

HACIA UNA TIPIFICACIÓN DEL CRIMEN CONTRA LA PAZ

Alberto RUIZ DE LOS PAÑOS BRUSI
Teniente Auditor

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. LA INCRIMINACIÓN DE LA GUERRA. EL ESTATUTO DE NUREMBERG DE 1945. EL PROYECTO DE CÓDIGO DE DELITOS CONTRA LA PAZ Y SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD. LA RECEPCIÓN DEL CRIMEN CONTRA LA PAZ EN EL DERECHO INTERNO. LA RECEPCIÓN DEL CRIMEN CONTRA LA PAZ EN EL DERECHO ESPAÑOL.

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito en los últimos años sobre el Derecho Penal Internacional y su contenido, en especial, los «crímenes de guerra» y el genocidio como prototipo de «crimen contra la Humanidad». Sin embargo, poco se ha dicho sobre la consideración de la «agresión armada», no como un acto meramente «antijurídico», sino como un «crimen» que vulnera uno de los valores esenciales para el buen desarrollo de las relaciones en el seno de la comunidad internacional: la paz.

El hecho es, sin duda, paradójico, toda vez que su importancia viene acreditada no sólo por el impacto que ocasiona en la convivencia de las naciones, sino por ser precisamente la gravedad del empleo ilícito de la fuerza armada lo que movió a los autores a distinguir graduaciones dentro del injusto internacional, empezando a considerar la noción de «crimen» para referirse a los hechos particularmente severos. Se reconoce entonces a la agresión como el primer delito internacional, el más trascendente, constituyéndose de este modo en origen de un nuevo término. La Teoría de la Responsabilidad en el Derecho de Gentes sufriría un vuelco por este hecho, modificándose los postulados que venían observándose durante el siglo XIX.

Vamos a realizar en esta exposición un breve análisis de este modelo de

antijuridicidad y de los problemas que conlleva su estructuración en un tipo delictivo, proceso iniciado hace casi cincuenta años y que aún no puede darse por terminado.

LA INCRIMINACIÓN DE LA GUERRA

Realizar un estudio histórico detallado de la evolución que la protección jurídica de la paz ha tenido a lo largo de la historia del Derecho Internacional supone analizar cómo ha sido considerada la guerra, su antítesis, desde la Edad Antigua hasta nuestros días. La protección jurídica de la paz ha sido una constante del Derecho Internacional durante toda su existencia, si bien los medios escogidos para ello no han sido siempre los mismos. Evitando análisis históricos minuciosos, se puede afirmar que la garantía de la paz se buscó unas veces a través de la prohibición de la guerra como un acto ilícito y otras mediante un reconocimiento de la misma como instrumento de política nacional capaz de garantizar los derechos de cada nación y el equilibrio político necesario para evitar el predominio de unos pueblos sobre otros. Tanto en un supuesto como en otro, el Derecho Internacional buscó siempre el mantenimiento de la paz, por lo que el hecho de que se equivocara al escoger los medios para alcanzarla no implica necesariamente que alternara períodos en los que repudiara la guerra con otros en los que la censurara.

En las fases en las que la prohibición de la guerra era la regla internacionalmente admitida, el quebrantamiento de la misma traía consigo no sólo la aplicación de todo tipo de reparaciones, sino también la imposición de sanciones penales. Respecto a estas últimas llama la atención que la personificación del Estado en el príncipe que durante muchos años dominó el panorama internacional, permitió eludir el problema de la personalidad de la pena que surgiría luego, cuando, tras la primera guerra mundial, la doctrina polemizó sobre admitir o rechazar la responsabilidad penal del Estado. Por otro lado, la ausencia del principio de legalidad a lo largo de extensos períodos de tiempo, vino en definitiva a descargar a la incriminación de la guerra de los dos grandes problemas con que se ha enfrentado a lo largo de la época contemporánea y que luego veremos.

Y es que, la idea de enjuiciar criminalmente y en vía internacional el desencadenamiento de una guerra ilícita no fue una innovación de la comunidad internacional tras la Primera Guerra Mundial, sino que ya había venido siendo una realidad en algunos momentos históricos en que la cohesión de los reinos, primero, y de los Estados, después, permitió crear una comunidad bajo una autoridad suprema.

El enjuiciamiento penal de la guerra injusta fue debido al Derecho Natural del medioevo y pudo llevarse a cabo gracias a la existencia de una autoridad supranacional: el Pontificado, con jurisdicción moral y canónica sobre lo que entonces constituía la comunidad internacional: la cristiandad. La historia medieval posee ejemplos de sanciones espirituales e incluso temporales contra soberanos culpables de guerra injusta. En algunas ocasiones eran meros episodios políticos, de penalidades por insumisión al poder eclesiástico, pero cabe encontrar algunos otros casos donde el carácter jurídico de la sanción no puede ser puesto en duda: BASSIOUNI (1) nos menciona como primer proceso por desencadenamiento de una guerra injusta el que tuvo lugar en Nápoles en 1268 cuando Conradin Von Hohenstafen fue condenado a muerte por esta razón. MIAJA DE LA MUELA (2) nos recoge el canon XXIX del Sínodo de Narbona, que castigaba a quienes violasen las paces o treguas de Dios.

Con el decaimiento del poder del Pontificado y el aumento de la influencia de los monarcas absolutos, la incriminación de la guerra ilícita cae en desuso, sobre todo cuando la fuerza armada viene a ser reconocida como medio permitido de desarrollar la política del príncipe.

Los autores de la *Escuela Española del siglo XVI*, dominados por la teoría de la guerra justa, y teniendo presente la necesidad de incriminar al príncipe que combatiese con injusticia, consideran que, no teniendo éste una autoridad superior que les enjuicie por tales hechos, es el vencedor quien debe considerarse como juez que se sienta para dictar sentencia entre dos monarcas: uno, ofendido, y otro, injusto agresor. Esta consideración, propugnada por Vitoria y seguida por los otros autores de la Escuela, parte del supuesto de que el príncipe que vence es el que llevaba la justicia de su parte. Ciertamente, a pesar de que Vitoria hace hincapié en la imparcialidad del príncipe-juez, ésta en realidad no puede ser más dudosa. Vitoria autorizaba al justo vencedor a obtener reparaciones de todos los daños, a adoptar medidas de seguridad que eviten una nueva agresión, así como a imponer sanción penal al atacante, castigándole por la injuria recibida, si bien aconseja al juzgador evitar la venganza y proceder con moderación.

GROCIO y PUFFENDORF recogieron las tesis de Vitoria sobre la guerra injusta y el castigo del culpable de tal injusticia; pero lo que sí hay que hacer notar es que desde MAQUIAVELO y su «razón de Estado», la ausencia de

(1) BASSIOUNI, M. Ch.: *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*. Madrid, 1984, p. 60.

(2) MIAJA DE LA MUELA, Antonio: *Introducción al Derecho Internacional Público*. Madrid, 1986, p. 132.

incriminación de la guerra injusta va a ser una constante hasta la Primera Guerra Mundial, quedando su posibilidad sólo en el ámbito meramente doctrinal.

Se ha venido mencionando como excepción: la detención de Napoleón en Santa Elena, acusado de haber realizado guerras que perturbaron la paz del mundo; pero, en realidad, este caso no deja de ser un mero episodio político: en una época en que predomina la teoría del equilibrio y se reconoce el derecho de los Estados para acudir a la guerra, parece indudable que fueron razones de este tipo las que llevaron a Napoleón a la famosa isla: los monarcas absolutos no podían permitir que nadie les quitase su poder omnímodo y se lo entregara a la «Nación» que gobernaban bajo el prisma de un despotismo unas veces más ilustrado que otras.

Hubo que esperar a que acabase la Primera Guerra Mundial para que el *Tratado de Versalles* estableciese el principio de punibilidad de la guerra-crímen y dispusiese el enjuiciamiento del Kaiser Guillermo II por un tribunal internacional por haber cometido el delito «supremo contra la moral internacional y la validez de los tratados». El Kaiser nunca fue juzgado, como sabemos, porque, refugiado en Holanda, ésta se negó a conceder su extradición en base a que el delito del que se le acusaba era un «delito político». A pesar de este fracaso, la consideración de «guerra de agresión» como crimen internacional cuajó en el Derecho de Gentes, lográndose una evolución científico-jurídica sobre la materia que culminaría con la tipificación en el *Estatuto de Londres* de 8 de agosto de 1945 de los «crímenes contra la paz».

