



Universidad
Internacional
de Andalucía

TÍTULO

**LA AGRESIÓN COMO CRIMEN INTERNACIONAL. ASPECTOS
CRÍTICOS DE SU REGULACIÓN EN EL ESTATUTO DE ROMA**

AUTOR

Benjamín Marcheco Acuña

	Esta edición electrónica ha sido realizada en 2024
Tutora	Dra. D ^a . Casilda Rueda Fernández
Institución	Universidad Internacional de Andalucía
Curso	<i>Máster de Formación Permanente en Estudios Contemporáneos sobre Geopolítica, Conflictos Armados y Cooperación Internacional (2022/23)</i>
©	Benjamín Marcheco Acuña
©	De esta edición: Universidad Internacional de Andalucía
Fecha documento	2023



Universidad
Internacional
de Andalucía



**Atribución-NoComercial-SinDerivadas
4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)**

Para más información:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.en>



LA AGRESIÓN COMO CRIMEN INTERNACIONAL. ASPECTOS CRÍTICOS DE SU REGULACIÓN EN EL ESTATUTO DE ROMA

Autor: Benjamin Marcheco Acuña

Tutora: Dra. Casilda Rueda Fernández

**Máster de Formación Permanente en Estudios Contemporáneos sobre Geopolítica,
Conflictos Armados y Cooperación Internacional**

Curso: 2022- 2023

LA AGRESIÓN COMO CRIMEN INTERNACIONAL. ASPECTOS CRÍTICOS DE SU REGULACIÓN EN EL ESTATUTO DE ROMA

Autor: Benjamin Marcheco Acuña

Tutora: Dra. Casilda Rueda Fernández

Resumen

El presente trabajo pretende analizar de manera crítica el régimen regulatorio del crimen de agresión en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional, a partir de una sistematización de los fundamentos históricos, teóricos y políticos sobre los que se ha construido su regulación; exponiendo los principales méritos y las deficiencias y limitaciones de su articulación técnica, las posibles repercusiones prácticas de su aplicación, los desafíos que presenta su realización efectiva y las perspectivas de desarrollo en el contexto político y jurídico internacional actual; con el propósito de que los argumentos expuestos sirvan para reflexionar sobre la conveniencia de la mejora de dicha regulación o la posible atenuación de los efectos no deseados del mismo.

En el primer capítulo se desarrollan las líneas generales del desarrollo histórico del crimen de agresión, examinando los hitos clave, los debates y las polémicas que han moldeado su desarrollo, desde los primeros instrumentos destinados a establecer normas sobre la regulación del uso de la fuerza, hasta su incorporación formal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En el segundo capítulo se aborda, desde una perspectiva crítica, el régimen jurídico del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional tras la Conferencia de Kampala, resaltando los aspectos positivos y las principales limitaciones, inconvenientes y deficiencias presentes en esta y una reflexión final sobre los principales desafíos que afronta y las perspectivas de desarrollo de la justicia penal internacional en relación con el crimen de agresión.

Palabras clave: *uso de la fuerza, crimen, agresión, Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma*

Visto bueno de la tutora:

ÍNDICE

CAPÍTULO I.....	5
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CRÍMEN DE AGRESIÓN.....	5
I.1. La regulación del uso de la fuerza y el concepto de «agresión» antes de 1945.....	5
I. 2. El crimen de agresión en la justicia penal internacional antes del Estatuto de Roma: Los procesos de Nüremberg y Tokyo.....	8
A. El Estatuto y la sentencia del Tribunal de Nüremberg.....	8
B. Los tribunales creados por la Ley No. 10 del Consejo de Control.....	10
C. El Tribunal de Tokyo.....	12
D. Caracteres generales y principales aportes de la justicia penal internacional en esta etapa.....	13
I.3. La agresión en el contexto de la Carta de las Naciones Unidas y el principio de prohibición de uso de la fuerza.....	15
A. La calificación de agresión según los principales órganos de la ONU: Consejo de Seguridad, Asamblea General y Corte Internacional de Justicia.....	15
B. La definición de «agresión» en la Resolución 3314 (XXIX) de 1974 de la AGNU como expresión del derecho internacional consuetudinario.....	19
C. Importancia práctica y principales críticas a la labor de la ONU en relación con la agresión en esta etapa.....	23
I.4. El camino hacia la definición del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.....	25
CAPITULO II.....	29
EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL ESTATUTO DE ROMA. CARACTERÍSTICAS, LIMITACIONES Y PERSPECTIVAS DE DESARROLLO.....	29
II.1. Estructura del crimen de agresión.....	29
A. La definición: el punto de partida.....	29
B. Los elementos de la Definición: La cláusula de umbral y el problema de la vaguedad.....	32
C. La referencia a la Resolución 3314 (XXIX) de la AGNU.....	35
D. Los sujetos imputables: la agresión como crimen de liderazgo.....	38
E. Las modalidades de conducta sancionables: especial referencia a la planificación y preparación de la agresión.....	41
F. El elemento subjetivo.....	43
II. 2. El ejercicio de la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión.....	45

A. LAS CONDICIONES PREVIAS PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA POR LA CPI.....	45
B. EL CONSENTIMIENTO DEL PRESUNTO ESTADO AGRESOR COMO CONDICIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA	49
II. 3. Perspectivas y desafíos de la justicia penal internacional sobre el crimen de agresión.....	52
A. Situación actual	52
B. Otros actores, nuevas formas. Necesidad de redefinir el crimen de agresión	55
C. La cuestión de los límites a la competencia de la Corte	57
CONCLUSIONES.....	60
REFERENCIAS.....	62

INTRODUCCIÓN

El crimen de agresión es hoy un delito de derecho internacional recogido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), en su art. 8 bis. Su incorporación al Estatuto de Roma ha sido producto de un largo proceso histórico –aún no acabado–, del desarrollo del *jus ad bellum*, cuyo origen histórico se remonta a los esfuerzos de la comunidad internacional para prevenir y sancionar el uso ilegítimo de la fuerza por parte de los Estados, como respuesta a las nefastas experiencias de la II Guerra Mundial. Los principios de la Carta de las Naciones Unidas y la labor de los tribunales penales internacionales creados para juzgar y sancionar los crímenes cometidos durante la Guerra fueron los hitos que sentaron las bases para la definición del crimen de agresión.

Durante el período de la Guerra Fría, las tensiones entre los bloques enfrentados y la proliferación de conflictos regionales llevaron a un mayor interés en la prohibición y sanción de la agresión. Sin embargo, la divergencia de opiniones y los intereses políticos obstaculizaron los esfuerzos para definir establecer una definición precisa y una jurisdicción para juzgar el crimen de agresión. Fue durante la Conferencia de Roma en 1998 que se hizo un intento significativo de definir el crimen de agresión y establecer la jurisdicción de la CPI sobre este delito. Sin embargo, debido a las diferencias entre los Estados miembros, no se llegó a un acuerdo en ese momento y se dejó el crimen de agresión sin definir, lo que llevó a una situación de «tipo penal abierto».

Esta situación persistió hasta la conclusión de la Conferencia de Kampala el 11 de junio de 2010, cuando la Asamblea de Estados Parte de la CPI, luego de varios años de negociaciones y esfuerzos diplomáticos para lograr un consenso, aprobó una enmienda al Estatuto de Roma, incorporando el artículo 8 bis y proporcionando finalmente una definición del crimen de agresión. Ello significó un gran paso de avance para el derecho internacional; con «la penalización del crimen de agresión se perfecciona y refuerza el principio de ilegitimidad de la guerra y la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza en las relaciones internacionales» (Troyano Pino, 2019) y permite llevar ante la justicia penal internacional a los responsables de actos de agresión, por primera vez desde los procesos de Nüremberg y Tokyo.

El 15 de diciembre de 2017, la Asamblea de Estados Parte del ECPI, reunida en Nueva York, da el último paso requerido (art, 15 bis (3) del Estatuto) para completar el marco jurídico del crimen de agresión, al tomar la histórica decisión de activar la competencia de la CPI sobre dicho crimen a partir del 17 de julio de 2018. Esta decisión es la última fase –en el plano formal– de este largo y complejo proceso en la búsqueda de someter el crimen de agresión a la justicia penal internacional, que ha tenido que sortear, uno por uno, obstáculos que parecían insuperables.

La incorporación del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) ha generado un extenso debate, aún no acabado, sobre la conveniencia de su regulación, su estructura, su compatibilidad con las normas del derecho internacional consuetudinario e incluso sobre su factibilidad jurídica (Glennon, 2010, p. 72). Y es que la agresión ha sido un tema políticamente muy controvertido, dadas las profundas y permanentes diferencias entre los Estados (potencias militares vs. Estados más débiles) acerca de cuándo es conveniente y adecuado el uso de la fuerza y la resistencia de los primeros a someterse –sea como Estado, sea a sus nacionales– a la justicia internacional; además implica cuestiones fundamentales

relacionadas con la soberanía estatal y la interpretación de los principios del derecho internacional.

En todo caso, cualquier lectura que se haga del marco jurídico del crimen de agresión debe partir de reconocer ese difícil contexto en el que se dieron las negociaciones y en las que fueron necesarias varias concesiones significativas para alcanzar un consenso; lo que influyó definitivamente, resultado final. Resulta evidente que dicho régimen presenta imperfecciones y limitaciones, pero es un reflejo de los compromisos alcanzados por los Estados miembros de la CPI. Estas limitaciones reflejan un compromiso difícil y complejo que se necesitaba para apaciguar a todos los lados del debate. (Kaul, 2010, p. 663)

El régimen jurídico del crimen de agresión en el Estatuto de la CPI establece los elementos necesarios para que un acto sea considerado como una agresión y determina las circunstancias en las que se puede ejercer la jurisdicción de la Corte sobre este crimen. Sin embargo, la complejidad misma de la definición, derivada de la vaguedad y la ambigüedad de su formulación, ha llevado a que se generen interpretaciones diversas y a veces contradictorias. Asimismo, las limitaciones en relación con el alcance subjetivo y material de la definición de la agresión (que cubre sólo a los Estados y el uso por éstos de la fuerza armada convencional); la dificultad de establecer la responsabilidad individual y las relaciones entre el Consejo de Seguridad y la CPI que han llevado a establecer algunas importantes restricciones a la competencia de esta última, plantean desafíos importantes para la efectiva persecución y sanción de los responsables.

A partir de los antecedentes descritos, este estudio se ha propuesto como objetivos los siguientes:

Objetivo general:

Analizar de manera crítica el régimen regulatorio del crimen de agresión en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional, a partir de una sistematización de los fundamentos históricos, teóricos y políticos sobre los que se ha construido su regulación; exponiendo los principales méritos y las deficiencias y limitaciones de su articulación técnica, las posibles repercusiones prácticas de su aplicación, los desafíos que presenta su realización efectiva y las perspectivas de desarrollo en el contexto político y jurídico internacional actual; con el propósito de que los argumentos expuestos sirvan para reflexionar sobre la conveniencia de la mejora de dicha regulación o la posible atenuación de los efectos no deseados del mismo.

Objetivos específicos:

- Caracterizar las líneas generales del desarrollo histórico del crimen de agresión, examinando los hitos clave, los debates y las polémicas que han moldeado su desarrollo hasta la actualidad; lo que permitirá conocer, de mejor manera, su regulación actual.
- Sistematizar los presupuestos teóricos del crimen de agresión a partir del análisis y contrastación de los criterios de la doctrina más relevante sobre el tema y el análisis de los principales instrumentos del derecho internacional público que guardan relación con la institución objeto de estudio.
- Evaluar el marco normativo del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, a partir de su estructura (definición, elementos y criterios de aplicación), su régimen procesal y los principales desafíos que enfrenta su aplicación práctica y su efectividad en el ámbito del derecho internacional, a los fines de aportar argumentos que

puedan ser tenidos en cuenta para su posible reforma que permita su mejor articulación técnica, funcionalidad y realización práctica.

Los métodos empleados en el desarrollo de la investigación fueron:

- *histórico-lógico*: para el estudio de los antecedentes y la evolución histórica de la regulación jurídica del uso ilícito de la fuerza en el derecho internacional y sus consecuencias, a fin de comprender y explicar los fundamentos de la articulación actual en el ámbito del derecho penal internacional y realizar las necesarias inferencias que posibiliten su análisis en el contexto de la realidad política contemporánea;
- *analítico sintético- sistémico*: A partir de los métodos de análisis- síntesis, partiendo de los principios y conceptos propios del derecho internacional público y del estudio de los distintos textos bibliográficos, se sistematizan los presupuestos teóricos (doctrinales y normativos) que constituyen el fundamento de la definición y actual regulación de la agresión como crimen internacional. La combinación con el método sistémico permitió valorar dicha regulación en el contexto en que se ha desarrollado, conformado por un sistema complejo de relaciones políticas de tensiones e intereses en conflicto que son propios de la sociedad internacional y que históricamente han condicionado muy particularmente el contenido del *ius ad bello* y su proyección en la esfera penal.
- *análisis exegético*: la aplicación de este método permitió realizar un análisis crítico del marco jurídico del crimen de agresión, mediante el examen e interpretación de todos los textos legales incluidos en la investigación relacionados con el tema, particularmente el Estatuto de la Corte Penal Internacional, a fin de determinar las limitaciones que existen en cuanto al contenido y alcance de dichas normas en la concepción y realización de la justicia penal internacional en materia de uso ilegítimo de la fuerza armada.

Para el cumplimiento de los objetivos propuestos el trabajo se estructura en dos capítulos.

El Capítulo I sistematiza los principales aspectos históricos acerca del origen y evolución del crimen de agresión, examinando los hitos clave, los debates y las polémicas que han moldeado su desarrollo hasta la actualidad; lo que permitirá conocer, de mejor manera, su regulación actual y las principales críticas y desafíos que enfrente su aplicación práctica y su efectividad en el ámbito del derecho internacional. El primer epígrafe (I.1) aborda la génesis de la agresión como conducta contraria al derecho internacional consuetudinario, desde los primeros instrumentos destinados a establecer normas sobre la regulación del uso de la fuerza.

El epígrafe segundo (II.2) trata las líneas generales acerca del origen histórico de la agresión como crimen internacional, a partir de su reconocimiento en los instrumentos constitutivos y las sentencias de los tribunales penales internacionales creados para juzgar los crímenes cometidos durante la II Guerra Mundial. Contiene una sistematización de los aspectos fundamentales de la definición del delito de agresión y de la responsabilidad penal internacional por su cometimiento, de conformidad con los estatutos constitutivos y la jurisprudencia de los tribunales de Nüremberg, los creados al amparo de la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado y el Tribunal de Tokyo. De igual forma se valora la importancia de esos instrumentos en el desarrollo posterior de la definición del crimen de agresión.

