p. 145.
- <sup>2</sup> Ampliar, SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, op. cit., p. 147.
- <sup>3</sup> Sobre la recepción axiológica desde comunicación histórica al modo oblicuo, FARIA COSTA, José de, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 171-172.
- <sup>4</sup> Para esta relación, FARIA COSTA, José de, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, op. cit., p. 183.
- <sup>5</sup> Cfr. FIGUEREDO DIAS, Jorge De, *Direito Penal. Parte General. T.1*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 120.
- <sup>6</sup> Ampliar en Stratenwerth, Günter, “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos” (*Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter*, trad. Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo-Valle Mariscal de Gante, Margarita), en AaVv. Hefendehl, Roland, *La Teoría del Bien Jurídico*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2008, p. 368.
- <sup>7</sup> Cfr. FARIA COSTA, José de, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, op. cit., p. 178. Piénsese en sus ejemplos, amistad o solidaridad.
- <sup>8</sup> Sobre la distinción, WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, 2 Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, § I, B.II n.m.79 (también, *Principles of International Criminal Law*, Asser Press, The Hague, 2005 o Tratado de Derecho Penal Internacional -trad. María del Mar Díaz Pita y otros-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005). Acuerdo a la protección como bien individual, TRIFFTERER, Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, edit. Triffterer, O., Beck/Hart Publishing, Oxford, 2008, 21.
- <sup>9</sup> Preámbulo (2-3) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: “Teniendo presente que, en este siglo (XX), millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad. Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” (*Mindful that during this century millions of children, women and men have been victims of unimaginable atrocities that deeply shock the conscience of humanity/Recognizing that such grave crimes threaten the peace, security and well-being of the humanity*).
- <sup>10</sup> Ver WERLE, Gerhard, *id.*, op. cit.. Ya se verá que la agresión tiene también este elemento.
- <sup>11</sup> Cfr. WERLE, Gerhard, *ibid.*, op. cit.
- <sup>12</sup> Preámbulo (4-9) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo alguno y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia. Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” (*Affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must go to unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation/Determined to these ends and for the sake of present and future generations, to establish an independent international Criminal Court in relationship with the United Nations system, with jurisdiction over the most serious crimes of concern to the international community as a whole*). También el art. 5.1 *ab initio*: “La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” (*The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole*).
- <sup>13</sup> Cfr. AMBOS, Kai, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, 2 Auflage, Duncker & Humboldt, Berlin, 2004, § 1.II (La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática, trad. E. Malarino, Temis-Konrad Adenauer, Montevideo, 2005).
- <sup>14</sup> Véase, Galligan, D. J., *Law in Modern Society*, Clarendon, Oxford University Press, 2007, p. 1, 15ss.
- <sup>15</sup> Cfr. SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, op. cit., p. 194.
- <sup>16</sup> Cfr. ICTR, “Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu”, 96-4, TC, 02/09/98, § 512ss donde se especifica el rol y definición de grupo, § 520 donde obra para destruir o atacar al conjunto, conforme reenvío a la Convención contra el Genocidio.
- <sup>17</sup> Cfr. SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, op. cit., p. 203.
- <sup>18</sup> Art. 7.1.e), g), h) y k), transcriptos, en ese orden, a continuación: “Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional. Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos... u otros... universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional... Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” (*Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law/Persecution against any identifiable group or collectivity ... or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law.../Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health*).

Ha sido señalado que el crimen de lesa humanidad, en la tradición de los tribunales internacionales, se caracteriza por la privación arbitraria de todos los derechos elementales que reconoce el ordenamiento externo; por ejemplo, ICTY, “*Prosecutor v. Krnojelac*”, 95-25, TC, 15/03/2002, § 109ss lo que lo vuelve más elástico. Para separar, ICTR, “*Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*”, op. cit., § 519 porque no importa la atrocidad del acto, sino en el específico sentido legal: si falta el dolo de destruir al grupo étnico, religioso, etc., no podrá llamarse genocidio. Igual esto tiene interés con el principio del *nullum crimen sine lege*, que funciona distinto en el ámbito internacional, como se notará *ut-infra*.

