

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

DEI S PRAVIDE ET PRO

# Revista

Julio 2019

44

Revista Penal

# Penal

Julio 2019



tirant  
lo blanch

tirant  
lo blanch



# Revista Penal

Número 44

## Sumario

---

### Doctrina:

- El delito de depósito de armas y tenencia de explosivos con fines terroristas: cuestiones de aplicación y de delimitación con las figuras comunes, por *Emiliano Borja Jiménez* ..... 5
- Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, por *Juana del Carpio Delgado*..... 22
- Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable, por *Gabriel Fernández García*..... 42
- Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 61
- La inexigibilidad como causa de exculpación suprallegal en los delitos fiscales en Brasil, por *Marco Aurelio Florêncio Filho*..... 81
- La regulación de los delitos fiscales en el sistema jurídico italiano, por *Alessandro Melchionda* ..... 98
- En torno al concepto jurídico-penal de persona internacionalmente protegida, por *Joaquín Merino Herrera* . 109
- Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos, por *Ana Isabel Pérez Cepeda*..... 126
- El sistema penal norteamericano y los institutos de justicia negociada: especial énfasis en la criminalidad corporativa, por *Paula Andrea Ramírez Barbosa*..... 147
- Comercio electrónico y suplementos deportivos: una perspectiva jurídico-penal, por *Natalia Sánchez-Moraleda Vilches*..... 160
- El incremento de la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, por *Lucía Sánchez Pérez* ..... 178
- Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco, por *José Luis Serrano González de Murillo* ..... 199

**Sistemas penales comparados:** Criminal compliance ..... 214

### Bibliografía:

- Recensión: *Summa de delictis et forum poenis*, Diego de Covarrubias y Leyva, 1540. Ed. a cargo de Justo García Sánchez y Beatriz García Fueyo, Oviedo, 2018, por *Enrique Orts Berenguer*..... 265
- Recensión: *Crime of Agression Library. The crime of aggression: a commentary*. Volumes 1 and 2, Claus Kress y Stefan Barriga (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 1589 pp., de *Larissa Van der Herik*..... 266

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,  
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Bencan Li (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Antonio Rodríguez Molina (España)	Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

# Bibliografía



## Comentario bibliográfico

Revista Penal, n.º 44. - Julio 2019

***Summa de delictis et eorum poenis*, Diego de Covarrubias y Leyva, 1540. Ed. a cargo de Justo García Sánchez y Beatriz García Fueyo. Oviedo, 2018, por Enrique Orts Berenguer**

Hace no sé cuánto tiempo que no redacto un breve comentario sobre un libro, pero me ha llegado a las manos uno que de verdad me ha interesado y me ha parecido que merecía la pena recomendarlo a los penalistas en general y a los más jóvenes que están esforzándose en sus primeros trabajos y en sus tesis doctorales en particular, pues puede contribuir a su formación, a conocer el Derecho penal histórico y, por consiguiente, serles muy útil para enriquecer el capítulo que quizás dediquen a la evolución histórica y legislativa de la materia que estudian. Pero igualmente me parece aconsejable para los dedicados al Derecho procesal, a la Historia del Derecho, o al Derecho Eclesiástico del Estado... El libro es la ***Summa de delictis et eorum poenis*, del año 1540, de Diego de Covarrubias y Leyva (Primer Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, de Europa), y la coautoría es de Justo García Sánchez y Beatriz García Fueyo; y la edición del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 2018.**

El trabajo de Justo García Sánchez y Beatriz García Fueyo es más que meritorio y proporciona abundante información sobre Diego de Covarrubias y su obra y hace fácil la lectura y comprensión de ésta, y lo hace de manera consistente y muy bien fundamentada y documentada, como lo indica la abundante bibliografía manejada. En efecto, el capítulo I contiene Anotaciones a su biografía, y en el se da cuenta de su formación como profesor (y su amplio conocimiento de la normativa canónica), de sus actividades como docente universitario en Salamanca y jurisdiccionales como oidor de la Chancillería de Granada. Y no se trata sólo de una acumulación de datos bien sistematizados, pues ante todo permite hacerse una idea de cómo se desarrollaban los procesos en el siglo XVI. Todavía en el capítulo I se narra su elevación al episcopado y su tarea como tal, su contribución al Concilio de Trento, y los servicios que

prestó a Felipe II, quien acabó nombrándole presidente del Consejo de Castilla.