El tercer epígrafe (I.3) contiene una síntesis del tratamiento y de los intentos de definición de los actos de agresión en el marco de la Carta de las Naciones Unidas antes de 1998, a través de la actividad de los principales órganos de la ONU: (Asamblea General, Consejo de Seguridad y

Corte Internacional de Justicia); así como una reflexión final sobre la importancia práctica y las principales críticas a la labor de las Naciones Unidas en relación con la agresión durante este período. Por último (I.4) se aborda el trayecto histórico, las controversias y dificultades que se presentaron en la definición y regulación definitiva del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional creada en 1998.

En el Capítulo II se aborda, desde una perspectiva crítica, el régimen jurídico del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, tal como quedara configurado por la Resolución de Enmienda (RC/Res. 6) aprobada en la Asamblea de Estados Parte, en Kampala, Uganda, el 11 de junio de 2010. A estos efectos, en los dos primeros epígrafes (II.1) y (II.2) se describen y se valoran las características del crimen de agresión como su estructura (definición y elementos) y las condiciones del ejercicio de la competencia de la Corte en cuanto a este, resaltando, en uno y otro caso, los aspectos positivos y las principales limitaciones, inconvenientes o deficiencias que presentan. Finalmente, a partir de las consideraciones expuestas en los dos primeros epígrafes, se realiza (II.3) una reflexión final sobre los principales desafíos que afronta y las perspectivas de desarrollo de la justicia penal internacional, en manos de la CPI, en relación con el crimen de agresión. Por último, se exponen las conclusiones del trabajo.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CRÍMEN DE AGRESIÓN

Resumen

Este Capítulo sistematiza los principales hitos históricos sobre el origen y evolución del crimen de agresión. El primer epígrafe (I.1) aborda la génesis de la agresión como conducta contraria al derecho internacional consuetudinario, desde los primeros instrumentos destinados a establecer normas sobre la regulación del uso de la fuerza.

El epígrafe segundo (II.2) trata las líneas generales acerca del origen histórico de la agresión como crimen internacional, a partir de su reconocimiento en los instrumentos constitutivos y las sentencias de los tribunales penales internacionales creados para juzgar los crímenes cometidos durante la II Guerra Mundial. Contiene una sistematización de los aspectos fundamentales de la definición del delito de agresión y de la responsabilidad penal internacional por su cometimiento, de conformidad con los estatutos constitutivos y la jurisprudencia de los tribunales de Núremberg, los creados al amparo de la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado y el Tribunal de Tokyo. De igual forma se valora la importancia de esos instrumentos en el desarrollo posterior de la definición del crimen de agresión.

El tercer epígrafe (I.3) contiene una síntesis del tratamiento y de los intentos de definición de los actos de agresión en el marco de la Carta de las Naciones Unidas antes de 1998, a través de la actividad de los principales órganos de la ONU: (Asamblea General, Consejo de Seguridad y Corte Internacional de Justicia); así como una reflexión final sobre la importancia práctica y las principales críticas a la labor de las Naciones Unidas en relación con la agresión durante este período. Por último (I.4) se aborda el trayecto histórico, las controversias y dificultades que se presentaron en la definición y regulación definitiva del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional creada en 1998.

I.1. La regulación del uso de la fuerza y el concepto de «agresión» antes de 1945

A lo largo de la historia, el Derecho internacional ha experimentado una evolución significativa en relación con la aceptación y regulación de la guerra como medio para resolver conflictos entre Estados. Durante siglos, se consideró que la guerra era un medio legítimo y, en ciertos casos, incluso necesario para proteger los intereses y la seguridad de los Estados. Esto dio lugar a una subdivisión del Derecho internacional en dos ramas; el derecho aplicable en tiempo de guerra (derecho de la guerra) y el aplicable en tiempo de paz (derecho de paz), tal como se recoge en la obra *De Iure Belli ac Pacis*, de Hugo Grocio (1625).

Los autores del siglo XVI al XVIII, y en especial los teólogos-juristas de la escuela salmantina, Francisco de Vitoria (1483-1546), Luis de Molina (1535-1600) y Francisco Suárez (1548-1617), siguiendo a Santo Tomás de Aquino (1224-1274) se ocuparon de la elaboración de la doctrina del *ius ad bellum*; esto es, las condiciones que deben cumplirse para que se inicie una guerra «justa». Estas condiciones se resumían en las siguientes: (i) la guerra debe ser librada por una autoridad legítima; (ii) la guerra debe ser por una causa o con una intención justa, como la defensa propia

o la defensa de los demás la restauración de la paz o el castigo del mal y (iii) la guerra debe librarse de manera justa, utilizando únicamente la fuerza necesaria y proporcionada.

Durante el siglo XIX se abandonan las consideraciones ético-jurídicas de la doctrina del *ius ad bellum* y la guerra se concibe como un atributo del Estado al que puede recurrir, en una sociedad carente de mecanismos centralizados que tengan la exclusiva de imponer el respeto del derecho mediante la coerción, como medio de autotutela (*self help*) o como medio de asegurar su conservación. La guerra se concibe como una relación entre «naciones civilizadas», lo que hace que entre los beligerantes se apliquen reglas que tratan de evitar daños innecesarios (*ius in bello*), y por esto dichas reglas no se consideraban aplicables en los conflictos originados por la expansión colonial o en las guerras civiles (Casanovas La Rosa, 2013, p. 1068).

A inicios del siglo XX el derecho internacional comienza a establecer varias restricciones en relación con la posibilidad del recurso a la guerra (y al uso de la fuerza en general) como medio de solución de conflictos. A parece aquí entonces la noción de «agresión»¹ aplicado a la conducta de un Estado que recurre al uso ilegítimo de la fuerza contra otro–, dentro de los esfuerzos que comenzó a desarrollar la comunidad internacional para frenar la incidencia de la violencia en las relaciones internacionales como recurso de solución de las diferencias, a través de los mecanismos de los tratados y las organizaciones internacionales.

El primer hito significativo en la historia del derecho internacional sobre la limitación del uso de la fuerza en las relaciones internacionales lo constituye el «Convenio Relativo a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales», adoptado en la Segunda Conferencia de Paz de La Haya (Convenio de La Haya, 1907). En él, las partes contratantes «convienen en no recurrir a la fuerza armada para el cobro de deudas contractuales» salvo que el Estado deudor rehúse o deje sin respuesta una proposición de arbitraje, o en caso de aceptación, haga imposible la celebración del compromiso o, después del arbitraje, no se conforme con la sentencia dictada» (art. 1). No se trataba de una prohibición de recurrir a la fuerza con carácter general, pero sí una primera limitación importante.

El Pacto de la Sociedad de Naciones (Pacto de Versalles) tampoco contenía una prohibición general de recurrir al uso de la fuerza; es decir, no prohibía la guerra, pero sí contenía una limitación con un alcance más amplio. Las partes se comprometían a resolver sus diferencias de manera pacífica – incluyendo el arbitraje o el examen del Consejo– y a «no recurrir en caso alguno a la guerra antes de los tres meses de haberse producido el fallo por los árbitros o el informe por el Consejo» (art. 12).

En el Pacto, los miembros de la Sociedad se comprometen a resolver sus controversias por medios pacíficos (arbitraje, arreglo judicial o examen del Consejo) y, además, convienen «en

¹ Según Sellars, (2017, p. 22), en la Conferencia de Paz de París convocada en enero de 1919, las potencias victoriosas establecieron una Comisión para investigar la responsabilidad y conducta de las potencias centrales durante la I Guerra Mundial. Este organismo descartó la idea de acusar al ex káiser Wilhelm II de iniciar la guerra. Pero unos meses más tarde, el Consejo de los Cuatro pasó por alto las recomendaciones de la Comisión y readmitió la idea de acusarlo de agresión en virtud del artículo 227 del Tratado de Versalles. Fue solo después de la entrada en vigor de este tratado en enero de 1920, y la posterior negativa de los Países Bajos a entregarlo, que las potencias finalmente abandonaron este experimento naciente en el derecho penal internacional.

que en ningún caso deberán recurrir a la guerra antes de que haya transcurrido un plazo de tres meses después de la sentencia de los árbitros o de la decisión judicial o del dictamen del Consejo». Para cerrar el paso a las llamadas «fisuras» del Pacto (que se producían si el Consejo no se pronunciaba en el plazo o se inhibía) se aprobó el *Protocolo de Ginebra* de 1924, con disposiciones detalladas sobre el arreglo pacífico de las controversias internacionales. Este tratado, que no llegó a entrar en vigor, condena el recurso a la guerra y califica la agresión como un «crimen internacional».

El Tratado de París (pacto Briand-Kellog) de 27 de agosto de 1928, sobre la renuncia a la guerra como instrumento de política nacional, constituyó un instrumento decisivo en el desarrollo del principio de prohibición del uso de la fuerza. En el nivel interestatal más tradicional del derecho internacional, el Pacto marcó la transición en positivo en el proceso de sentar un precedente para la criminalización internacional de la guerra de agresión (Kress, 2019, p. 44). En él, los Estados firmantes «declaran solemnemente que condenan el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales y que renuncian a él como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas» (art. 1) y que «la solución de todas las controversias o conflictos, cualquiera sea su naturaleza u origen, que pudieran surgir entre ellos, no deberá jamás buscarse sino por medios pacíficos» (art. 2).

El compromiso de renunciar a la guerra «como instrumento de política nacional» no tenía una significación muy clara, pero dejaba fuera de la prohibición el uso de la fuerza en legítima defensa, las medidas de seguridad colectiva y las represalias. En todo caso –señala Casanovas – era una clara condena de la guerra y de las posiciones muy difundidas que, siguiendo las doctrinas estratégicas del alemán Claus von Clausewitz, consideraban la guerra como «una continuación de la política por otros medios». Casi todos los Estados que entonces formaban parte de la comunidad internacional ratificaron o se adhirieron al Pacto de París.

El Tratado no empleó en su texto el término «agresión» de forma explícita (otros sí ya lo habían hecho e incluso calificado como crimen internacional). Sin embargo, el hecho de contener una prohibición explícita y concreta del recurso a la guerra como medio de solución de las controversias, fue un instrumento clave en la conceptualización de las guerras de agresión como un crimen contra la paz y fundamento, por tanto, de la exigencia de responsabilidad penal internacional tras los sucesos de la II Guerra Mundial, como más adelante veremos.

En el texto publicado en 1935 «*The crime of Agresión in the International Law*», Quincy Wright señala que los términos «agresión» y «agresor» aparecen muy poco en los tratados de derecho internacional hasta el período de la primera posguerra; pero desde la década de 1920, empiezan a aparecer en los índices y a tratarse en libros sobre los organismos internacionales, folletos y artículos, tanto de estadistas como de juristas, así como en los textos oficiales e instrumentos del derecho internacional y en los materiales preparatorios y las interpretaciones posteriores de estos documentos (p. 374).

Si bien, antes de este período, existían reglas del derecho internacional consuetudinario que establecían limitaciones sobre el recurso a la fuerza e incluso sobre el inicio de una guerra (*ius ad bello*), se trataban de obligaciones con un contenido más moral que jurídico. Fue a partir de

los tratados internacionales de inicios de siglo – principalmente los posteriores a la I Guerra Mundial – que determinaron amplias obligaciones en relación con el no uso de la fuerza, que el concepto de agresión comienza a desarrollarse en el derecho internacional, principalmente en relación con la interpretación y aplicación de estos tratados.

Entre los diversos instrumentos que se refieren a la «agresión» cabe mencionar, p. ej. el Proyecto de Tratado de Asistencia Mutua (1923) que ya calificaba a la guerra de agresión como un crimen internacional (art.1); el preámbulo del Protocolo de Ginebra de 1924 para el arreglo pacífico de las controversias internacionales, que establecía que la guerra de agresión violaba la solidaridad internacional y era «un crimen internacional»; o la Declaración de la VIII Asamblea de la Sociedad de Naciones (1927) que consideraba a las guerras de agresión un delito internacional y las declaraba prohibidas.

Sin embargo, aun cuando ya en esta etapa de la historia la comunidad de Estados parecía estar de acuerdo en considerar la prohibición del uso de la fuerza como un principio del derecho internacional consuetudinario y a las guerras de agresión como un crimen internacional contra la paz, no quedaban claros los términos en los que se pudiera definir qué entender por tal. Los tratados y demás instrumentos internacionales que a él aludían no ofrecían un concepto de acto de agresión y, en ocasiones, fueron precisamente los desacuerdos sobre esa definición los que frustraron la aprobación del acuerdo, como el caso del proyecto de Tratado de Asistencia Mutua de la Sociedad de Naciones de 1923.

Era opinión de la doctrina que no puede haber agresión en el sentido jurídico si no existía una obligación antecedente, impuesta por un tratado, de no recurrir a la fuerza y que el concepto de «agresión» tenía un alcance más amplio que el recurso a la guerra. Así, la guerra de agresión resultante de la violación de un tratado contra la guerra es una forma de agresión, pero muchos tratados imponen obligaciones de no recurrir a la fuerza y el uso de la violencia armada contraria a tales tratados sería agresión, aunque no guerra (Wright, 1935, p. 376).

Por otra parte, aun cuando la propia doctrina y los textos oficiales de los tratados han descrito a la guerra de agresión como un crimen internacional, no se previeron mecanismos institucionales tendentes a asegurar el cumplimiento de la obligación de no recurrir a la guerra, ni la forma para responsabilizar y sancionar a los Estados que incurrieran en dicha violación grave del derecho internacional. Tampoco se preveía, de manera explícita que la consecuencia jurídica de la agresión tuviese el carácter de responsabilidad penal, lo que generó severas críticas en su aplicación a los procesos de la II Guerra Mundial.

I. 2. El crimen de agresión en la justicia penal internacional antes del Estatuto de Roma: Los procesos de Nüremberg y Tokyo

A. EL ESTATUTO Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE NÜREMBERG

El Tribunal Internacional de Nüremberg se conformó en 1945, después de la Segunda Guerra Mundial, para juzgar y sancionar a los líderes nazis responsables de los horrores cometidos

durante el régimen de Adolf Hitler, acusados de cometer crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes contra la paz. Fue el primer tribunal internacional de su tipo y sentó las bases para el desarrollo del derecho penal internacional y los mecanismos de justicia internacional. Se estableció en la ciudad de Nüremberg, Alemania, y comenzó sus procedimientos el 20 de noviembre de 1945. Estuvo compuesto por jueces de los cuatro principales países vencedores: Estados Unidos, Reino Unido, Francia y la Unión Soviética.