<sup>19</sup> Cfr. WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, op. cit., § I. A.II, n.m. 45, y 77.

<sup>20</sup> Cfr. AMBOS, Kai, “Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible” („*Strafrechtsdogmatik und universeller Straftatbegriff*”, trad. Alcácer Guirao, R.), en AAVV. *Estudios en Homenaje a Enrique Gimbernat* (García Valdés, C.-Cuerda Riezu, A.-Martínez Escamilla, M.-Alcácer Guirao, R.-Valle Mariscal de Gante, M., coordinadores), T. I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 99; anteriormente, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, op. cit., § 1.III (La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 48ss.).

<sup>21</sup> Cfr. SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, op. cit., p. 172, con referencia al abordaje entre AMBOS -con perfil continental- y WERLE -con orientación *Common Law*-.

<sup>22</sup> Igualmente vale contextualizar la reforma legal argentina que introduce otras fuentes, como resulta del art. 6 de la ley 26.200 (BO. 9-1-07), que la incorpora, aunque se contradigan: “Con carácter supletorio a la presente ley se aplican los principios y reglas del derecho penal internacional, los principios generales del derecho argentino y las normas contenidas en el Código Penal, en el Código Procesal Penal de la Nación y en sus leyes complementarias”. El art. 13 dice: “Ninguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma ni en la presente ley puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En tal caso, el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas previstas en nuestro derecho vigente”.

<sup>23</sup> Cfr. FIANDACA, G.MUSCO, E., *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 157 (Derecho Penal. Parte General, trad. Eiroa, P.-Niño, L.-Machado Pelloni, F.-Pennise Iantorno, M.S., Temis, Bogotá, 2006, p. 185).

<sup>24</sup> Cfr. CLARK, Roger S., “Elements of crimes in early decisions of Pre-Trial Chambers of the International Criminal Court”, en AAVV, *New Zealand of International Law Year Book (2009)*, con remisión a “*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*”, ICC, 01/04/01/06 (Pre-Trial Chamber I, Decision confirmation of charges, 29 June 2007). El trabajo fue cedido por el autor en mi estancia en Paris-Lodron Salzburg Universität durante el 2009, bajo la dirección del Prof. Dr. Otto Triffterer.

<sup>25</sup> Cfr. Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale (a cura di L. Conti)*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 212; también 209. Véase también Novoa Monreal, Eduardo, *Causalismo y Finalismo en derecho penal*, Juricentro, San José de Costa Rica, 1980, p. 26, 33, 36, 39ss.

<sup>26</sup> Cfr. MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Libro de estudio Parte General*, (*Strafrecht. Ein Studienbuch AT*, trad. Finzi, C., prólogo de Nuñez, R.C.), Din, BsAs., 1989, p. 78ss; semejante, la tesis teleológica de SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Einführung in das Strafrecht*, Rowohlt, Hamburg, 1972, p. 142ss.

<sup>27</sup> Véase respectivamente en las exposiciones de MEZGER, Edmund, „Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände”, en AAVV. *Festschrift für Professor L. Traeger zum 70 Geburtstag*, Stilke, Berlin, 1926, p. 15ss; también WELZEL, Hans, „*Das neue Bild auf Strafrechtssystemen*”, Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1961, p. 10, 39ss.

<sup>28</sup> Cfr. AMBOS, Kai., “Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible”, op. cit., p. 109. Sobre esto, con notable acierto sobre la solución italiana y relativizando el aporte del finalismo, la monumental obra del derecho penal liberal de MARINUCCI, G.-DOLCINI, E., *Corso di Diritto Penale*, I, Giuffrè, Milano, 2001, p. 635, 640.

<sup>29</sup> Art. 30 del Tratado, primero aparece el *mens rea*; luego vinculado en segundo término con el *actus reus* a distinguir en sus elementos según los delitos de los arts. 6, 7 y 8. Entonces: 1. “...una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen...si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. 2...2a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; 2b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. 3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido” (1...a *person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime... only if the material elements are committed with intent and knowledge. 2...2a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct. 2b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or aware that it will occur in the ordinary course of events. 3. For the purpose of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly*).