En los capítulos siguientes se exponen y analizan los manuscritos de Covarrubias, incluidos folios en los que recopilaba materiales y los sistematizaba con fines expositivos y didácticos, y tres copias manuscritas por distintas manos, encontradas por los coautores en el del Archivo Capitular de Pamplona, en el de la Biblioteca Nacional y en el de la Biblioteca Universitaria de Coimbra, que ofrecen literalmente transcritas, acompañados de la traducción castellana. Por supuesto, con indicación del listado de crímenes que contienen y su secuencia expositiva. Extremo que facilita enormemente al lector alcanzar una visión amplia y completa de la realidad delictiva legislada de la época. Al tiempo que se indaga sobre el título (*Summa-Tractatus*) y la estructura del manuscrito, basado en el estudio de las reglas jurídicas vigentes en el momento y sus orígenes, con indicación de las fuentes jurídicas.

En el mismo capítulo III, a continuación, se examinan de forma particularizada las distintas figuras delictivas “en forma sumaria”, comenzando por la herejía y prosiguiendo con la lesa majestad... Es sumamente ilustrativo este examen y muy útiles las matizaciones y aclaraciones de los coautores, gracias a las cuales se aprecia antes que nada la confusión y el solapamiento de no pocos delitos con pecados, en los que resulta más que difícil atisbar un bien jurídico digno de la tutela penal: la herejía, la blasfemia, el estupro, el coito con una monja, el incesto, el adulterio, la sodomía, el concubinato, el esclavo que tiene relación carnal con su dueña. Y aún más útil para los jóvenes estudiosos resultan las observaciones sobre el rapto, el lenocinio, la bigamia, el homicidio, el homicidio mediante veneno o a traición, el parricidio, el estupro acompañado de violencia, la falsedad, la moneda falsificada, el testigo falso, el vendedor que comete falsedad, cambiar los límites, fingir un parto, abandonar a un infante, el hurto, el secuestro, violación de domicilio, incendiarios, cárcel privada, perjurio, simonía y usura, violación de sepulcro, el juego.

Y los coautores, acto seguido, hacen unas reflexiones sobre hasta qué punto puede hablarse de una teoría del delito en la *Summa*, y, naturalmente resuelven que no, aunque hacen notar y comentan, entre otros temas claves de la misma, la preocupación de Covarrubias por evitar la condena de un inocente, y su insistencia en que no era suficiente la confesión del agente, en que hacían falta pruebas demostrativas del acto ilícito, en que antes de condenarlo era necesaria la inquisición acerca de la comisión del delito, destacando sus reticencias hacia el empleo de la tortura. Asimismo hacen referencia a las opiniones de Covarrubias sobre la legítima defensa, el *versari in re illicita*, el *iter criminis*, la necesidad de la voluntariedad..., y a su afán por humanizar las penas,... Y concluyen con que la *Summa* no es una obra acabada, entre otras cosas, porque el objetivo perseguido por Covarrubias no era ese, era hacer un “planteamiento original, tanto por el conjunto de los delitos que examina, como por el método expositivo y las fuentes utilizadas”; y que en su reflexión jurídica aunó el influjo del Derecho común, romano-canónico bajomedieval, heredado en su interpretación de los glosadores y comentaristas italianos, con el nuevo enfoque humanista.

La obra finaliza con extensos apéndices de la mayor utilidad en los que se recogen, además de la transcripción literal del manuscrito salmantino, el elenco de fuentes jurídicas, patristicas, literarias greco-latinas y glosas, fundamentos doctrinales citados en el manuscrito y la, transcripción literal de los otros tres manuscritos de la *Summa*.

En resumen, un libro que, en mi modesta opinión, debe figurar en todas las bibliotecas de las Facultades de Derecho.