El Estatuto (también conocido como Carta de Londres), aprobado el 6 de octubre de 1945, otorgaba al Tribunal competencia para «juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo», cometieron los delitos previstos en dicha norma. Entre ellos define como crímenes contra la paz (art. 6. a.): «planificar, preparar, iniciar o *librar guerras de agresión*, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados».

La acusación, presentada ante el tribunal el 18 de octubre de 1945 contra 24 acusados, contenía la imputación por dos cargos concretos: (i) el plan común o conspiración para cometer, entre otras cosas, crímenes contra la paz y (ii) las imputaciones relativas a los crímenes contra la paz; concretamente, de planificación, preparación, iniciación y ejecución de guerras de agresión, que también eran guerras en violación de tratados, acuerdos y garantías internacionales contra 12 Estados. En la sentencia, el Tribunal consideró como actos de guerra de agresión:

- *La toma de Austria*, con la entrada de las tropas alemanas sin resistencia el 12 de marzo de 1938; y la promulgación de la ley que establecía la unión de Austria en el Reich alemán. Esta «fue una medida agresiva premeditada para llevar adelante el plan hacer guerras de agresión contra otros países» (p. 192).
- *La toma de Checoslovaquia*, con la ocupación por tropas alemanas de Bohemia y Moravia el 15 de marzo de 1939 y su incorporación al Reich en carácter de protectorado. En el discurso de Hitler el 23 de noviembre de 1939, «se reafirmaban las intenciones agresivas presentes desde el comienzo, deja fuera de toda duda el carácter de las acciones contra Austria y Checoslovaquia, y de la guerra contra Polonia» (p. 189)
- *La invasión a Polonia* el 1º de septiembre de 1939; que «era con toda claridad una guerra de agresión, que a su tiempo se convertiría en una guerra que abarcaría a casi todo el mundo» (p. 204).
- *La invasión a Noruega y Dinamarca* el 9 de abril de 1940; «para dar a ésta bases desde las cuales se podría lanzar un ataque más eficaz contra Inglaterra y Francia, con arreglo a planes preparados con mucha anticipación a los planes aliados» (p. 208)
- *La invasión de Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo* el 10 de mayo de 1940; «llevada a cabo en ejecución de políticas consideradas y preparadas con mucha anticipación... con la exclusiva finalidad de promover las políticas agresivas de Alemania» (p. 210).
- *La invasión de Yugoslavia y de Grecia*, sin advertencia previa y el bombardeo de Belgrado el 6 de abril de 1941, sin dar justificación y considerada desde hacía mucho tiempo (p. 213).
- *La invasión de la Unión Soviética*, sin declaración de guerra, el 22 de junio de 1941, con el «diseño, cuidadosamente meditado, de aplastar a la URSS como potencia política y

militar, para que Alemania pudiese expandirse hacia el Este según su propio deseo» (p. 214).

- *La declaración de guerra de Alemania a los Estados Unidos* poco después de que el Japón atacara Pearl Harbor el 7 de diciembre de 1941. Alemania «había dado a Japón toda clase de alientos para que adoptase una política que casi seguramente llevaría a que los Estados Unidos participasen en la guerra» (p. 218)

El Tribunal sostuvo que la agresión ya estaba prevista como un crimen antes de la adopción del Estatuto de Núremberg de 1945, interpretando diferentes instrumentos internacionales como el Pacto Briand- Kellogg (1928); el artículo I del proyecto de Tratado de Asistencia Mutua de la Sociedad de las Naciones; el preámbulo del Protocolo para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales de la Sociedad de las Naciones de 1924; el preámbulo de la declaración aprobada en 1927 por unanimidad por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones o la resolución adoptada en la Conferencia Panamericana de 1928.

En la sentencia, el Tribunal se expresaba en estos términos:

La guerra es esencialmente una cosa mala. Sus consecuencias no se limitan exclusivamente a los Estados beligerantes, sino que afectan a todo el mundo. Por consiguiente, iniciar una guerra de agresión, no es sólo un crimen internacional; es el supremo crimen internacional y sólo difiere de otros crímenes de guerra en que contiene dentro de sí el mal acumulado de todos ellos (p. 186)

[...] la solemne renuncia a la guerra como instrumento de política nacional necesariamente entraña la proposición de que una guerra de esa índole es ilegal en el derecho internacional, y de que quienes planean y hacen una guerra de esa índole, con sus inevitables y terribles consecuencias, están cometiendo un crimen al actuar de tal manera (p.220).

Uno de los hitos más importantes de los procesos de Núremberg fue el establecimiento de la responsabilidad penal internacional individual por los crímenes contra la paz, diferenciada de la responsabilidad del Estado. La dificultad de haber exigido la responsabilidad individual derivaba del hecho de que en las diversas fuentes de DI sobre la materia se hablaba de potencias, gobiernos o Estados, y no de individuos (Pérez-León, 2006, p. 297); esto es, que contenían obligaciones que determinaban la responsabilidad del Estado como sujeto de DI, mas no de las personas individuales.

No obstante, el Tribunal concluyó que los crímenes de DI no son cometidos por entidades abstractas, sino por individuos. El planteamiento de la responsabilidad penal internacional individual –que constituyó el presupuesto de la jurisdicción del Tribunal Internacional–, partió de la idea de base de que los individuos tienen deberes y obligaciones internacionales que están por encima de su deber de obediencia al Estado del que fuesen nacionales. En orden a justificar sus comportamientos, por tanto, nadie puede prevalerse de la obediencia debida a su Estado cuando éste haya sobrepasado las competencias y poderes que el derecho internacional le reconoce. Así, personas individuales quedaron sometidas a sanciones internacionales, con lo que se dio un salto cualitativo respecto del derecho internacional tradicional al reconocerse la aplicación directa del derecho internacional al individuo (Carrillo Salcedo, 1999, pp. 64-65).

B. LOS TRIBUNALES CREADOS POR LA LEY NO. 10 DEL CONSEJO DE CONTROL

La Ley No. 10 el 20 de diciembre de 1945 promulgada por el Consejo de Control Aliado,² daba cumplimiento a los compromisos plasmados en la Declaración de Moscú de 1943³. En virtud de ella, se crearon tribunales militares en las diferentes zonas ocupadas cuyas actuaciones estuvieron vinculadas al Estatuto y la sentencia del Tribunal de Nuremberg, cuyos fundamentos fueron tomados como base de las sentencias de estos procesos posteriores. Estas sentencias, en algunos casos, aclararon o desarrollaron con mayor los principios del derecho internacional contenidos en ellas.

La Ley No. 10 del Consejo de Control contenía una definición de crímenes contra la paz muy similar a la contenida en el Estatuto de Nüremberg. No obstante, entre ambas había dos diferencias principales: (i) en la definición de crímenes contra la paz la Ley incluía de forma explícita junto con las guerras a las invasiones y (ii) determinaba expresamente que dicha definición comprendía, «sin que la enumeración tenga carácter limitativo», la planificación, la preparación, la iniciación o la realización de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de tratados acuerdos o garantías internacionales, o la participación en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados» (art. II, párr. 1 inc. a).

La Ley del Consejo de Control era el fundamento para el enjuiciamiento de otros criminales de guerra que no fueron juzgados por el Tribunal de Nüremberg. Sin embargo, la jurisdicción *ratione personae* de los tribunales encargados de estos procesos con respecto a los crímenes contra la paz, quedaba limitada a las personas que hubieran tenido una posición política relevante (militar o civil, económica, financiera, etc.) en Alemania o en cualquiera de sus países aliados o satélites. La responsabilidad penal individual por estos crímenes podía ser a título de autor o de cómplice.

Los tribunales estaban vinculados por las determinaciones del Tribunal de Nuremberg. Tales determinaciones no podían ser cuestionadas, salvo en la medida en que en un procedimiento posterior fuese necesario decidir si una persona determinada había tenido conocimiento de esos actos o había tenido participación en ellos. Las comprobaciones de hecho contenidas en la sentencia del Tribunal de Nuremberg constituían prueba de esos hechos, a menos que se hubiesen presentado nuevas pruebas de carácter sustancial en contrario (ONU, 2002).

Los tribunales norteamericanos celebraron 12 juicios entre 1946 y 1949. Uno de los aspectos relevantes de estos procesos fueron los términos en que se determinó la responsabilidad penal individual por las agresiones. Según el tribunal del caso «Ministerios»:

Podemos señalar además que las Convenciones [de La Haya y] de Ginebra relativas a las reglas de la guerra terrestre y el trato de los prisioneros de guerra no contemplan ningún castigo para

² Se trata del Consejo creado por las potencias vencedoras para el control de Alemania, que quedó definitivamente constituido en Berlín el 30 de agosto de 1945. Su principal objetivo era definir las áreas de ocupación de los países vencedores. Tenía amplios poderes para tomar decisiones y emitir directivas sobre diversos aspectos de la ocupación, incluyendo la administración de justicia, la reforma de la legislación alemana, la repatriación de prisioneros de guerra, la desmovilización de las fuerzas armadas alemanas y el control de la economía y los recursos alemanes.

³ La Declaración de Moscú fue un comunicado conjunto entre las 4 potencias aliadas (EE. UU.; Reino Unido, la URSS y China) que estipulaba que los principales responsables y cómplices de los crímenes y atrocidades perpetradas por el régimen nazi serían enviados a los países en que se habían cometido los crímenes para ser juzgados por estos y que aquellos delitos que no tuviesen una ubicación geográfica determinada, serían castigados de conjunto por los países aliados, competencia que posteriormente se atribuyó al Tribunal de Nüremberg, según su Estatuto.

las personas que violan esas reglas, pero no se puede cuestionar que quien asesina a un prisionero de guerra es pasible de castigo. Permitir tal inmunidad es envolver el derecho internacional en una neblina de irrealidad. La rechazamos y sostenemos que quienes planean, preparan, inician y hacen guerras de agresión e invasiones, y quienes, a sabiendas, consciente y responsablemente participan en ellas, violan el derecho internacional y pueden ser juzgados, condenados y sancionados por sus actos. (Nuremberg Military Tribunals, 1947, p. 322).

C. EL TRIBUNAL DE TOKYO

El Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokyo) se crea el 19 de enero de 1946 para juzgar a los militares japoneses por los crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. El Estatuto del Tribunal, que establece su constitución, jurisdicción y competencias se dio mediante una Proclamación Especial del Comandante Supremo de las Potencias Aliadas, General Douglas MacArthur, en cumplimiento de la Declaración de Potsdam⁴ y el Instrumento de Rendición del Japón de 2 de septiembre de 1945, por el cual el Japón se comprometió a cumplir fielmente las obligaciones consagradas en la Declaración.

De conformidad con el art. 5 de su Estatuto, el Tribunal de Tokyo tenía competencia para juzgar y castigar a los criminales de guerra del Lejano Oriente a quienes se les imputen delitos que comprendan crímenes contra la paz; a saber: (a) «planear, preparar, iniciar o hacer una guerra declarada o no declarada de agresión o una guerra que viole el derecho internacional o tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados».

A diferencia del Estatuto de Nüremberg, el del Tribunal de Tokyo definía a los crímenes contra la paz por referencia a «una guerra *declarada o no declarada* de agresión». Para la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, estas diferencias en la definición entre los dos estatutos eran «puramente verbales y que no afectaban a la sustancia del derecho que rige la jurisdicción del Tribunal para el Lejano Oriente respecto de los crímenes contra la paz en comparación con el Estatuto de Nuremberg» (ONU, 2002).

Según el razonamiento de la Comisión:

El efecto de esta última definición es dejar expresamente claro que preceder al inicio de la guerra mediante su declaración formal, tal como lo requieren las Convenciones de La Haya, no priva a tal guerra de su naturaleza criminal si es agresiva. A este respecto, es importante señalar que la diferencia entre las dos Cartas es puramente verbal, en el sentido de que el Artículo 5(a) de la Carta del Lejano Oriente contiene especificaciones adicionales que, sin embargo, están implícitas en la definición dada en la Carta de Nuremberg.

⁴ La Declaración de Potsdam, publicada el 26 de julio de 1945, fue el resultado de la Conferencia efectuada en esa ciudad entre los presidentes de EE. UU. (Harry S. Truman) y de China (Chiang Kai-shek) y el Primer Ministro británico Winston Churchill. En ella se establecen los términos para la rendición del Imperio del Japón en la Segunda Guerra Mundial. Una de las condiciones de la rendición fue la de llevar ante la justicia a los criminales de guerra.

Si bien omite afirmar que una guerra de agresión «declarada» es criminal de la misma manera que una guerra «no declarada», la Carta de Nüremberg considera, sin embargo, como decisivo el hecho de que una guerra sea «agresiva». De aquí se sigue que cualquier otro elemento vinculado con la agresión, como la existencia o inexistencia de una declaración, debe considerarse como incidental e irrelevante para la naturaleza criminal de la guerra de agresión en sí misma. En otras palabras, el elemento de «agresión» se hace esencial, pero es al mismo tiempo suficiente en sí mismo.

En consecuencia, todo lo que enfrentamos aquí es una diferencia en la técnica legal; en la Carta del Lejano Oriente se establece en términos expresos la irrelevancia de una declaración de guerra; en la Carta de Nuremberg se logra el mismo resultado por vía de omisión. A este respecto conviene señalar que es precisamente en la irrelevancia de una declaración de guerra donde radica el rasgo principal del desarrollo del derecho internacional tal como se formula en las dos Cartas y según lo establece la Sentencia del Tribunal de Nuremberg (Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (UNWCC), 1948, p. 258).

En su sentencia, Tribunal de Tokyo desechó los argumentos relativos a que la guerra de agresión en sí misma no era ilegal o no constituía delito y que era un acto de Estado que no generaba responsabilidad individual según el derecho internacional y que el Estatuto tenía carácter retroactivo y, por consiguiente, ilegal. Coincidió completamente con la sentencia del Tribunal de Nuremberg, cuando concluye que «la guerra de agresión era un crimen con arreglo al derecho internacional desde una fecha muy anterior a la Declaración de Potsdam».

D. CARACTERES GENERALES Y PRINCIPALES APORTES DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL EN ESTA ETAPA

Como se ha podido analizar, la característica común de los Estatutos constitutivos de los tribunales de Nüremberg, de Tokyo y de la Ley No. 10 del Consejo de Control, es una definición breve del delito de agresión dentro de la categoría de «crímenes contra la paz», consistente en: «planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados». La jurisprudencia de los tribunales penales dilucida y desarrolla más ampliamente algunas cuestiones relevantes sobre los dos elementos del delito de agresión: (i) la conducta típica que configura la agresión y (ii) los criterios para determinar la responsabilidad penal individual por violaciones de las normas del derecho internacional que prohíben la guerra.