<sup>30</sup> Cfr. WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, op. cit., § II. A.II. n.m. 273, 279. Por otra parte, el art. 23 del Tratado: “Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto” (*A person convicted by the Court may be punished only in accordance with this Statute*).

<sup>31</sup> Cfr. ICTY, “*Prosecutor v. Krnojelac*”, op. cit., § 130; también “*Prosecutor v. Vasiljevic*”, IT-98-32-T, TC., 29/11/2002, § 234, habida cuenta que los delitos de lesa humanidad suponen un contenido de seriedad y gravedad. También, AMBOS, Kai, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, op. cit., § 1.I.3.

<sup>32</sup> Se dijo por ejemplo, ICTY, Appeal Chamber in re “*Prosecutor v. Mladen Naletilic, a.k.a. ‘Tuta’ and Vinko Martinovic, a.k.a. ‘Stela’*”, IT-98-34-A, 3-05-2006, § 114, *ab initio*: “El principio de culpabilidad demanda que un acusado puede ser únicamente condenado por un crimen si su *mens rea* abarcó el *actus reus* de su delito” (*the principle of individual guilt requires that an accused can only be convicted for a crime if his mens rea comprises the actus reus of the crime*).

<sup>33</sup> Cfr. CLARK, Roger S., “Elements of crimes in early decisions of Pre-Trial Chambers of the International Criminal Court”, op. cit., § 2. El autor critica el empleo del dolo eventual del lado continental -*recklessness*- en la jurisprudencia de la Corte Internacional Penal, como Pigaroff, D. K.-Robinson, D., en Triffterer, Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, op. cit., at 849. Véase, “*Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*”, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008 (“*Katanga and Ngudjolo Chui confirmation decision*”). Mucho más permeable, AMBOS, Kai., “Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible”, op. cit., p. 119, 120.

<sup>34</sup> Cfr. FLETCHER, George, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, NYC, 1998, p. 53.

<sup>35</sup> Cfr. FLETCHER, George, *Basic Concepts of Criminal Law*, op. cit., p. 83.

<sup>36</sup> Quizás con demasiada relativización, FLETCHER, George, *Basic Concepts of Criminal Law*, op. cit., p. 102.

<sup>37</sup> No he visto ningún margen para la reflexión -ni con la ley 26.200- de este importante problema en la jurisprudencia federal argentina, para adecuar un sistema legal cuya parte general participa de un esquema bipartito más clásico y un *aggiornamento* a manos de aportes de doctrina y también de las decisiones judiciales, que analizan contemporáneamente a otro más tripartito.

<sup>38</sup> Así AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, op. cit., § 7 y el trabajo precedente a su habilitación, *Temas del Derecho Penal Internacional*, (trad. del Cacho, F.-Karayán, M.- Guerrero, O. J.) U. Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 63ss, 117ss.

<sup>39</sup> Sobre un esquema bipartito propio del derecho internacional penal, cotejar, SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, op. cit., p. 178, 180; otros comparativos entre las teorías del delito clásica y finalista tripartita (ortodoxa, o fiel a WELZEL por decirlo de algún modo), AMBOS, Kai, “Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible”, op. cit., p. 102, 103; y siempre interesante SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Einführung in das Strafrecht*, op. cit., p. 174.

<sup>40</sup> También se puede hacer referencia al elemento político, desde el derecho consuetudinario. Así WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, op. cit., § 663; otros sistematicidad del tipo, SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, op. cit., p. 203, 204.

<sup>41</sup> Es el Tratado el que enuncia primero “desaparición forzada de personas” y luego “apartheid”, y luego al definir, invierte el orden.

<sup>42</sup> Cfr. WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, op. cit., § 5 A. n.m. 778 y reenvío.