En el año 1943, todavía en pleno conflicto, se produce la *Declaración de Moscú*, donde se manifestó la voluntad colectiva de los aliados de enjuiciar criminalmente las conductas de guerra. Estos principios aquí recogidos fueron precisados por el *Acuerdo de Londres*, en el que se procedió a constituir un tribunal internacional que habría de juzgar a los presuntos criminales, promulgándose además su Estatuto de composición y competencia. En dicho Estatuto, en su art. 6, aparecen recogidos los hechos que se consideraban crímenes internacionales agrupados en cuatro categorías: «crímenes contra la paz», «crímenes de guerra», «crímenes contra la Humanidad», «conspiración y complot». A la cabeza de todos ellos, por ser considerado como el de mayor gravedad, se encuentra la «guerra de agresión».

Las dificultades técnicas que hubo de afrontar la tipificación de la «guerra-crímen» fueron numerosas y arduas. De entre ellas vamos a resaltar las siguientes:

- a) El mayor problema, sin duda, fue la inexistencia hasta entonces de una incriminación previa, con la consiguiente violación del principio de «nullum crimen, nullum poena sine lege» cuando, en el Tribunal de Nuremberg y de Tokio, se aplicó el art. 6.9. Tanto el tribunal como las

acusaciones particulares intentaron probar que tales crímenes ya estaban sancionados, y a tal efecto hicieron una enumeración de los documentos internacionales que, a su modo de ver, recogían la consideración de la guerra como crimen internacional: La Declaración de la Conferencia Panamericana de 1928, el Pacto Briand-Kellog y los Tratados bilaterales de no agresión vigentes entre los países agredidos y las potencias agresoras, fueron los más difundidos.

En realidad, tal alegación no era de recibo, ya que, si bien dichos textos reconocían la «ilicitud» de la guerra y, en algún caso como en el Pacto Briand-Kellog, dejaban entrever su carácter delictual, no establecían una tipificación de la misma como crimen internacional ni muchísimo menos contenían una sanción contra quien la emplease. Así, el mencionado Pacto, la única consecuencia que establecía para el agresor era que los demás firmantes quedaban liberados de sus obligaciones resultantes del Pacto en relación con el infractor.

Hoy día, la mayoría de la doctrina viene reconociendo que la figura de los «crímenes contra la paz» constituyó una innovación sin base en el Derecho Internacional hasta entonces vigente, quebrantándose de este modo el Principio de Legalidad.

El hecho de que, como adujo el tribunal, el agresor conociere «el carácter odioso de la acción», el hecho de que la guerra estuviera fuera de la ley, no es suficiente para castigarlos con una pena. En los textos que se aludieron jamás se pretendió engendrar efectivas responsabilidades criminales.

Este ha sido el problema cardinal y punto más débil de la justicia aplicada en Nuremberg y Tokio, problema que no fue exclusivo de los «crímenes contra la paz», sino que los «crímenes contra la humanidad» también adolecieron del mismo carácter novedoso, sin correlación posible con textos positivos previos de tal carácter. En relación a los «crímenes de guerra "strictu sensu"», si bien su delimitación tenía ya una larga trayectoria doctrinal y positiva, no deben ser de recibo las alegaciones efectuadas por el tribunal en el sentido de que los convenios sobre humanización de la guerra y el trato a los heridos y enfermos con fechas de 1864, 1868, 1899, 1907 y 1929, sean fundamentos legales suficientes para incriminar a sus autores. Ciertamente la novedad fue mayor en los crímenes contra la paz, pero, como dice JIMÉNEZ DE ASUA (3), en estos acuerdos no

(3) JIMÉNEZ DE ASUA, L.: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Buenos Aires, 1964, p. 1271.

figuraban los tipos de infracción ni las penalidades correspondientes. De hecho, los nuevos tratados dictados el 12 de agosto de 1949 no pretendieron sino solventar esta laguna.

En realidad, el problema de la admisibilidad o el rechazo del principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional se puede resumir en un hecho significativo, como dice BASSIOUNI (4), el Derecho Penal Internacional, en cuanto disciplina científica, es el resultado de la convergencia de dos ramas fundamentales del Derecho y, por ello, se ve afectado por una dicotomía en sus premisas doctrinales de base. Así, mientras el *Derecho Internacional* es un sistema jurídico construido sobre la presunción del consenso y sumisión voluntaria de sus principales sujetos, los Estados, cuyas relaciones se establecen en pie de igualdad, sin que ninguna autoridad superior aplique los mandatos del sistema; *el Derecho Penal*, en todos los derechos internos, supone procesos de toma de decisión de carácter vertical, apoyado sobre medios coercitivos en orden a la aplicación de los mandatos normativos.

De este modo, ambos se diferencian en el sistema de fuentes: mientras en el Derecho Penal rige el principio de legalidad, con explícito rechazo de la costumbre, en el Derecho Internacional, ésta tiene un valor esencial, ya que, junto con el tratado (que hace en el Derecho Internacional las veces de la ley), son la base creadora de normas internacionales.

En este sentido, *los penalistas* tratan de constituir un modelo de ejecución internacional paralelo al sistema penal interno, preocupándose de admitir el tratado como única fuente del Derecho Penal Internacional. *Los internacionalistas*, en cambio, tenderán a matizar el principio de legalidad, admitiendo, si bien con limitaciones, la costumbre como fuente de este Derecho; siempre por debajo del tratado, cuyo carácter preeminente viene siendo admitido hace tiempo.

Entiendo que en el estudio del Derecho Penal Internacional debe predominar el aspecto penal sobre el internacional a la hora de estructurar el sistema de fuentes, de modo que hay que recoger el principio de legalidad sin restricción alguna, rechazando a la costumbre como tal. Que *el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* recoja como fuentes, además del tratado, a la costumbre y principios generales del Derecho, no ha de tener significado para nosotros, dado que este órgano no se ocupa de cuestiones penales, reservadas al Tribunal de Nuremberg en su día y a los órganos que se puedan constituir en un futuro.

(4) *Ob cit.*, p. 77.

El principio de legalidad, la erradicación de la analogía y la admisión de la interpretación restrictiva, son elementos que deben admitirse en el Derecho Penal Internacional. De otra manera quedaría desmantelado el principio de seguridad jurídica, elemento esencial del funcionamiento de todo sistema penal.

- b) La segunda gran cuestión que se plantea es la admisibilidad de la *responsabilidad penal del Estado*. No ha existido unanimidad en la Doctrina, si bien parece haber triunfado la que rechaza la admisión de tal posibilidad. El Principio de «societas delinquere non potest» debe admitirse en el Derecho Penal Internacional de la misma manera que viene siéndolo en los derechos penales internos; el carácter subjetivo de la culpabilidad parece así impedirlo, evitando de este modo que los castigos penales recaigan sobre quienes no tienen vinculación subjetiva alguna con el evento.

Ahora bien, este postulado sólo es aplicable a la responsabilidad de carácter estrictamente penal, siendo del todo aceptables una responsabilidad civil y una gubernativa en el Estado que comete un crimen internacional.

- *En cuanto a la responsabilidad civil*, es la que tradicionalmente se venía admitiendo en el Derecho Internacional, y sobre la que se fundamentaba la teoría de la responsabilidad hasta el reconocimiento, en este Derecho, de la noción de «crimen». Es una responsabilidad esencialmente reparatoria, tendente a compensar el daño causado por medio de la correspondiente indemnización.
- *En cuanto a la responsabilidad gubernativa*, hay que tener en cuenta que con el Pacto de la Sociedad de Naciones se estructura orgánicamente la comunidad internacional, admitiéndose con ello la aplicación de sanciones a todos los Estados que acudan ilícitamente a la guerra. Esta postura ha sido confirmada por la Carta de las Naciones Unidas, quien otorga al Consejo de Seguridad la facultad de imponerlas cuando se produce un quebranto o amenaza contra la paz. Sin embargo, las diferencias entre este tipo de sanciones y las de carácter penal son notorias no sólo por la diferente naturaleza del «órgano» que las aplica (en la pena es un órgano judicial, mientras que en este caso es un órgano político-gubernativo), sino también en «la finalidad», dado que la pena en el ámbito internacional tiene un sentido netamente retributivo, mientras que las sanciones aplicadas por el Consejo de Seguridad, o bien tienen un carácter de medida coercitiva para evitar que se agrave la situación, o bien un carácter

preventivo de nuevas acciones contra la paz. En este sentido se pronuncia claramente QUINTANO RIPOLLES (5).

La responsabilidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional es, por tanto, puramente individual, con lo que la necesidad de aplicar el principio de legalidad cobra todavía más fuerza. Pues bien, es precisamente en el ámbito de los crímenes contra la paz donde la vigencia de este principio presenta consecuencias más llamativas, ya que supone exigir responsabilidad a los órganos del Estado implicados, que vienen siendo ocupados por personas físicas, y que son quienes, en realidad, tomaron en su día la decisión de desencadenar una agresión ilegítima o cualquier otro acto de fuerza.

