

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CRIMEN DE AGRESIÓN COMO AMENAZA A LA SEGURIDAD GLOBAL

Carmen Quesada Alcalá ⁽¹⁾

RESUMEN

La agresión de un estado contra otro ocupa un papel principal en el análisis de la seguridad nacional y, yendo más allá, en el de la seguridad global. En este sentido, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se ha ocupado de criminalizar la agresión a efectos de la responsabilidad penal internacional del individuo. La primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma tuvo lugar en Kampala (Uganda) en 2010, y la definición y condiciones de procedibilidad del crimen de agresión constituyeron una de las principales cuestiones de la agenda, y la más problemática. El problema principal radicaba en las relaciones entre el Consejo de Seguridad y la CPI en relación con la determinación de la existencia de la agresión. Otra de las cuestiones que se plantea es la referente a la complementariedad de la Corte con los tribunales nacionales, lo que hará necesario la reforma de los códigos penales internos para incorporar el crimen de agresión. La inclusión de este crimen en nuestro código penal también se revela como un elemento necesario.

Palabras clave:

Seguridad global, Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, Conferencia de Revisión, crimen de agresión, Consejo de Seguridad, responsabilidad penal internacional del individuo.

⁽¹⁾ La autora ha formado parte de la delegación de España en las reuniones intersesionesales del Grupo de Trabajo sobre la definición del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional durante los años 2004, 2005 y 2006. Asimismo ha formado parte de la delegación de España en el cuarto período de sesiones, en el quinto período de sesiones, en la continuación del quinto período de sesiones y en el sexto período de sesiones de la Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional. Las opiniones recogidas en este trabajo son exclusivamente personales.

ABSTRACT

The aggression by one state against another state plays a central role in the analysis of national security, and in the global security. In this sense, the Rome Statute of the International Criminal Court criminalizes aggression for the purposes of international criminal responsibility of the individual. At the first Review Conference of the Rome Statute held in Kampala (Uganda) in 2010, the definition and conditions to proceed of the crime of aggression constituted one of the main issues on the agenda, and the most problematic issue. The major problems with respect to this crime are the relations between the Security Council and the ICC for the determination of the existence of aggression. Another issue that arises is the Court's complementarity with national courts, which will require the reform of domestic criminal codes to include the crime of aggression. The inclusion of this crime in our penal code also arises as a necessary element.

Key words:

Global Security, International Criminal Court, Rome Statute, Review Conference, crime of aggression, Security Council, international criminal responsibility of individuals.

■ INTRODUCCIÓN

Siguiendo a Orozco⁽¹⁾, el término de «seguridad nacional» contiene una referencia directa a la integridad del Estado, y es invocado para referirse a la protección del Estado frente a la agresión exterior y frente a movimientos internos que lo puedan poner en peligro. En este sentido, la agresión de un Estado contra otro Estado ocupa un papel principal en el análisis de la seguridad nacional y, yendo más allá, en el de la seguridad global.

Sin embargo, llama la atención, tal y como señala Remiro Brotons⁽²⁾, que en el *Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*⁽³⁾ de 2004 no se menciona ni una sola vez la palabra «agresión», a pesar de la extensión del informe. En la misma línea, tan solo se menciona en una ocasión el término de «agresión» en el *Informe del secretario general* de un año después titulado «Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos»⁽⁴⁾.

Las escasas menciones en el ámbito de las Naciones Unidas a la agresión y las reticencias del Consejo de Seguridad para calificar la existencia de una agresión no nos impiden afirmar la importancia de la cuestión en el ámbito de la seguridad. De hecho, la agresión no solo permite desencadenar una acción de la organización mencionada a través del propio Consejo de Seguridad, con el fin de restablecer la paz y seguridad internacionales, sino que genera una doble responsabilidad internacional, la del Estado y la del individuo.

Es en este último aspecto en el que nos vamos a centrar, el referente a la responsabilidad penal internacional del individuo y el camino hacia la definición y tipificación del crimen de agresión, ligado a la Corte Penal Internacional (CPI). La ubicación del crimen de agresión entre uno de los crímenes de la competencia de la Corte trajo consigo la necesidad de configurar los perfiles jurídicos de esta figura a efectos de determinar ante este tribunal la responsabilidad penal internacional del individuo que hubiera cometido dicho crimen. Sin embargo, las aportaciones de la Corte a la definición del crimen de agresión y de la responsabilidad individual derivada de su comisión van más allá del marco estricto de actuación de dicho tribunal internacional y podemos

(1) OROZCO, Gabriel: «El concepto de la seguridad en la teoría de las relaciones internacionales», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 72, 2006, pp. 161-180, en particular pp 3 y ss.

(2) REMIRO BROTONS, Antonio: «Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo», *Documento de Trabajo*, n.º 10, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, Junio, 2005, pp. 1-2.

(3) *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, UN Doc. A/59/565, 2 de diciembre de 2004.

(4) ANNAN, Kofi: *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, UN Doc. A/59/2005, 31 de marzo de 2005, párr.19.

afirmar hoy ya que el crimen de agresión ha ido paulatinamente encontrando su sitio en el derecho internacional penal⁽⁵⁾.

En este trabajo comenzaremos examinando cuál ha sido el itinerario de la tipificación internacional del crimen de agresión y de la determinación de las condiciones de procedibilidad, poniendo de manifiesto que se ha tratado de un camino no exento de dificultades. La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional celebrada en Kampala en el 2010 será objeto de atención prioritaria, puesto que ha constituido un hito en la conformación del tipo penal del crimen de agresión y de las condiciones para que la Corte pueda conocer del mismo. Pero dicha conferencia no es sino el resultado de un largo recorrido, que también será examinado, amén de la propia dinámica de la Conferencia, lo que explicaría el resultado de la misma.

El resultado de la Conferencia de Kampala será analizado comenzando por la propia definición de la agresión y los elementos de los crímenes, continuando por la responsabilidad penal del individuo, dados los perfiles en ocasiones ambiguos de este crimen de líderes, y finalizando por el examen del papel del Consejo de Seguridad y las condiciones de procedibilidad que permitan que la Corte conozca de un asunto referente a un crimen de agresión.

Igualmente, veremos cómo en la Conferencia se pusieron las bases para que la CPI enjuicie a un responsable de agresión, pero siempre supeditando la entrada en vigor de la definición del crimen de agresión y de las condiciones mencionadas a un sistema de enmiendas del Estatuto de Roma que nos permitirá situarnos en el marco de las perspectivas de futuro. Pero no podíamos trabajar sobre la agresión sin finalizar haciendo una referencia expresa a la tipificación interna del crimen de agresión, habida cuenta de que el principio de complementariedad inspira las relaciones de la Corte con los tribunales nacionales. En este sentido, nos aventuraremos a extraer una serie de conclusiones en torno a una cuestión interna que se deriva del proceso anteriormente mencionado y que se sitúa en íntima conexión con la seguridad: la reforma del código penal español para incluir el crimen de agresión.

■ EL ITINERARIO DE LA TIPIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL CRIMEN DE AGRESIÓN: UN CAMINO NO EXENTO DE DIFICULTADES

■ El camino hacia la Conferencia de Revisión de Kampala: el «proceso de Princeton»

El punto de partida para la Conferencia de Revisión se sitúa en la propia Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Roma (1998), en la que se

⁽⁵⁾ Sobre la evolución del crimen de agresión en el marco del derecho internacional general y del derecho internacional penal, ver: OROZCO TORRES, Luis Ernesto: «La criminalización de las guerras de agresión», *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n.º 3, 2011, pp. 223-249.

adopta el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁽⁶⁾ (en adelante ER). Dicho estatuto se adopta de forma prácticamente «milagrosa» gracias a la adopción por consenso de un paquete de disposiciones, una de las cuales hacía referencia a que el crimen de agresión era objeto de competencia de la Corte pero la misma no podría ejercer su jurisdicción sobre este crimen hasta que fuera definido en una Conferencia de Revisión del Estatuto en 2009⁽⁷⁾. De esta manera, se salva el desacuerdo entre aquellos que apostaban por la restricción de la definición del crimen de agresión y su sumisión a la jurisdicción de la Corte previo control del Consejo de Seguridad y los que partían de una definición amplia de dicho crimen⁽⁸⁾ sin interferencias de órganos políticos⁽⁹⁾.

La Resolución F contenida en el Acta Final de la Conferencia de Roma incluyó en el mandato de la Comisión Preparatoria la elaboración de propuestas referentes a la definición del crimen de agresión, la elaboración de los «elementos del crimen» y las condiciones de ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre el mismo (llamadas también «condiciones de procedibilidad»), con el fin de someterlas a la Conferencia de Revisión a celebrarse a los siete años de entrada en vigor del Estatuto. Para el cumplimiento de este mandato, la Comisión Preparatoria estableció, en su primer período de sesiones, un grupo de trabajo sobre el crimen de agresión.

Se optó pues de cara a la celebración de dicha Conferencia de Revisión, que finalmente se celebró en Kampala en junio de 2010, por la constitución de un grupo de trabajo que permitiera la elaboración de una serie de documentos que sirvieran de base para dicha conferencia, al tiempo que se permitía «trabajar» el consenso de modo progresivo. El Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión inició su tarea en 2003 y la finalizó en la continuación del séptimo período de sesiones de la AEP, que tuvo lugar del 19 al 23 de enero de 2009⁽¹⁰⁾, aproximadamente unos 12 meses antes de la celebración de la Conferencia.

⁽⁶⁾ NU Doc. A/CONF.183/9, 17 de Julio de 1998, y corregido por los procesos verbales de 10 de noviembre de 1998, 12 de Julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 16 de enero de 2001 y 17 de enero de 2001 (entró en vigor el 1 de julio de 2002).

⁽⁷⁾ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: «Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable», en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (ed.): *El derecho internacional en los albores del siglo xxi, homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, 2002, pp. 243-264.

⁽⁸⁾ REMIRO BROTONS, Antonio: «El crimen de agresión en el Estatuto de la CPI revisado: nascetur ridiculus mus», en CARDONA LLORENS, Jorge, PUEYO LOSA, Jorge, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis y SOBRINO HEREDIA, José Manuel (eds.), y AZNAR GÓMEZ, Mariano (coord.): *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, tomo i, 2012, pp. 1115-1129, en particular p. 1115.

⁽⁹⁾ Muy interesante es en este sentido las críticas a la independencia de la Corte Penal Internacional, puesta en peligro por el resultado de Kampala en: VON BRAUN, Leoniey y MICUS, Annelen: «Judicial independence at risk. Critical issues regarding the crime of aggression raised by selected human rights organizations», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, marzo de 2012, pp. 111-132.

⁽¹⁰⁾ Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, anexo i, ICC-ASP/7/SWGC/2, 20 de febrero de 2009.

El resultado de la Conferencia de Revisión no es posible contemplarlo sino a la luz del trabajo previo desarrollado en Princeton y de los métodos de trabajo de dicho grupo, el llamado «proceso de Princeton»⁽¹¹⁾. De hecho, a lo largo de los distintos períodos de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes, el Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión se había venido encargando de recopilar distintas propuestas en torno a la definición del crimen de agresión y a sus condiciones de procedibilidad, a fin de remitir sus conclusiones a la mencionada Conferencia de Revisión⁽¹²⁾.

Para el cumplimiento de sus funciones, dicho grupo de trabajo funcionó desde septiembre de 2003 no solo en el formato de reuniones oficiales, sino también en el de reuniones oficiosas entre períodos de sesiones celebradas en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, en la Universidad de Princeton⁽¹³⁾. Estas reuniones oficiosas, junto con la celebración de una

⁽¹¹⁾ Sobre este proceso, ver BARRIGA, Stefan, DANSPECKGRUBER, Wolfgang y WE-NAWESER, Christian (eds.): *The Princeton process on the crime of aggression*, Lynne Rienner Publishers, 2009. Vertambién BARRIGA, Stefan: «Against the odds: the results of the Special Working Group on the Crime of Aggression», en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010, pp. 621-640.

⁽¹²⁾ Para un examen exhaustivo de la tarea desarrollada por el Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, ver: <http://www.icc-cpi.int/asp/aspaggression.html>.