En relación con el elemento (i) hay que destacar dos cosas: primero, la calificación que hacen los tribunales –fundamentalmente el de Nüremberg– de los crímenes contra la paz como delitos internacionales de la mayor gravedad, que prevalecen sobre los otros; y que las guerras de agresión «constituyen el crimen internacional supremo» que acumulan en sí mismas todo el mal, ya que sus consecuencias no se limitan a los estados beligerantes solamente, sino que afectan al mundo entero. Estas declaraciones han sido de mucha importancia para el derecho internacional, por cuanto, junto con los principios generales desarrollados por las sentencias, sentaron las bases del nuevo derecho penal internacional.

Por otra parte, se destaca el hecho de que, según la jurisprudencia de Nüremberg y el Estatuto de Tokyo, el dato de la declaración formal de guerra o la ausencia de esta es un elemento irrelevante para definir el delito de agresión; esto significa que el dato objetivo del carácter agresivo y no justificado de la guerra es suficiente para configurar la comisión del crimen de agresión. Ello constituye, el elemento de mayor novedad introducido por ambos instrumentos en el desarrollo del derecho internacional público.

Antes de la firma del Pacto Briand-Kellogg en 1928 y la interpretación posterior de su por parte del Tribunal de Nuremberg, no se podía argumentar la violación del derecho internacional una vez que una guerra había sido iniciada de conformidad con el derecho convencional precedente, sin importar cuán agresiva fuera esa guerra. En la actualidad, esta situación se ha invertido en cierto sentido. Ningún Incumplimiento de las normas del derecho internacional podría legitimar una guerra que tenga carácter agresivo.

El aspecto (ii), o sea, la determinación de la responsabilidad penal internacional de carácter individual por los actos de guerra ha sido el más polémico; ello porque los tratados internacionales cuyas violaciones sirvieron de fundamento para la imputación – en especial el Pacto Briand-Kellogg de 1928– (i) prohibían recurrir a la guerra, pero no los actos de preparación, planificación, o participación en planes comunes o en una conspiración para lograr realizar las acciones de la guerra y (ii) no establecían la responsabilidad penal individual, sino únicamente la responsabilidad del Estado propia del derecho internacional.

Parece justo observar que cuando se concluyó la Carta de Londres, la tipificación como delito de los crímenes contra la paz no era realmente una declaración del derecho internacional consuetudinario preexistente. La sentencia de Núremberg fue realmente innovadora cuando introdujo la criminalidad de la guerra en el derecho internacional general (Dinstein, 2018, p. 288). Los tribunales, al rechazar los argumentos que pretendían la exculpación de los acusados por dirigir, planificar o participar en las guerras de agresión, bajo el fundamento de que en virtud las convenciones internacionales los tribunales militares han juzgado y castigado individuos culpables de violar las leyes de la guerra terrestre, y quienes hacen una guerra agresiva incurrir en una acción igualmente ilícita y de mayor impacto que la violación de cualquiera de las reglas de dichas convenciones; sentó un importante precedente histórico para la conformación de la nueva justicia penal internacional.

Los aportes de la jurisprudencia de estos tribunales no se refieren únicamente a la posibilidad de exigir responsabilidad internacional individual por los delitos de agresión, sino que abarcan además los métodos empleados para la determinación de dicha responsabilidad. Este tipo o método de análisis del contexto que rodea las conductas de cada uno de los acusados ha trascendido en la actualidad y frente a cada situación objeto de examen ante tribunales internacionales, implica su revisión para determinar el alcance de los crímenes internacionales que se investigan, sobre todo para conocer las políticas de los regímenes infractores, si fueron anteriores, concomitantes o posteriores a la comisión de los delitos. En muchos casos puede determinar la diferencia entre un delito ordinario y un crimen internacional (Sandoval Mesa, 2012, p. 42).

Si bien el impacto de los juicios de Nuremberg y Tokyo en el desarrollo posterior del derecho internacional ahora es indiscutible, sus procedimientos, como las propias normas sustantivas que se aplicaron fueron objeto de diversas críticas, tanto por autores de la época (entre ellos Kelsen)

como durante las décadas posteriores. Estas se centraron fundamentalmente en el carácter *ex post facto* de la acusación de guerra de agresión. El Tribunal de Nuremberg –afirma Sayapin (2014)– tuvo que interpretar la Carta de Londres en de manera extensiva para justificar su compatibilidad con el derecho internacional vigente. En los procesos de Tokyo, donde la mayoría de los Jueces coincidieron con sus colegas de Nuremberg en la interpretación de las normas sobre el crimen de guerra de agresión, se formularon, no obstante, dos opiniones disidentes (por los jueces Pal y Roling) y una concordante (por el juez Bernard), que arrojaron dudas sobre la sustentabilidad legal del cargo de agresión.

A pesar de las disímiles críticas de las que fueron objeto, el legado de los procesos Nuremberg y Tokyo ha sido ampliamente positivo. Estos abrieron una nueva página de la historia universal. Nüremberg eliminó el paraguas protector que la soberanía estatal proporcionaba a los perpetradores de graves crímenes contra los derechos humanos. Como refiere Tomuschat (2006, p. 838), El Estatuto del Tribunal ya no permitía a los líderes políticos escudarse detrás de sus funciones oficiales, ya que el artículo 7 disponía explícitamente que «el cargo oficial de los acusados, ya sea como Jefes de Estado o como funcionarios responsables en los departamentos gubernamentales, no se considerará que los exima de responsabilidad ni atenúe la pena».

Menos de un mes después de la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General confirmó, por unanimidad los principios del derecho internacional reconocidos por el Estatuto y la sentencia del Tribunal de Nuremberg y tomó nota además de los principios similares adoptados en el Estatuto del Tribunal de Tokyo. En dicha Resolución da instrucciones al Comité de Codificación del Derecho Internacional, establecido por resolución de la Asamblea General del 11 de diciembre de 1946, «para que trate como un asunto de importancia primordial, los planes para la formulación, en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en las sentencias de dicho Tribunal».

La mayoría del Subcomité acordó no sólo que se debería nombrar un Comité para considerar los métodos apropiados para implementar la obligación de la Asamblea General bajo el Artículo 13 de la Carta, sino que ese Comité debería dar prioridad a los planes para la formulación de los principios del Estatuto del Tribunal de Nuremberg y de la Sentencia de ese Tribunal, en el contexto de una codificación general de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un Código Penal Internacional. El Subcomité consideró que esta opinión se veía reforzada por el hecho de que se habían adoptado principios similares con respecto a los juicios de los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente (UNWCC, 1948, p. 259).

I.3. La agresión en el contexto de la Carta de las Naciones Unidas y el principio de prohibición de uso de la fuerza

A. LA CALIFICACIÓN DE AGRESIÓN SEGÚN LOS PRINCIPALES ÓRGANOS DE LA ONU: CONSEJO DE SEGURIDAD, ASAMBLEA GENERAL Y CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

La Carta de Naciones Unidas (CNU, 26 de junio de 1945) estableció, con carácter definitivo, la prohibición general de uso de la fuerza como una norma de derecho internacional consuetudinario. Entre los principios generales contenidos en el art. 2 se declara expresamente que (4) «los miembros de la organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas». La fórmula empleada es más amplia y completa que la del Pacto Briand-Kellogg porque no se refiere únicamente a la guerra sino al «uso de la fuerza» y comprende, también, la prohibición de amenaza de uso de la fuerza.

El principio de prohibición de uso de la fuerza o la amenaza de su uso constituye, en palabras de la Corte Internacional de Justicia (2005) «una piedra angular de la Carta de las Naciones Unidas» (p. 59). Es una norma imperativa que guarda una estrecha conexión con otros principios del art. 2 de la Carta como el de arreglo pacífico de las controversias (2. 3) y el de la seguridad colectiva (2.5). Por su trascendencia e importancia, las disposiciones de la Carta relativas a la prohibición de uso de la fuerza han sido consideradas como «un ejemplo patente de norma de derecho internacional que tiene carácter de *ius cogens*» (CDI, 1966, p. 271)

Con arreglo a los arts. 24 y 39 de la Carta, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, es el órgano que tiene la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales; a esos fines, le corresponde determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas deberán ser tomadas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, cabe destacar que el principio es una norma completa e independiente; la prohibición subsiste, aunque los Estados no hayan logrado la solución de sus controversias por medios pacíficos o las disposiciones de la Carta sobre el funcionamiento de la potestad de coerción atribuida al Consejo de Seguridad para hacer frente a los infractores no se apliquen de la forma prevista (Casanovas La Rosa, 2013, p. 1070).

La Asamblea General (AG), conformada por todos los miembros de las Naciones Unidas, de conformidad con la Carta podrá discutir toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier miembro de la organización o el Consejo de Seguridad, o que un Estado que no es Miembro de las Naciones Unidas presente de conformidad con el art 35, párrafo 2, y salvo lo dispuesto en el Artículo 12 [mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna la Carta con respecto a una controversia o situación] podrá hacer recomendaciones acerca de tales cuestiones al Estado o Estados interesados o al Consejo de Seguridad (art. 11.2). También podrá llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia situaciones susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales (art. 11.3).

En 1950, la AG aprueba la Resolución A/Res/377 (V), conocida como «Unión Pro Paz», en la que resuelve que:

si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales

en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción 'de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales.

En virtud de esta disposición, el Consejo de Seguridad ha convocado a la AG en 13 ocasiones para tratar, entre otros, casos de actos de agresión, la última de ellas, el 27 de febrero de 2022 (Res. 2623/2022 de la 8980ª reunión), en ocasión del ataque de la Federación Rusa a Ucrania iniciado 3 días antes.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas (art. 92 CNU) La Corte tiene competencia para conocer de todos los litigios que los Estados le sometan y de todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes (art. 36 del Estatuto de la CIJ). Es competente, además, para emitir opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica, a solicitud de la AGNU o del Consejo de Seguridad y de otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General (art. 96 CNU).

A partir de 1945, el Consejo de Seguridad, la Asamblea General y la Corte Internacional de Justicia, en el marco de sus respectivas competencias, han determinado la existencia de actos de agresión de conformidad con el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas.

El Consejo de Seguridad ha condenado, entre otros, los siguientes actos de agresión:

- los cometidos por Rhodesia del Sur contra Zambia (Rs. 326/73; 42/78; 455/79), contra Mozambique (Rs. 38/76 y 411/77); la invasión armada contra Zambia, Mozambique y Angola (Rs. 445/79);
- las agresiones (incluyendo invasión armada) cometidas por Sudáfrica contra Angola (Rs. 378/76; 546/84; 571/85); contra Botswana (Rs. 568/85); contra el Reino de Lesotho (Rs. 527/82; 580/1985) y contra Seychelles ejecutada por mercenarios (R. 507/82);
- los cometidos por Israel contra Túnez (Rs. 573/1985; 611/1988);

Otros conflictos armados no han sido objeto de condena por parte del Consejo de Seguridad. Actos de mucha gravedad como la invasión de Iraq a Irán en 1980 no fueron calificadas por el Consejo como «actos de agresión», sino como un «quebrantamiento de la paz» (Res. 598/1987, siete años después). En 1990, condenó la «invasión» de Kuwait por parte de Iraq (Res 660/90) y adoptó sanciones por la «invasión y ocupación». El término «agresión» aparece en la Res. 667/1990, pero vinculado al irrespeto de la inviolabilidad de los locales diplomáticos y el secuestro de su personal en Kuwait. El carácter retórico de la mención es confirmado por el hecho de que tanto los textos francés e inglés de la resolución hablan, no de «agresión», sino de *actes agressifs*, *aggressive acts* (Remiro Brotóns, 2006, p. 16).

Tampoco han sido considerados por el Consejo como agresión otros actos de uso de la fuerza, a pesar de la dudosa legalidad, conforme al derecho internacional, de los actos que dieron lugar a ello; como la invasión a Iraq por EE. UU. y las fuerzas aliadas en 2003 o el ataque a Libia en

2011. En otros casos, el poder de veto de los cinco miembros permanentes ha impedido que se condenen formalmente por el Consejo de Seguridad los actos de agresión ejecutados o apoyados por estos países, como el más reciente caso de la agresión de Rusia a Ucrania en 2022.

Por su parte, la Asamblea General, de conformidad con lo previsto en la Resolución A/Res/377 (V), ha considerado y condenado algunos actos de agresión. Así:

- La es. 498 (V) de 1/02/1951, concluyó que China había incurrido en agresión al invadir a Corea al prestar ayuda y asistencia de forma directa a quienes perpetraban la agresión en Corea y al emprender hostilidades contra las fuerzas de la ONU que estaban en ese país;
- la Rs. A/RES/ES-6/2 de 14/1/1980 deplora y condena la invasión de Afganistán por la Unión Soviética;
- la Rs. A/RES/ES-9/1 de 5/02/1982, declara un acto de agresión la ocupación por Israel del territorio árabe sirio de Alturas del Golán;
- la Rs. A/RES/36/27, de 13/11/1981, condena la agresión de Israel contra instalaciones nucleares iraquíes;
- la Rs. A/ES-11/L.1 de 2/03/2022 de la AG, «deplora en los términos más enérgicos» la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania y la participación en ella de Bielorrusia.

La Asamblea General también ha emitido otras resoluciones de condena sobre otros hechos que ha considerado como actos de agresión, como los ataques de Israel contra el Líbano, la ocupación ilegal de Namibia por Sudáfrica; la política de Portugal sobre los territorios de Guinea Bissau o las agresiones contra Bosnia- Herzegovina.

La Corte Internacional de Justicia ha considerado cuestiones relacionadas con la agresión en tres contextos: primero, en relación con las funciones de los órganos principales de las Naciones Unidas; segundo, en relación con solicitudes de medidas provisionales encaminadas a evitar que supuestos actos de agresión exacerbasen la situación de la que había surgido el litigio jurídico sometido a la Corte, y tercero, en relación con un litigio jurídico referido a un supuesto uso ilícito de la fuerza o la supuesta comisión de un acto de agresión por parte de un Estado que sea objeto de un caso sometido a la Corte (ONU, 2022, p. 197).