<sup>43</sup> La modificación del Estatuto impone el análisis de una enorme cantidad de problemas, que por propósito original, no se abordarán aquí, pe. si un Estado que aceptó el Tratado no acepta su modificación respecto de la agresión; hipótesis igual, variando que aquél sea agresor o agredido, etc. etc. Así el art. 121.5 del Tratado de Roma: “Las enmiendas a los arts. 5... del presente Estatuto entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación...” (*Any amendment to articles 5... of this Statute shall enter into force for those States Parties which have accepted the amendment one year after the deposit of their instruments of ratification or acceptance...*).

<sup>44</sup> Véase el enorme aporte al tema de ALBERDI, Juan Bautista, *El crimen de la guerra*, Plus Ultra, BsAs., 1956, p. 31; en idéntico sentido, KELSEN, Hans, *Der Staat als Integration, Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?*, Scientia Verlag, Aalen, 1994, p. 190ss.. Los hay también escépticos o agnósticos respecto de la Corte; WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, op. cit., § 6 B.IV, n.m. 1187.

<sup>45</sup> Sobre represalia o guerra como consecuencia jurídica ampliar KELSEN, Hans, *Der Staat als Integration, Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht...*, op. cit. p. 99ss. En contra de tal condición, como cuestión de facticidad, Hart, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed. with the Proscript, Raz, J & Bulloch, P., Clarendon, Oxford, 1997, p. 214ss, 220 especialmente.

<sup>46</sup> Por ejemplo, para legitimar la tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Así, Machado Pelloni, Fernando M., “Argumentos contra la tortura”, en *Estudios Constitucionales*, U. de Talca, Chile, N° 1-2010, p. 159 (*id*, *Suplemento LL. Penal*, abril de 2010, p. 16 y AA.VV., *Ciencias Penais e Sociedade Complexa*, Machado Maya, André y otro, Org., Brasil, en prensa).

<sup>47</sup> Conocedor del problema, sin tratar su salida, KELSEN, Hans, *Der Staat als Integration, Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht...*, op. cit. p. 192ss.

<sup>48</sup> Ampliamente, ALBERDI, Juan Bautista, *El crimen de la guerra*, op. cit., p. 8ss y toda la obra. Si se hace defensa del Estatuto en relación a las víctimas, su participación procedimental y su rol como sujetos pasivos en la viva encarnación del bien jurídico tutelado, no se puede hacer a un lado a la agresión. Sobre las víctimas contra la impunidad, sin mención al hecho punible pendiente y acentuándose el Tratado de Roma en los ámbitos mencionados, véase Kirsch, Philippe, entonces Presidente de la Corte, en *Adresses for Tenth Anniversary Commemoration The Rome Statute of International Criminal Court*, UN., NYC, July 17, 2008, p. 9.

<sup>49</sup> Cfr. SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, op. cit., p. 218. Esto más allá de las consideraciones de responsabilidad individual que el Tratado de Roma desarrolla, como cuestión de parte general para todos los delitos especialmente en el art. 28, en su estructura central: responsabilidad del superior (*responsability of commander and other superiors*). En esto, ampliamente, AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, op. cit., § 7 y , *Temas del Derecho Penal Internacional*, op. cit. p. 23.

<sup>50</sup> Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho (Reine Rechtslehre*, trad. Vernengo, R. J.), UNAM, México DF., 1982, p. 324 y del autor, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale (Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, trad. it. Carrino, A.), Giuffrè, Milano, 1989, p. 389, 390.

<sup>51</sup> Cfr. KELSEN, Hans, *Der Staat als Integration, Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht...*, op. cit. p. 131ss. Hart, también crítico, op. cit.

<sup>52</sup> La síntesis sería: “*auch mit der unwahren Behauptung, ja mit ihr noch mehr, anerkennen die Staaten den Rechtsgrundsatz, daß der Krieg nur als Reaktion gegen Unrecht zulässig ist*”; KELSEN, Hans, op. cit..