⁽¹³⁾ Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosas entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 21 al 23 de junio de 2004, ICC/ASP/3/SWGCA/INF.1; Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosas entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 13 al 15 de junio de 2005, ICC-ASP/4/32, anexo ii; Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosas entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 8 al 11 de junio de 2006, ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1; Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosas entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 11 al 14 de junio de 2007, ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1; Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosas entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 2 al 6 de junio de 2008, ICC-ASP/6/20, add.1, anexo ii; Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosas entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, acogida por el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, en el Club Princeton, Nueva York (Estados Unidos de América) del 8 al 10 de junio de 2009, ICC-ASP/8/INF.2.

serie de conferencias académicas⁽¹⁴⁾, permitió avanzar más rápidamente sin el obstáculo de las posiciones políticas de los estados, aunque al final dichas posturas se habrían de ver enfrentadas en la Conferencia de Kampala.

Los problemas subyacentes a la disparidad de posiciones hacían referencia no solo a la definición del tipo penal, sino también a su integración en el sistema de normas competenciales del Estatuto de Roma. Pero, sin duda, la mayor dificultad estribaba en lograr la compatibilidad del ER con la Carta de las Naciones Unidas⁽¹⁵⁾, habida cuenta de la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad respecto del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales⁽¹⁶⁾.

Un proyecto de enmiendas al Estatuto de Roma contenido en el informe final del Grupo de Trabajo llegó a Kampala⁽¹⁷⁾. Conforme a dicho proyecto, las enmiendas se concretaban en la introducción de tres disposiciones en el Estatuto, el art. 8 bis, el 25.3 bis y el 15 bis (finalmente, hubo un art. 15 bis y 15 ter), y las correspondientes enmiendas a las disposiciones del ER relacionadas, así como a los *Elementos de los crímenes*.

Sin embargo, tal y como veremos a continuación, las principales dificultades se plantearon en cuanto a las llamadas «condiciones de procedibilidad», que Escobar Hernández⁽¹⁸⁾ define como «las condiciones previas que deben cumplirse para que la CPI pueda ejercer su jurisdicción sobre el crimen de agresión». En definitiva, los problemas se plantean en referencia a la relación entre la Corte y el Consejo de Seguridad por tratarse de un crimen que conecta

⁽¹⁴⁾ En particular, destacamos: Torino Conference on International Criminal Justice, celebrada en mayo de 2007 en Turín; Symposium on the Crime of Aggression, celebrado en septiembre de 2008, en la Case Western Reserve University School of Law, en Cleveland (Ohio). El resultado de ambos eventos académicos se puede seguir en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010; y en *Case Western Reserve Journal of International Law*, n.º 41, 2009, pp. 267-467.

⁽¹⁵⁾ VAL, Fernando: «Criminalizar la agresión: una cita en Kampala», en AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, Fernando y PEÑARANDA ALGAR, Julio (comps.): *Actas de las I Jornadas de Estudios de Seguridad de la Comunidad de Estudios de Seguridad General Gutiérrez Mellado*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, UNED, 2009, pp. 519-539.

⁽¹⁶⁾ No podemos olvidar una serie de disposiciones relevantes de la Carta de las Naciones Unidas, en particular con los artículos 1.1, 10, 11, 12, 14, 24, 39 y 103, así como el art. 5.2 del Estatuto de Roma. En este sentido, constatamos que el Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad «primordial» (que no exclusiva) en relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, al tiempo que a él le corresponde la determinación de la existencia de un acto de agresión, de conformidad con el capítulo vii de la Carta.

⁽¹⁷⁾ ICC-ASP/7/SWGCA/2, 20 de febrero de 2009, Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, anexo i.

⁽¹⁸⁾ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: «Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable», en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (ed.): *El derecho internacional en los albores del siglo xxi, homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, 2002, p. 248.

con cuestiones íntimas relacionadas con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

■ Breve aproximación a la dinámica de la Conferencia de Revisión

Finalmente, y de acuerdo con la decisión adoptada por la Asamblea en su octavo período de sesiones⁽¹⁹⁾, la Conferencia de Revisión se celebró en Kampala (Uganda) del 31 de mayo al 11 de junio de 2010. Mientras la primera semana de trabajo fue dedicada al debate general, el trabajo de la segunda semana se centró en el crimen de agresión⁽²⁰⁾. Vamos a desmenuzar brevemente cuáles fueron las principales posturas que se pusieron de manifiesto en dicha conferencia, puesto que solo tras el análisis de los mismos podremos comprender el resultado de Kampala.

La discusión sobre el crimen de agresión en Kampala fue objeto de muchos años de trabajo preparatorio, pero la cuestión que flotaba en el aire era si se trataba del momento político adecuado para conseguir el consenso. A este respecto, ciertos estados poseían posiciones encontradas. Para algunos miembros permanentes del Consejo de Seguridad, como los Estados Unidos, era conveniente postergar la discusión sobre el crimen de agresión; para otros, era el tiempo de adoptar una decisión. Sin embargo, algunos miembros permanentes del Consejo, en este caso también miembros de la UE como Francia y Reino Unido, consideraron, conforme avanzaba la Conferencia, que habían de ceder en su apuesta por la determinación previa por parte del Consejo de Seguridad de la existencia de un acto de agresión⁽²¹⁾.

En cuanto a los métodos de trabajo⁽²²⁾, el presidente presentó un documento de sala que tenía por objeto facilitar el trabajo pendiente en lo relativo al crimen

⁽¹⁹⁾ Documentos oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, octavo período de sesiones, La Haya, 18 a 26 de noviembre de 2009 (ICC-ASP/8/20), vol. i, parte ii, ICC-ASP/8/Res.6, párr. 2.

⁽²⁰⁾ MARSCHNER, Laura y OLMA, Isabelle: «The First Review Conference of the International Criminal Court», *Zeitschrift für Internationale Strafrechts dogmatic*, www.zis-online.com. Ver también RUYSS, T.: «Defining the crime of aggression: the Kampala consensus», Working Paper, n.º 57, January 2011, pp. 1-35.

⁽²¹⁾ Sin embargo, ambos países pusieron de manifiesto, con sus respectivas declaraciones, que no habían querido romper el consenso pero que conservaban su opinión sobre el papel prioritario que había de conservar el Consejo de Seguridad en la determinación de un acto de agresión. Ver: Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales (Docs. RC/11). Declaraciones formuladas por los estados partes en explicación de su posición antes de la aprobación de la Resolución RC/Res.6 sobre el crimen de agresión. Declaración de Francia, p. 137, y declaración de Reino Unido, p. 139.

⁽²²⁾ Sobre los métodos de trabajo y la dinámica de la Conferencia de Revisión, ver VAN SCHAACK, Beth: «Negotiating at the interface of power&law: the crime of aggression», <http://intlwgrrls.blogspot.com/search/label/Crime%20of%20aggression%20series>. Ver también: KREB, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: «The Kampala compromise on the crime of aggression», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 8, 2010, pp. 1179-1217.

de agresión. El documento contenía una propuesta de proyecto de resultados para la Conferencia de Revisión sobre el crimen de agresión que incluía los siguientes elementos: a) el proyecto de resolución de habilitación sobre el crimen de agresión, con la incorporación de un breve preámbulo y párrafos dispositivos adicionales; b) proyectos de enmiendas al Estatuto de Roma en lo tocante al crimen de agresión; c) proyectos de enmiendas a los *Elementos de los crímenes*, y d) proyectos de entendimientos respecto de la interpretación de las enmiendas. Todos estos textos se habían considerado anteriormente en el contexto del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión y de la Asamblea de los Estados Partes.

Desde el principio, resultó obvio que la adopción de una definición conforme a la resolución 3314 no iba a suponer mayores problemas, mientras que la cuestión más delicada iba a ser la relativa al posible ejercicio de la competencia por la propia CPI, con o sin previa autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares⁽²³⁾, en defecto de una decisión previa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

El núcleo de las discusiones se centraba, pues, en el papel del Consejo de Seguridad, órgano político con responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, en relación con la determinación de un crimen, a efectos de su posterior justiciabilidad ante un órgano judicial independiente e imparcial. La cuestión delicada era si se podía enjuiciar un crimen de agresión por la CPI en defecto de un pronunciamiento del Consejo, habida cuenta del respeto a su papel otorgado por la propia Carta de las Naciones Unidas, tratado que prevalece sobre cualquier otro (artículo 103 de la Carta).

De este modo, en el curso de las negociaciones se introdujeron nuevas propuestas⁽²⁴⁾, todas ellas con el propósito de «diluir» los problemas suscitados

⁽²³⁾ Sobre los documentos manejados en la Conferencia de Revisión, ver: RC/Res.6, Le crime d'agression, adoptée à la treizième séance plénière, le 11 juin 2010, par consensus; Rapport du groupe de travail sur le crime d'agression, Doc. RC/11, anexo iii; Projet de résolution: le crime d'agression, Doc. RC/DC/2; Projet de résolution: le crime d'agression (Revision), Doc. RC/DC/; Projet de résolution présenté par le président de la Conférence de Révision: Le crime d'agression, Doc. RC/10; anexo iii; Eléments d'interprétation concernant les amendements au Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale relatifs au crime d'agression (Doc. RC/10/Add.1); Rapport du groupe de travail sur le crime d'agression, Doc. RC/5; Document de séance relatif au crime d'agression, anexo iii; Eléments d'interprétation concernant les amendements relatifs au crime d'agression au Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, Doc. RC/7; Document de séance relatif au crime d'agression, anexo iii; Ententes concernat les amendements au Statut de Rome de la Cour Pénale International portant sur le crime d'agression, Doc. RC/8; Document de séance relatif au crime d'agression, Doc. RC/WGCA/1; Document de séance relatif au crime d'agression, Doc. RC/WGCA/1/Rev.1; Document de séance relative au crime d'agression, Doc. RC/WGCA/1/Rev.2; Document officiel du président: autres element d'une solution concernant le crime d'agression, Doc. RC/WGCA/2; Projet de rapport du groupe de travail sur le crime d'agression, Doc. RC/WGCA/.

⁽²⁴⁾ Para realizar un seguimiento diario de la Conferencia de Revisión, ver SCHABAS, William: «The ICC Review Conference: Kampala 2010,» 2010, <http://iccreviewconference.blogspot>.

por la relación Consejo de Seguridad-Corte Penal Internacional en relación con el crimen de agresión. Son destacables dos de ellas. La primera (formulada el 6 de junio de 2010) provenía de Argentina, Brasil y Suiza (la llamada «propuesta ABS»⁽²⁵⁾). Esta proposición establecía las modalidades para la entrada en vigor de la enmienda: un año después de la ratificación por un número específico de estados partes, la Corte tendría inmediata jurisdicción sobre los crímenes derivados de la remisión por parte del Consejo de Seguridad; una vez se obtuviera la ratificación de los 7/8 de los estados partes, también sería posible el ejercicio de dicha jurisdicción en relación con remisiones de situaciones realizadas por los estados e investigaciones *motu proprio*.

La propuesta ABS tenía como ventaja desplazar el objeto de atención de la autorización del Consejo de Seguridad a otras cuestiones relativas a la adopción y entrada en vigor de las enmiendas, aunque el nudo gordiano seguía estribando en el órgano político de la ONU y su papel respecto de este crimen de líderes. En cambio, dicha proposición trajo consigo un efecto beneficioso, puesto que se tomó en cuenta en el posterior borrador la distinción entre las dos situaciones referentes a la remisión por parte del Consejo de Seguridad y del Estado.

El día 8 de junio, Canadá reaccionó presentando una propuesta llamada «menu approach»⁽²⁶⁾, que precisaba del consentimiento del estado víctima y del estado agresor como condiciones de procedibilidad. Se hacía respetar, así, el consentimiento estatal, siempre que no se hubiera producido la determinación previa del acto de agresión por el Consejo de Seguridad. Esta propuesta no hacía sino adoptar el modelo del art. 121.5 ER⁽²⁷⁾ con un «entendimiento negativo» (cuestión que será examinada posteriormente) en el seno de un mecanismo de *opting in* para los supuestos en que el Consejo de Seguridad no hubiera concluido previamente la existencia de un acto de agresión. Esta opción era, obviamente, la más respetuosa con el régimen jurisdiccional basado en el consentimiento de los estados.

Finalmente, la tarde del 9 de junio, las negociaciones dieron lugar a una declaración conjunta, denominada «ABCS Non-Paper»⁽²⁸⁾. Este «Non-Paper»

com/ (visitado el 27 de junio de 2010).

⁽²⁵⁾ Texto oficioso presentado por las delegaciones de la Argentina, Brasil y Suiza el 6 de junio de 2010 (Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales (Docs. RC/11). Apéndice v, pp. 75-76).

⁽²⁶⁾ Texto oficioso presentado por la delegación de Canadá el 8 de junio de 2010 (Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales [Docs. RC/11]. Apéndice v, p. 77).