**Enrique Orts Berenguer**  
*Universidad de Valencia*

**Claus Kress y Stefan Barriga (eds) *Crime of Aggression Library* \*\*\**The Crime of Aggression: A Commentary. Volumes 1 & 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 1583, pp, ISBN 978-1-107-01526-5. DOI: 10.1017/S0922156518000365**

El 14 de diciembre de 2017, la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional adoptó la Resolución ICC-ASP/16/Res.5<sup>1</sup>,

extendiendo la jurisdicción de la Corte sobre el delito de agresión. Esta decisión significó la transmisión del legado de los Juicios de Núremberg en relación al crimen contra la paz al contexto internacional del siglo XXI, aunque no sin la exigencia de determinadas concesiones. Sin embargo, lo irónico ha sido que los cuatro Estados que fomentaron los Juicios de Núremberg en el año 1946, se han opuesto a la extensión de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre el delito de agresión, lo cual no ha pasado desapercibido en la comunidad internacional<sup>2</sup>. La trayectoria del delito de agresión, las concesiones, tecnicismos, trasfondo político e incluso los sentimientos generados se encuentran recogidos de forma excelente y pormenorizada en *Crime of Aggression Library* \*\*\* *The Crime of Aggression: A Commentary, Volume 1 and 2*. Esta obra de dos volúmenes ha sido elaborada y editada por dos expertos sobre el delito de agresión, Claus Kress, como académico, y Stefan Barriga, como diplomático. Ambos autores han buscado incansablemente, en sus respectivas capacidades, la creación de un régimen robusto de responsabilidad para el uso ilegal de la fuerza. Los dos tomos de este trabajo son, en cierta manera, la mejor prueba de su dedicación a esta tarea tan ambiciosa. Esto no quiere decir que todos los capítulos apoyen de forma inequívoca la idea central de incorporar el delito de agresión a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Al contrario, el libro es muy generoso en la exposición de diferentes perspectivas. En sus cinco partes que abarcan (i) historia; (ii) teoría; (iii) El delito de agresión bajo el actual Derecho internacional; (iv) Derecho nacional; y (v) El futuro orden mundial, este trabajo reúne opiniones contrapuestas y ofrece una enorme y amplia variedad de perspectivas, conjugando consideraciones técnico-jurídicas con otras de carácter filosóficas, políticas e históricas. Dado que muchos de los autores de los capítulos han participado en algún punto en el desarrollo jurídico del delito de agresión, esta obra puede considerarse también como un *addendum* a los *travaux préparatoires* compilados por los mismos editores en 2011<sup>3</sup>, en el cual los autores dejaron constancia sobre su entendimiento de lo que fue acordado por un cierto texto, explicando el contexto de la negociación<sup>4</sup>. Muchos de estos capítulos proporcionarán una guía para la Corte Penal Internacional y otros actores internacionales sobre las complejidades de los

1 Traducido por Jesús Iván Mora González. Resolución ICC-ASP/16/Res. 5, adoptada 13ª reunión plenaria, del 14 de diciembre de 2017.

2 J. Trahan, “One Step Forward for International Criminal Law: One Step Backwards for Jurisdiction” *Opinio Juris*, 16 de Diciembre de 2017.

3 S. Barriga y C. Kress, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression* (2011).

4 Vid. por ejemplo, la discusión sobre el intento de aplicar el contenido del artículo 25 (3)(f) del Estatuto de la Corte Penal Internacional al delito de agresión y cómo esta discusión fue distorsionada por las discusiones sobre el rol del Consejo de Seguridad, R Clark, “General Principles of International Criminal Law”, en C. Kress y S. Barriga (eds), *The Crime of Aggression: A Commentary* (2017), 615.

puntos jurídicos esenciales de los Acuerdos de Kampala y la decisión de extender la jurisdicción de la Corte al delito de agresión y su relación con el Estatuto de la Corte Penal Internacional y con el Derecho internacional en general. Sin embargo, la importancia de esta obra va incluso más allá de una relevante contribución doctrinal, y profundiza en debates fundacionales que subyacen a la criminalización de la agresión. La parte V del libro analiza cómo la persecución del crimen de agresión puede moldear o configurar el futuro orden mundial. La cuestión de cómo el art. 8 bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional afecta al *jus contra bellum* está obviamente presente a lo largo de la obra. El rol ambivalente de la comunidad de los derechos humanos hacia el proyecto de criminalizar la agresión es también discutido en varios capítulos, así como los costes y consecuencias de las concesiones realizadas durante el proceso de negociaciones.