El crimen contra la paz, por su propia naturaleza, es propio de los más altos dirigentes del país, los únicos en quienes radica poderío suficiente para desencadenar conflictos armados. En los demás crímenes internacionales (crímenes contra la Humanidad, crímenes de guerra) la cualidad personal apenas si cuenta.

- c) El tercer problema jurídico-técnico es el de la necesidad de realizar *una tipificación*, una definición de la guerra-crimen. Esta necesidad no es sino consecuencia del principio de legalidad, ya que la seguridad jurídica que con él se pretende obtener y las funciones preventivas que la pena debe realizar sólo se pueden llevar a cabo a través de una precisa delimitación de la conducta delictiva. Como dice RODRÍGUEZ-DEVESA (6), la tipificación no es sino el aspecto técnico del principio de legalidad.

Sin embargo, son dos grandes cuestiones las que se presentan al tipificador:

- En primer lugar, la vaguedad del concepto de «agresión», que en nada facilita la labor tipificadora. Era cierto que tras el Pacto de París y la Carta de las Naciones Unidas había quedado prohibido todo uso de la fuerza, pero la aparente sencillez de tal definición venía complicada con la aceptación necesaria de la legítima defensa. De la complejidad de esta excepción y de los problemas que en la práctica presenta debido a los múltiples casos que en la realidad pueden surgir, ya se han hecho numerosos estudios doctrinales: conceptos tan obvios como una «provocación suficiente» o «proporcionalidad en la respuesta», no pueden ser definidos previamente, sino que hay que

(5) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Madrid, 1955, p. 241.

(6) RODRÍGUEZ-DEVESA, J. María: *Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid, 1985, p. 411.

atenerse a las circunstancias del caso concreto. Quizá por todo esto haya sido tan dificultosa la definición de «agresión», pues sólo permitía considerarla en su acepción negativa de «fuerza armada no necesaria para la defensa propia o de la comunidad». Esta definición parece la más acorde con el espíritu y letra de la Carta de las Naciones Unidas, ya que una construcción positiva, a pesar de ser más detallada, no haría sino facilitar al culpable ardides y excusas para legitimar lo ilegítimo.

Ahora bien, no obstante la ausencia de definición en documentos tan trascendentes como el Pacto de la Sociedad de Naciones o la Carta de las Naciones Unidas, otros convenios internacionales han preferido seguir la técnica de una construcción de carácter positivo, pero abordándola no mediante una descripción «genérica», sino enumerativa de los casos o supuestos incluibles en ella. Como nos dice QUINTANO (7), las ventajas técnicas y prácticas son escasas, dado que la realidad siempre es más rica de lo que se pueda prevenir, pudiendo surgir nuevos casos de empleo ilícito de fuerza armada. Dentro de estos intentos cabe incluir al *Convenio de Definición de Agresión de Londres*, de 1933.

- En segundo lugar, la disparidad existente entre los sistemas continental y anglosajón a la hora de tipificar una conducta: mientras el «sistema continental» reposa en el más estricto legalismo y exige absoluta precisión a la hora de realizar una descripción; el «sistema anglosajón» trata de evitar el casuismo y el automatismo judicial a la hora de aplicar tipos penales.

EL ESTATUTO DE NUREMBERG DE 1945

El primer intento tipificador del crimen contra la paz viene recogido en el art. 6 del Estatuto, el cual considera como tales las siguientes conductas:

- a) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales.
- b) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso anterior.

Tanto el Estatuto de Nuremberg como el de Tokio comprendían el mismo

(7) *Ob. cit.*, p. 458.

texto, salvo una excepción: en este último se añadió a la frase «guerra de agresión» las palabras «declarada o no», con lo que se quiso abarcar a las meras «agresiones de hecho».

Del texto del art. 6 se puede comentar lo siguiente:

- a) Que el sistema seguido es el propio de las tradiciones anglosajonas, un método tipificador basado en principios judicialistas y no legalistas, que deja a los tribunales una mayor libertad de acción y otorga a la doctrina jurisprudencial un valor creador que en el sistema continental no tiene. De este modo, se trata de una tipificación laxa, de amplios márgenes, que otorga a los tribunales una gran discrecionalidad a la hora de dictar sentencia. Esta vaguedad del tipo le dificulta para cumplir fielmente con el «Principio nullum crimen, nulla poena sine lege».
- b) Dados los problemas anteriormente mencionados para poder definir el concepto de «agresión», los autores se abstienen de abordarlo, refiriéndose de forma genérica al «planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión».
- c) No sólo es constitutivo de crimen contra la paz la guerra de agresión, sino que se condena a toda guerra emprendida «en violación de tratados o acuerdos internacionales».

De este modo, hay que entender que sólo una guerra que no sea «agresiva» ni emprendida en desprecio de acuerdos obligatorios dejaría de ser considerada como «crimen»; por lo que la amplitud del tipo es clara, ya que, aunque no considera como delito a toda guerra por el mero hecho de ser guerra, entiendo suficiente para ello la concurrencia de tan sólo uno de estos supuestos, de modo que sería considerada como «criminal» una guerra «agresiva» con independencia de que viole o no un acuerdo internacional. Se pretende así castigar las ofensivas alemanas en todos aquellos casos en que no había previamente un acuerdo o tratado que violar, con lo que, como dice QUINTANO (8): «El crimen internacional adquiere sustantividad por el mero hecho de la agresión, sin precisar vínculo contractual determinado».

Se incluye no sólo la violación de un acuerdo o tratado «formal», sino también de una «garantía internacional», lo que, según BLANC ALTEMIR (9), abarca a toda promesa o garantía de paz dada por un Estado, aunque fuese de forma unilateral.

(8) *Ob. cit.*, p. 503.

(9) BLANC ALTEMIR, A.: *La violación de los Derechos Humanos*. Madrid, 1990, p. 18.

Se castiga no sólo «la ejecución» de actos bélicos, sino que el tipo extiende la incriminación a los «actos preparatorios», que de otro modo quedarían impunes.

En cuanto a lo que se debe entender como «acto ejecutivo», el Tribunal de Nuremberg incluyó únicamente a las conductas decisivas en el conflicto, dejando impunes las participaciones meramente secundarias, con lo que se evitaba la desmesurada incriminación a que el texto podía llevar. Por ello, la expresión «hacer una guerra de agresión» debe entenderse como referida al personal militar de alta graduación y a los altos funcionarios de los Estados.

Resumiendo: a pesar de las críticas que puedan realizarse, no hay que restar al Estatuto el mérito de haber materializado la incriminación de la guerra de agresión, ya que ni el Pacto de la Sociedad de Naciones ni la Carta de las Naciones Unidas recogen una rotunda declaración en este sentido.

El Estatuto, además de la definición de «crimen contra la paz» recoge la de «crímenes de guerra» y «crímenes contra la Humanidad». Esta es toda la parte especial de Derecho Penal Internacional que se puede encontrar, entendida ésta como catálogo de delitos y penas. Junto a esta parte especial, el Estatuto contiene en su articulado algunos principios generales susceptibles de ser incorporados a la Parte General de un Código Penal Internacional. Su tratamiento no nos corresponde en este estudio, dado que, por pertenecer a la Teoría General del Derecho Penal Internacional, no afectan sino de una forma indirecta a la protección de la paz, de cuya tipificación estamos tratando. No obstante, dado que algunos de ellos pueden incidir en el tipo de crímenes que ahora nos ocupa, vamos a mencionarlos brevemente siguiendo la redacción última que les otorgó la Asamblea General en su *Resolución 95 de 1946*.

- a) Del art. 6 «in fine» se deduce el principio de que «el hecho de que el Derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de Derecho Internacional, no exime de responsabilidad en Derecho Internacional al que lo haya cometido».
- b) Del art. 7 puede deducirse el principio de que «el hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de Derecho Internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado, no le exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional. Este principio supone una negación en el ámbito internacional de lo que es una inmunidad recogida en la mayoría de los Derechos Penales internos: la irresponsabilidad del jefe del Estado. Las razones de derecho interno que pueden llevar a admitirla no se dan en Derecho Internacional, por lo que su existencia en el primero no permite su alegación en este último, dada su superioridad.

Este principio afecta especialmente a los crímenes contra la paz, pues, por su propia naturaleza, y como comentamos anteriormente, sólo este tipo de personas tiene en sus manos la posibilidad de cometer un delito de esta índole.

- c) Del art. 8 «in fine» se deduce el principio de que «el hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico, no le exime de su responsabilidad conforme al Derecho Internacional si efectivamente ha tenido posibilidad moral de opción».