⁽²⁷⁾ «Las enmiendas a los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente Estatuto entrarán en vigor únicamente respecto de los estados partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. La Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un estado parte que no haya aceptado la enmienda».

⁽²⁸⁾ Declaration (Draft of 9 June 2010, 16:00 h). Ver KREB, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: «The Kampala compromise on the crime of aggression», *Journal of International Cri-*

partía de la idea de que el crimen de agresión estaba sujeto a la aplicación del art. 12 ER, con dos precisiones importantes: la primera, que todo estado parte tendría el derecho de *opt out*; la segunda, que la Corte no debía poder ejercer su jurisdicción sobre crímenes cometidos por nacionales o en el territorio de estados no partes. Sería una fórmula de compromiso que, partiendo del art. 12 del ER, proyecta los nexos jurisdiccionales de esta disposición sobre el art. 121.4 ER⁽²⁹⁾. Al mismo tiempo, se completaba con una cláusula de activación para el ejercicio de la jurisdicción por la Corte referente a los cinco años que habrían de pasar después de la entrada en vigor de este artículo para cualquier estado parte.

El presidente de la Asamblea de Estados Partes elaboró un borrador que contenía elementos de las variadas propuestas planteadas⁽³⁰⁾. En general, las posturas eran las siguientes⁽³¹⁾: por un lado, los estados africanos apostaban por una persecución del crimen de agresión alejada del Consejo de Seguridad y de los riesgos de politización. Esta postura era seguida por los estados latinoamericanos. Por su parte, los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Estados Unidos, Francia, Reino Unido, China, y la Federación Rusa), temerosos de perder el veto en este supuesto, se mostraban, de forma más o menos explícita, contrarios a una incorporación absoluta y sin condiciones del crimen de agresión al ER, puesto que esto repercutía en el papel otorgado por el instrumento constitutivo de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad.

Por su parte, los norteamericanos hicieron hincapié en la necesidad de realizar una interpretación correcta y ajustada al tenor de la ley, de modo que se adoptaron una serie de «entendimientos»⁽³²⁾ sobre las características, sentido y alcance tanto del crimen de agresión como de sus condiciones de procedibilidad⁽³³⁾. Sin embargo, tal y como demuestra su declaración, se mostraron satisfechos con el principio de que cualquier decisión relativa a la posibilidad de establecer condiciones de ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión se tomara después del 1 de enero de 2017⁽³⁴⁾. En definitiva, se postergaba en

minal Justice, n.º 8, 2010, pp. 1203-1204.

⁽²⁹⁾ «Salvo lo dispuesto en el párrafo 5, toda enmienda entrará en vigor respecto de los estados partes un año después de que los siete octavos de estos hayan depositado en poder del secretario general de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación o de adhesión».

⁽³⁰⁾ Ver: «Proyecto de resolución: el crimen de agresión» (Doc. RC/WGCA/1/Rev.2).

⁽³¹⁾ FERNÁNDEZ- TRESGUERRES, José Antonio: «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo-11 de junio de 2010», Documentos de Opinión del IEE n.º 10/2010, septiembre 2010.

⁽³²⁾ Sobre el estatus de los entendimientos, ver HELLER, Kevin John: «The uncertain legal status of the aggression understandings», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, 2012, pp. 229-248.

⁽³³⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo iii, «Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión».

⁽³⁴⁾ Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales (Docs. RC/11). Declaraciones

el tiempo la decisión definitiva en relación con la agresión, lo que avalaba la postura inicial de este país.

Tras una serie de reuniones informales entre las distintas delegaciones y los presidentes del Grupo de Trabajo y de la Asamblea, príncipe Zeid y Christian Wenaweser, se consiguieron dos «Non-paper» para los días 10 y 11 de junio. La cuestión principal era si en ausencia de la previa determinación del acto de agresión por el Consejo de Seguridad el fiscal podría continuar con su investigación y si los estados de Francia y Reino Unido cederían al respecto.

Finalmente, los dos miembros permanentes del Consejo de Seguridad pero también miembros de la Unión Europea cedieron y el compromiso pasó por el establecimiento de dos regímenes diferentes, dependiendo de si se había activado la jurisdicción de la Corte por parte del estado o del Consejo de Seguridad (art. 15 bis y art. 15 ter), así como por la adopción de un mecanismo que permitiría la adopción y entrada en vigor de las enmiendas en un momento ulterior y con una gran sujeción al consentimiento estatal.

Cuando el presidente pidió la palabra en relación con el consenso, tan solo Japón intervino, en la línea de la declaración anexionada a los documentos de la Conferencia⁽³⁵⁾ al señalar que si bien tenía serias dudas sobre las amenazas de las enmiendas a la integridad del Estatuto no rompería el consenso. Si dichas enmiendas constituyen una verdadera amenaza al Estatuto de Roma y su integridad será una cuestión a analizar a continuación, con el fin de evaluar no solo el resultado de Kampala sino las perspectivas de futuro en referencia al enjuiciamiento concreto y real por parte de la CPI de una persona acusada por un crimen de agresión.

■ EL RESULTADO DE KAMPALA Y LAS PERSPECTIVAS DE FUTURO

■ La definición del crimen de agresión y el acto de agresión

Finalmente, en Kampala se configura un tipo penal que se incluye en el art. 8 bis del ER⁽³⁶⁾. En cuanto a la definición del «crimen de agresión», se vincula, en el párrafo 2.º de esta disposición, a la comisión de un «acto de agresión». La definición conseguida para la agresión posee, así, tres aspectos dignos de ser destacados: la conducta del estado (el acto de agresión), la conducta individual (el crimen *stricto sensu*) y las condiciones de procedibilidad (relación

formuladas por los estados partes en explicación de su posición antes de la aprobación de la Resolución RC/Res.6 sobre el crimen de agresión. Declaración de Japón, pp. 141-142.

⁽³⁵⁾ Ibidem, p. 140.

⁽³⁶⁾ Ver artículo 8 bis, párr. 2.º, relativo al crimen de agresión (Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo i).

entre la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad a efectos de la determinación del acto de agresión y del crimen de agresión).

Comenzando por la vinculación del «crimen de agresión» a la comisión de un «acto de agresión» (art. 8 bis, párr. 2.º), hemos de señalar que la definición del acto responde a la establecida en la Resolución 3314 (XXIX). Con todo, la identificación con la Resolución 3314 no es absoluta como veremos a continuación porque, de seguirse una línea restrictiva de interpretación, permitiría, tal y como señala Rodríguez Villasante⁽³⁷⁾, la impunidad de formas modernas de agresión como la guerra cibernética, las demostraciones navales, la delegación de vuelos militares o el empleo de aviones de combate no tripulados con fines de información, entre otras.

La modulación de la referencia a dicha resolución viene de la mano del listado de actos que aparecen a continuación y que reproduce el art. 3 de esta misma resolución⁽³⁸⁾. La ventaja con esta fórmula, por un lado, es que se define el acto de agresión de acuerdo con un parámetro interpretativo garantista, y por otro, que se evita la aplicación del art. 4 de la mencionada resolución que permite la discrecionalidad del Consejo de Seguridad en determinar la existencia de otros actos de agresión diferentes a los listados en el art. 3. Una referencia a la Resolución 3314 en su totalidad hubiera garantizado el papel predominante del Consejo de Seguridad en la determinación y calificación de un acto de agresión, lo que hubiera satisfecho las pretensiones de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

Volviendo al listado de actos aludido, hemos de destacar que la Conferencia de Revisión tenía ante sí el reto de resolver si este listado era exhaustivo o meramente ejemplificativo, cuestión nada baladí si tenemos en cuenta que podía suponer una limitación importante al ejercicio de la competencia por parte de la Corte.

Se optó finalmente por la siguiente redacción en la segunda parte del párrafo 2.º del art. 8 bis: «[...] De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión». De esta

⁽³⁷⁾ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: «Nota sobre la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala (Uganda), 2010», en http://www.cruzroja.es/dih/pdfs/temas/3_4/3_4.pdf, consultado por última vez el 5 de octubre de 2012.

⁽³⁸⁾ En efecto, la definición del acto de agresión viene contenida en el art. 8 bis, en su párrafo 2.º, y responde plenamente a la contenida en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974: «El uso de la fuerza armada por un estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro estado, o de cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas». A continuación, en la segunda parte de este art. 8 bis párr. 2.º se reproduce, en un listado de actos constitutivos de agresión, el art. 3 de la Resolución 3314 (XXIX).

manera, se evitan ciertas limitaciones indeseables ya que el concepto de guerra de agresión resulta más restrictivo. Lo mismo puede decirse respecto de la necesidad de un objetivo o resultado, como realizar una ocupación militar o anexionar el territorio de otro estado, ya que el crimen de agresión es per se grave, sin necesidad de una ocupación militar o la anexión de otro estado o una parte del mismo como objetivo o resultado.

En esta misma línea de evitar límites incongruentes, como ya hemos visto, se establece un listado que no es exhaustivo y que elige una definición bastante amplia y que opera a modo de cláusula general en la primera parte de este párrafo 2.º. A continuación, dicha definición se completa con una serie de ejemplos no taxativos⁽³⁹⁾ en su segunda parte, de modo que el ámbito de decisión de la Corte Penal Internacional se amplifica. Sin embargo, como señala KREB⁽⁴⁰⁾, este margen de decisión de la Corte no sería discrecional sino que vendría inspirado por el marco normativo en materia de derechos humanos del Estatuto de Roma, en particular, los artículos 21.3 y 67.1 (i) del Estatuto de Roma.

En cambio, una barrera viene impuesta por la introducción de un umbral respecto del acto de agresión. Este acto, para constituir un crimen de agresión, ha de ser un acto que «por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas»⁽⁴¹⁾. Esta calificación del acto posee no solo un papel limitador, sino también clarificador de la competencia de la Corte⁽⁴²⁾ y, a juicio de KREB, permitió en Kampala el consenso de los estados en torno a la inclusión de la referencia a la Resolución 3314⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ En este sentido, ver CLARK, Roger: «Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court considered at the First Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010», *Göttingen Journal of International Law*, n.º 2, 2010, pp. 689-711, en particular p. 696.

⁽⁴⁰⁾ KREB, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: «The Kampala compromise on the crime of aggression», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 8, 2010, pp. 1179-1217, en particular pp. 1190-1191.

⁽⁴¹⁾ ICC-ASP/7/SWGCA/2, 20 de febrero de 2009, Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, anexo i, p. 12, párr. 2.º

⁽⁴²⁾ En este sentido, solo destacar que dicho umbral fue fruto del consenso en el «proceso de Princeton», planteando mayores problemas en el seno de la Asamblea de Estados Partes. Ver «Discussion Paper 3», presentado en Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 13 al 15 de junio de 2005, ICC-ASP/4/32, anexo ii. Particularmente interesante es la discusión suscitada en: Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Continuación del sexto periodo de sesiones, Nueva York, 2 a 6 de junio de 2008, Documentos Oficiales ICC-ASP/6/20/Add.1, párrs. 23-29.

⁽⁴³⁾ KREB, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: «The Kampala compromise...», cit., p. 1193.

La adopción de una definición en Kampala se pudo lograr gracias a la aprobación de una serie de «entendimientos»⁽⁴⁴⁾ basados en una propuesta introducida por la delegación estadounidense el 7 de junio de 2010⁽⁴⁵⁾ y que ponían el énfasis en que la agresión es la «forma más grave y peligrosa del uso ilegal de la fuerza». En consecuencia, basándose en este documento, la determinación sobre si un acto de agresión había sido cometido requería el examen de todas las circunstancias relativas al caso, incluyendo la gravedad. Del mismo modo, al determinar si un acto de agresión constituía o no una «violación manifiesta» de la Carta de las Naciones Unidas, se debían examinar los tres elementos referentes a las características, gravedad y escala.

Coincidimos con Remiro Brotons⁽⁴⁶⁾ cuando afirma que la idea del umbral resulta redundante en la medida en que la «importancia y gravedad de la agresión» está implícita en el propio artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas cuando establece una gradación según la cual el Consejo de Seguridad determinará la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. E, igualmente, hemos de tener en cuenta que la propia Corte solo tiene competencia sobre los crímenes más graves. En todo caso, hay un elemento del umbral que resultaría aceptable: el relativo a la violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, ya que de esta manera se excluirían los usos de la fuerza permitidos por este instrumento internacional. Algunos autores van más allá y apuntan a que la intervención humanitaria estaría implícitamente excluida de la definición de la agresión porque no está técnicamente en contra de la Carta de las Naciones Unidas⁽⁴⁷⁾, lo que resulta discutible.