<sup>53</sup> Véase, también con la debida atención a la regla propia del veredicto del *Common Law* -3°, el art. 66 ICC: “1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se prueba su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable. 2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado. 3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable” (*1. Everyone shall be presumed innocent until proved guilty before the Court in accordance with the applicable law. 2. The onus is on the Prosecutor to prove the guilt of the accused. 3. In order to convict the accused, the Court must be convinced of the guilt of accused beyond reasonable doubt*).

<sup>54</sup> Cfr. WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, op. cit., § 6 B.II n.m. 1171; FERRENCZ, Benjamin B., “Ending Impunity for the Crime of Aggression”, en *Case Western Journal of International Law*, Fall, 2009 (prepublication draft), artículo cedido por el autor.

<sup>55</sup> IMTN, art. 6a): “...*planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing*”.

<sup>56</sup> Cfr. FERRENCZ, Benjamin B., “Ending Impunity for the Crime of Aggression”, op. cit. (1).

<sup>57</sup> Cfr. WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, op. cit., § 6 B.II. n.m. 1176. Enseguida iré tras ellas, pues son de la Carta de Naciones Unidas.

<sup>58</sup> Cfr. BOWRING, Bill, *The Degradation of the International legal Order?*, Routledge, London, 2008, p. 42.

<sup>59</sup> Originalmente, fue criticado por CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford-NYC, 2003, p. 115. Luego modificado en “On some problematical aspects of the crime of aggression”, *20 Leiden Journal International Law*, 2007, p. 841ss, en clave de “alguna ventaja”, no tanto las originarias del art. 6a) de IMTN. A propósito del Tribunal de Nuremberg, este problema se cuestionó con la aplicación del *actus reus* a los que diagramaron la planificación militar, pe., en Karl Doenitz que coordinó varias ramas de la *Wehrmacht*. Igualmente la imputación venía



complicada en tal sentido por el antecesor (Erich Raeder, no enjuiciado por su delicada salud) del condenado y porque este último estaba más ligado a crímenes de guerra, en el mejor supuesto, con el valor agregado que por ser oficial naval, se cuestionaba la lucha en los océanos, por el hundimiento de barcos de abastecimiento a instancias de submarinos alemanes. No obstante, más allá que el *nullum crimen sine lege* era un conflicto en todo el juicio, aquí se agravaba por la vaguedad de las normas internacionales respecto del mar libre. Sobre AMBOS ejes, respectivamente, TUSA, Ann-TUSA, John, *The Nuremberg Trial*, Papermac-MacMillan, Hong-Kong, 1984, p. 183ss; RUSCHI, Filippo, *El nomos del mar (Il nomos del mare, trad. Eiroa, P)*, Ad-Hoc, BsAs., 2009, toda la obra y agradezco muy bien al traductor por la cita en su magnífica tesis de doctorado, *Políticas del castigo y derecho internacional*, Ad-Hoc, BsAs., 2009.

<sup>60</sup> Cfr. BOWRING, Bill, *The Degradaton of the International legal Order?*, op. cit., p. 43ss, 45.

<sup>61</sup> Ampliar en el detalle del profesor de Birkbeck-University of London, BOWRING, Bill, *The Degradaton of the International legal Order?*, op. cit., p. 47, 49, 57ss.

<sup>62</sup> Cfr. CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, op. cit., p. 113. Se trata en definitiva de cuanto el constituyente alemán dijo en el art. 26.1 GG, como comportamiento idóneo y finalmente dirigido a alterar la convivencia pacífica de los pueblos: „*Handlugen, die geeignet sind ud in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eones Angriffskrieges vorzubereiten, sin verfassungswidrig...*”.

<sup>63</sup> Por esto no es igual a los elementos materiales de la agresión según la competencia de Nuremberg. En contra, o sea asimilándolos, FERRENCZ, Benjamin B., “Ending Impunity for the Crime of Aggression”, op. cit.

<sup>64</sup> Para una síntesis de la teoría estricta como la limitada, FIGUEREDO DIAS, Jorge De, *Direito Penal...*, op. cit., p. 536-539.