Este precepto recoge la *obediencia debida* en su doble aspecto de acatamiento a la ley nacional y del cumplimiento del deber de jerarquía, nos dice QUINTANO (10), dando un mismo tratamiento a ambos supuestos. Se admite de este modo la obediencia debida en términos semejantes a los de muchos derechos internos; términos, por tanto, restrictivos dada la impunidad que entrañaría casi siempre el reconocimiento del sistema contrario. Como nos dice JIMÉNEZ DE ASUA (11), después de la Primera Guerra Mundial el Tribunal de Leipzig utilizó este medio para evitar la responsabilidad criminal de los máximos responsables de esa guerra.

- d) *La complicidad* en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la Humanidad, constituye, asimismo, delito internacional.

Todos estos son los principios que más directamente pueden relacionarse con la problemática de la tipificación de los crímenes contra la paz. La doctrina a que dan lugar es abundantísima, no recogiendo por exceder con mucho de la finalidad de este trabajo. Solamente decir que, como principios de la Parte General, forman parte del presupuesto de hecho de cada uno de los tipos delictivos de la Parte Especial, por lo que su interés al estudiar la técnica ideal de tipificación es obvio.

De su importancia es buena prueba un hecho: promovidos tras los procesos de Nuremberg y de Tokio, los deseos de crear un Código Penal Internacional, aunque temporalmente reducido a un *Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad* para facilitar así la labor codificadora, la *Comisión de Derecho Internacional* nombrada a tal efecto por la ONU en 1947, consideró como labor más urgente la de fijar los principios informadores del Proceso de

(10) *Ob. cit.*, p. 178.

(11) *Ob. cit.*, p. 1251.

Nuremberg, con el propósito de que pudieran servir de base al Código que se pretendía elaborar. Esto se realizó, como ya mencionamos, en la Resolución 95 de 2 de diciembre de 1946.

Con independencia de que esta Resolución supusiera una confirmación de los principios de Derecho Penal Internacional por los que se rigió el Tribunal de Nuremberg, la recopilación previa a la codificación de unos principios generales de Derecho Penal Internacional, demuestran la extraordinaria importancia que, como en los derechos penales internos, posee una parte general en donde se recogen los criterios básicos para la represión penal.

EL PROYECTO DE CÓDIGO DE DELITOS CONTRA LA PAZ Y SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

Una vez confirmados los principios del Estatuto de Nuremberg, la Comisión de Derecho Internacional procedió a iniciar la preparación del código criminal que se le había encomendado. Se designó como relator al señor *Spiropoulos*, quien presentó un Proyecto sometido posteriormente a aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas. A pesar de tener como extensión sólo cinco artículos, exigióse una modificación de su quinto precepto, aplazándose en 1954 su examen hasta que previamente se hubiese definido el concepto de «agresión» por considerar que ambas cuestiones estaban íntimamente relacionadas. Aun lograda dicha definición por la *Resolución 3314*, el Proyecto de Código, con fecha de 27 de julio de 1951, todavía no ha recibido sanción de la Asamblea General. Se invitó a los Estados miembros a que presentasen las alegaciones que estimaran oportunas sobre el Código, se nombró como nuevo relator al señor DOUDOU THIAM, se han presentado nuevos proyectos..., pero la codificación está paralizada.

Ante esta situación de estancamiento han sido varias las reacciones doctrinales:

- a) Un sector de la doctrina se esfuerza por realizar desde el punto de vista científico unos proyectos codificadores paralelos, con ánimo de facilitar una salida mediante la aportación de nuevas ideas. Muchos de estos proyectos han tenido gran trascendencia, dada la calidad de sus autores, como es el caso del presentado por PELLA y el de BASSIOUNI.
- b) Otro sector doctrinal, por el contrario, hace hincapié en las causas de la paralización codificadora: entienden que tal como está estructurada actualmente la organización internacional, la tarea de internacionalizar el Derecho Penal debe realizarse poco a poco, partiendo de una mayor

colaboración entre los Estados contra la criminalidad, unificando legislaciones nacionales, etc.

Entienden estos autores que la organización actual que posee la comunidad de naciones, basada en la plenitud de soberanía de los Estados, no permite el establecimiento de un Código Penal unitario, ni de una justicia criminal internacional administrada por un tribunal internacional.

Como dice BASSIOUNI (12), en la situación internacional actual, el desarrollo del Derecho Penal Internacional pasa por los «sistemas de aplicación indirecta», consistentes en definir un delito internacional a través de convenios multilaterales y delegar la aplicación del mismo y la imposición de las sanciones previstas para el delito en el Derecho Penal Interno de los Estados. Pensar, entiende este autor, en implantar actualmente un «sistema de aplicación directa», otorgando a un Tribunal Penal Internacional la facultad de sancionar tales delitos previamente definidos en un tratado internacional, es inviable dada la incapacidad de la comunidad internacional para alcanzar el consenso político sobre la creación de un tribunal de esta índole.

A pesar de que el *Proyecto Spiropoulos* no ha sido aprobado, conviene analizarlo brevemente en relación a la técnica tipificadora utilizada, puesto que, con la revisión realizada en 1988 en lo referente a los crímenes contra la paz, constituye un buen indicio de cómo en un futuro más o menos próximo pueden quedar definidos este tipo de delitos. La conservación de este Proyecto, en su esencia, durante más de treinta años, prueba que por aquí va el camino. De la misma manera, no nos queda otra obligación que analizar la *Resolución 3314*, de 14 de diciembre de 1974, y la definición de «agresión» en ella contenida, texto muy complejo y minucioso, aceptado por un amplio sector doctrinal como base de sus proyectos particulares.

El proyecto consta de cinco artículos, de contenido vago, que no son sino desarrollo de los principios recogidos en el Estatuto de Nuremberg, en particular, de los que seleccionamos como especialmente incidentes en la materia cuando hicimos el comentario de ese texto.

El art. 1 nos dice, de forma expresa, que «los delitos contra la paz y seguridad son crímenes de Derecho Internacional», mención que, por carecer de originalidad a estas alturas de la evolución de nuestro Derecho Internacional, no deja de carecer de importancia por todas las consecuencias que ello conlleva y que analizamos en su debido momento: sanción penal, aplicación por un tribunal

(12) *Ob. cit.*, p. 88.

mediante un procedimiento que recoja las debidas garantías, la necesidad de una previa tipificación como consecuencia técnica de la vigencia del principio de legalidad, etc.

Los arts. 3 y 4 recogen los principios del Derecho Penal General que ya se recogieron en Nuremberg:

- Que el hecho de que el autor haya obrado en calidad de jefe de Estado o gobernante, no le exime de responsabilidad.
- Se niega valor exculpatorio a la obediencia debida si el autor «pudo moralmente escoger su conducta».

El art. 5 ha sido muy criticado por la doctrina, ya que al establecer que «la pena para cada crimen será determinada por el tribunal competente para juzgar al acusado, teniendo en cuenta la gravedad del hecho», supone que el Proyecto renuncia expresamente a la previa determinación de las penas; con lo que, en realidad, no se está recogiendo un tipo delictivo propiamente dicho, ya que para ello no es suficiente describir la conducta que se considera delito, sino que es necesario que figure también la sanción. De otro modo quedaría vulnerado el principio «nulla poena sine lege».

Esta técnica es más propia de un sistema anglosajó que de un sistema continental, fielmente basado en el principio de legalidad. Quizá fue esta la razón de que antes de la aprobación del Proyecto su texto fuese modificado, dándole una nueva redacción:

«en tanto que se estatuya una Corte Criminal Internacional, los Estados que adopten este Código se comprometen a dictar la legislación necesaria para el enjuiciamiento y castigo de las personas acusadas de haber cometido cualquiera de los delitos definidos en este Código».

Por último, el art. 2, comprende lo que propiamente constituye la tipificación del crimen contra la paz. Se recoge una enumeración no sólo de los delitos contra la paz propiamente dichos, sino de éstos en conjunción con otra serie de crímenes internacionales. En este sentido, la amplitud del tipo es mayor que la contemplada en el Estatuto de Nuremberg, pues, como se puede deducir de los trece apartados en que se desarrolla el art. 2, no sólo se recoge la trilogía allí mencionada (crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad), sino que aparece el genocidio como delito autónomo, y se describen otras conductas delictivas que llegan a formar una aglomeración de figuras sin una clasificación sistemática mínimamente adecuada; defecto que se va subsanando poco a poco a través de las modificaciones que al viejo Proyecto Spiropoulos se le han venido realizando por medio de los sucesivos informes del nuevo relator.

Limitándonos ya a los crímenes contra la paz, y teniendo en cuenta que se han ido suprimiendo algunas infracciones e incluyendo otras nuevas, cabe decir que el Proyecto Spiropoulos de 1954 se ha visto muy influenciado por la definición de «agresión» contenida en la *Resolución 3314*, como fácilmente se puede deducir del hecho de que la propia Asamblea General decidiese aplazar el examen del Proyecto de Código hasta que se hubiese definido este término. Solamente cuando la Asamblea General aprobó su descripción fue cuando se procedió a estudiar el mencionado Proyecto. Ambos textos gozaban de una estructura similar desde sus comienzos, si bien el Proyecto se fue adaptando después al contenido de la Resolución 3314 a través de pequeñas modificaciones.