Así, por un lado, podemos considerar que solo «los actos más graves del más grave de los crímenes más graves deben someterse a la jurisdicción de la Corte»⁽⁴⁸⁾. Pero, por otro, la lectura positiva es que los usos prohibidos por el derecho internacional, solo cuando alcanzan el umbral pertinente serán competencia de la Corte Penal Internacional⁽⁴⁹⁾, lo que parece adecuado con el carácter complementario de este órgano judicial.

⁽⁴⁴⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo iii, «Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión».

⁽⁴⁵⁾ Untitled paper as presented to the WGCA by William K. Lietzau, Deputy Assistant Secretary of Defense (Detainee Policy), citado en: KREB, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: «The Kampala compromise...», cit., p. 1205.

⁽⁴⁶⁾ REMIRO BROTONS, Antonio: «El crimen de agresión en el Estatuto de la CPI revisado: naceretur...», cit., pp. 1117-1118.

⁽⁴⁷⁾ Sobre la intervención humanitaria en relación con el crimen de agresión, ver CREEGAN, Eric: «Justified uses of force and the crime of aggression», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, 2012, pp. 69-72.

⁽⁴⁸⁾ *Ibid.* n. (43), p. 1118.

⁽⁴⁹⁾ Sobre las distintas formas de uso de la fuerza en relación con el crimen de agresión, ver CREEGAN, Eric: «Justified uses of force and the crime of aggression», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, 2012, pp. 59-82.

En cualquier caso, en Kampala se han sentado las bases para una interpretación restrictiva de este crimen por parte de la Corte Penal Internacional a la hora de ejercer su jurisdicción. Con todo, los «entendimientos» podrían facilitar el trabajo judicial de esta institución, amén de haber servido como elemento facilitador del consenso en la Conferencia de Revisión.

■ La responsabilidad penal del individuo: los perfiles de este crimen de líderes

En relación con la conducta individual, el primer aspecto destacable es la aquiescencia en torno al carácter de «crimen de líderes» que podrán cometer los jefes militares y políticos, aunque se admite la participación en el mismo en las distintas formas de responsabilidad del crimen de agresión. Tal y como señala Remiro Brotons, se trata de «el crimen de la crême de la crême, incluidos, junto a las autoridades oficiales o institucionales, los representantes de los poderes fácticos»⁽⁵⁰⁾.

En consonancia con esta caracterización del sujeto activo cualificado del crimen, el art. 8 bis, en su párrafo primero, establece que «a los efectos del presente Estatuto, una persona comete un ‘crimen de agresión’ cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas».

El consenso en torno al carácter de crimen de líderes de la agresión y a las distintas formas de participación en el mismo se había forjado durante todo el «proceso de Princeton». Pero la realidad es que dicho acuerdo encuentra su acomodo sin problemas en Kampala⁽⁵¹⁾, con una formulación que recuerda a Nuremberg⁽⁵²⁾ y en clara referencia al carácter consuetudinario de esta configuración del crimen⁽⁵³⁾.

Esto implicó, igualmente, la inclusión de un párr. 3.º bis en el art. 25 del Estatuto, conforme al cual «por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo solo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción»⁽⁵⁴⁾. Era una modificación necesaria con el fin de preservar la coherencia del Estatuto.

⁽⁵⁰⁾ REMIRO BROTONS, Antonio: «El crimen de agresión en el Estatuto...», cit., p. 1118.

⁽⁵¹⁾ Ver artículo 8 bis, párr.1.º, relativo al crimen de agresión (Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo i).

⁽⁵²⁾ HELLER, Kevin: «Retreat from Nuremberg: the leadership requirement in the crime of aggression», *European Journal of International Law*, n.º 18, 2007, pp. 477-497.

⁽⁵³⁾ Muy interesante es la reflexión sobre la agresión y el derecho consuetudinario que realiza MILANOVIK, Marco en: «Aggression and legality: custom in Kampala», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, March 2012, pp. 165-189.

⁽⁵⁴⁾ Documento de sala sobre el crimen de agresión (Doc. RC/WGCA/1/Rev.2), «Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión», anexo 1.

Finalmente, se introdujeron unas enmiendas a los elementos de los crímenes de cara a asegurar la cohesión del instrumento constitutivo de la Corte con sus instrumentos complementarios⁽⁵⁵⁾. En dichas enmiendas se parte de que el crimen de agresión implica la existencia de un acto de agresión ya cometido. Es necesario tener en cuenta que, en el «proceso de Princeton», la mayor parte de las delegaciones habían mantenido que no era posible la tentativa, de modo que, en ausencia de un acto completo, no existiría dicho crimen. Si no existe un acto completo del estado de agresión, no se puede dar el crimen de agresión cometido por un individuo, lo que parece una cuestión fuera de toda duda.

En cambio, sí se incluyen como formas de participación la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión. Como señala Rodríguez-Villasante⁽⁵⁶⁾, en Kampala se logró una tipificación «bastante aceptable de este delito internacional», que comprendería: la definición de un sujeto activo cualificado (delito de líderes políticos o militares), la acción típica (planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión) y el umbral de gravedad, ya examinado con anterioridad.

En referencia a este último elemento, solo queremos destacar que la caracterización de ese umbral de gravedad se halla igualmente presente en las enmiendas a los *Elementos de los crímenes*⁽⁵⁷⁾, puesto que se determina que el autor debe haber tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaban la incompatibilidad de dicho uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas, y debe haber tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que constituían dicha violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

■ El papel del Consejo de Seguridad y las condiciones de procedibilidad

- *Los presupuestos de Princeton: la coherencia con la Carta de las Naciones Unidas*

En cuanto a las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión y el papel del Consejo de Seguridad, hemos de señalar que estas condiciones habían de ser coherentes con las disposiciones relevantes de la Carta de las Naciones Unidas, en particular con los artículos 1.1, 10, 11, 12, 14, 24, 39 y 103 de dicho instrumento⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁵⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo ii. «Enmiendas a los elementos de los crímenes», p. 23.

⁽⁵⁶⁾ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: «Nota sobre la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala (Uganda), 2010», en http://www.cruzroja.es/dih/pdfs/temas/3_4/3_4.pdf, consultado por última vez el 5 de octubre de 2012.

⁽⁵⁷⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo ii. «Enmiendas a los elementos de los crímenes», p. 23.

⁽⁵⁸⁾ Ver las siguientes posiciones doctrinales seleccionadas: ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: «Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable», en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (ed.): *El derecho inter-*

En este sentido, vamos a plantear los términos generales del debate mantenido en Princeton y en las distintas sesiones de la Asamblea de los Estados Partes. Por un lado, no podíamos olvidar que el Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad «primordial» (que no exclusiva) en relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, al tiempo que a él le corresponde la determinación de la existencia de un acto de agresión, de conformidad con el capítulo VII de la Carta.

Pero por otro lado, y conforme a otras disposiciones de este instrumento (arts.10, 11.1 y 11.2), también la Asamblea General tiene ciertas competencias en materia de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Por consiguiente, si el Consejo de Seguridad no ejerce esa responsabilidad primaria, podría ser la Asamblea la que cumpla con dicha tarea.

Finalmente, aún quedaría la posibilidad del recurso al Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), al que pueden acudir tanto la Asamblea General o el Consejo de Seguridad para que ejerza su función consultiva en relación con el crimen de agresión como un estado parte para que ejerza su función contenciosa en relación con el mismo. Estos dos órganos, la Asamblea General y el TIJ, en todo caso, intervendrían solo cuando el Consejo de Seguridad no lo hiciera, por lo que se respetaría convenientemente la Carta de las Naciones Unidas al tiempo que se impediría la inacción de la CPI por una parálisis existente en el seno del Consejo de Seguridad.

En las diferentes reuniones *intersesionesales* de Princeton⁽⁵⁹⁾, las posiciones eran dos: aquellos que abogaban por un papel exclusivo del Consejo de Seguridad en la determinación del crimen de agresión y los que apostaban por un papel no exclusivo de dicho órgano. Los que optaban por la exclusividad del Consejo

nacional en los albores del siglo XXI, homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, Trotta, 2002, pp. 243-264; POLITI, Mauro y NESI, Giuseppe: *The International Criminal Court and the crime of aggression*, Ashgate, 2004; REMIRO BROTONS, Antonio: «Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo», Documento de Trabajo, n.º 10, Junio 2005, pp. 18; STEIN, Mark: «The Security Council, the International Criminal Court and the crime of aggression: how exclusive is the Security Council's power to determine aggression?», *Indiana International and Comparative Law Review*, n.º 16, 2005, pp. 1-36; BLOKKER, Niels: «The crime of aggression and the United Nations Security Council», *Leiden Journal of International Law*, n.º 20, 2007, pp. 867-894; SCHAEFFER, Robert: «The audacity of compromise. The UN Security Council and the pre-conditions to the exercise of jurisdiction by the ICC with regard to the crime of aggression», *International Criminal Law Review*, n.º 9, 2009, pp. 411-433; CLARK, Roger: «Negotiating provisions defining the crime of aggression, its elements and the conditions for ICC exercise of jurisdiction over it», *European Journal of International Law*, n.º 20, 2009, pp. 1103-1115.

⁽⁵⁹⁾ Aunque este debate se mantiene durante todo el «proceso de Princeton», ver, en particular: Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 13 al 15 de junio de 2005, ICC-ASP/4/32, anexo ii.

de Seguridad se amparaban en el art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas, y recordaban que solo dicho órgano tiene el poder de adoptar resoluciones vinculantes, aludiendo, además, a la incoherencia con la Carta que podría suponer el recurso a la Corte Penal Internacional.

Los que optaban por la intervención de otros órganos diferentes al Consejo se basaban en el carácter político de este órgano y en la necesidad de que dicha determinación fuera realizada por un órgano judicial, ya que, de lo contrario, se influiría negativamente en el desarrollo de una definición autónoma del crimen de agresión. Además, se aludió a que el art. 5.2 del Estatuto no hacía ninguna referencia al art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas. Y se añadía que el art. 39 había sido pensado para la adopción de una acción en relación con el mantenimiento de la paz y seguridad y no para autorizar una acción judicial.

Otro de los argumentos hacía referencia a la posibilidad de acudir a otros órganos diferentes al Consejo de Seguridad tales como la Asamblea General o el Tribunal Internacional de Justicia, como ya había ocurrido en el pasado. En esta misma línea se mostraron ciertos ejemplos de los poderes de la Asamblea General; por ejemplo, la misma adopción de la Resolución 3314 a pesar de la existencia del art. 39 de la Carta y la Resolución «Unión propaz»⁽⁶⁰⁾.

- *El crimen de agresión: opciones planteadas y el consenso de Kampala*

En consecuencia, la cuestión relativa a las condiciones de procedibilidad se revelaba como compleja, y dicha complejidad se puso de manifiesto en toda su plenitud en Kampala. En dicha conferencia esta cuestión fue la última respecto de la cual hubo consenso. Para lograr el mismo, fue preciso introducir dos disposiciones, el art. 15 bis y el art. 15 ter, que son el resultado final de un acuerdo logrado en el «proceso de Princeton» ya examinado en torno a dos cuestiones básicas.

La primera es la relativa a la consideración del crimen de agresión como una categoría absolutamente autónoma, de modo que la jurisdicción de la CPI se ejerce sobre un crimen preexistente: el crimen de agresión. En consecuencia, se realiza una diferenciación entre la definición del crimen y las condiciones bajo las cuales la Corte ejercerá su jurisdicción sobre el mismo. La segunda es la referente a que todos los mecanismos de activación establecidos en el art. 13 ER se aplican igualmente a la agresión, por lo que nos encontramos tras Kampala con un art. 15 bis (cuando se produce la remisión por un estado *motu proprio*) y un art. 15 ter (cuando se produce la remisión por el Consejo de Seguridad).

Pero el ligamen de la agresión con el Consejo de Seguridad tenía otras implicaciones que también fueron objeto de examen y discusión en Kampala.

⁽⁶⁰⁾ A/RES/3777 (V), de 3 de noviembre de 1950.

La más delicada era la relativa a si la Corte podría ejercer su jurisdicción sobre el crimen de agresión incluso en los casos en que el estado agresor no hubiera dado su consentimiento en relación con las nuevas disposiciones relativas al crimen de agresión. La cuestión se planteaba en relación con el juego entre el art. 12 ER y el art. 121 del mismo instrumento, como examinaremos en un epígrafe posterior.