En lo que se refiere a los asuntos contenciosos, en el caso de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (1986), la Corte consideró algunos aspectos de la definición de la agresión para determinar las violaciones más graves de la prohibición del uso de la fuerza que constituyen un ataque armado a los efectos del derecho de legítima defensa. Refiriéndose a la definición de la agresión, la Corte concluyó que el ataque armado comprende no sólo la acción de fuerzas armadas regulares a través de una frontera internacional, sino también el envío por parte de un Estado de bandas armadas que llevan a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que equivalen a un ataque efectivo llevado a cabo por fuerzas regulares. La Corte indicó que «puede considerarse que» la descripción de tales acciones que figura en el párrafo g) del artículo 3 de la «Definición de la agresión» refleja el derecho internacional consuetudinario (ONU, 2002)

En el caso de las *Actividades armadas en el Territorio del Congo*, la CIJ determinó que Uganda violó el principio de no -uso de la fuerza en las relaciones internacionales y principio de no intervención al emprender actividades militares en el territorio de la RD del Congo, especialmente al ocupar Ituri, y al brindar activamente apoyo militar, logístico, económico y financiero a las fuerzas irregulares que habían operado en el territorio de la RDC (S. 2005, ICJ Reports 2005, p. 280).

B. LA DEFINICIÓN DE «AGRESIÓN» EN LA RESOLUCIÓN 3314 (XXIX) DE 1974 DE LA AGNU COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

Los intentos por definir los actos de agresión, como conductas violatorias del derecho internacional consuetudinario ha sido una preocupación de la comunidad internacional desde hace muchos años. Ya desde la Sociedad de las Naciones, en 1923, se dieron los primeros pasos en esa dirección. Comité Especial de la Comisión Temporal Mixta para la Reducción de los Armamentos había considerado conveniente definir con exactitud que debía entenderse por un acto de agresión, con el fin de sentar las bases para que el Consejo pudiera decidir en casos concretos si se ha cometido o no un acto de agresión.

La Comisión, sin embargo, concluyó que no era posible «elaborar una definición simple de agresión, y que tampoco es posible idear una prueba sencilla para determinar cuándo ha ocurrido efectivamente un acto de agresión»; por lo que se limitó a indicar los factores que podían servir de elementos para una decisión justa. A saber: (a) efectiva movilización industrial y económica llevada a cabo por un Estado, ya sea en su propio territorio o por personas o sociedades en territorio extranjero; (b) movilización militar secreta mediante la formación y el empleo de tropas irregulares o mediante una declaración de un estado de peligro de guerra que serviría de pretexto para comenzar hostilidades; (c) ataque aéreo, químico o naval llevado a cabo por una parte contra otra; (d) presencia de las fuerzas armadas de una parte en el territorio de otra; (e) negativa de cualquiera de las partes a retirar sus fuerzas armadas detrás de una línea o de líneas indicadas por el Consejo (f) una política definitivamente agresiva aplicada por una de las partes para con la otra, y la consiguiente negativa de dicha parte a someter el objeto de la controversia a la recomendación del Consejo o a la decisión de la CPJI y a aceptar la recomendación o decisión que se expida (ONU, 2002)

En la Conferencia de San Francisco de 1945, en los debates que dieran origen a la Carta de las Naciones Unidas, algunas delegaciones propusieron que se definiera el concepto «acto de agresión» contenido en el capítulo VIII, sección B, párrafo (2) del de la Propuesta de Dumbarton Oaks⁵ –que se convirtiera en el Capítulo VII de la Carta–, pero el Comité Técnico encargado del Tema (III-3), entendió que realizar tal definición excedía el alcance de la Carta y que era muy difícil que dicha definición abarcara todas las formas de actos de agresión.

⁵ Cap. VIII- Secc. B. 2. «En general, el Consejo de Seguridad debe determinar la existencia de cualquier amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y debe hacer recomendaciones o decidir las medidas a tomar para mantener o restaurar la paz y la seguridad».

En 1950, la Asamblea General acuerda en la Resolución No. 378 (V) remitir para la consideración de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) una propuesta de la URSS que preveía que la AGNU definiera el concepto de agresión con la mayor precisión. En su tercer período de sesiones, en 1951, la Comisión consideró que no era deseable definir la agresión mediante una enumeración detallada de actos, ya que ninguna enumeración podía ser exhaustiva y que también era desaconsejable limitar la libertad de juicio de los órganos competentes de las Naciones Unidas mediante una lista rígida y necesariamente incompleta; por lo que, se decidió que el único camino práctico era apuntar a una definición general y abstracta; pero esto no tuvo éxito.

Sin embargo, durante la misma sesión, el asunto fue reconsiderado en el contexto de la preparación del proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, por lo que la Comisión decide entonces incorporar todo acto de agresión o amenaza de agresión entre los delitos tipificados en el proyecto de Código. El art. 2 del proyecto de Código incluía una lista de delitos que tenían su origen en los delitos contra la paz pero que reflejaban el desarrollo de del *jus ad bellum* representado por el Artículo 2(4) de la Carta de la ONU (McDougall, 2013, p. 4) entre ellos «cualquier acto de agresión, incluido el empleo por parte de las autoridades de un Estado de la fuerza armada contra otro Estado para cualquier propósito que no sea la legítima defensa nacional o colectiva o en cumplimiento de una decisión o recomendación por un órgano competente de las Naciones Unidas» (art. 2.1)

Entre 1952 y 1957 la AG decide que era «tanto posible como deseable, con miras a garantizar la paz y la seguridad internacionales y desarrollar el derecho internacional, definir la agresión por referencia a los elementos que la constituyen», para lo cual creó comités espaciales para que presentaran los proyectos de definiciones de agresión o proyectos de declaraciones de la noción de agresión. Las actividades de estos comités concluyeron en 1967, sin llegaron a adoptar una definición, cuando la Asamblea General decidió emprender nuevamente una consideración sustantiva de la cuestión.

El 18 de diciembre de 1967, mediante la resolución 2330 (XXII) se estableció un nuevo Comité Especial integrado por treinta y cinco Estados miembros a fin de poder preparar una definición adecuada de agresión. En su sesión de 1974, el Comité Especial adoptó un proyecto de definición de agresión y lo recomendó a la Asamblea General, quien la adoptó por consenso, mediante la Resolución No. 3314 (XXIX). La Asamblea también llamó la atención del Consejo de Seguridad sobre la Definición y recomendó que el Consejo de Seguridad, según corresponda, tenga en cuenta esa Definición como guía para determinar, de conformidad con la Carta, la existencia de un acto de agresión. (CDI, 2015).

El extenso período de desacuerdos y negociaciones para llegar a un concepto definitivo estuvo dado por el contexto de la Guerra Fría; en el que se produjeron serias tensiones entre los bloques hegemónicos y una serie de conflictos políticos y militares (la guerra del Sinaí, la crisis de los misiles en Cuba, las guerras del Congo y de Vietnam, las ocupaciones soviéticas en Europa del Este) que propiciaron, por una parte, la urgente necesidad de establecer una definición; pero, al mismo tiempo, la existencia también de posturas enfrentadas acerca del contenido de la propia definición.

Hubo que hacer difíciles transacciones para llegar a un consenso respecto del texto. Con ocasión de la aprobación de la definición, tanto en el Comité Especial como en la Asamblea General, delegaciones de distintos gobiernos hicieron declaraciones a fin de dejar constancia de la forma especial en que interpretaban la definición (Wilmshurst, 2009). P. ej., durante la negociación las potencias militares pretendieron incorporar en la definición de agresión el elemento subjetivo de la intención; es decir si esta tuviera por fin obtener alguna ventaja como el derrocamiento un gobierno, la anexión de un territorio u otros que se enumeraban en la propuesta.

Esta proposición perseguía excluir de la calificación de agresión las invasiones y otros usos de la fuerza supuestamente encaminados a realizar objetivos legítimos como defender el socialismo (la URSS), la democracia (EUA y otros) o brindar protección a nacionales en el extranjero u otros pretextos (Vallarta Marrón, 2011, p. 442)⁶. Ello fue rechazado por algunas delegaciones participantes y, contrariamente, en el art. 5 se refuerza la idea de que «ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión».

Con arreglo a la Resolución No. 3314 (XXIX)

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

A los efectos de la norma «el término ‘Estado’: se utiliza sin perjuicio de las cuestiones de reconocimiento o de que un Estado sea o no miembro de las Naciones Unidas e incluye el concepto de un ‘grupo de Estados’, cuando proceda» (art.1).

Según el art. 3, se caracterizará como acto de agresión:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El Moqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) g) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

⁶ Este autor formó parte de la delegación que representó a México ante el Comité de la AGNU para la definición de la agresión.

- f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo sotos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

La enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta (art 4). La Definición recoge además que «ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión (art. 5.1) y que ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal. (art. 5.3). La norma realiza además una distinción entre *agresión* (como acto del Estado que genera responsabilidad internacional) y la *guerra de agresión* (que es un crimen contra la paz internacional) (art. 5.2).

La Definición no perjudica el derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia de pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en particular los pueblos que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera; ni el derecho de esos pueblos a luchar con tal fin y pedir y recibir apoyo, de acuerdo con los principios de la Carta y en conformidad con la Declaración antes mencionada (art. 7).

Durante las negociaciones, algunos Estados mostraron interés en que se hicieran las respectivas aclaraciones a la definición, con el fin de impedir que cualquier quebrantamiento de la paz o uso ilegítimo de la fuerza armada de menor magnitud se considerase un acto de agresión a los efectos de invocar la legítima defensa para una respuesta armada que pudiera ser desproporcionada. El propósito de esa preocupación era evitar que una ampliación indebida del alcance de la institución de la legítima defensa fuera utilizado como pretexto para justificar represalias armadas o actos de intervención (Vallarta Marrón, 2011, p. 442). Ello quedó reflejado en el art. 2, que faculta al Consejo de Seguridad para concluir, que podría no estar justificada la determinación de que se ha cometido un acto de agresión si los actos de que se trata o sus consecuencias no son lo suficientemente graves.

La Resolución 3314 (XXIX) tenía como propósito servir de orientación al Consejo de Seguridad «para determinar, de conformidad con la Carta, la existencia de un acto de agresión». Sin embargo, a pesar de ser concebida como una guía, la Resolución no se incorporó visiblemente en la práctica del Consejo de Seguridad, por razones probablemente más políticas que legales (Scheidt-Zimmermann, 2018, p. 105). En la práctica el Consejo nunca utilizó la definición para estos fines, a pesar de haber condenado en algunas ocasiones actos cuyas características se correspondían con la «agresión», en los términos de la definición. La CIJ, sin embargo, sí que se refirió a ella en la solución de asuntos contenciosos de su competencia (Nicaragua vs. Estados

Unidos y República Democrática del Congo vs. Uganda), llegando a considerar a la prescripción del art. 3 (g) como una norma de derecho internacional consuetudinario.

C. IMPORTANCIA PRÁCTICA Y PRINCIPALES CRÍTICAS A LA LABOR DE LA ONU EN RELACIÓN CON LA AGRESIÓN EN ESTA ETAPA

Lo primero que cabe destacar de esta etapa en la evolución del derecho internacional sobre el crimen de agresión –coincidiendo con Rueda Fernández (2005)– es que el proceso de cambio iniciado tras la I Guerra Mundial, concluido en 1945 con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas y consolidado posteriormente con la aprobación de las Resoluciones 2625 (XXV) y 3314 (XXIX) de la ONU, dio lugar a la existencia de una norma de derecho internacional general de carácter imperativo, que impone a todos los Estados el deber de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza armada y que la violación más grave a este principio la constituye el crimen de agresión, cuya comisión debe entrañar la aplicación de un régimen de responsabilidad mucho más severo respecto al incumplimiento de las demás obligaciones internacionales, hasta ese entonces seguía siendo una de las grandes carencias del derecho internacional la falta de una definición aceptada sobre qué debía considerarse una agresión.

Ahora bien, es claro que las referencias a la calificación de «agresión» de determinados hechos en el marco de los órganos principales de las Naciones Unidas se refieren a los actos del Estado y no específicamente al crimen de agresión. Acto y crimen de agresión son conceptos diferentes en referencia al sujeto responsable (el Estado del «acto», la persona individual del «crimen»); pero sin duda interrelacionados, en cuanto el primero ha constituido un presupuesto del segundo, al menos así se ha considerado en toda evolución del DI en esta etapa.

La AGNU y el Consejo de Seguridad son organismos de naturaleza política, no judiciales, cuyas decisiones se enmarcan en la responsabilidad del Estado, clásica del Derecho internacional. Desde esa perspectiva, las condenas por agresión tienen valoraciones diferentes. El Consejo de Seguridad, p.ej., podría abstenerse de determinar que se ha cometido un acto de agresión, aunque ello fuere evidente, si políticamente ello fuera lo aconsejable en función de la solución del conflicto (sobre todo si este estuviera por resolverse y una declaración de agresión podría entorpecer el proceso o generar una nueva crisis). La CIJ sí es un órgano judicial, pero no juzga personas.

La definición del crimen de agresión, por su parte, al estar dirigida a determinar la responsabilidad internacional del individuo requiere de valoraciones y criterios estrictamente jurídicos que – a los efectos del derecho internacional–, no pueden estar desligados de los principios y competencias fijadas en la Carta de la ONU a sus órganos para determinar la existencia de unos hechos que habrán de calificarse como actos de agresión y que constituirán la base fáctica para la exigencia de responsabilidad individual por el crimen de agresión.

Es por ello que la mayor relevancia práctica de los instrumentos antes mencionados y, particularmente de la Resolución 3314, es la de haber servido como la fuente principal en las negociaciones para determinar los criterios y condiciones bajo los cuales un acto de agresión puede ser considerado un crimen internacional, y su posterior incorporación de la definición del

«crimen de agresión» en el Estatuto de la Corte Penal Internacional tras la Conferencia de Estados miembros de Kampala en 2010.

Todo este período de evolución no ha estado exento de polémica y ha sido objeto de muchas críticas y de índole muy diversa: desde los manejos políticos y el doble rasero del Consejo de Seguridad para decidir o no si se ha cometido un acto de agresión, hasta la manera en que se definen estos en la Resolución 3314. Esta última ha sido señalada por varias cuestiones, que van desde su limitada funcionalidad y falta de suficiencia, hasta problemas de mucha ambigüedad y vaguedad en construcción técnica de los conceptos, lagunas e inconsistencias que dificultan su interpretación; además del escaso impacto en las decisiones del Consejo de Seguridad.