Los orígenes de la idea de un delito de agresión y su relación con el naciente *jus contra bellum* en el período entre guerras y en el período de descolonización tras la Segunda Guerra Mundial son presentados de manera elocuente en los primeros capítulos de la parte I relativa a la historia, por algunos de los más prominentes autores sobre agresión y el delito contra la paz, tales como Sellars, McDougall y Bruha<sup>5</sup>. Al definir el valor de precedente jurisprudencial y el legado de los Juicios de Núremberg y Tokio, Sellars y McDougall coinciden en que la jurisprudencia inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial es de un valor interpretativo limitado para los Jueces de la Corte Penal Internacional dado que el requisito manifiesto del art. 8 bis no tenía un equivalente en las definiciones, en ese entonces, relevantes para los delitos contra la paz<sup>6</sup>. Sellars explica cómo las respectivas opiniones disidentes, tanto de Pal como de Röling, florecieron en las discusiones de los primeros años de la Guerra Fría y, de esta forma, prepara el escenario para el capítulo de Bruha sobre la elaboración de la Resolución UNGA 3314 (XXIX) relativa al delito de agresión. Al introducir la Resolución 3314 como un documento político, resaltando sus ambigüedades inherentes, Bruha hace referencia a la existencia de dudas sinceras basadas en el vínculo nor-

mativo creado entre esa Resolución y la definición de Kampala, pese a que no profundiza en el punto, siendo confrontado con un *fait accompli* que podría constituir el punto clave del acuerdo de Kampala<sup>7</sup>. Alejándonos de la Asamblea General y su (limitada) contribución a la definición del crimen de agresión mediante la Resolución 3314, Strapatsas detalla la práctica del Consejo de Seguridad en relación al concepto de agresión analizando meticulosamente tanto práctica pasada como aquella potencial, y cómo ello podría o debería orientar los procedimientos futuros de la Corte Penal Internacional<sup>8</sup>.

La relación entre el Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional, y la posibilidad de que la Corte pueda proceder sin la aprobación del Consejo de Seguridad, es obviamente uno de los grandes logros de Kampala, y es analizado de forma excelente en los capítulos elaborados por Barriga y Blokker<sup>9</sup>. La interrelación entre el delito de agresión contemplado en Kampala y el *jus contra bellum* es discutido en términos más generales por Akande y Tzanakopoulos en el capítulo sobre la Corte Internacional de Justicia y el concepto de agresión<sup>10</sup>. Los dos autores intentan dar sentido a la plétora de reglas y conceptos (uso ilegal de la fuerza, ataque armado, acto/guerra/crimen de agresión) y llegan a la conclusión de que hay dos tipos de conceptos basados en diferentes niveles de gravedad, uno a efectos exclusivos de determinar la responsabilidad estatal y otro sirviendo tanto a la finalidad de la responsabilidad estatal así como la responsabilidad penal individual. Las dos modalidades conceptuales no se interrelacionan excepto para los conceptos de “ataque armado” y “acto de agresión”, los cuales, de acuerdo con los autores, pueden ser equiparados<sup>11</sup>. Esta situación crea un todo excesivamente complejo que *per se* no fortalece jurídicamente el *jus contra bellum*. Al fin y al cabo, sólo los juristas pueden disfrutar de las múltiples tonalidades de gris, mientras que en el fondo la complejidad añadida de Kampala podría restar claridad a la norma primaria. En su “*pièce de resistance*”, el capítulo sobre conducta estatal, que es de hecho un excelente tratado sobre el uso de la fuerza y podría ser una monografía por sí misma, Kress realiza un análisis pormenorizado sobre

Veáse también, en p. 618, donde Clark explica que “as one of those involved in the drafting of the Elements, I did not see Element 3 as addressed at all to the question of attempts”.

5 K. Sellars, “The First World War, Wilhem II and Article 227: The Origin of the Idea of Aggression in International Criminal Law (Ch. 1); C. McDougall, “The Crime against Peace Precedent” (Ch.2); K. Sellars, “The Legacy of the Tokyo Dissents on Crimes against Peace” (Ch.3); T. Bruha, “The General Assembly’s Definition of the Act of Aggression” (Ch4).

6 Ibid., en p. 77 y 105.

7 Ibid, en p. 173.

8 N.Strapatsas, “The Practice of the Security Council Regarding the Concept of Aggression” (Capítulo 5).

9 S. Barriga y N. Blokker, “Entry into force and Conditions for the Exercise of Jurisdiction: Cross-Cutting Issues” (Cap. 17) y “Conditions for the Exercise of Jurisdiction based on Security Council Referrals” (Cap. 18).