En todo caso, el alegado crimen de agresión ha de derivar de un acto de agresión cometido por un estado parte que no hubiera formulado la declaración de no aceptación de la jurisdicción de la Corte sobre dicho crimen. Esto trae como consecuencia que, respecto de un estado no parte, la Corte no ejercerá su competencia en cuanto al crimen de agresión. Este párrafo 4.º llevó a Japón a formular una declaración unilateral manifestando las dudas que le planteaba el sistema de enmiendas al Estatuto, rompiendo la integridad del mismo. De este modo, este país ponía el ejemplo de los problemas que poseería un estado parte, rodeado de estados no partes, de convencer a su Parlamento de una enmienda que consagrara la inmunidad global y automática de los nacionales de estados no partes, en clara vulneración del art. 12 del Estatuto⁽⁶¹⁾.

En consecuencia, en la línea apuntada por Reisinger, podemos afirmar que con las enmiendas referentes a la agresión se instituye una *lex specialis* en relación con el art. 12.3 ER, de tal manera que se previene que estados no partes reciban beneficios injustos derivados del nuevo régimen del crimen de agresión⁽⁶²⁾. La apuesta por una declaración de *opting out*, como veremos en el siguiente epígrafe, contribuyó a modular los temores manifestados en relación con el respeto al consentimiento del estado.

En definitiva, el proyecto de artículo 15 bis acabó por introducirse en Kampala, aunque con muchas cautelas respecto del papel del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales conforme a la Carta de la ONU⁽⁶³⁾, y así lo demuestran los párrafos 1.º a 8.º de la mencionada disposición.

El presupuesto básico es que, conforme al párrafo 1.º del art. 15 bis, la CPI ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de acuerdo con el art. 13 ER. Y, según el párrafo 6.º, el fiscal, al llegar a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre el crimen de agresión, verificará si el CS ha determinado la existencia de un acto de

⁽⁶¹⁾ Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales (Docs. RC/11). Declaraciones formuladas por los estados partes en explicación de su posición antes de la aprobación de la Resolución RC/Res.6 sobre el crimen de agresión. Declaración de Japón, p. 140.

⁽⁶²⁾ REISINGER CORACINI, Astrid: «The International Criminal Court's exercise of jurisdiction over the crime of aggression: at last... in reach... over some», *Gottingen Journal of International Law*, n.º 2, 2010, pp. 745-789, en particular pp. 780-781.

⁽⁶³⁾ VAL, Fernando: «Criminalizar...», *op.cit.*, p. 531.

agresión. Asimismo este párrafo 6.º establece la comunicación entre el fiscal de la Corte y el secretario general de la ONU, de modo que el primero habrá de presentar al segundo una notificación sobre la situación de la Corte junto con la documentación y antecedentes pertinentes. De esta manera, y cuando se haya producido la determinación previa por el Consejo de Seguridad, es obvio que el fiscal puede iniciar una investigación (párr. 7.º).

- *El estado como mecanismo de activación de la jurisdicción de la CPI en referencia a la agresión*

Cuando el estado activa la jurisdicción de la CPI *motu proprio* en relación con el crimen de agresión y no se da dicha determinación previa por parte del Consejo de Seguridad, se plantean las verdaderas complicaciones, de modo que el párr. 8.º del art. 15 bis es el que nos proporcionaba más opciones e interrogantes de cara a la Conferencia de Revisión. En efecto, el proyecto de art. 8 bis, en su párrafo 4.º (actual párrafo 8.º), contaba con dos alternativas básicas con varias opciones cada una.

La alternativa 1 partía de que el fiscal no podría iniciar la investigación respecto de un crimen de agresión cuando no se emita tal determinación por el Consejo de Seguridad. En el marco de esta alternativa 1, existía la opción 1 que implica dejar el párrafo anterior tal cual, basándose en un respeto absoluto al papel determinado por el Consejo en la Carta de la ONU. Pero también existía una opción 2, según la cual se exceptuaba del punto de partida de la alternativa 1, el caso en el que el CS solicitara, mediante una resolución en el marco del capítulo VII, al fiscal de la Corte que iniciara una investigación sobre el crimen de agresión. Esta última opción flexibilizaba la determinación previa por el Consejo de Seguridad respecto de la existencia de un acto de agresión, de modo que bastaría con que el Consejo hubiera dado «luz verde» a la Corte para que se ocupara del caso declarando que no se daba ninguna objeción para ello.

La alternativa 2 tenía un punto de partida diferente y planteaba distintas opciones cuando el Consejo de Seguridad no emitiera su determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de la notificación, pero el punto de partida es que el fiscal podría iniciar los procedimientos de investigación. Dentro de esta alternativa las opciones eran cuatro: la opción 1 es que el fiscal puede iniciar la investigación sin más; la opción 2 requería un pronunciamiento previo de la Sala de Cuestiones Preliminares, que habría de autorizar; la opción 3 precisaba de una determinación previa por la Asamblea General, y la opción 4 necesitaba la determinación por parte del Tribunal Internacional de Justicia.

Era obvio que la opción 1 era preferible en el plano ideal, aunque consideramos que no era factible en la práctica y en esos momentos (gracias al peso político

de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad). La opción 2 parecía un poco confusa, pudiendo referirse a un estadio previo y relativo a los mecanismos de activación de la Corte, de modo que no soluciona el problema de base. La opción 3 poseía una base jurídica indudable, si reconocemos el papel primordial pero no exclusivo del Consejo de Seguridad en relación con la agresión⁽⁶⁴⁾.

Finalmente, la opción 4 planteaba serios interrogantes por la posible interferencia del Tribunal Internacional de Justicia en la labor de la Corte Penal Internacional, con la consiguiente confusión de jerarquía entre ambas instituciones y la falta de respeto a los derechos del acusado. Sin embargo, la referencia a la Asamblea General o el Tribunal Internacional de Justicia se empañaba si tomábamos en consideración el párr. 5.º del art. 15 bis, conforme al cual «la determinación de que hubo acto de agresión hecha por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del propio Estatuto».

Pero la realidad es que, hasta llegar a Kampala, todas estas opciones permanecían abiertas y propiciaron un arduo debate en la Conferencia de Revisión por todas las implicaciones políticas y jurídicas que conllevan. El resultado final, que opta por la alternativa 2, opción 2, no es sino el fruto del juego de implicaciones logrado entre el procedimiento de adopción y entrada en vigor de las enmiendas relativas a la agresión, el consentimiento estatal del art. 12 y la posibilidad de declarar que no se acepta la competencia de la Corte en materia de agresión.

Así, nos encontramos con un párrafo 8.º del art. 15 bis bastante progresista si no fuera por la inclusión de una serie de umbrales (ya mencionados) en los anteriores párrafos 2.º a 5.º de este mismo artículo, y por la misma referencia a una disposición previa del ER (el art. 16): «Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16».

Se opta por el filtro judicial interno de la Sala de Cuestiones Preliminares ya que, como se había puesto de manifiesto con anterioridad, esto permitía que la Corte pudiera actuar de forma independiente, evitando así la politización,

⁽⁶⁴⁾ Recordemos que, conforme a ciertas disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas (arts.10, 11.1 y 11.2), también la Asamblea General tiene ciertas competencias en materia de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Así, contamos con la misma adopción de la Resolución 3314 (xxix) a pesar de la existencia del art. 39 de la Carta, y la Resolución «Unión propaz» (/RES/3777 (V), de 3 de noviembre de 1950.

con el fin de erradicar la impunidad⁽⁶⁵⁾. De este modo, se respetaba la función principal del Consejo de Seguridad en cuanto a la determinación de un acto de agresión al tiempo que se mantenía su separación respecto de la Corte.

Sin embargo, en los párrafos 2.º y 3.º del art. 15 bis y en «Entendimiento 3»⁽⁶⁶⁾ se ponen las bases para completar esta aproximación y permitir el consenso frente a la no mención al Consejo de Seguridad, de modo que se aplaza la competencia *ratione temporis* de la Corte a un momento posterior. Así, se establece que, en el supuesto de remisión de una situación a la Corte por cauces diferentes al Consejo de Seguridad, la Corte solo podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos después de la adopción de la decisión del 1 de enero de 2017 y un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta estados partes.

- *El Consejo de Seguridad como mecanismo de activación: acto de agresión y crimen de agresión*

Hemos dejado para el final el art. 15 ter, que hace referencia al supuesto de remisión por parte del Consejo de Seguridad. En este supuesto, es obvio, de acuerdo con el «Entendimiento 2»⁽⁶⁷⁾, que la Corte podrá ejercer su jurisdicción con independencia de si el estado concernido ha aceptado la jurisdicción de la Corte a este respecto, refiriéndose tanto a estados partes como no partes. Esta interpretación estaría de acuerdo con el papel otorgado por el Estatuto al Consejo de Seguridad. Al tiempo, el art. 13.b del Estatuto, al establecer que el Consejo podrá remitir una situación ante la Corte, supone el reconocimiento de los poderes del Consejo conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

En consecuencia, el art. 15 ter no requiere una previa determinación del acto de agresión por parte del Consejo de Seguridad. El Consejo de Seguridad podría realizar dicha determinación, poder reconocido por el párrafo 4.º de este art. 15 ter, pero no es un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte sobre el crimen de agresión. De hecho, podríamos interpretar que la ausencia de una mención a la previa determinación de la existencia de un acto de agresión por el Consejo de Seguridad abre la puerta a la opción de que baste con que el Consejo dé «luz verde» a la actuación de la Corte.

⁽⁶⁵⁾ Informe del Grupo de Trabajo sobre el Crimen de Agresión, Doc. RC/11, párr.19.

⁽⁶⁶⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo iii, «Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión». Competencia *ratione temporis*, p. 24.

⁽⁶⁷⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo iii, «Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión»: «Remisiones por el Consejo de Seguridad: 2. Se entiende que la Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión sobre la base de una emisión por el Consejo de Seguridad, de conformidad con el apartado b) del artículo 13 del Estatuto, independientemente de que el estado de que se trate haya aceptado la competencia de la Corte a este respecto.»

En todo caso, conviene realizar dos recordatorios: primero, que el Consejo de Seguridad es uno de los mecanismos de activación de la Corte, aunque está en manos del fiscal el determinar la dirección de una investigación en relación con los crímenes y las personas involucradas, y segundo, que, tal y como reza el párrafo 4.º del art. 15 ter, «la determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.»

Finalmente, y conforme a los párrafos 2.º y 3.º del art. 15 ter y al «Entendimiento 1»⁽⁶⁸⁾, la competencia de la Corte sobre la agresión en los casos de remisión por el Consejo de Seguridad se postergará a un momento ulterior a la toma de decisión del 1 de enero de 2017, o al año posterior a la ratificación o aceptación de las enmiendas por 30 estados partes si esta fecha fuera posterior. Este juego de mayorías y fechas aplicable en todos los supuestos de activación de la jurisdicción de la Corte no hace sino recordarnos que, en última instancia, los estados vuelven a tener el control para determinar cuándo la Corte Penal Internacional va a poder ejercer su jurisdicción sobre los crímenes de agresión, lo que supone todo un retroceso como veremos en el siguiente epígrafe en relación con el sistema de enmiendas.

En todo caso, conviene referirse por último a la mención del párrafo 8.º del art. 15 bis al art. 16 ER, que establece aún más obstáculos al ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte sobre el crimen de agresión, en clara referencia a la interacción con la actividad del Consejo de Seguridad. La referencia a este artículo, aunque produciendo efectos similares, neutralizó la propuesta relativa a la llamada «luz roja»⁽⁶⁹⁾, que hubiera permitido al Consejo

⁽⁶⁸⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010. anexo i, «Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional». Art. 15 ter: «2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta estados partes. 3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1.º de enero de 2017 por la misma mayoría de estados partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto». Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo iii, «Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión»: «1. Se entiende que la Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión sobre la base de una remisión por el Consejo de Seguridad, de conformidad con el apartado b) del artículo 13 del Estatuto únicamente respecto de crímenes de agresión que se hayan cometido después de que una decisión se haya adoptado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 15 ter, y un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta estados partes, si esta última fecha fuera posterior.»