La definición de «agresión» era algo estrictamente necesario si se deseaba que funcionase la estructura internacional establecida por la Carta de las Naciones Unidas y los propósitos en ella recogidos de mantener la paz y seguridad internacionales.

El sistema de seguridad colectiva en él establecido necesitaba para funcionar una descripción de tal índole, ya que facilitaría el trabajo de los órganos internacionales encargados de verificar la existencia de una agresión o empleo ilícito de fuerza armada. No se recoge en la Carta de las Naciones Unidas un concepto de «agresión», por lo que la determinación de su existencia se dejaba al juicio del Consejo de Seguridad, siendo plenamente rechazable desde un punto de vista jurídico el permitir a un órgano decidir en un caso concreto sobre la licitud o ilicitud del empleo de la fuerza armada sin que exista ningún tipo de norma que regule y delimite dicha facultad, debido al grave peligro de arbitrariedad en que éste pudiese incurrir. La cuestión no es baladí, ya que la determinación o no determinación de la existencia de un acto ilícito de fuerza armada tiene gran trascendencia, puesto que:

- a) Posibilita la aplicación de las medidas recogidas en los arts. 39, 41 y 42.
- b) Posibilita el ejercicio de la legítima defensa, individual y colectiva.

En este aspecto, el juicio primario sobre si concurre o no concurre un acto de «agresión» corresponde al Estado afectado, si bien la decisión última compete al Consejo de Seguridad, que controla si hubo o no hubo abuso en el empleo de la legítima defensa. Tanto para el Estado afectado como para el Consejo de Seguridad, la definición de «agresión» resulta de gran utilidad.

- c) Pero aún más. Siendo considerado el empleo ilícito de la fuerza armada como un «crimen contra la paz», con las consecuencias que ello conlleva, parece del todo necesaria su descripción, si se quiere respetar el ya mencionado principio de legalidad, inherente a todo Derecho Penal y, por tanto, también al Derecho Penal Internacional.

El concepto de «agresión» se constituye así en presupuesto necesario para la tipificación de los crímenes contra la paz: definirla equivale a determinar qué es y qué no es constitutivo de este crimen.

Sin embargo, y a pesar de la importancia de la definición de «agresión», se cometió un gran error de política legislativa, cual fue el de comenzar primero la tipificación de los crímenes contra la paz sin haber abordado previamente la misma, procediéndose posteriormente a elaborarla. Con ello no se crea sino el peligro de lograr dos descripciones diferentes de un mismo fenómeno, con lo que la actuación de los órganos que han de utilizar cada una de ellas puede caer en una grave descoordinación: así, el tribunal internacional que en un futuro pueda aplicar la tipificación del crimen contra la paz puede llegar a resultados diferentes, a la hora de calificar los hechos, que aquellos a los que llegaría el Consejo de Seguridad al aplicar la definición de agresión para analizar si procede o no procede aplicar el sistema de seguridad colectiva.

A pesar de que algunos autores estimen que «la función de una definición que busca servir de base a la acción de un órgano en pro del mantenimiento de la paz es diferente de la que intenta establecer responsabilidades», entiendo que ambas deben ser idénticas, dado que se trata, en realidad, del mismo evento, un acto de fuerza armada ilícita, con diferentes responsabilidades: una responsabilidad criminal y una responsabilidad gubernativa, que permiten, respectivamente, la aplicación de una pena y de medidas coercitivas de índole administrativo.

En cuanto a la técnica tipificadora, es similar en ambos textos. Como ha venido apreciando la doctrina, a la hora de proceder a realizar una definición cabe escoger tres fórmulas: una enumerativa, una general y otra mixta.

- a) *La fórmula general* consiste en acometer una descripción elástica, que permita discrecionalidad a la autoridad internacional en el momento de aplicarla, logrando así que pueda adaptarse a las circunstancias de la realidad cambiante. De este modo se podrán abarcar todas las posibles manifestaciones de agresión que pudieran surgir.
- b) *La fórmula especial* consiste en acometer una descripción enumerativa de las manifestaciones que puede tener el empleo ilícito de fuerza armada. Esta técnica es más acorde con el principio de legalidad, permitiendo una aplicación automática del tipo, evitando así una excesiva discrecionalidad interpretativa por parte del órgano de aplicación. Es propio del sistema continental. Se ha aducido como defecto el hecho de no poder abarcar la enorme casuística que presenta la realidad, por lo que la técnica del «*numerus clausus*» presenta la desventaja de convertir una falta de previsión en el texto en facilidades para el agresor, pues los actos no incluidos no podrían ser considerados como «agresión».

c) *La fórmula mixta* es una mezcla de las dos anteriores, y pretende combinar ambas recabando sus ventajas y eludiendo sus inconvenientes. De este modo, consiste en una definición general de carácter conceptual seguida de una lista de actos especialmente constitutivos de «agresión». Se ofrece así una guía de actividades incluidas, dejando libertad a los órganos internacionales para caracterizar como agresión otros actos no incluidos en ésta, pero que caigan dentro de la definición dada en el primer párrafo. Este método es el que se ha seguido en el Proyecto de Código y en la Resolución 3314, cuyo comentario vamos a abordar ahora.

Tanto el *Proyecto Spiropoulos* como la *Resolución 3314* comienzan recogiendo una definición genérica de lo castigado:

- a) *El Proyecto Spiropoulos* nos dice que se estimaran como crímenes contra la paz: «toda agresión de un Estado contra otro, mediante fuerza armada, que no sea legítima defensa o en ejecución de un mandato dictado por las Naciones Unidas.
- b) *La Resolución 3314* define a la agresión como «el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad del territorio o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas».

Ambas descripciones de carácter general poseen idéntica extensión, pero empleando distintos términos y una diferente fórmula definitoria. Ambas se refieren al uso de la «fuerza armada» contraria a la Carta de las Naciones Unidas, pero mientras una emplea una definición de índole positiva (más genérica y de menor precisión), la segunda prefiere el empleo de una fórmula negativa que especifique más sin perder por ello sencillez.

En lo que respecta a «la agresión no armada», de naturaleza económica o política, hay que entender con PASTOR RIDRUEJO que, dado que no hay que estimarla incluida en el art. 4.2 de la Carta (al prohibir éste sólo la fuerza armada), no cabe considerarla como «crimen contra la paz», por lo que quedará excluida del ámbito que nos ocupa. Los países socialistas y del tercer mundo han insistido en incluir como fuerza prohibida a las precisiones políticas y económicas. Los países occidentales se opusieron, y su interpretación del art. 4.2 ha prevalecido. De ahí que la Resolución 3314 «sólo» proscriba el empleo de la «fuerza armada». En el Proyecto Spiropoulos, sin embargo, apareció en un primer momento contemplada como crimen internacional, si bien separada de los «crímenes contra la paz» por entenderse de diferente naturaleza. Su inclusión, no obstante, desaparecería posteriormente al estimarse necesario abordar una formulación jurídica adecuada. Sin duda, razones de índole política

motivaron este aplazamiento. Entiende PASTOR RIDRUEJO (13) que no ha de entenderse incorrecto el considerar a la agresión «no armada» como un crimen distinto de los crímenes contra la paz. Es algo factible, dado que viola uno de los principios de coexistencia pacífica reconocido por *la Resolución 2625*: El principio de no intervención.

Junto a las definiciones generales ya analizadas, los dos textos proceden seguidamente a enumerar casuísticamente aquellos supuestos que deben ser considerados como «uso ilícito de la fuerza armada». Los hechos o acontecimientos enumerados son similares en ambos, sobre todo tras la reforma realizada en el Proyecto por el *sexto informe* del relator especial, donde se suprimen algunas infracciones previstas en él que no estaban contempladas en la Resolución 3314 (caso de la «preparación de la agresión»), y se incluyen otras, con ánimo de equipararlo a esta última (es el caso del mercenarismo).

A pesar de esta mayor asimilación entre ambos textos, lograda a base de las mencionadas modificaciones, no existe una idéntica igualdad, ya que hay supuestos en cada uno de ellos que no tienen equivalencia en el otro. Por ejemplo:

- a) *El Proyecto* incluye «la amenaza de emprender un acto de agresión» o «el fomento de la guerra civil en territorio de otro país», supuestos no incluidos en la Resolución, dado que el último de ellos no puede en modo alguno equipararse al «envío de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios», al ser este último mucho más amplio.
- b) *La Resolución 3314* incluye el bombardeo o bloque de puertos, supuesto no mencionado en el Proyecto.