10 D. Akande y A. Tzanakopoulos, “The International Court of Justice and the Concept of Aggression” Cap. 6.

11 Ibid, p. 229.

el *jus contra bellum*. El autor ofrece una discusión profunda de las áreas grises, incluyendo la intervención humanitaria y la legítima defensa preventiva, las cuales quedarían mayoritariamente fuera del art. 8 bis debido al requisito relativo a la necesidad de que la violación de la Carta de las Naciones Unidas sea manifiesta<sup>12</sup>. Este requisito es discutido ampliamente, y es criticado por otros autores en el libro debido a su carácter indeterminado<sup>13</sup>. En defensa del requisito, Koskenniemi señala que no es la indeterminación del lenguaje o la norma del artículo 8 bis lo que es problemático, sino más bien la indeterminación o vaguedad de la palabra por sí misma. Dado que el futuro nunca será como el pasado, existe una necesidad para la adopción de estándares de evaluación, tal como “*the manifest-clause*” en vez de “*idiot rules*”<sup>14</sup>. Por otra parte, el argumento contrario también ha sido planteado, en lo que se refiere a la diferenciación entre uso de la fuerza criminal y no criminal, lo cual podría resultar en una derogación *de facto* de la prohibición del uso de la fuerza, haciendo que violaciones ordinarias sean de menor relevancia debido a que no están criminalizadas<sup>15</sup>. El art. 2(4) como *jus cogens* y el crimen de agresión contenido en Kampala como un tipo de *magna jus cogens*. Visto desde esta perspectiva, la cuestión sobre si el art. 8 bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional puede devaluar de forma inadvertida el artículo 2(4) no está necesariamente injustificada. Lo anterior es una cuestión de gran importancia debido al clima prevalente de invocación excesiva del derecho a la legítima defensa, destacando la Operación *Olive Branch*<sup>16</sup>, la estrategia nuclear más reciente de los Estados Unidos que establece que dicho

país podrá responder con armas nucleares ante ataques no nucleares<sup>17</sup>, y las discusiones sobre un “*bloody-nose strike*” contra Corea del Norte por parte de los Estados Unidos<sup>18</sup>. Por cierto, las visiones respecto a cómo fomentar de mejor manera un avance hacia un *jus contra bellum* robusto difieren, y fue la intención explícita de los editores capturar la más completa panoplia de voces y visiones políticas, en vez de meramente transmitir su propia perspectiva o la de la mayoría<sup>19</sup>. Las visiones de los diferentes actores expuestas en la parte V cumplen plenamente con dicha intención, ya que incluyen las perspectivas no sólo de todos los países P5, sino también Israel, Irán, Japón, Corea del Sur, India, Egipto, Brasil y África del Sur<sup>20</sup>.

El capítulo de Weisbord sobre la perspectiva y el rol que desempeña la sociedad civil se presenta como una interesante lectura al analizar la pérdida de fuerza de la sociedad civil en el camino hacia Kampala, en contraste con la notable fuerza de la sociedad civil y sus éxitos durante la adopción del Estatuto de Roma<sup>21</sup>. Haciéndose eco de las críticas también expresadas en la contribuciones de Schabas y Mégret, Weisbord establece los diferentes problemas que las ONGs tienen con la idea del delito de agresión. En un análisis más profundo, Schabas explora las raíces del derecho humano a la paz y sostiene que esta noción podría actuar como un principio unificador que aproxime la legislación de los derechos humanos, el Derecho humanitario internacional y la justicia penal internacional, y por consiguiente, contrarrestando la tendencia militarista en la cual el movimiento de los derechos humanos se ha involucrado, mediante el apoyo a conceptos tales como interven-

12 C. Kress, “The State Conduct Element” (Cap. 14).

13 Vid. por ejemplo, McDougall, “Article 8 bis papers over rather than resolved debates on the contours of prohibition of use of force”; C. McDougall, “The Crime against Peace Precedent”, in Kress y Barriga, *supra*, nota 4, cf. nota 5, en p. 125.