⁽⁶⁹⁾ Para el debate anterior, ver: Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, séptimo período de sesiones, La Haya, 14 a 22 de noviembre de 2008 (publicación de la Corte Penal Internacional, ICC-ASP/7/20), vol. i, anexo iii, párrafos 21-23; Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, continuación del sexto período de sesiones, Nueva York, 2 a 6 de junio de 2008 (publicación de la Corte Penal Internacional, ICC-ASP/6/20/Add.1), anexo ii, párrafo 47.

de Seguridad decidir la suspensión de una investigación en curso sobre un crimen de agresión mediante una resolución conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

En nuestra opinión, esta opción hubiera sido altamente peligrosa ya que, más allá del respeto a las disposiciones de la Carta de la ONU, hubiera conferido al Consejo de Seguridad potestades para interferir en la independencia de un órgano judicial. En cambio, la mención al art. 16 ER, partiendo de esa misma premisa, resulta más respetuosa con el propio Estatuto y posee una serie de condiciones para su puesta en marcha que resultan más limitativas⁽⁷⁰⁾. Con todo, esta decisión del Consejo necesita también del consentimiento de todos los miembros permanentes, por lo que el poder de veto tiene una función positiva para la jurisdicción de la Corte⁽⁷¹⁾ y, además, se reserva a las situaciones en las cuales el funcionamiento prematuro de la justicia penal internacional puede perjudicar al Consejo de Seguridad en su función de restablecimiento o mantenimiento de la paz⁽⁷²⁾.

■ El sistema de enmiendas y el futuro «incierto» del crimen de agresión

• *Las enmiendas en el «proceso de Princeton»*

En la reunión *intersesional* de Princeton de 2004 se llegó a la conclusión de que, dependiendo de si se enmendaba una u otra disposición del Estatuto y se utilizaba el procedimiento del art. 121.4 o 121.5 del Estatuto de Roma, el resultado podría ser la concesión a los estados de la posibilidad de optar, excluyendo así la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión.

⁽⁷⁰⁾ En el Estatuto de Roma se sometió la potestad de suspensión a dos condiciones: la obtención de una resolución formal del Consejo de Seguridad, de acuerdo con el capítulo VII de la Carta, y la limitación del término final de dicha suspensión a un plazo de doce meses, aunque dicho plazo puede ser renovado. Con esta primera condición se aseguraba que la suspensión de una investigación o enjuiciamiento fuera adoptada sobre la base de una resolución vinculante del Consejo de Seguridad. Y, dado que las resoluciones del capítulo VII se enmarcan en una amenaza o quebrantamiento de la paz o acto de agresión, la emisión de dicha resolución haría constatar al Consejo de un modo implícito que un proceso ante la CPI podrá repercutir negativamente en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Por otra parte, la renovación del período por el cual el Consejo de Seguridad puede decidir la suspensión estará sujeta a una nueva resolución de dicho órgano, sin que esté permitida la renovación tácita o automática (ver BERGSMO, Morten y PEJIC, Jelena: «Article 16. Deferral of investigation or prosecution», en TRIFFTERER, Otto [ed.]: Comment on the Rome Statute of the International Criminal Court, observers' notes, article by article, Ed. Nomos. Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 381-382).

⁽⁷¹⁾ LATTANZI, Flavia: «The Rome Statute and state sovereignty. ICC competence, jurisdictional links, trigger mechanism», en LATTANZI, Flavia SCHABAS, William (eds.): Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, vol. I, Ed. IlSirente, Ripa Fagnano Algo, 1999, p. 65. Ver también: LEE, Roy (ed.): The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues. Negotiations. Results, Kluwer, La Haya/Londres/Boston, 1999, pp. 144-145.

⁽⁷²⁾ LAUCCI, Cyril: «Compétence et complémentarité dans le statut de la future Cour Pénale Internationale», L'Observateur des Nations Unies, n.º 7, 1999, p. 146.

En primer lugar, se puso de manifiesto que las disposiciones referentes al crimen de agresión no eran muy claras puesto que se habían incorporado al texto en una fase tardía en la Conferencia Diplomática de 1998 y no eran el resultado de negociaciones específicas. También se resaltó el hecho de que el tenor literal del artículo 121 había sido introducido sin haber contemplado la cuestión de la agresión y, en consecuencia, no respondía a los problemas que traía consigo dicho delito⁽⁷³⁾.

En cuanto al procedimiento de enmienda del crimen de agresión, dos opiniones básicas se habían mantenido al respecto hasta llegar a la Conferencia de Revisión. La primera opinión es la que apoyaba la aplicación del art. 121.4 del Estatuto, puesto que solo así se mantenía un régimen jurídico unificado respecto de los crímenes de la competencia de la Corte ya que dicha disposición requiere, para que la enmienda sobre la agresión entre en vigor, de la aprobación de los 7/8 de los estados partes que hubieran ratificado o aceptado una enmienda del Estatuto.

La segunda aproximación, que fue la adoptada hasta llegar a Kampala, estribaba en apostar por la aplicación del art. 121.5 del Estatuto, de modo que los estados pudieran optar por excluir el crimen de agresión, estableciéndose dos regímenes diferentes para distintos grupos de estados.

Los argumentos eran variados. Los que defendían el art. 121.5 lo hacían amparados en la especialidad de este procedimiento y en el respeto a la soberanía de los estados, puesto que este artículo estipula un procedimiento de *opt in*, así como en la rapidez (ya que no habría que esperar a la aceptación de los 7/8). Los que apostaban por el art. 121.4 lo hacían amparados en la introducción de la agresión a través de un art. 8 bis, lo que salvaba el tenor literal del 121.5 y permitía acudir al art. 121.4, así como el hecho de que el crimen de agresión era un crimen ya reconocido como objeto de la competencia de la CPI por lo que no era necesaria una aceptación expresa posterior al estilo del art. 121.5, garantizándose así la universalidad e integridad del Estatuto⁽⁷⁴⁾.

- *El «opting out» y el respeto a la soberanía estatal*

En Kampala, la idea de una declaración *opting out* nació con el fin de cubrir el vacío y lograr el consenso entre quienes optaban por la aplicación del

⁽⁷³⁾ Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 21 al 23 de junio de 2004, ICC/ASP/3/SWGCA/INF.1.

⁽⁷⁴⁾ A este respecto, ver VAN SCHAACK, Beth: «Negotiating at the interface of power&law: the crime of aggression», <http://intlwgrrls.blogspot.com/search/label/Crime%20of%20aggression%20series>, consultado por última vez el 20 de enero de 2012. Ver también ZIMMERMAN, Andreas: «Amending the amendment provisions of the Rome Statute: the Kampala compromise on the crime of aggression and the Law of Treaties», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, marzo de 2012, pp. 209-228.

art. 12.2 en su integridad, sin modificación, y quienes preferían un régimen fundamentado única y exclusivamente en el consentimiento estatal. Con el fin de no precisar de la ratificación del presunto estado parte agresor pero para garantizar que el estado pueda hacer uso del *opting out*, se logró un compromiso entre ambas opciones, lo que permitió eliminar el obstáculo de la determinación previa de la agresión por parte del Consejo de Seguridad al tiempo que se permitía el acercamiento al «entendimiento positivo» del art. 121.5 ER.

Sin embargo, es de destacar que dicha declaración no reestablece los limitados efectos de la última parte del art. 121.5 ER. De este modo, un crimen de agresión derivado de un acto de agresión cometido por un estado parte contra otro estado parte que hubiera formulado la declaración estaría cubierto por el ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte, aunque sería exceptuado del mismo en virtud de la aplicación del art. 121.5 ER.

Pero la Conferencia de Revisión no solo se enfrentó al problema de determinar si se había de optar por la aplicación del párrafo 4.º o 5.º de ese mismo artículo 121, sino también al de precisar el alcance de la segunda parte del párrafo 5.º de esa disposición, que puede poseer un «entendimiento positivo» o un «entendimiento negativo»⁽⁷⁵⁾. Conforme al primero, la Corte podría ejercer su competencia respecto de un crimen de agresión cometido contra un estado parte que hubiere aceptado la enmienda. De acuerdo con el «entendimiento negativo», la CPI no podría ejercer su competencia respecto de un crimen de agresión cometido por un estado parte que no ha aceptado la enmienda. La primera opción presupondría tan solo el consentimiento del presunto estado víctima, mientras que la última opción podría bloquear a la Corte ya que haría preciso el consentimiento del presunto estado agresor.

Se optó por el párrafo 5.º de ese art. 121⁽⁷⁶⁾ para el procedimiento de entrada en vigor de las enmiendas al ER relativas al crimen de agresión. Sin embargo, el paquete final de compromiso no incluía ninguna disposición sobre la

⁽⁷⁵⁾ Sobre dichos «entendimientos», ver: Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, en el Club Princeton, Nueva York, 8 al 10 de junio de 2009, Doc. ICC-ASP/8/INF.2, 10 de julio de 2009, anexo iii.

⁽⁷⁶⁾ Conforme a la Resolución RC/Res.6, relativa al crimen de agresión, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010: «[...] 1. Decide aprobar, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante el «Estatuto»), las enmiendas del Estatuto que figuran en el anexo I de la presente resolución, que estarán sujetas a ratificación o aceptación y entrarán en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 121 del Estatuto; y señala que cualquier estado parte podrá depositar una declaración como establece el artículo 15 bis antes de la ratificación o aceptación».

interpretación preferida de dicha disposición, de modo que dicha cuestión quedaría en manos de los jueces de la Corte.

En todo caso, existen autores, como Reisinger⁽⁷⁷⁾, que se plantean si en la Conferencia de Revisión se ha llevado a cabo una enmienda implícita del art. 121.5 ER. De hecho, las nuevas disposiciones no establecen un régimen jurisdiccional específico respecto de estados no partes, sino que dejan el art. 12 intacto. Del mismo modo, y si nos situamos en una perspectiva estricta, la fórmula que permite exceptuar de la jurisdicción de la Corte los crímenes de agresión cometidos por nacionales o en el territorio de un estado no parte, de acuerdo con el art. 15 bis.5, no constituye una enmienda a dicho art. 121.5. Solo si se entendiera que se ha producido un cambio del régimen jurisdiccional del Estatuto establecido en la parte II del Estatuto para los crímenes cubiertos por la enmienda, dicho cambio implicaría una enmienda implícita al art. 121.5 ER⁽⁷⁸⁾.

Finalmente, nos gustaría destacar que sería deseable que las mayorías exigidas para lograr la adopción y entrada en vigor de las enmiendas relativas al crimen de agresión se consiguieran con vistas a fortalecer el papel de la CPI en el panorama internacional.

En este sentido, habría que recordar a los estados partes que deberían reforzar sus compromisos adquiridos en relación con esta jurisdicción internacional sin precedentes. Hasta el momento, Liechtenstein ha depositado el primer instrumento de ratificación de las enmiendas relativas al crimen de agresión el 8 de mayo de 2012. Y, en segundo lugar, Samoa hizo lo propio el 25 de septiembre de este mismo año. Es obvio, por tanto, que aún se requiere una concienciación intensa por parte de los estados hasta llegar al año 2017 así como una preparación atenta por parte de la Corte para afrontar el nuevo reto.

■ EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y EL CRIMEN DE AGRESIÓN: HACIA UNA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

■ La aplicación de la complementariedad al crimen de agresión

El Estatuto de Roma establece el principio de complementariedad, de modo que en su preámbulo nos recuerda el deber de los estados de enjuiciar

⁽⁷⁷⁾ REISINGER CORACINI, Astrid: «The International Criminal Court's exercise of ...», cit., pp. 780-781.

⁽⁷⁸⁾ REISINGER CORACINI, Astrid: «What exactly was agreed in Kampala on the crime of aggression», *European Journal of International Law: «Talk»*. <http://www.ejiltalk.org/more-thoughts-on-what-exactly-was-agreed-in-kampala-on-the-crime-of-aggression/#more-2336>, consultado por última vez el 21 de enero de 2012.

penalmente a los responsables de crímenes internacionales (párrafo sexto)⁽⁷⁹⁾. Este recordatorio implica que no se libera a los estados de su responsabilidad primordial de represión de crímenes internacionales cometidos por los individuos solo por la mera institución de la CPI. Pero el preámbulo especifica aún más claramente el carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales al establecer expresamente que «(...) la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales» (párrafo 10.º). Se sientan así las bases de una cualidad esencial del sistema jurisdiccional de la CPI: el principio de complementariedad en sus relaciones con las jurisdicciones nacionales.

El principio de complementariedad en su aplicación al crimen de agresión plantea serios problemas debido a la íntima relación que existe entre la responsabilidad del estado y la del individuo⁽⁸⁰⁾. Ya la Comisión de Derecho Internacional puso de manifiesto que la capacidad de los tribunales nacionales para juzgar por agresión a sus nacionales no supone necesariamente la determinación previa de la comisión de la agresión por otro estado, y no debería afectar a las relaciones con terceros estados⁽⁸¹⁾.