A la Resolución se le señala, en primer lugar, su limitada funcionalidad; esto es, de servir como una disposición meramente «orientativa» para el Consejo de Seguridad en el uso de las facultades atribuidas en el art. 39 de la Carta de la ONU. Ello condujo a una falta de exhaustividad en la definición de todos los posibles usos de la fuerza que pudieran ser constitutivos de agresión, dejando así amplias facultades discrecionales al Consejo de Seguridad para incluir otras manifestaciones que pudiera entender considerar como tales actos.

Otro de los señalamientos tiene que ver con que la Resolución pone énfasis en el papel del Estado como único actor responsable de los actos de agresión. La definición no comprende, por tanto, la acción de otros actores no estatales, como los grupos insurgentes nacionales o transnacionales (que pueden ser elementos clave en los conflictos, como los que participaron en la Guerra Civil de Sierra Leona y la guerra de Yugoslavia), cuya responsabilidad no quedaría cubierta, consecuentemente, por la definición. También es criticable la disposición relativa a los grupos irregulares (art. 3 g.), que no deja claro hasta qué punto o cuál nivel de participación comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

Por otra parte, a pesar de haber tenido a mano las experiencias de los procesos de Nüremberg y Tokyo, la Resolución 3314 no se refiere a las responsabilidades individuales la agresión –básicamente porque no era su objetivo–. Como observó la Comisión de Derecho Internacional en su comentario al proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional que había preparado en 1994, en la resolución 3314 (XXIX) «se trata de la agresión por parte de los Estados, no de crímenes de individuos y la resolución tiene por objeto servir de guía al Consejo de Seguridad y no dar una definición para uso judicial. (Wilmshurst, 2009).

Para autores como Bruha (2017), la Resolución 3314 no estuvo a la altura de las expectativas que en ella se depositaron –en vista de la doble función que se le ha asignado a la empresa en el pasado, a saber, proporcionar una definición legal integral de agresión a los efectos de la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad penal individual – y limitarse únicamente a servir como un documento político, dirigido principalmente al Consejo de Seguridad de la ONU cuando actúa bajo el Capítulo VII de la Carta de la ONU para mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales (p. 172).

A pesar de ello, no puede desconocerse el rol histórico clave que ha desempeñado la Res. 3314 en la definición del crimen de agresión. Con arreglo al párrafo 2 del artículo 5, que recoge el

párrafo 1 de la Declaración sobre las relaciones de amistad de 1970 respecto a una guerra de agresión –la que califica como un crimen contra la paz– la Resolución se constituye en un elemento de vinculación entre el derecho internacional consuetudinario relativo a las consecuencias derivadas de los actos de agresión estatal y el derecho penal internacional que atribuye la responsabilidad individual por dichos actos; hecho que quedara reflejado en el art. 8 *bis* 2 del Estatuto de Roma.

I.4. El camino hacia la definición del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

Después de Nüremberg y Tokyo, el crimen de agresión no fue objeto de tratamiento por el derecho penal internacional, hasta la creación de la Corte Penal Internacional (CPI). El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia no hizo referencia al crimen de agresión entre los que correspondieron a la jurisdicción del Tribunal, aunque teóricamente podría haberlo hecho. La ausencia de este delito en el ámbito de la competencia *ratione materiae* fue más conspicuo cuando se estableció el Tribunal Especial Iraquí (más tarde rebautizado como Tribunal Superior Iraquí) para enjuiciar los crímenes cometidos por Saddam Hussein (Kress & von Holtzendorf, 2010, p. 1182).

Como resultado de una falta de voluntad política internacional duradera para avanzar con decisión –afirma Sayapin–, los autores de algunos presuntos crímenes de agresión lograron evadir la justicia. Como dijo M. Cherif Bassiouni acertadamente, la historia del derecho penal internacional está impulsada por los hechos, caracterizada por experiencias prácticas, dominada por el pragmatismo y constantemente atenazada por las demandas en conflicto de la *realpolitik* por un lado, y las de la justicia por el otro. Parece que con respecto al crimen de agresión las demandas de la *realpolitik* fueron, una y otra vez, más exitosas que las de la justicia (Sayapin, 2014, p. xx).

En la Conferencia de Estados Parte de 1998, celebrada en Roma, nace la Corte Penal Internacional (CPI), primer tribunal penal internacional de carácter permanente con el objetivo de juzgar y sancionar los crímenes más graves de trascendencia internacional, dando continuidad al camino histórico iniciado con los tribunales de Nüremberg y Tokyo y seguida por los tribunales penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), creados por el Consejo de Seguridad de la ONU en una época anterior más próxima al nacimiento de la CPI. El tratado constitutivo del tribunal (conocido como Estatuto de Roma), fue aprobado el 17 de julio de 1998. Entro en vigor el 1º de julio de 2002 y hasta la fecha ha sido ratificado por 123 Estados.

El Estatuto define los criterios de competencia de la Corte: (material, personal, territorial y temporal. En relación con el ámbito de competencia material (art. 5) –que es el que acá nos interesa–, éste se refiere a los cuatro los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto: (a) genocidio (definido en el art. 6); (b) crímenes de lesa humanidad (definido en el art. 7); (c) crímenes de guerra (definido en el art. 8) y (d) crimen de agresión.

Respecto del crimen de agresión el Estatuto original no hizo, a diferencia del resto, una definición de este por falta de consenso, sino que quedó únicamente enunciado como un tipo penal indeterminado y difería la competencia de la Corte sobre dicho crimen a la aprobación de una disposición, de conformidad con los procedimientos de enmienda al Tratado, en la que se

definieran los elementos constitutivos del crimen de agresión, así como las condiciones para su juzgamiento por la CPI; disposición que debía ser compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas (art. 5.2).

Varios fueron los puntos polémicos que dieron al traste con la decisión de la Conferencia de no incorporar la definición del crimen de agresión en el Estatuto y postergarla para una próxima conferencia de revisión. En el informe de la CDI sobre la labor realizada en su 46° período de sesiones (mayo- julio de 1994) sobre un «proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional», dio cuenta de las principales cuestiones controversiales relacionadas con la incorporación del crimen de agresión en dicho proyecto de Estatuto, a saber: (i) la definición del crimen de agresión; (ii) la delimitación de la competencia del tribunal; (iii) las competencias del Consejo de Seguridad respecto de la calificación de agresión; (iv) el tipo de responsabilidad y (v) las consecuencias que se derivan de la comisión de la agresión; entre otras.

Los problemas relativos a la definición del crimen de agresión se suscitaron por el hecho de que respecto de este no existía una definición específica en un tratado comparable a la del genocidio, y se puso en duda de que el derecho consuetudinario definiera los crímenes con la precisión necesaria. La Resolución 3314/74 de la AGNU abordaba los actos de agresión cometidos por los Estados con el propósito de servir de orientación al Consejo de Seguridad y no con fines de uso judicial para la determinación de responsabilidad penal individual en el marco del derecho internacional. No obstante, la Comisión era del criterio de que:

hoy un tribunal está en mejores condiciones que el Tribunal de Nuremberg en 1946 para definir el crimen de derecho consuetudinario de la agresión. Así pues, parecería regresivo excluir la responsabilidad penal individual respecto de la agresión (en particular los actos directamente relacionados con la iniciación de una guerra de agresión) cincuenta años después de Nuremberg (CDI, 1994, p. 41).

También se suscitaron discrepancias acerca de si dicha definición debía limitarse a las guerras de agresión o debía abarcar a los actos aislados de agresión. Algunos miembros de la Comisión consideraron que no todo acto de agresión es un crimen en virtud del derecho internacional que pueda dar lugar a la responsabilidad penal individual. A su juicio, la norma consuetudinaria, tal como ha evolucionado desde 1945, sólo abarca la iniciación de una guerra de agresión. La tesis se apoya particularmente en el apartado (a) del artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg; en la «Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas» y el artículo 5 (2) de la Resolución 3314 AGNU. Otros pusieron en duda la utilidad de la distinción (CDI, 1994, p. 41).

El punto más controvertido fue el relativo a las facultades del Consejo de Seguridad atribuidas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que incidían directamente en la determinación de la imputación de un crimen de agresión. Algunos miembros apuntaban a la necesidad de establecer reglas de procedibilidad en el crimen de agresión que asegurasen que sólo se substanciaren procedimientos por crimen de agresión una vez que el Consejo de Seguridad haya determinado que se ha cometido una agresión en circunstancias que impliquen

el crimen de agresión que es objeto de la acusación. (CDI, 1994). La propuesta del art. 23 del proyecto decía lo siguiente:

2. No podrá presentarse con arreglo al presente Estatuto ninguna denuncia relativa a un acto de agresión o directamente relacionada con ese acto sin que el Consejo de Seguridad haya determinado antes que un Estado ha cometido el acto de agresión objeto de la denuncia.

3. No podrá iniciarse con arreglo al presente Estatuto ningún proceso derivado de una situación de la que se esté ocupando el Consejo de Seguridad por tratarse, a tenor del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, de una amenaza para la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, a menos que el Consejo de Seguridad decida otra cosa (p.46).

El fundamento de esta previsión reside en que cualquier responsabilidad penal por un crimen de agresión debe estar antecedida de la determinación por parte del Consejo de Seguridad de que efectivamente se ha cometido un acto de agresión, en el ejercicio de las competencias que le están atribuidas con arreglo al Capítulo VII de la Carta de la ONU. La decisión del Consejo de Seguridad sería entonces un presupuesto para el ejercicio de la acción penal y de la competencia del tribunal, al que le corresponderá decidir si existen méritos para acusar a un individuo en concreto, por haber participado, en nombre del Estado agresor, en la preparación o la ejecución de la agresión.

En sentido contrario, se argumentaba que nada se oponía a que el Consejo de Seguridad verificara la existencia de un crimen en virtud de los poderes que le confería la Carta de las Naciones Unidas; pero que esto no le otorgaba un poder exclusivo para ello y que no tenía ni las atribuciones ni los medios técnicos para determinar la comisión de un crimen. Que, como órgano de naturaleza política, el Consejo de Seguridad no podía, sin actuar *ultra vires*, decidir sobre la responsabilidad judicial de un Estado.

También se señaló la atención en este contexto de la falta en el régimen de la Carta de las Naciones Unidas de un mecanismo de control para determinar si el Consejo de Seguridad se excedía y abusaba de su autoridad y cuándo lo hacía. Para ello, se sugirió la posibilidad de impugnación judicial, ante la CIJ, de toda determinación de agresión por el Consejo de Seguridad. Otra sugerencia fue que dicha determinación fuera tomada como una presunción y no de una conclusión decisiva (CDI, 1994, p. 155).

Si bien se le otorgó mucha relevancia a la circunstancia de la verificación de la agresión por el Consejo de Seguridad con arreglo a las facultades de la Carta, como condición necesaria para la imputación del crimen y el ejercicio de la competencia persecutoria del tribunal, también se sugirió seguir examinando las consecuencias de tal requisito. Se propuso que a falta de actuación del Consejo de Seguridad se podría dar a Fiscalía el derecho a notificarlo de las acusaciones de agresión.

También había que considerar que dicha cláusula introduce en el Estatuto una desigualdad de fondo entre los Estados miembros del Consejo de Seguridad y los que no eran miembros del Consejo, así como entre los miembros permanentes y los demás miembros, lo que probablemente no alentaría la adhesión masiva de los Estados al Estatuto. Por ello se sugería en su lugar insertar en el tratado, del que el Estatuto sería un anexo, la cláusula de salvaguardia contenida en el

preámbulo de la Resolución 3314/74 dejando sentada la primacía de la Carta de las Naciones Unidas. (CDI, 1994, p. 48)

Otra de las situaciones controvertidas giraba alrededor de la imputación de la responsabilidad penal y las consecuencias de esta. Se acusó a la redacción de la propuesta de vaguedad en relación con la categoría de personas que podían ser acusadas del crimen de agresión –que podía incluir a cada soldado participante– lo que contradiría los principios del derecho de la guerra. También se argumentó sobre la invocación de la legítima defensa como causa de exclusión de responsabilidad, en el sentido de que, si tal circunstancia era aceptada, la ilicitud del acto quedaría excluida y, por consiguiente, la responsabilidad penal.

En lo que respecta a las consecuencias de la responsabilidad, hubo discrepancias sobre el papel que en ellas debe jugar el Consejo de Seguridad. Se expresó la opinión de que, de conformidad con las atribuciones del Capítulo VII, el Consejo de Seguridad estaba facultado para decidir sobre las sanciones que se habían de imponer a los responsables y decidir, una vez comprobada la existencia de un crimen de agresión, que las sanciones colectivas debían llevar consigo medidas punitivas adecuadas a un crimen. Otros señalaron que el Consejo no debía actuar como un mecanismo de sanciones, pues este tenía una función de policía orientada hacia el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; que en casos muy excepcionales había adoptado sanciones obligatorias (caso de Iraq), pero que de ello no se podía extraer la conclusión general de que la ONU podía prescribir consecuencias de los crímenes internacionales.

Todo este cúmulo de complejidades técnicas y de desacuerdos políticos, tanto en la definición misma del crimen de agresión como en los criterios para la exigencia de la responsabilidad penal y la forma en que se podían articular las competencias de la Corte con las funciones del Consejo de Seguridad, de manera que no resultaran incompatibles con las previsiones de la Carta de las Naciones Unidas, llevaron a los Estados presentes en la Conferencia de Roma a concluir de que se trataba de un asunto especialmente difícil de abordar y que requeriría de más negociaciones.

Por esa razón, optaron por no incluir la definición del crimen de agresión en el Tratado constitutivo de la Corte Penal internacional y postergarlo para otro momento. Así, en el Acta final de la Conferencia decidieron que: «la Comisión preparará propuestas acerca de una disposición relativa a la agresión, inclusive la definición y los elementos del crimen de agresión y a las condiciones en las cuales la Corte Penal Internacional ejercerá su competencia sobre ese crimen. La Comisión presentará esas propuestas a la Asamblea de los Estados Parte en una Conferencia de Revisión con miras a llegar a una disposición aceptable acerca del crimen de agresión para su inclusión en el presente Estatuto (ONU, 1998)». Ello se materializaría doce años después, en la Conferencia de Kampala.