Sin embargo, esta diferenciación carece de gran trascendencia desde el momento que el art. 4 de la Resolución considera a la enumeración allí contemplada de carácter «no exhaustivo», pudiendo el Consejo de Seguridad determinar qué otros actos constituyen «agresión» con arreglo a las disposiciones de la Carta. Los supuestos no comprendidos en la Resolución, pero presentes en el Proyecto, pueden considerarse comprendidos por esta vía.

Distinto parece ser el caso de los supuestos comprendidos en la Resolución, pero excluidos en el Proyecto, dado que no existe en éste una cláusula equivalente a la del art. 4 de la Resolución 3314. Esta diferenciación parece, sin embargo, lógica, sin tenemos en cuenta el Proyecto está concebido como un tipo penal y la Resolución 3314, no. La necesidad de una mayor concreción en el primero parece aconsejar su exclusión, aunque no hay que confundir, como dice RODRÍGUEZ DEVESA (14), una cláusula de «no exhaustividad» como

(13) PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid, 1986, p. 597.

(14) *Ob. cit.*, p. 253.

la del art. 4 con la «analogía», esta última prohibida por el principio de legalidad.

Que la Resolución 3314 no es un texto penal, se deduce a lo largo de varios detalles de su articulado, y ello a pesar de que el art. 5 declare expresamente que «la agresión es un crimen contra la paz», atribuyéndole responsabilidad criminal. Así se deduce, por ejemplo, del hecho de que se atribuya al Consejo de Seguridad y no a un Tribunal internacional la determinación «de otros actos que constituyan agresión», cuando un tipo penal exige ser aplicado por un órgano judicial.

Otros comentarios generales al texto comentado en el Proyecto y en la Resolución pueden ser:

- a) Que se tiende a considerar como actividad «no» incriminable, a la mera intención agresiva, la provocación, la amenaza y la negativa a someter las diferencias a procedimientos de resolución pacíficos. Así se puede deducir del texto de la Resolución 3314, donde sólo se considera prohibido el «uso» de la fuerza.
No obstante, la «amenaza» aún persiste como conducta incriminada en el Proyecto Spiropoulos, como comentamos anteriormente.
- b) Que se tiende a considerar como actividades criminales no sólo las que constituyen una agresión «directa» (invasión, ataque, ocupación militar, anexión, bombardeo o bloqueo de puertos), sino también todas aquellas que adopten la modalidad de agresión «indirecta», como el apoyo militar a grupos internos o rebeldes, o el hecho de tolerar que el territorio propio sea usado por un tercero para realizar una agresión.
- c) Que, a pesar del art. 5 de la Resolución, que parece considerar como crimen contra la paz sólo a la «guerra de agresión», el texto del Proyecto incrimina a «todo acto» de fuerza armada, siendo esta última opción la aceptada por la mayoría de la doctrina.
- d) A tenor del art. 2 de la Resolución 3314, la «prioridad» en el empleo de la fuerza no implica presunción «iuris et de iure» de una agresión, sino que tan sólo tiene valor «iuris tantum». Es necesario, pues, matizar el requisito de la «prioridad».
- e) No se admite justificación alguna para una agresión fuera del previo ataque «armado». No cabe justificación política, económica o militar.

LA RECEPCIÓN DEL CRIMEN CONTRA LA PAZ EN EL DERECHO INTERNO

Como se ha podido apreciar a lo largo de la exposición realizada, el proceso

tipificador del crimen contra la paz iniciado tras la Segunda Guerra Mundial no ha logrado resultados. Dicha tipificación vino a ser más complicada en el ámbito internacional que en el interno, debido al principio de soberanía de los Estados y a la carencia de una estructuración jerárquica sólida en el seno de la comunidad internacional. Es por ello por lo que el mencionado proceso aún no ha madurado, estando todavía la Comisión de Derecho Internacional estancada en la labor de elaboración, modificación y discusión de proyectos. Ante esta situación, y ante la necesidad de proceder a reforzar la protección de la paz internacional, y por considerarse insuficiente el sistema de seguridad colectiva recogido en la Carta de las Naciones Unidas, se propuso por muchos autores que se procediera a recoger en los Códigos Penales Internos de los Estados partes, un tipo de delito contra la paz, a la espera de su inclusión en un futuro Código Penal Internacional.

Este sentimiento comenzó incluso antes de la primera guerra mundial, *La Conferencia de Varsovia de 1927*, primero, y el *IV Congreso Internacional de Derecho Penal de París de 1927*, después, se encargaron de analizar la posible contribución de las leyes penales locales para proteger la paz internacional, estimándose en este último que, «con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz entre los pueblos, es deseable que la legislación criminal de cada país erija en infracción, además de los atentados a los derechos e intereses fundamentales del Estado nacional, los atentados a los derechos e intereses de los Estados extranjeros y de la comunidad internacional». Y es que, como nos hace ver QUINTANO RIPOLLES (15), «los fracasos de la política de alianzas y los medios estrictamente internacionales tan frecuentes como baldíos, prodigados en los años de la entreguerra, hizo volver la vista de no pocos jurisconsultos hacia el empleo de las clásicas armas del Derecho Penal interno, pensando que sus medios de acción, debidamente coordinados y depurados, pudieran proveer eficazmente a los fines de cooperación y pacificación universales».

Después de la Segunda Guerra Mundial, los esfuerzos para la inserción del crimen contra la paz en los Derechos internos se redoblaron por las causas por todos conocidas. A la hora de recoger en los Derechos de los Estados la protección de la paz internacional, se puede afirmar, tras un análisis de Derecho comparado, que son muy pocos los que se han aventurado en tan encomiable tarea. Ninguna de las grandes potencias implicadas en los dos conflictos mundiales lo han realizado, salvo la antigua URSS, la cual, por motivos políticos que no viene al caso analizar, ha promovido con insistencia la tipificación del

(15) *Ob. cit.*, p. 269.

crimen contra la paz, tanto a nivel internacional como de Derechos internos de cada Estado. Y entre las potencias de menor entidad, son escasas las que se han decidido a incorporarla a sus Derechos. Han sido las circunstancias particulares de cada uno de los Estados las que les han movido, en cada caso, a castigar este delito (históricas, ideológicas...).

Lo que verdaderamente es importante es distinguir, a la hora de analizar los Derechos estatales, son los tipos que propiamente recogen el crimen contra la paz de otros que, aunque en apariencia también lo hacen, en realidad no vienen sino a proteger otros bienes jurídicos diferentes. En este sentido se puede afirmar, tras el pertinente análisis del Derecho comparado:

- a) Que la conducta consistente en mantener contactos con un Estado extranjero con el propósito de provocar una guerra contra el Estado, viene siendo castigada en numerosos Códigos: en el art. 75 del CP francés, en el art. 139 del CP griego, en el art. 245 del CP italiano, en el art. 73 del CP búlgaro, en el art. 100 del CP alemán, en el art. 155 del CP rumano y en el art. 266 del CP suizo.

Sin embargo, a pesar de que esta conducta compromete sin duda la paz, no se trata aquí de proteger una paz «internacional» en sentido estricto, sino de la paz del Estado que crea el tipo delictivo. Por ello, todos los Códigos lo incluyen dentro de los delitos de traición, entre los delitos contra la seguridad exterior del Estado.

- b) Otra conducta también muy castigada en Derecho comparado y que podría pensarse que protege a la paz internacional es la que consiste en cometer actos hostiles contra un Estado extranjero capaces de provocar una declaración de guerra u otro tipo de hostilidad armada por parte de éste. Aparece en el art. 140 del CP griego, en el art. 90 del CP búlgaro, en el art. 244 del CP italiano, en el art. 99 del CP danés, en el art. 108 del CP polaco, en el art. 205 del CP de S. Marino y en el art. 2 del CP sueco. Al igual que en la anterior conducta, en estos supuestos no se protege sino la paz de cada Estado afectado, por lo que es contemplada por todos los Códigos dentro de los delitos contra la seguridad del Estado.
- c) El comportamiento consistente en realizar actos que comprometan la neutralidad del Estado o en infringir una disposición otorgada para mantenerla. Conductas de este tipo vienen castigadas en el art. 80 del CP búlgaro, en el art. 110 del CP danés, en el art. 85 del CP noruego, en el art. 110 del CP polaco o en el art. 300 del CP suizo.

Tampoco en estos casos es la paz internacional el bien jurídico protegido, sino la paz interna de cada Estado, más bien, el monopolio estatal de dirigir la política externa de paz o guerra.

d) Es usual que los Códigos extiendan a los Estados amigos o aliados la protección frente a los delitos mencionados en los párrafos anteriores cuando comprometan su paz y seguridad.