Sin embargo, en el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión, el principio de complementariedad tiene implicaciones de gran interés. El artículo 17 del Estatuto establece los supuestos básicos de inadmisibilidad de un asunto por la Corte. El núcleo de la inadmisibilidad radica en determinar si existe un estado con jurisdicción sobre el crimen en cuestión y con disposición y capacidad para investigar y enjuiciar dicho crimen. Esta determinación corresponde a la Corte, que, en caso de estimar que no concurre causa alguna de admisibilidad, habrá de declinar su jurisdicción sobre el caso y cederla a las jurisdicciones nacionales de acuerdo con su principal función de complementar la investigación y el enjuiciamiento nacionales. Estos presupuestos básicos se proyectan claramente en el caso del crimen de agresión, de manera que un estado no estará en posición de perseguir un crimen de agresión si su legislación interna no tipifica dicho crimen y prevé una pena adecuada. Y esto ocurriría

⁽⁷⁹⁾ Ver párrafo 6.º del preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (N. U. PCNICC/1999/INF/3). Este párrafo deriva de una propuesta proveniente de la República Dominicana (N. U. Doc. A/CONF.183/C.1/L.52). Ver también LATTANZI, Flavia: «Compétence de la Cour Pénale Internationale et consentement des états», RGDIP, n.º 2, 1999, p. 426; SUR, Serge: «Vers une Cour Pénale Internationale: la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité», Revue Générale de Droit International Public, vol. 103, n.º 1, 1999, p. 42.

⁽⁸⁰⁾ Sobre la aplicación del principio de complementariedad a la agresión, ver WRANGE, Pal: «The crime of aggression and complementarity», en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010, pp. 591-607.

⁽⁸¹⁾ «Proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad», Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. ii, segunda parte, pp. 30-33.

–incluso– si el derecho internacional consuetudinario formase parte del sistema jurídico nacional⁽⁸²⁾.

De hecho, la decisión final adoptada en Kampala parece estar inspirada en el miedo; en el miedo a no lograr el consenso, en el miedo a que los estados vean peligrar un régimen jurisdiccional inspirado en su consentimiento. El temor se trasluce, por ejemplo, en el «Entendimiento 5»⁽⁸³⁾ al referirse a que las enmiendas adoptadas en la Conferencia de Revisión no se interpretarán en el sentido de crear un derecho u obligación por parte de los tribunales nacionales para que ejerzan su jurisdicción sobre actos de agresión cometidos por otros estados. Sin embargo, este «Entendimiento» nos parece superfluo, puesto que no nos queda la menor duda de que el principio de complementariedad y sus efectos se aplican plenamente a todos los crímenes del ER, incluida la agresión.

En todo caso, una puerta a la esperanza se abre cuando en el «Entendimiento 4»⁽⁸⁴⁾ se establece que las enmiendas al ER en relación con el crimen de agresión no podrán limitar o menoscabar las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional. En este sentido, podríamos vaticinar, tras Kampala, un interés creciente en la comunidad internacional en relación con este crimen que podría permitir avances en el ámbito jurídico internacional e –incluso– interno.

■ LA INCORPORACIÓN DEL CRIMEN DE AGRESIÓN A LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS: EL CASO DE ESPAÑA

En consecuencia, vamos a centrarnos en el examen de la incorporación del crimen de agresión en los ordenamientos internos, con el fin de aventurarnos a realizar una propuesta sobre una posible reforma del código penal español en la que se incorporara dicho crimen a nuestra legislación. De este modo, y en un estudio realizado por Reisinger Coracini⁽⁸⁵⁾, de cerca de 90 códigos penales, solo 25 países habían recogido este crimen en sus ordenamientos internos, la mayor parte de Europa del Este y de Asia Central. Los términos en los cuales este delito ha sido recogido varían de un código penal a otro, recogándose así títulos como «guerra de agresión», «guerra agresiva», «agresión» o «crímenes contra la paz», así como distintas formas de participación, tales como la

⁽⁸²⁾ REISINGER CORACINI, Astrid: «National legislation on individual responsibility for conduct amounting to aggression», en BELLELI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing Limited, England, 2010, pp. 547-589, en particular p. 549.

⁽⁸³⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo iii: «Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión». Entendimiento 5.

⁽⁸⁴⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo iii: «Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión». Entendimiento 4.

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*.

incitación a la guerra de agresión o a la guerra, o la planificación, preparación, iniciación y desencadenamiento de la guerra de agresión.

Sin embargo, constatamos que la mayor parte de los códigos penales nacionales no contienen el crimen de agresión conforme al derecho internacional. De hecho, en Suecia se realizó una propuesta legislativa en este sentido⁽⁸⁶⁾ que fue rechazada por la falta de consenso en torno a una definición de la agresión en el ámbito internacional, y en Finlandia se estimó que se trataba de un asunto entre estados por lo que tampoco merecía su consignación en el ámbito interno⁽⁸⁷⁾.

En todo caso, el primer aspecto relativo a la tipificación interna que se plantea es el relativo al carácter de crimen de líderes que reviste la agresión. Sobre dicha característica existe bastante consenso en el ámbito internacional⁽⁸⁸⁾ y, sin embargo, ninguna de las disposiciones examinadas determina de modo concreto cuál es el grupo de perpetradores digno de ser considerado como tal. Tan solo existe una referencia implícita en los códigos penales de Montenegro⁽⁸⁹⁾ y Serbia⁽⁹⁰⁾ y más explícita en el de Croacia⁽⁹¹⁾. En todo caso, recordemos que estas disposiciones habrían de ser interpretadas de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario en vigor, y este apuesta claramente por la consideración de este crimen como crimen de líderes.

Convendría, por tanto, que en una tipificación interna en el derecho español se recogiera el crimen de agresión especificando su caracterización como crimen

⁽⁸⁶⁾ ESER, Albin, SIEBER, Ulrich y KREICKER, Helmut (eds.): *Nationalestrafverfolgungsvölkerrechtlicherverbrechen - National prosecutions of international crimes*, vol. 2: WEIGEND, Eway y CORNILS, Karin (Suecia), 2003.

⁽⁸⁷⁾ ESER, Albin, SIEBER, Ulrich y KREICKER, Helmut (eds.): *Nationalestrafverfolgungsvölkerrechtlicherverbrechen - National prosecutions of international crimes*, vol. 2: FRÄNDE, Dan (Finlandia), 2003.

⁽⁸⁸⁾ De hecho, en el proceso de Princeton se planteó –incluso– la discusión de si el elemento de crimen de líderes formaba parte integral de la definición del crimen o si se trataba simplemente de un elemento jurisdiccional que limitaba el ejercicio de la jurisdicción de la Corte. Triunfó la primera posición. Ver Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 11 al 14 de junio de 2007 (ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1), párr. 9. Ver también las consideraciones sobre el elemento de crimen de líderes y su carácter consuetudinario formuladas por REISINGER CORACINI, Astrid, en: «National legislation on individual responsibility for conduct amounting to aggression», en BELLELI, Roberto (Ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing Limited, England, 2010, en particular en las pp. 555-557.

⁽⁸⁹⁾ Art. 442, Montenegrin criminal code, *Official Gazette of the Republic of Montenegro*, n.º 70/2003, y corrección de 2004.

⁽⁹⁰⁾ Art. 386, Serbian criminal code.

⁽⁹¹⁾ Art. 157 (3), Croatian criminal code. Este código penal, yendo más allá, también castiga al que cumpla las órdenes de cometer un crimen de agresión, de acuerdo con el principio general del derecho internacional penal que establece que el cumplimiento de órdenes no exime de responsabilidad.

de líderes, en consonancia con el derecho internacional consuetudinario y con el hecho de que solo una persona en una determinada posición es capaz de llevar a cabo el *actus reus*.

En lo referente a la conducta individual, los códigos penales examinados por Reisinger Coracini definen el crimen de agresión como la participación de un perpetrador individual en un acto de agresión cometido por un estado. Esta referencia a la conducta individual constitutiva del crimen en relación con el acto de Estado es plenamente conforme con el derecho internacional consuetudinario ya desde el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio⁽⁹²⁾. En el «proceso de Princeton» se puso de manifiesto esta relación entre el acto de Estado y el crimen del individuo, y se optó por una fórmula que claramente apostaba por un listado de formas de participación⁽⁹³⁾, retenida en las enmiendas de Kampala, al incluir la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión⁽⁹⁴⁾.

En cuanto a los códigos penales, la mayoría de ellos recogen la planificación, preparación, iniciación y realización, pero algunos de ellos son selectivos con las formas de participación, tales como el búlgaro (que descarta la iniciación aunque podría estar comprendida en la realización)⁽⁹⁵⁾ y el estonio (que solo menciona el liderazgo o la participación en la preparación)⁽⁹⁶⁾. Algunos códigos

⁽⁹²⁾ El artículo 6, párrafo a) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg define los crímenes contra la paz como la «planificación, preparación, inicio o el sostenimiento de una guerra de agresión, o una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o garantía, o participación en un plan o conspiración común para el cumplimiento de cualquiera de los anteriores». El último párrafo de este artículo establece que «los líderes, organizaciones, instigadores y cómplices que participen en la formulación o ejecución de un plan o conspiración común para cualquiera de los anteriores crímenes son responsables por todos los actos efectuados por cualquier persona en ejecución de dicho plan». El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente contiene una definición similar. La Ley n.º 10 del Consejo Aliado de Control de 20 de diciembre de 1945, aunque contiene elementos diferentes, sigue la misma línea. Sobre esta evolución y el carácter consuetudinario de la conducta individual en relación con el crimen de agresión, ver HERNÁNDEZ CAMPOS, Augusto: «Definición del crimen de agresión: evolución del concepto de crimen contra la paz hasta el Tribunal Internacional de Nuremberg», *Revista de Derecho y Ciencia Política*, vol. 66, n.º 1 y 2, Lima, 2009, pp. 111-135; SELLARS, Kristen: «Delegitimizing aggression. First steps and false starts after the First World War», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, marzo de 2012, pp. 7-40; WEIGEND, Thomas: «In general a principle of justice. The debate on the 'crime against peace' in the wake of the Nuremberg Judgment», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, marzo de 2012, pp. 41-58.

⁽⁹³⁾ Ver la discusión mantenida en Princeton, en particular en: Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 8 al 11 de junio de 2006, ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1

⁽⁹⁴⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo i, «Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», artículo 8 bis, «Crimen de agresión».

⁽⁹⁵⁾ Art. 409, Bulgarian criminal code.

⁽⁹⁶⁾ Art.91, Estonian criminal code.

penales innovan y van más allá de las formas de participación de Núremberg, hablando de ordenar la realización de una guerra de agresión o de la incitación a una guerra de agresión o el llamamiento público a dicha guerra⁽⁹⁷⁾. De hecho, la propaganda de la guerra es castigada también en cierto número de códigos penales⁽⁹⁸⁾, en consonancia con el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽⁹⁹⁾ y a pesar de que varios Estados han formulado declaraciones a dicha disposición en relación con la libertad de expresión⁽¹⁰⁰⁾.

En cuanto a España, sería deseable que el crimen de agresión, al ser codificado, contemplara todas las formas de participación antes apuntadas: planificación, preparación, iniciación y realización, incluyendo –igualmente– la propaganda de la guerra. En este último aspecto, convendría no obstante introducir alguna salvaguarda en conexión con la libertad de expresión para evitar jurisprudencia contradictoria en este sentido.

Estando especificada la conducta individual y sus formas, el siguiente aspecto importante es el referente al acto de agresión por parte del Estado y su configuración, que figura como prerequisite para la calificación de la acción del individuo. La mayor parte de los códigos penales examinados no se refieren a dicho acto del Estado quizás porque se presupone que dicho acto habrá de estar en consonancia con el derecho internacional en vigor, en particular con la Resolución 3314 de la Asamblea General de la ONU ya mencionada. Sin embargo, dejar en manos de los tribunales nacionales la interpretación del derecho internacional y de la mencionada resolución puede comportar peligros de falta de coherencia y uniformidad de la jurisprudencia.