<sup>65</sup> Varias propuestas también se extendían en favor de la Resolución AG N° 3314 de la ONU. La encabezada por países musulmanes o la de Cuba incluía afectación de la propia soberanía. Cfr. FIERRO, Guillermo J., *Ley Penal y Derecho Internacional*, T.I, Astrea, BsAs., 2007, p. 306ss. Vuelvo a insistir en el profundo pesar que significó su partida definitiva, para la dogmática argentina, en el estudio de estos y de otros temas. Véase, como en paridad con juristas del exterior, trazó su análisis en las intervenciones simuladas bajo el pretexto de ayuda humanitaria; op. cit., p. 235.

<sup>66</sup> *Assembly of States Parties to Rome Statute of the International Criminal Court*, 7th Session, The Hague, 14-22 november 2008, Official Records, vol. I., Annex II, ICC-ASP/7/20, p. 46.

<sup>67</sup> Véase *ut-supra*, nota 43.

<sup>68</sup> *Assembly of States Parties...*, op. cit., p. 53: la agresión venía como art. 8bis, de modo que la disposición en tratamiento diría, como hasta el momento, artículos 6 -genocidio-, 7 -crímenes de lesa humanidad-, 8 -crímenes de guerra- y, finalmente, agresión.

<sup>69</sup> *Assembly of States Parties to Rome Statute of the International Criminal Court*, 7th Session, The Hague, First and Second Resumptions, NYC, 19-23 January, 9-13 February, 2009, Official Records, Annex, ICC-ASP/7/20/Add. 1, p. 22. Se hicieron propuestas para describir en plural al sujeto activo y enfatizar el *mens rea* como *intent*, lo que no tuvo consenso entonces.

<sup>70</sup> *Íd.*, op. cit.

<sup>71</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 23.

<sup>72</sup> No se transcribe la propuesta global por lo que se dirá casi inmediatamente *ut-infra*.

<sup>73</sup> *Assembly of States Parties to Rome Statute of the International Criminal Court*, 8th Session, The Hague, 18-26 november 2009, Annex, ICC-ASP/8/Inf. 2., Informal Inter-sessional meeting on the Crime of Aggression, hosted by the Liechtenstein Institute on a Self-Determination, Woodrow Wilson School, at the Princeton Club, NYC, 8-10 june 2009.

<sup>74</sup> *Íd.*, op. cit.

<sup>75</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 12 y con variantes, p. 14.

<sup>76</sup> www.icc-cpi.int (consulta 13 y 20 de junio de 2010). La actual Resolución RC N° 6 fue en original inglés numerada antes como N° 4.

<sup>77</sup> Ver nota 71. El texto sujeto a ratificación en original es, Article 8 bis *Crime of aggression*:

1. For the purpose of this Statute, “crime of aggression” means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.

2. For the purpose of paragraph 1, “act of aggression” means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression:

a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof;

b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;

c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;

d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;

e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;

f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;

g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.

<sup>78</sup> Cfr. CLARK, Roger S., “Adding to the prohibited weapons provisions of the Rome Statute: The belgian proposals”, en *International Criminal Justice*, ed. Roberto Bellilli, 2009. Agradezco al autor la entrega previa a su publicación.

<sup>79</sup> Op. cit.

<sup>80</sup> Convención sobre Prohibición del Desarrollo y producción de armas biológicas, Londres, Moscú y Washington, abril 10 de 1972, con 163 Estados partes; Convención sobre Prohibición del Desarrollo y producción de armas químicas, París, enero 13 de 1993, con 188 Estados partes; Convención

sobre la Prohibición del uso y producción de minas anti-personal, Ottawa, septiembre 18 de 1997, con 156 Estados partes. Para distinguir estas armas, MACHADO PELLONI, Fernando M., “Derecho Penal Internacional: un estudio a propósito de su presente y futuro” en *Derecho Penal Internacional*, Coordinadores, Boggiano, Antonio-Machado Pelloni, Fernando M., Supl. Especial, JA. 2005-I-1100.