Así lo establecen el art. 139 «in fine», el art. 140 «in fine» y el art. 141 del CP griego, el art. 99 del CP danés y el art. 84 del CP noruego.

En todos estos casos se protege, ciertamente, una paz más extensa que la referida al Estado autor del Código, pero, a pesar de que el sujeto pasivo sea más amplio, dista mucho de protegerse una paz «internacional».

Un caso muy especial era el de los países pertenecientes a la ya vieja «órbita soviética», los cuales extendían la protección de la paz a los Estados que poseían una ideología afín. Este era el caso del art. 98 del CP búlgaro (que extendía dicha protección a todo «Estado de trabajadores»), el del art. 99 del CP de la antigua Checoslovaquia (en relación a los «Estados socialistas») o el del art. 73 del CP de la antigua URSS.

e) Es bastante común en la legislación comparada el que se castigue, bajo el epígrafe de «delitos contra Estados extranjeros», «delitos contra el Derecho de Gentes» o «delitos contra las relaciones internacionales», toda una serie de conductas consistentes en atentados u ofensas contra jefes de Estado extranjeros, contra sus representantes diplomáticos o contra sus símbolos y emblemas.

Así, cabría incluir aquí: los arts. 153, 154 y 155 del CP griego, los arts. 295, 297, 298 y 299 del CP italiano; los arts. 295, 296, 297 y 298 del CP suizo; los arts. 162 y 163 del CP alemán; los arts. 352 y 354 del CP portugués; el art. 95 del CP noruego; el art. 171 del CP rumano; el art. 67 del CP ruso; los arts. 10 y 11 del CP sueco.

Podría parecer que lo que se pretende proteger aquí es la paz y la tranquilidad de las relaciones internacionales, que pueden ponerse en peligro por un acto de semejantes características. Sin embargo, no es realmente cierto: dicha protección de las buenas relaciones internacionales no se hace de un modo incondicionado, sino que se vincula directamente a la garantía de la tranquilidad y paz de las relaciones del Estado que elabora el Código en cuestión con otros Estados extranjeros. Así se puede deducir de los siguientes hechos:

- De las cláusulas de reciprocidad como las contenidas en el art. 104 del CP de la República Federal Alemana (hoy Alemania unificada) o en el art. 137.2 del CP español.
- Del hecho de referirse algunos Códigos únicamente a los jefes y representantes de Estados extranjeros «que mantengan relaciones pacíficas» con el Estado autor del tipo. Este es el caso del art. 153 del CP griego.
- De la ubicación sistemática de estos tipos delictivos. Así, en el *CP ruso*

aparece recogido dentro de los «delitos contra la seguridad exterior del Estado»; en el *CP suizo* aparecen recogidos entre los delitos «que comprometen las relaciones con el extranjero»; en el *CP sueco* se ubican dentro de los «delitos contra la seguridad del Estado»; en el *CP danés* aparece entre los «delitos contra la independencia y seguridad del Estado»; en el *CP polaco* aparece entre los «delitos contra los intereses exteriores del Estado».

Pues bien, todos éstos son tipos delictivos que no deben ser considerados como delitos contra la paz internacional. Sin embargo, también se pueden encontrar en Derecho comparado algunos tipos que sí suponen una efectiva protección de la misma. A la hora de proceder al estudio de estos tipos conviene precisar lo siguiente:

- a) Que la interiorización del crimen contra la paz en los respectivos Derechos internos se ha realizado, bien directamente en el Código Penal Común de los diversos Estados, bien a través de leyes especiales de «protección de la paz».

Como ejemplo del primer supuesto se encuentran el Código de Polonia de 1932, el CP rumano de 1936 y el CP cubano del mismo año.

Como ejemplo del segundo supuesto se encuentran la Ley checoslovaca de 20 de diciembre de 1950 y la Ley alemana del mismo año (antigua Alemania Oriental).

- b) Hay que distinguir varios niveles de interiorización del crimen contra la paz:

— Aquellos Códigos que sancionan «*la declaración o ejecución de una guerra injusta*». Tal es el caso del CP español de 1932, cuyo art. 129 dice que «incurrirá en pena de reclusión mayor el presidente de la República que, con infracción del art. 77 de la Constitución firmare Decreto declarando la guerra sin las condiciones previstas en el Pacto de la Sociedad de Naciones y sin agotar previamente los medios establecidos en los Convenios internacionales en que España fuese parte».

— Aquellos que sancionan «*la propaganda o incitación a la guerra de agresión*». Tal es el caso del art. 113 del CP polaco, que castiga al que «públicamente incitare al pueblo rumano a una guerra de agresión contra un pueblo extranjero». También cabe mencionar en este apartado el art. 356 del mismo Código, en el que se castiga, dentro de «las infracciones contra la paz y Humanidad» a la «propaganda de la guerra, la propagación de noticias tendenciosas o inventadas con el fin de incitar a la guerra o cualquier otra manifestación en favor del

desencadenamiento de una guerra realizado de palabra, por escrito, radio, televisión, cine o por cualquier otro medio».

Igualmente, se puede incluir el art. 71 del CP ruso, en el que se castiga «la propaganda en favor de la guerra, cualquiera que sea la forma en que se lleve a cabo».

El Código cubano, donde se castiga el «propagar noticias falsas por la prensa o la radio con el propósito de perturbar la paz internacional o las buenas costumbres de la República con cualquier otra nación».

— Aquellos Códigos que castigan tanto *la ejecución* de actos de agresión armada como *la propaganda o incitación* a la misma. Son los menos numerosos, destacando el Código portugués. Este texto representa lo más innovador en materia de protección de la paz y, a pesar de los defectos en que incurre, es el más avanzado. Dedicó este Código un título entero (el segundo) a los «crímenes contra la paz y humanidad» y, dentro de éstos, todo un capítulo (el primero) para los «crímenes contra la paz». Abarca tres artículos:

- En el art. 186 se castiga la incitación a la guerra: «quien pública y repetidamente incite odio contra un pueblo, con intención de desencadenar una guerra».
- En el art. 187 se castiga el reclutamiento de fuerzas armadas: «quien reclute elementos de fuerzas armadas portuguesas para una guerra contra un Estado o territorio extranjero, poniendo de ese modo en peligro la convivencia pacífica entre los pueblos».
- En el art. 188 se castiga el reclutamiento de mercenarios: «quien reclute o intente reclutar mercenarios para el servicio militar de un Estado extranjero o para cualquier organización armada nacional o extranjera que se proponga, a través de medios violentos, derrocar un Gobierno legítimo de otro Estado o atentar contra la independencia o integridad territorial o funcionamiento de sus instituciones».

— Por último, cabe mencionar a aquellos Códigos que castigan el crimen contra la paz *conjuntamente con otras conductas de distinta naturaleza*. Tal es el caso del art. 110 del CP danés, que castiga la desobediencia a las disposiciones dictadas por el Estado, entre otros fines, «para cumplir sus compromisos como miembro de las Naciones Unidas».

Este tipo puede suponer el castigo del crimen contra la paz, teniendo en cuenta que este es un acto contrario a la Carta de las Naciones

Unidas y que Dinamarca, como parte firmante, se ha comprometido a no emplear el uso de la fuerza armada en base al art. 2.4.

Análisis crítico del Derecho comparado

La paz internacional no está excesivamente protegida en el Derecho comparado, siendo pocos los Estados que han recogido su protección en sus respectivos Derechos internos. Y aquellos que sí lo han realizado, se han limitado en su mayoría a castigar la «propaganda» de la guerra de agresión, incriminación notoriamente insuficiente por no abarcar, ni con mucho, las conductas más graves atentatorias de la paz internacional.

Por otro lado, es también criticable la ubicación sistemática que se ha venido realizando de estos delitos, en la mayoría de los casos demostrativa de que, al recogerse, se ha fijado el legislador más en los intereses privativos del Estado que en los de la Comunidad Internacional. Así, por ejemplo, el *CP polaco* recoge el art. 113 dentro de las «infracciones contra los intereses exteriores del Estado y contra las relaciones internacionales»; el *CP soviético* recoge el art. 71 dentro de las «infracciones contra el Estado»; el *CP danés* recoge el art. 110-c dentro de las «infracciones contra la independencia y seguridad del Estado».

Se trata de una sistematización errónea, ya que en realidad nos encontramos ante una infracción contra el Derecho de Gentes o contra las relaciones internacionales, y no limitada al Estado autor del Código, a sus aliados o afines ideológicamente.

Tan sólo el *Código Penal rumano* y el *Código Penal portugués* aciertan a ubicar adecuadamente estos tipos:

- El art. 136 del *CP rumano* se encuentra dentro de las «infracciones contra la paz y Humanidad».
- El *CP portugués*, el más acertado a la hora de proteger la paz en su Derecho interno, lo califica expresamente como «crimen contra la paz».