14 M. Koskenniemi, “A Trap for the Innocent...” (Cap. 49).

15 A. Paulus, “Second thoughts on aggression”, (2009) 20 EJIL 1117-28, en p. 1124.

16 A. Peters, “The Turkish Operation in Afrin (Syria) and the Silence of the Lambs”, EJIL: Talk!, 30 de Enero de 2018, disponible en [www.ejiltalk.org/?s=silence+of+the+lamb](http://www.ejiltalk.org/?s=silence+of+the+lamb)s

17 2018 Nuclear Posture Review, Department of Defense, US, February 2018, en p. 21: “The United States would only consider the employment of nuclear weapons in extreme circumstances to defend the vital interests of the United States, its allies, and partners. Extreme circumstances could include significant non-nuclear strategic attacks. Significant non-nuclear strategic attacks include, but are not limited to, attacks on U.S. or allied nuclear forces, their command and control, or warning and attack assessment capabilities” (énfasis añadido).

18 La idea de un ataque limitado y preventivo sobre el arsenal de misiles e infraestructura de Corea del Norte, también llamado como “*bloody nose option*” fue considerada por Trump en Febrero de 2018. El Ministro de Defensa Mattis avisó que una guerra con Corea del Norte sería catastrófica, “probablemente del peor tipo de lucha de todos los tiempos”, New York Times, 3-4 de Febrero 2018, en p. 5 (“La Casa Blanca presiona para valorar alternativas en Corea del Norte”).

19 C. Kress, “Introduction: the Crime of Aggression and the International Legal Order”, en Kress y Barriga, *supra* nota 4, en p. 7, nota 34.

20 En el orden de los capítulos 33-47: M. Biato y M. Böhlke, Brazil; Zhou Lulu, China; E. Belliard, France; S. Wasum-Rainer, Germany; N. Singh, India; Djamchid Momtaz y E. bahaei Hamaneh, Iran; R.S. Schöndorf y D. Geron, Israel; I. Komatsu, Japón; Y. Sok Sim, Corea del Sur; R. Einar Fife, Noruega; G. Kuzmin y I. Panin, Rusia; A. Stemmet, África del Sur; C. Whomersley, Reino Unido, H.H.Koh y T.F. Buchwald, Estados Unidos, N.Negm, Egipto.

21 N. Weisword, “Civil Society” (Cap. 48).

ción humanitaria o responsabilidad de proteger<sup>22</sup>. En un sentido similar, Mégret concluye que la incapacidad del movimiento de los derechos humanos para referirse al delito de agresión se debe a la deferencia por parte de este hacia el Derecho internacional humanitario<sup>23</sup>. El autor sugiere, sin embargo, que el Derecho internacional de los derechos humanos debería reconstruirse por sí mismo y no ver la guerra como una caja negra impenetrable<sup>24</sup>. De este modo, debería reconceptualizar su relación con el Derecho internacional humanitario, lo cual facilitaría el camino para el entendimiento que el mal específico del delito de agresión no es el ataque a la soberanía o amenaza de la paz, sino que, bajo el punto de vista de Mégret, debería ser considerado como un delito contra la humanidad<sup>25</sup>. En relación con este argumento, el delito de agresión compromete la responsabilidad del Estado agresor por su impacto total sobre los derechos humanos, incluyendo el impacto resultante de la contra-violencia cometida por el Estado que actúa en legítima defensa. En este sentido, el mal fundamental tras la agresión es la generación de una violencia que es legal debido a la aplicación de las normas del derecho de guerra. Mégret no cree que la contradicción de un comportamiento que es legal bajo un régimen (derecho de guerra) e ilegal bajo otro (derechos humanos) sea necesariamente nefasta<sup>26</sup>. El pensamiento de Mégret es ciertamente refrescante y provocativo. La cuestión sobre el bien jurídico en el crimen de agresión y si ello debería ser explicado en clave de derechos humanos en vez de soberanía o pérdida de territorialidad, es un tema recurrente, el cual es también analizado en otros capítulos, particularmente en el capítulo de May, en el introductorio de Kress, o desde una perspectiva histórica, en el capítulo de Sellars<sup>27</sup>.