En todo caso, y tal y como ya hemos apuntado, la solución lograda en Kampala en torno al acto de agresión puede servir de guía para su aplicación por los tribunales nacionales, puesto que, recordemos, recoge la Resolución 3314 (XXIX) amén de un listado de actos que reproduce el artículo 3 de dicha resolución. Sin embargo, el hecho de que dicho listado no sea exhaustivo sigue dejando una puerta abierta a un amplio margen de libertad de interpretación por los tribunales nacionales. En el ámbito interno, algunos códigos penales, como el croata, han optado también por una combinación de una definición genérica con un listado de actos, incluyendo asimismo una cláusula cajón de sastre en la que potencialmente pueden incluirse otros actos⁽¹⁰¹⁾. Yendo más allá, el código penal estonio supera lo establecido en el derecho consuetudinario y

⁽⁹⁷⁾ Ver, por ejemplo, el art. 165 del *Bosnian criminal code*; art. 442 del *Montenegrin criminal code* o art. 408 del *Bulgarian criminal code*.

⁽⁹⁸⁾ Así, por ejemplo, en el art. 407 del *Bulgarian criminal code*; art.92 del *Estonian criminal code*; art. 436 del *Ukrainian criminal code*, y art. 298 del *Mongolian criminal code*.

⁽⁹⁹⁾ Ver KEARNEY, Michael: *The prohibition of propaganda for war in international law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

⁽¹⁰⁰⁾ Algunos tales como Australia, Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Reino Unido, Suiza y Tailandia.

⁽¹⁰¹⁾ Art. 157 (1) y (2), *Croatian criminal code*.

llega a criminalizar la participación en una guerra que vulnere los acuerdos internacionales o las garantías de seguridad proporcionadas por el Estado⁽¹⁰²⁾. La cuestión de la seguridad aparece aquí en íntima relación con la agresión.

En cuanto a España, sería más conveniente ceñirnos al derecho consuetudinario de manera que nuestro código penal siguiera la línea apuntada en Kampala de una definición genérica del acto de agresión en combinación con un listado de actos ejemplificativo con independencia de que el tema de la seguridad se encuentre subyacente, ya que la referencia expresa a las garantías en torno a la seguridad, al estilo del código estonio, no haría sino propiciar que se abrieran más fisuras desde el punto de vista de la interpretación.

Finalmente, conviene tener en cuenta que los distintos ordenamientos internos no solo habrán de contemplar las disposiciones concretas en torno al crimen de agresión, sino también los nexos jurisdiccionales que permitan el enjuiciamiento por los tribunales nacionales de este crimen de índole internacional. En este sentido, solo unos pocos estados en sus legislaciones internas van más allá de los principios de jurisdicción tradicionales y no requieren nexos con el crimen. Así, nos encontramos con los códigos penales de Bulgaria, Croacia y Moldavia, que apuestan por el principio de jurisdicción universal en relación con el crimen de agresión⁽¹⁰³⁾. Podemos asegurar que España no seguirá la estela de estos países, dadas las restricciones que la jurisdicción universal ha experimentado en nuestro país en los años siguientes, por lo que será necesario consignar algún nexo jurisdiccional con el crimen de agresión.

■ CONCLUSIONES

Aparentemente, la Conferencia de Revisión de Kampala fue exitosa. Se consiguió el consenso en torno a la definición del crimen de agresión y en cuanto a las condiciones de procedibilidad, el nudo gordiano. El tenor de las enmiendas adoptadas halla, así, un delicado equilibrio entre el papel de la Corte Penal Internacional en relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, en referencia a la agresión, y el rol del Consejo de Seguridad al respecto, más «antiguo» y otorgado por la sacrosanta Carta de las Naciones Unidas.

El gran logro lo encontramos en la atribución al fiscal de la CPI de la capacidad de seguir adelante con un procedimiento de investigación referente a un crimen de agresión en ausencia de una determinación previa por el Consejo de Seguridad. Esta facultad del fiscal hubiera resultado asombrosa a la luz de

⁽¹⁰²⁾ Art. 1, Estonian criminal code.

⁽¹⁰³⁾ REISINGER CORACINI, Astrid: «National legislation on individual responsibility for conduct amounting to aggression», en BELLELI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing Limited, England, 2010, pp. 564-565.

las discusiones anteriores mantenidas en Princeton y en las Asambleas de los Estados Partes si no fuera porque viene acompañada de una serie de cautelas.

Las salvaguardas hacen referencia a la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares y a un juego de consentimientos estatales que impide se vean afectados estados no partes en el Estatuto. En definitiva, se obtiene una victoria a la independencia de la Corte Penal Internacional respecto del Consejo de Seguridad, pero una victoria relativa puesto que viene acompañada de una serie de condicionamientos que la empañan claramente.

De este modo, los principales obstáculos para que la Corte conozca de un asunto relativo a un crimen de agresión los hallamos, sobre todo, en los párrafos 2.º y 3.º del art. 15 bis y 15 ter y en los plazos establecidos para la adopción y entrada en vigor de las enmiendas. En particular, al hecho de limitar la competencia de la CPI a los crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta estados partes y a la condición de que se adopte una decisión después del 1.º de enero de 2017 por la misma mayoría de estados partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. A fecha de octubre de 2012, solo Liechtenstein y Samoa han depositado sus instrumentos de ratificación de las enmiendas de Kampala respecto de la agresión, lo que hace suponer que será largo el camino hacia la posibilidad real y efectiva de que la CPI ejerza su jurisdicción sobre una persona que ha cometido un crimen de este tipo.

De este modo, la respuesta a la pregunta de si la Conferencia de Revisión constituye un hito histórico, de modo que los individuos puedan responder por la comisión del «crimen de los crímenes» ante un tribunal penal internacional permanente, es una cuestión que aún no ha sido definitivamente resuelta. Siendo realistas, se ha postergado, cuando menos, hasta el 1 de enero de 2017. Y en todo caso, de ser resuelta, no podríamos sino afirmar que el consentimiento del estado va a seguir jugando un papel fundamental respecto de este crimen de líderes: el crimen de agresión.

Con todo, las aportaciones de Kampala no se cifran solo en la configuración del crimen de agresión a efectos del ejercicio de la jurisdicción por la CPI sobre dicho crimen, sino que podemos valorar otras contribuciones. En este sentido, las principales contribuciones se han manifestado a nivel internacional pero también han encontrado su reflejo en los ordenamientos internos. De hecho, son varios los códigos penales que ya recogen el crimen de agresión en su seno.

Si analizamos dichos códigos penales y siguiendo a Reisinger Coracini⁽¹⁰⁴⁾, podemos afirmar que las legislaciones nacionales que recogen en sus ordenamientos internos el crimen de agresión parten, con carácter general, del derecho internacional consuetudinario en relación con dicho crimen y del

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibidem*, pp. 576-578.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto a la propaganda de la guerra. Igualmente, son legislaciones conservadoras en cuanto a los nexos jurisdiccionales exigibles para la persecución de este crimen.

En esta misma línea, sería deseable que España, en su adecuación del código penal español al Estatuto de Roma y su revisión de Kampala, no se alejara excesivamente del derecho internacional consuetudinario y convencional consolidado. Este paso del crimen de agresión del plano internacional al nacional español no hará sino propiciar un avance en la defensa por parte de nuestro Estado de la seguridad nacional e internacional.

■ BIBLIOGRAFÍA

- AZIZ SHUKRI, Muhammad: «Individual responsibility for the crime of aggression», en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010, pp. 519-545.
- BARRIGA, Stefan, DANSPECKGRUBER, Wolfgang y WENAWESER, Christian (eds.): *The Princeton process on the crime of aggression*, Lynne Rienner Publishers, 2009.
- BARRIGA, Stefan: «Against the odds: the results of the Special Working Group on the Crime of Aggression», en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010, pp. 621-640.
- BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010.
- BLOKKER, Niels: «The crime of aggression and the United Nations Security Council», *Leiden Journal of International Law*, n.º 20, 2007, pp. 867-894.
- «Negotiating provisions defining the crime of aggression, its elements and the conditions for ICC exercise of jurisdiction over it», *European Journal of International Law*, n.º 20, 2009, pp. 1103-1115.
- CLARK, Roger: «Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court considered at the First Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010», *Göttingen Journal of International Law*, n.º 2, 2010, pp. 689-711.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: «Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable», en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (ed.): *El derecho internacional en los albores del siglo XXI*, homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, Trotta, 2002, pp. 243-264.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, José Antonio: «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala 31 mayo-11 junio 2010», *Documentos de Opinión del IEEEE*, n.º 10/2010, septiembre de 2010.
- HELLER, Kevin: «Retreat from Nuremberg: the leadership requirement in the crime of aggression», *European Journal of International Law*, n.º 18, 2007, pp. 477-497.
-

HERNÁNDEZ CAMPOS, Augusto: «Definición del crimen de agresión: evolución del concepto de crimen contra la paz hasta el Tribunal Internacional de Núremberg», *Revista de Derecho y Ciencia Política*, vol. 66, n.º 1 y 2, Lima, 2009, pp. 111-135.

JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE, N.º 10, marzo de 2012.

KREB, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: «The Kampala compromise on the crime of aggression», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 8, 2010, pp. 1179-1217.

KREB, Claus: «The crime of aggression before the first review of the ICC Statute», en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010, pp. 579-607.

MARSCHNER, Laura y OLMA, Isabelle: «The First Review Conference of the International Criminal Court», *Zeitschrift für Internationale Strafrechts dogmatik*, www.zis-online.com.

OROZCO TORRES, Luis Ernesto: «La criminalización de las guerras de agresión», *Revista Española de Relaciones Internacionales* n.º 3, 2011, pp. 223-249.

POLITI, Mauro y NESI, Giuseppe: *The International Criminal Court and the crime of aggression*, Ashgate, 2004.

REISINGER CORACINI, Astrid: «The International Criminal Court's exercise of jurisdiction over the crime of aggression: at last... in reach... over some», *Gottingen Journal of International Law*, n.º 2, 2010, pp. 745-789.

— «What exactly was agreed in Kampala on the crime of aggression», *European Journal of International Law: «Talk»*. <http://www.ejiltalk.org/more-thoughts-on-what-exactly-was-agreed-in-kampala-on-the-crime-of-aggression/#more-2336>.

— «National legislation on individual responsibility for conduct amounting to aggression», en BELLELLI, Roberto (Ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing Limited, England, 2010, pp. 547-589.

REMIRO BROTONS, Antonio, «Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo», *Documento de Trabajo*, n.º 10, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo exterior, Junio, 2005.

REMIRO BROTONS, Antonio: «El crimen de agresión en el Estatuto de la CPI revisado: *nascetur ridiculus mus*», en CARDONA LLORENS, Jorge, PUEYO LOSA, Jorge, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis y SOBRINO HEREDIA, José Manuel (eds.), AZNAR GÓMEZ, Mariano (coord.): *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, tomo I, 2012, pp. 1115-1129.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: «Nota sobre la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala (Uganda), 2010, en http://www.cruzroja.es/dih/pdfs/temas/3_4/3_4.pdf.

RUYS, T.: «Defining the crime of aggression: the Kampala consensus», *Working Paper*, n.º 57, January 2011, pp. 1-35.

SCHABAS, William: «The ICC Review Conference: Kampala 2010,» 2010, <http://iccreviewconference.blogspot.com/>.

SCHAEFFER, Robert: «The audacity of compromise. The UN Security Council and the pre-conditions to the exercise of jurisdiction by the ICC with regard to the crime of aggression», *International Criminal Law Review*, n.º 9, 2009, pp. 411-433.

SCHEFFER, David: «A pragmatic approach to the crime of aggression», en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010, pp. 609-619.

STEIN, Mark: «The Security Council, the International Criminal Court and the crime of aggression: how exclusive is the Security Council's power to determine aggression?», *Indiana International and Comparative Law Review*, n.º 16, 2005, pp. 1-36.

VAL, Fernando: «Criminalizar la agresión: una cita en Kampala», en AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, Fernando y PEÑARANDA ALGAR, Julio (comps.): *Actas de las I Jornadas de Estudios de Seguridad de la Comunidad de Estudios de Seguridad General Gutiérrez Mellado*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, UNED, 2009, pp. 519-539.

VAN SCHAACK, Beth: «Negotiating at the interface of power&law: the crime of aggression», <http://intlawgrrrls.blogspot.com/search/label/Crime%20of%20aggression%20series>.

VON BRAUN, Leonie y MICUS, Annelen: «Judicial independence at risk. Critical issues regarding the crime of aggression raised by selected human rights organizations», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, marzo de 2012, pp. 111-132.

WRANGE, Pal: «The crime of aggression and complementarity», en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010, pp. 591-607.