Y es que, como dice QUINTANO (16), este delito se desvirtúa con extraordinaria facilidad en su rango internacional, «quedando reducida una forma más de las que atacan intereses estatales, a modo de usurpación o inmixión de particulares en las funciones propias del Parlamento o Gobierno, a quien constitucionalmente competen estas materias de decisión de la guerra». «Por lo mismo, el pretendido progresismo de tales infracciones es más aparente que real,

(16) *Ob. cit.*, p. 312.

semejante en todo a los tipos antiguos, como, por ejemplo, el de leva de tropas sin autorización».

Esta crítica, entiendo que se le puede hacer fácilmente al articulado del Código más innovador: el portugués, quien, a pesar de su indudable mérito, presenta como «delitos contra la paz» conductas que guardan extraordinaria similitud con otros tipos incluidos dentro de los delitos contra la seguridad exterior del Estado. Nos referimos a los tipos recogidos en los arts. 187 y 188, relativos al reclutamiento de fuerzas armadas y de mercenarios. El carácter «internacional» que se le ha querido dar puede quedar, a mi modo de ver, claramente desvirtuado.

LA RECEPCIÓN DEL CRIMEN CONTRA LA PAZ EN EL DERECHO ESPAÑOL

Hasta ahora hemos hablado de la inserción del crimen contra la paz en los Derechos internos de los diferentes Estados. Dicha labor no puede quedar completa sin incluir el análisis del Derecho español, dado que España es un Estado miembro de las Naciones Unidas, firmante de la Carta y a quien, por tanto, vinculan los principios de la misma en lo relativo al mantenimiento y desarrollo de la cooperación y relaciones pacíficas entre los pueblos y, más concretamente, la obligación recogida en el art. 2.4 en relación a la abstención del uso de la fuerza.

El compromiso del Estado español con la paz es, por tanto, claro y preciso. De este modo, y al igual que comentamos con el resto de los Estados integrantes de la comunidad internacional, España debería recoger en su Derecho interno el crimen contra la paz. La tarea es necesaria, sobre todo si tenemos en cuenta que nuestra Constitución carece de una referencia a la paz internacional adecuada a sus compromisos internacionales.

En nuestro Texto Fundamental, la paz está presente como valor jurídico, pero la referencia que a ella se hace es demasiado comedida. No recibe la paz, como valor estatal, un tratamiento prioritario, como sucede con otros valores jurídicos, ausente como está del art. 1.1 de la Constitución. Esta omisión es realmente lastimosa, dado que los valores mencionados en dicho artículo son expresamente considerados como «valores superiores del ordenamiento jurídico» español, lo que implica una especial relevancia jurídica. La inclusión de la paz en este precepto hubiese supuesto un apoyo jurídico-positivo de gran trascendencia para los proyectos pacifistas a los que España se ve obligada en virtud de su condición de miembro de las Naciones Unidas. No obstante, la ausencia de la paz en el art. 1.1 no implica su desconocimiento como valor jurídico constitucional, dada

su inclusión en el Preámbulo, donde la Nación española incluye entre sus aspiraciones esenciales la cooperación pacífica entre los pueblos. El Preámbulo no es una mera declaración de intencionalidades, sino que tiene pleno valor normativo, como el resto de los preceptos constitucionales, por lo que el proyecto pacifista en él inserto posee todo el respaldo y garantía de Derecho. Como dice GARCÍA ENTERRÍA, todos los artículos de la Constitución son directamente aplicables, vinculando por ello a los Tribunales y sujetos públicos y privados. Sin embargo, la menor concreción que posee le priva del significado o trascendencia normativa que pueden tener otros preceptos, como es el caso del propio art. 1.1.

Hubiese sido por ello deseable que el propósito pacifista del Estado Español fuese recogido en la parte dogmática de la Constitución, tal y como han realizado otros textos fundamentales europeos. Así, por ejemplo, *la Constitución portuguesa*, en cuyo art. 7 declara a la paz como «principio de relación internacional»; o *la Constitución de la antigua RDA*, en cuyo art. 91 se declara que «las normas de Derecho Internacional universalmente conocidas y relativas al castigo de los crímenes contra la paz..., son normas de inmediata aplicación».

En cuanto a las razones por las que el reconocimiento constitucional de la paz internacional deja mucho que desear, y aunque excede del objeto de nuestro estudio, sí podemos afirmar que acaso se deba a que, mientras el resto de las Constituciones europeas fueron elaboradas o modificadas tras la Segunda Guerra Mundial en un momento en que los horrores de la guerra eran muy recientes, la Constitución de 1978 surgió cuando ya habían transcurrido más de treinta años de paz. Sea como sea, lo que sí es cierto es que, en espera de que sea políticamente oportuno proceder a la reforma constitucional, la tipificación del crimen contra la paz en el Derecho Penal español reforzaría la postura pacifista que sin duda el Estado ha tomado en cumplimiento de las obligaciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Dicha tipificación, por otro lado, ya no es algo novedoso en nuestro Derecho, dado que el crimen contra la paz apareció recogido en el art. 129 del *CP de 1932*, texto muy avanzado para su tiempo, cuyo contenido ya analizamos anteriormente, y que no suponía sino el desarrollo del art. 16 de la Constitución de 1931, donde se declaraba expresamente que «España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional».

Pero, ¿cómo tipificar el delito contra paz?

Para ello hemos de partir de lo recogido en el Derecho comparado, especialmente del texto portugués, dada su amplitud en la protección de la paz, pero tratando de superar sus defectos.

No creo posible basarnos en el antecedente español recogido en *CP de 1932*,

dado que actualmente el Jefe del Estado, constitucionalmente competente para declarar la guerra, goza de inmunidad. A pesar de la responsabilidad en que pudieran incurrir las autoridades que refrendaren la declaración de guerra contraria a los convenios internacionales ratificados por España, el valor técnico jurídico del precepto quedaría muy disminuido.

También parece aconsejable basarse en los textos internacionales que vinculan a España, especialmente en el *art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas* y en la *Resolución 3314*, dado que ambos representan cuál es el predecible futuro de esta materia. Así se evitará que el Derecho español se separe demasiado del camino marcado por la comunidad internacional.

Dicho lo anterior, la protección de la paz internacional en nuestro ordenamiento jurídico implica la modificación de dos de nuestros textos: el Código Penal y la Ley de Extradición Pasiva.

- a) *En relación con la Ley de 21 de marzo de 1985*, y con el fin de favorecer la extradición por estos delitos, en el art. 4.1 se establecerá la «no» consideración de los mismos como «delitos políticos».
- b) *En relación con el Código Penal Común*, estos delitos deben ser incluidos dentro de los «Delitos contra el Derecho de Gentes», evitando así los errores de clasificación sistemática tan abundantes en Derecho comparado.

Parece aconsejable seguir la estructuración establecida por el Código portugués, donde se recogen en dos capítulos diferentes los crímenes contra la paz y los crímenes contra la Humanidad.

Visto lo anterior, el texto del articulado en donde se proteja la paz internacional en nuestro Derecho acaso pudiera quedar así:

Art. A: «El que promoviere, ordenare o ejecutare un acto de agresión susceptible de ocasionar un conflicto armado será castigado con la pena de reclusión mayor».

«Cualquier otro acto de agresión contrario a la Carta de las Naciones Unidas será castigado con pena de reclusión menor.»

Tendrán la consideración de acto de agresión:

- a) La invasión o ataque por las Fuerzas Armadas del territorio de otro Estado; o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque; o toda anexión, mediante el uso de la fuerza del territorio de otro Estado o de parte de él.
- b) El bombardeo del territorio de otro Estado por las Fuerzas Armadas, o el empleo de cualesquiera otras armas contra el territorio de otro Estado.

- c) El bloqueo de los puertos o costas de un Estado por las Fuerzas Armadas.
- d) El ataque por las Fuerzas Armadas contra las fuerzas armadas terrestres o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea.
- e) La utilización de las Fuerzas Armadas que se encuentren en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el mismo, o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado dicho acuerdo.
- f) El envío 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.
- g) Cualquier otro uso de la fuerza armada que no sea ejercicio de la legítima defensa individual o colectiva reconocida por el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas o en ejecución de una decisión debidamente adoptada por el órgano competente de las Naciones Unidas.

Art. B: «El que *incitare* a otro a cometer alguno de los delitos previstos en el artículo anterior será castigado con la pena inferior en grado».

Art. C: «El que *hiciera apología* de alguno de los delitos anteriores o de sus autores, será castigado con la pena inferior en dos grados a la que correspondería al autor de dichos delitos.

Si la apología fuese realizada por una autoridad o funcionario con motivo u ocasión del ejercicio de su cargo, será castigado con la pena inferior en grado».