CAPITULO II

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL ESTATUTO DE ROMA. CARACTERÍSTICAS, LIMITACIONES Y PERSPECTIVAS DE DESARROLLO

Resumen

En este Capítulo se aborda, desde una perspectiva crítica, el régimen jurídico del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, tal como quedara configurado por la Resolución de Enmienda (RC/Res. 6) aprobada en la Asamblea de Estados Parte, en Kampala, Uganda, el 11 de junio de 2010. A estos efectos, en los dos primeros epígrafes (II.1) y (II.2) se describen y se valoran las características del crimen de agresión como su estructura (definición y elementos) y las condiciones del ejercicio de la competencia de la Corte en cuanto a este, resaltando, en uno y otro caso, los aspectos positivos y las principales limitaciones, inconvenientes o deficiencias que presentan. Finalmente, a partir de las consideraciones expuestas en los dos primeros epígrafes, se realiza (II.3) una reflexión final sobre los principales desafíos que afronta y las perspectivas de desarrollo de la justicia penal internacional, en manos de la CPI, en relación con el crimen de agresión.

II.1. Estructura del crimen de agresión

A. LA DEFINICIÓN: EL PUNTO DE PARTIDA

Luego de la Conferencia de Roma y de conformidad con el acuerdo reflejado en el Acta Final y en el art. 5 (2) del Estatuto de la CPI, la Asamblea de Estados parte del Estatuto adopta, en septiembre de 2002, la ICC-ASP/1/Res.1 por la cual decide crear un grupo de trabajo especial sobre el crimen de agresión (SWGCA, por sus siglas en inglés)⁷, con el propósito de elaborar propuestas relativas a una disposición sobre la agresión. Durante los años siguientes, la Comisión Preparatoria (PrepCom, 1999-2002), así como SWGCA (2003-2009) trabajaron en la elaboración de las disposiciones sobre agresión.

Durante este período el Grupo Especial desarrolló ocho reuniones informales, a las que fueron invitados también Estados que no eran parte de la CPI, incluyendo las organizadas por el *Liechtenstein Institute on Self Determination* de la Universidad de Princeton (Procesos de Princeton), que coadyuvaron a desarrollar experiencias en el tema. En las sesiones celebradas entre el 9 y el 13 de febrero de 2009, tras cinco años de deliberación y discusiones que enfrentaron posiciones contrapuestas sobre la definición misma y el papel del Consejo de Seguridad, el SWGCA informó que había elaborado un proyecto de enmiendas al Estatuto de Roma para asegurar a la CPI jurisdicción sobre el crimen de agresión.

La primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma se celebró en Kampala, Uganda, entre 31 de mayo y el 11 de junio de 2010. Tuvo el mérito de lograr que se llegara a un acuerdo definitivo sobre la definición del crimen de agresión y las condiciones para el ejercicio de la competencia de la CPI respecto de dicho crimen, en virtud de lo previsto en artículo 5 (2) del

⁷ *Special Working Group on the Crime of Aggression*

Estatuto. En ella se acogió la propuesta del SWGCA de febrero de 2009, que, a su vez, había sido recomendada en la Resolución ICC-ASP/8/Res. 6 aprobada en el 8va sesión plenaria de la Conferencia el 26 de noviembre de 2009.

La RC/Res. 6, adoptada por consenso en la Asamblea de Estados Parte, el 11 de junio de 2010, dispuso la reforma del Estatuto de la CPI en los dos aspectos medulares relativos al crimen de agresión: (i) la definición del delito mediante la incorporación del art. 8 *bis* y (ii) las condiciones del ejercicio de la competencia de la CPI respecto del crimen de agresión, mediante el añadido de los arts. 15 *bis* y 15 *ter* –los que serán objeto de tratamiento en otro epígrafe–. Al mismo tiempo se suprime el art. 5 (2) que ya no cumplía ninguna función.

Con arreglo al nuevo art. 8 *bis*:

1. 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.

2. A los efectos del párrafo 1, por «acto de agresión» se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. 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:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
- f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

Aunque el apartado 2 del precepto no es innovador, pues se limita a reproducir la definición de «acto de agresión» de la Res. 3314 AGNU, el primer apartado sí introduce elementos novedosos en relación (i) con las condiciones personales exigidas para poder imputarse un crimen de agresión y (ii) con las características materiales del acto de agresión para que su comisión pueda calificarse como un crimen. Así, en el primer supuesto limita la responsabilidad penal a las personas que ocupan una posición relevante, de control o de mando sobre la política militar del Estado agresor y; en el segundo caso, restringe el campo material de la agresión a los actos más graves (por su extensión o sus consecuencias) que merezcan considerarse como una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

En relación con las modalidades de la conducta que constituyen agresión, la definición sigue los precedentes históricos establecidos en los Estatutos de Nüremberg y de Tokyo: contempla dentro de ellas los actos preparatorios (planificar y preparar) y la ejecución misma (iniciar o realizar) del acto de agresión. –La única diferencia con los Estatutos anteriores es el cambio de «librar» por «realizar» y ello obedece al hecho de que el término «librar» (*to wage*) se refiere específicamente a la guerra o la batalla, mientras que «realizar» resulta más idóneo para referirse a los actos de agresión en general. En todo caso, ambos términos se refieren a lo mismo: la ejecución (*execution*) de un acto de agresión.

La definición se completa con un conjunto de «entendimientos», que son cláusulas de interpretación que matizan o acomodan las provisiones incorporadas al tratado y que recogen las de algunos países miembros de la Conferencia. Según los entendimientos (6) y (7):

6. Se entiende que la agresión es la forma más grave y peligrosa del uso ilegal de la fuerza, y que una determinación sobre si un acto de agresión ha sido cometido requiere el examen de todas las circunstancias de cada caso particular, incluyendo la gravedad de los actos correspondientes y de sus consecuencias, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

7. Se entiende que al determinar si un acto de agresión constituye o no una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, los tres elementos de características, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente para justificar una determinación de violación «manifiesta». Ninguno de los elementos puede bastar por sí solo para satisfacer el criterio de violación manifiesta.

Realizar un análisis crítico de la definición del crimen de agresión finalmente incorporada en el Estatuto de Roma debe partir, en primer lugar, de reconocer que esta es el producto de un esfuerzo extraordinario de los Estados para, a partir de reconocer la incuestionable existencia del crimen de agresión como una regla del derecho internacional consuetudinario, construir una definición jurídicamente aceptable que permita convertirlo en una figura perseguible por la justicia penal internacional y superar así las falencias (motivo de duras críticas) relativas a la violación del principio de legalidad, en los procesos de Nüremberg y Tokyo. En ese sentido, habrá que reconocer que si bien no es una definición (jurídica y políticamente) del todo satisfactoria, sí ha sido, al menos, la mejor que se ha podido conseguir, en atención a las circunstancias.

En segundo lugar –y como consecuencia de lo anterior–, la valoración crítica que se pretende realizar no va dirigido a rechazar el contenido de la definición ni a negar su utilidad o necesidad, sino a elaborar, desde una perspectiva constructiva, un análisis jurídico que pueda servir para comprender mejor los fundamentos teóricos y la proyección práctica de la definición del crimen de agresión; identificando las posibles deficiencias, ambigüedades o contradicciones presentes

en su formulación, a los fines de reflexionar sobre la conveniencia de su mejora o la posible atenuación de los efectos no deseados de la misma.

B. LOS ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN: LA CLÁUSULA DE UMBRAL Y EL PROBLEMA DE LA VAGUEDAD

El punto de mayor consenso que se logró en la definición del crimen de agresión es el relativo a su estructura. Tal y como ya ha quedado establecido el art. 8 *bis* y hemos explicado anteriormente, el crimen de agresión se caracteriza por poseer una estructura en dos niveles o dimensiones: (i) una colectiva (que está constituido por un acto atribuible al Estado, como principal sujeto del del derecho internacional) y (ii) una individual (que viene determinada por la atribución de responsabilidad penal a un individuo que resulta implicado en el acto de agresión estatal).

Estas dos dimensiones –siguiendo la redacción del precepto– contienen los cuatro aspectos o elementos del crimen de agresión que deben darse de manera concurrente: dos de ellos de naturaleza objetiva: (i.1) la existencia de un acto estatal que, de conformidad con el art 8*bis* (2), constituya un «acto de agresión»; (i.2) las condiciones materiales de dicho acto (violación manifiesta de la Carta de la ONU por sus características, gravedad y escala); (ii.1) las modalidades de participación en el *iter criminis* (planificar, preparar, iniciar o realizar el acto de agresión) y (ii.2) la situación personal del sujeto respecto del acto de agresión (estar en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado).

De la formulación de los dos primeros se deriva que no todo uso ilícito de la fuerza es un acto de agresión –sino sólo el que como tal esté así previsto en la lista determinada en el art. 8 *bis* (2) –, ni todo acto de agresión puede reputarse como crimen de agresión, sino sólo aquellos que superen el umbral previsto en el 8 *bis* (1); esto es, que constituyan una «violación manifiesta» de la Carta de la ONU. En la utilización de estos conceptos jurídicos indeterminados radica el primer problema que plantea la definición y que ha sido objeto de reproches: la vaguedad y ambigüedad de sus cláusulas.

Ya desde la Res. 3314 de la AGNU se establecía la distinción entre el acto de agresión que generaba responsabilidad del Estado y la guerra de agresión, como crimen generador de responsabilidad penal; pero esta no se detuvo a señalar las diferencias cualitativas entre uno y otra, que sí fue objeto de atención en la definición del apartado (1) del art. 8 *bis* al establecer el umbral de «violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas» según las características, gravedad y escala del acto de agresión para que pueda reputarse un crimen.

La inclusión de la cláusula de umbral no pretendía distinguir, entre los actos de agresión, los que generaban responsabilidad individual y los que no, sino tan solo excluir de la jurisdicción de la CPI los casos menos graves (Morello, 2017, p. 32); es decir, evitar criminalizar los usos de la fuerza que, aun cuando pudieran ser ilícitos con arreglo al derecho internacional consuetudinario, no eran merecedores de una intervención del derecho penal por tratarse de actos de impactos o consecuencias menores (como p.ej., incidentes fronterizos o intervenciones jurídicamente controvertidas). Sin embargo, la fórmula empleada no deja de ser polémica, por imprecisa.

Durante las sesiones del SWGA se cuestionó incluso la necesidad o la pertinencia de la cláusula del umbral en bajo el argumento de que cualquier acto de agresión constituiría una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas y que no debería excluirse ninguno; que la lista

de calificación del apartado (2) era suficiente y que dicha cláusula constituirá una nueva capa definitoria aplicable al acto de agresión, que ha sido claramente definido por el artículo 8 bis, párrafo 2. Contrariamente se sostuvo que mantener la cláusula de umbral proporcionaría una orientación importante para la Corte y, en particular, evitaría que se ocupara de casos dudosos (SWGA, 2009).

Además, una calificación que limite un delito a violaciones muy graves no es del todo desconocida en el derecho internacional. Incluso se podría decir que el régimen de «infracciones graves» de los Convenios de Ginebra es un ejemplo clásico de este enfoque (Heinsh, 2010, p. 727). Además, la distinción cualitativa entre el acto estatal de agresión y el crimen individual era una exigencia que ya se venía reclamando desde el inicio de los intentos de definición de la agresión en los años 50 y así se quedó reflejada en la Resolución 3314.

El problema de la estructura del art. 8 bis es que no provee la enumeración de conductas que constituyan violaciones manifiestas de la Carta, sino solo una lista de actos de agresión que potencialmente podrían ser violaciones manifiestas, pero que, por definición, no lo son. En ese punto, la dificultad radica en determinar, a partir de una primera verificación de la existencia del acto de agresión (8 bis (2)), si concurren los tres elementos (características, gravedad y escala) de la cláusula de umbral (8 bis (1)) y de qué manera deben concurrir estos para establecer la naturaleza criminal de la agresión.

En relación con el primer caso, se acusa del alto grado de imprecisión de los términos empleados, sobre todo en cuanto a cuáles serían, p.ej., las características que debían considerarse que tenía que reunir el acto para ser considerado una violación «manifiesta». Mientras que los criterios de «gravedad» y «escala» capturan el requisito de «suficiente seriedad», el criterio de «carácter» principalmente se refiere al problema del «área gris» de controversia jurídica que siempre ha rodeado la aplicación de la Carta y el derecho internacional consuetudinario (Kress & von Holtzendorf, 2010, p. 1193). Además, muchos de los antecedentes históricos no daban pistas sobre cómo delimitar estas condiciones. Por otra parte, se acusaba de que la prueba de la gravedad de un crimen de agresión es insuficiente y engañosa para llegar a una metodología para una determinación lógica tanto de los actos como de los crímenes de agresión (Scheffer, 2010, p. 898).

Para Glennon (2010, p. 102), intentar eliminar la vaguedad de la definición simplemente anunciando que la marginalidad está excluida sigue siendo una formulación vaga, pues es imposible saber de los términos en cuestión qué es marginal y qué es esencial, por lo que añadir el término «manifiesto» no elimina la imprecisión. Por ello la definición así establecida es «una reconstrucción de los maderos quemados del Pacto de la Sociedad de Naciones» que «no proporciona estándares comprobables de culpabilidad» y «no es consistente con los derechos humanos internacionalmente reconocidos».

Pero incluso hay un problema más, y es el de la inconsistencia –y consiguiente confusión– en la manera en que estos tres requisitos concurren en la determinación de la «violación manifiesta». La redacción del art. 8 bis (1) sugiere que los tres (carácter, gravedad y escala) deben darse de forma conjunta (pues utiliza la conjunción «y»); sin embargo, la última oración del entendimiento No. 7 («ninguno de los elementos puede bastar por sí solo para satisfacer el criterio de violación manifiesta»), ya no contempla expresamente esa convergencia o

acumulación, simplemente aclara que uno de ellos no es suficiente, con lo que sugiere que se necesitan de «al menos» dos de ellos.

Hay quien sostiene que la cuestión de la «violación manifiesta» basada en la «gravedad» del acto de agresión, deberá armonizarse con lo establecido en el artículo 17 (1) (d) que impone a la Corte la obligación de declarar inadmisibile un asunto que se le someta cuando «no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte» (Burneo, 2018, pp. 318-319). Sin bien ambas disposiciones son expresión de un mismo fundamento (el derecho penal internacional interviene sobre «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional»); en relación con el crimen de agresión el recurso al art. 17 es totalmente innecesario.

La declaración de inadmisibilidad por la circunstancia del art. 17 (1) (d) supone realizar juicio (a posteriori) sobre la gravedad de unos hechos que, en apariencia, contienen todos los elementos que configuran el tipo penal. En el crimen de agresión, siendo la gravedad un elemento mismo del tipo penal (contenido como tal en la definición), la ausencia de este requisito supondría que los hechos mismos no son constitutivos de delito. En consecuencia, no existiendo el crimen, no habría lugar para hacer un juicio sobre la admisibilidad del proceso.