Estas reflexiones de una naturaleza más filosófica pueden también orientar preguntas más técnicas que fueron dejadas sin regulación en Kampala. Un ejemplo es el concerniente a la pregunta sobre la participación de las víctimas y las reparaciones. En un capítulo muy esclarecedor, Pobjie discute cómo las disposiciones sobre la víctima contenidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional deberían aplicarse al delito de agresión con un enfoque específico en la cuestión de cómo el daño debería ser interpretado en un caso de agresión, y qué tipo de nexo debería existir entre el daño sufrido y el delito de agresión. Esto inevitable-

mente suscita cuestiones sobre el bien jurídico protegido. Siguiendo la línea de pensamiento de Mégret, Pobjie discute la potencialidad de responsabilidad civil de los autores individuales de la agresión por el daño causado por actos legítimos de guerra, posicionando el análisis en el contexto de un desarrollo más amplio sobre la posibilidad de que emerjan derechos procesales de carácter individual para la reparación por las violaciones del *jus contra bellum*<sup>28</sup>. Desde luego, el universo de víctimas es potencialmente masivo. Es incluso más significativo si fueran incluidos los Estados como víctimas de la agresión, aunque no esté necesariamente claro qué ganarían los Estados con el estatus de víctima ante la Corte Penal Internacional, en adición a los derechos procesales que ya existen bajo el derecho internacional general.

Otra materia que no queda regulada en Kampala, lo cual es un claro resultado de las concesiones acordadas, es el rol que desempeña la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte. A esta Unidad Administrativa le fue dada una función judicial en procesos por delitos de agresión sin realizar un análisis más profundo sobre cómo debería operar en la práctica. Existe una cuestión de composición ya que las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte están actualmente compuestas de 5, 6 o 7 jueces por un período mínimo de 3 años y este número puede incluso variar dentro de este mismo periodo. En adición al problema inherente de un órgano judicial siendo tan flexible en su composición, las reglas sobre la toma de decisiones (mayoría o unanimidad) tampoco han sido especificadas. El procedimiento de autorización especial puede también afectar a la interacción entre investigaciones sobre diferentes crímenes basados en hechos similares, dado que los filtros adicionales para los procedimientos de agresión pueden resultar en un ritmo diferente para las investigaciones de un crimen de agresión que para las investigaciones de los otros crímenes del artículo 5 que están sujetos a un esquema de autorización diferente, por ende, requiriendo una especie de enfoque de investigación de doble vía para el Fiscal. Estas cuestiones son discutidas en el capítulo elaborado por Chaitidou, Eckelmans y Roche relativo a la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte<sup>29</sup>. Éstas son cuestiones detalladas de carácter procedimental e institucional que pueden parecer excesivamente técnicas,

22 W. Schabas, "Aggression and International Human Rights Law" (Cap. 12).

23 F. Mégret, "What is the Specific Evil of Aggression"? (Cap. 51), vid. También específicamente en p. 1425.

24 Ibid, en p. 1434.

25 Ibid, en p. 1445.

26 Ibid, en p. 1437.

27 L. May, "Just War theory and the Crime of Aggression" (Cap. 9). Vid. notas 5 y 20.

28 E. Pobjie, "Victims of the Crime of Aggression" Cap. 23.

29 E. Chaitidou, F. Eckelmans y B. Roche, "The Judicial Function of the Pre-Trial Division" (Cap. 22).



pero si el crimen de agresión está llamado a ser operativo, estas cuestiones son últimamente tan esenciales como las que tienen un profundo carácter filosófico o político.

El gran mérito de este libro consiste en compilar todos estos temas y hacerlo de forma notable. Los dos

magníficos volúmenes, ricos en perspectiva y análisis, están por consiguiente y sin ninguna duda entre las obras más autoritativas sobre el delito de agresión.

**Larissa van der Herik**<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Vice-Decana de la Facultad de Derecho de Leiden y Profesora de Derecho Internacional Público en el Centro Grotius de Estudios Legales Internacionales, Universidad de Leiden, [L.van.den.Herik@LAW.leidenuniv.nl]

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato \*.txt) a la dirección: [jcferreolive@gmail.com](mailto:jcferreolive@gmail.com)
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

# Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.\*





## [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- \* Biblioteca Virtual
- \* Herramientas Salariales
- \* Calculadoras de tasas y pensiones
- \* Tirant TV
- \* Personalización
- \* Foros y Consultoría
- \* Revistas Jurídicas
- \* Gestión de despachos
- \* Biblioteca GPS
- \* Ayudas y subvenciones
- \* Novedades

\* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

 [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)