<sup>81</sup> Convención de Prohibiciones y Restricciones al uso de ciertas armas convencionales, Ginebra, octubre 10, 1980. Protocolo de Fragmentos no-detectables (Protocolo I), Ginebra, octubre 10, 1980 con 106 Estados partes; Protocolo de Armas guiadas por laser (Protocolo IV), Viena, octubre 13 de 1995, con 94 Estados partes.

<sup>82</sup> Cfr. CLARK, Roger S., “Adding to the prohibited weapons provisions of the Rome Statute: The Belgian proposals”, op. cit.

<sup>83</sup> Cfr. COTTIER, Michael, “Article 8 (2) (b) (xx) Employment of means or methods of warfare included in an annex to this Statute”, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, edit. Triffterer, op. cit., 423-424.

<sup>84</sup> En el caso de la agresión, se definían los elementos, previo a una amplia introducción. Recuérdese que esta técnica no fue la que se obedeció a la Resolución RC N° 6. Así, el art. 8.2.e) añade:

“(xiii) *Employing poison or poisoned weapons;*

(xiv) *Employing asphyxiating, poisonous or other gases, and all analogous liquids, materials or devices;*

(xv) *Employing bullets which expand or flatten easily in the human body, such as bullets with a hard envelope which does not entirely cover the core or is pierced with incisions.”*

“Article 8 (2) (e) (xiii)

*War crime of employing poison or poisoned weapons Elements*

1. *The perpetrator employed a substance or a weapon that releases a substance as a result of its employment.*

2. *The substance was such that it causes death or serious damage to health in the ordinary course of events, through its toxic properties.*

3. *The conduct took place in the context of and was associated with an armed conflict not of an international character.*

4. *The perpetrator was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict.*

Article 8 (2) (e) (xiv)

*War crime of employing prohibited gases, liquids, materials or devices*

*Elements*

1. *The perpetrator employed a gas or other analogous substance or device.*

2. *The gas, substance or device was such that it causes death or serious damage to health in the ordinary course of events, through its asphyxiating or toxic properties.<sup>(1)</sup>*

3. *The conduct took place in the context of and was associated with an armed conflict not of an international character.*

4. *The perpetrator was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict.*

Article 8 (2) (e) (xv)

*War crime of employing prohibited bullets*

*Elements*

1. *The perpetrator employed certain bullets.*

2. *The bullets were such that their use violates the international law of armed conflict because they expand or flatten easily in the human body.*

3. *The perpetrator was aware that the nature of the bullets was such that their employment would uselessly aggravate suffering or the wounding effect.*

4. *The conduct took place in the context of and was associated with an armed conflict not of an international character.*

5. *The perpetrator was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict.”*

<sup>(1)</sup> Nothing in this element shall be interpreted as limiting or prejudicing in any way existing or developing rules of international law with respect to the development, production, stockpiling and use of chemical weapons.

<sup>85</sup> Véase con interés, ICTY, “Prosecutor v. Galic”, Case N° IT-98-29-A, Judgment, rta. 5-12-2006.

<sup>86</sup> En tal sentido, el anexo de la Carta de junio 13 de 2008 de Representantes Permanentes de Finlandia, Alemania y Jordania al Secretario General de Naciones Unidas, conocida como Declaración de Nuremberg de Paz y Justicia.

<sup>87</sup> HEMINGWAY, Ernest, *Adiós a las Armas*, (*Farewell to arms*, trad. Horta, Juana M.-Horta Cubierta, Joaquín), Círculo de Lectores, Barcelona, 1969, p. 48.

COPYRIGHT: Fernando M. Machado Pelloni, doctorando con tesis presentada en USAL: título “Desobediencia & delito. La defensa del legítimo derecho a desobedecer y protestar como contribución al sistema democrático”. Prólogo de Ph. D. Carmen Thiele (*Universität Europa-Viadrina, Frankfurt-Oder*) y Dir. Profssa. Teresa Serra (*Università degli Studi di Roma “La Sapienza”*). Inédita. Jurado: Alejandro Carrió-Alberto F. Garay-Ricardo Basílico.