Sin embargo, a pesar de las acusaciones de ambigüedad, se trata de una definición bastante lograda. Debe tenerse en cuenta el difícil contexto de las negociaciones y esta, es, en definitiva, esta es el resultado de los compromisos necesarios para poder llegar a un consenso sobre la misma. Difícilmente se hubiera podido encontrar otra fórmula que pudiese establecer de mejor manera esa distinción, ni siquiera quienes la critican (como el propio Glennon) ofrecen una solución. La alternativa propuesta, referida a la incorporación del elemento subjetivo de la «intencionalidad» fue rechazada pues sería incompatible con la sistemática del Estatuto y podría tener consecuencias no deseadas para la interpretación de otros crímenes.

La indeterminación es consustancial a los textos normativos y es un fenómeno inevitable. Por mucho que se pretenda intentar definir con la mayor presión y meticulosidad los términos que se emplean en la elaboración de los conceptos jurídicos, solo podrá atenuar de alguna forma la indeterminación, pero no eliminarla por completo; ello debido a la inherente imperfección del lenguaje humano y sus limitaciones. Por otra parte, no puede pretenderse que una norma como el Estatuto de Roma, cuyo objetivo es la delimitación de aquellas conductas de relevancia internacional por las que deba exigirse responsabilidad penal a los individuos, resuelva un problema de fondo que no han sido capaces de resolver ni la Carta de las Naciones Unidas ni otros instrumentos más idóneos para ello; cual es el problema de la delimitación de los supuestos de uso legítimo e ilegítimo de la fuerza.

En todo caso, esto es un tema que deberá ser precisado por la Corte Penal Internacional cuando le corresponda juzgar estos delitos. Es precisamente una función de la jurisprudencia, mediante la labor hermenéutica que le es propia, resolver los casos dudosos y precisar el significado, contenido y alcance de los conceptos jurídicos indeterminados. En ese contexto, les corresponderá a los jueces dilucidar la cuestión acerca de cuándo y cómo un acto de agresión puede calificarse, atendiendo a sus «características, gravedad y escala» una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

Lo más destacable del art. 8 *bis* del Estatuto – coincidiendo con Heinsh– es la señal importante que supone haber criminalizado el acto internacional de la agresión que durante tanto tiempo ha sido tratado con mucho cuidado debido a las múltiples implicaciones políticas. Por supuesto, supondrá un desafío adicional para los jueces de la CPI para llegar a una interpretación sensata del calificador respectivo; pero incluso se podría decir que un desafío más realmente no marca la diferencia en este sentido (p.732).

C. LA REFERENCIA A LA RESOLUCIÓN 3314 (XXIX) DE LA AGNU

Para definir el acto de agresión que constituye el elemento material primario del crimen de agresión, el apartado (2) del art. 8 *bis* enumera un grupo de situaciones que califican como actos de agresión, pero por referencia directa a («de conformidad con») la Res. 3314. De ahí entonces surge la cuestión de si la Res. 3314 es autoaplicativa – es decir, si aquellas previsiones suyas que no están incluidas en el art 8 *bis* (2), no obstante, rigen la aplicación de las que sí lo están– o si se ha hecho mención únicamente como referencia histórica, pero sin otorgarle ningún valor normativo.

De ser el primer caso, «la enumeración de los actos mencionados [en el art. 8 *bis* (2)] no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta» (art. 4, Res. 3314) y nada en esta Definición se interpretará como una ampliación o disminución del alcance de la Carta, incluidas sus disposiciones relativas a los casos en los que el uso de la fuerza es lícito» (art. 6, Res. 3314). En otras palabras, el alcance de la definición de agresión del 8 *bis* 2, sería coincidente con la cobertura de la definición de agresión de la Carta.

En caso, contrario, esto es, que la Res. 3314 haya sido citada únicamente con un fin histórico, como instrumento precedente «de autoridad», entonces el 8 *bis* (2) contendría una lista cerrada y la definición genérica que le precede es solamente una descripción de la clase que ocupan esos actos únicamente; con lo cual, no cabría considerarse como crimen de agresión bajo el Estatuto ninguna otra conducta que no sea de las que taxativamente se encuentran previstas en el mencionado apartado. La respuesta no es nada sencilla.

En favor de una lectura de cláusula abierta Glennon sostiene que el SWGCA, quizás preocupado por romper la frágil coherencia de su consenso, se negó a tomar la difícil decisión de qué actos están cubierto y cuáles no, dejando esa decisión al fiscal y los jueces de la CPI y, quizás, al Consejo de Seguridad, después de que se haya producido la conducta del imputado. Critica además que al elegir «acto» en lugar de «guerra» de agresión como predicado de un «crimen de agresión», la definición incentiva una conducta del tipo contra la que advirtió Elizabeth Wilmshurst: la situación en la que cada vez que un Estado [tiene] una disputa con otra que incluya el uso de la fuerza por parte de esa otra, el Estado podrá someter la situación a la corte penal internacional, alegando participación de particulares; cuyo resultado sería un riesgo marcadamente mayor de aplicación discriminatoria y enjuiciamiento politizado (p. 98).

En el mismo sentido, para Kress (2010) la referencia a la Res. 3314 en el Estatuto no omite las cláusulas *opt-in* y *opt-out* de los artículos 2 y 4 de esta, por lo que la lista de actos de agresión

en la segunda oración del Artículo 8 *bis* (2) es «semiabierta» en el mejor de los casos, pues cada acto de agresión debe caer dentro de la definición genérica en la primera oración del proyecto de Artículo 8 *bis* (2). Sin embargo, confía en que los fiscales y los jueces interpretarán dicha referencia de conformidad con los principios aceptados de derecho y procedimiento penal y, por lo tanto, no aplicarán los Artículos 2 y 4 de Resolución 3314.

Frente al argumento de la posible incompatibilidad que esta lectura abierta del 8 *bis* (2) podría presentar frente al principio de legalidad penal, que requeriría una enumeración taxativa y específica de las conductas punibles que no esté abierta a la integración o analogía por parte de los jueces, se ha argumentado que en el derecho internacional el principio de legalidad no tiene el mismo grado de desarrollo que en el derecho nacional, sino que solo tiene un ámbito de aplicación básico (p, ej. el art. 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia⁸ establece que el tribunal tiene jurisdicción sobre las violaciones de «las leyes o costumbres de la guerra», y que dichas violaciones incluirán, pero no se limitan a...» la lista que el precepto recoge. De manera similar, el propio Estatuto de la CPI (art. 7.1(k)⁹) se refiere a «otros actos inhumanos de carácter similar»).

El derecho penal internacional – asegura Heinsh– tiene que lidiar constantemente con la tensión entre los dos componentes de su disciplina: la aplicación estricta de los principios del derecho penal nacional y el enfoque a veces «más amplio» del derecho internacional público; por lo que, en un contexto donde se ha pretendido codificar un delito internacional que no lo ha sido nunca desde Nüremberg y Tokyo, parece sensato que los redactores se basaran en un texto que durante más de 35 años ha sido aceptado por Estados, tribunales internacionales y académicos como una definición autorizada del acto de agresión (pp. 724-726).

En contra de esta lectura de cláusula abierta habría que objetar que, si es que se parte de negar la virtualidad del principio de legalidad penal (*nulla poena sine lege*) en el derecho internacional, permitiendo la posibilidad de establecer responsabilidad *ex post facto* y la interpretación amplia de las normas penales, manteniéndose así los problemas que fueron objeto de serios cuestionamientos en relación con los procesos de Nüremberg y Tokyo, en realidad no hubiese tenido sentido la codificación del derecho penal internacional ni los intentos de definición del crimen de agresión.

Por otro lado, debe considerarse, como ya hemos dicho antes, que el origen de la Res. 3314 no tuvo como propósito su utilización judicial, sino únicamente como guía al Consejo de Seguridad en la determinación de un acto de agresión con arreglo al art. 39 de la Carta; por ello, equipara la agresión con el uso ilícito de la fuerza. Por tales razones, las facultades de determinación (*opt-out; opt-in*) de los arts. 2 y 4 respectivamente de la Res. 3314 otorgadas al Consejo de Seguridad, no podrían conciliarse con el régimen autónomo de derecho penal del Estatuto de la CPI y

⁸ Art. 3...The International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations *shall include, but not be limited to*...

⁹ Art. 7. 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: ... k). Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

específicamente del art. 22 (2): «la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía».

Por ese motivo, la lista de actos contenida en el artículo 8 bis (2) no puede ser abierta ni «semiabierta» sino que debe ser considerada exhaustiva. A menos que el artículo 8 bis (2) estableciera esa «extensión» a otros actos no contemplados en él con una formulación similar a la del artículo 7 (1) (k). Sin embargo, incluso esta interpretación sería difícil de reconciliar con una lectura estricta del elemento de *lex certa* del principio de legalidad. Además, la lista actual contiene un número de actos que ni siquiera constituyen un uso de la fuerza *strictu sensu*, por ej., lit. (c) y (e), y por ende, están muy por debajo del umbral de gravedad del artículo 8 bis (1) (Ambos, 2012, pp. 44-45).

Hay quien, incluso, propone una lectura aún más abierta del listado, resignificando los términos empleados en este como el de «fuerza armada» desde una perspectiva actual y conforme a la tecnología disponible de modo que se incluyan dentro de los tipos dispuestos los ataques informáticos (asimilándolos a un ataque militar), ya que estos suponen una ofensa a la infraestructura y/o soberanía del Estado agredido y constituyen una infracción manifiesta de la Carta de la ONU de entidad suficiente, especialmente cuando el Estado agredido es un país desarrollado cuya infraestructura y sistemas de seguridad están operados por redes de gestión y control de suministros (Carro Pitarch, 2021, p. 298).

A esta propuesta cabría objetarle dos cosas: la primera, que la propia referencia explícita al texto de la Res. 3314 implica, para su correcta interpretación, considerar el contexto en que fue elaborada (cuando ni siquiera existía internet), lo descartaría la posibilidad considerar a la «ciberguerra» como una modalidad de agresión bajo el amparo de dicha disposición. La segunda es que, de acuerdo con el significado específico que ahora –como entonces– tiene el concepto de «fuerzas armadas»¹⁰, una lectura como la propuesta, que pretende extender la aplicación del concepto a casos ostensiblemente no cubiertos por él, sería a todas luces incompatible con el principio de legalidad penal.

Como acertadamente sostiene Bruha, la referencia a la Resolución 3314 en el artículo 8 bis (2) del Estatuto de Roma debe tomarse en serio. Eso significa que al interpretar y aplicar el artículo 8 bis debe tenerse en cuenta todo el cuerpo de disposiciones de la Definición anexa a la misma, incluida la historia de su redacción. Sólo con respecto a los requisitos imperativos del derecho penal que se derivan del principio de legalidad pueden ignorarse ciertos elementos, como los

¹⁰ Esta interpretación también la defiende Ambos (p. 46) y (Gillett, 2013), quien entiende que el término «fuerza armada» parece tener su significado normal: fuerza cinética dirigida contra el oponente a través de armamento militar o bloqueos respaldados por dicho armamento; lo que no incluye ataques no cinéticos, como embargos económicos o guerra cibernética; ello en el entendido de que los casos en que las partes significativas de la comunidad internacional y el propio Consejo de Seguridad se han referido a eventos como actos de agresión han involucrado el uso de fuerzas militares en territorio extranjero; en consecuencia, la demostración del uso de la fuerza armada en el sentido militar será una condición previa para cualquier acusación de agresión ante la CPI. Según Bruha, el adjetivo «armado» antes de la fuerza puso fin a la discusión sobre la agresión «económica» o «ideológica», que había perdido gran parte de su significado en la atmósfera de distensión acechando en ese momento (p. 159).

amplios poderes discrecionales del Consejo de Seguridad para desviarse «hacia arriba» y «hacia abajo» de su texto, como se establece en los artículos 2 y 4 de la Definición de 1974 (p.173).

Ahora bien, la situación antes descrita no es el único problema que encierra la referencia a la Res. 3314. También lo es el hecho de que esta centra la definición exclusivamente por referencia al Estado, y por consiguiente, incapaz de reflejar las formas modernas de agresión llevadas a cabo por actores no estatales en conflictos asimétricos. En el nuevo orden internacional se produce una tendencia al adelgazamiento del Estado, al acrecentamiento del poder de los actores privados sobre espacios funcionalmente estatales, llegando incluso a escenarios de «captura» del Estado en manos de estas organizaciones (Arenal, 2020, p. 37). Grupos terroristas, milicias, insurgentes y organizaciones criminales se han convertido en actores relevantes en conflictos asimétricos y amenazas a la seguridad global. Estos actores, a menudo operando más allá de las fronteras estatales, emplean tácticas y estrategias que no se ajustan a la tradicional concepción de la agresión estatal.

Sin embargo, ni el derecho internacional público en general ni – menos aún– el derecho internacional penal– se han ocupado de establecer un marco jurídico de obligaciones y responsabilidades que refleje la complejidad de los conflictos contemporáneos y las amenazas que enfrenta la comunidad internacional producto de la actividad de agentes privados que, dado el enorme poder que despliegan, son capaces de desarrollar potenciales de violencia de similares dimensiones o aún incluso más graves que la de un Estado.

El enfoque del derecho penal internacional orientado al ser humano que se focaliza en la responsabilidad penal individual –apunta Ambos– sugiere firmemente la inclusión de los actores no estatales. La esencia del crimen de agresión –dice– no está determinada tanto por el actor sino por el daño (*wrongfulness*) del acto. La defensa de la definición con un enfoque centrado en el Estado no puede limitarse a un mero recurso formal al derecho internacional preexistente, sino que debe sustentarse sobre unos principios jurídicos generales que reflejen adecuadamente los intereses y valores a ser protegidos por un crimen de agresión moderno (pp- 45-46).

D. LOS SUJETOS IMPUTABLES: LA AGRESIÓN COMO CRIMEN DE LIDERAZGO

El tercero de los elementos de la definición se refiere a las circunstancias individuales por las cuales se podrá imputar a una persona un crimen de agresión. De conformidad con el descrito 8 *bis* (1) debe tratarse de un individuo «en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado». Esta previsión hace de la agresión un «delito de liderazgo»; esto es, dirigido en al grupo reducido de personas que tienen un papel decisivo en la acción estatal que da origen al crimen.

Ello difiere del tratamiento de los otros tres crímenes que son competencia de la CPI (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio) que no tienen esta limitación en cuanto a la cualidad de las personas que pueden ser imputados por ellos. La distinción radica en el valor jurídico protegido por cada uno de estos delitos. Mientras los otros tres se centran en la protección de la persona – ya sea como parte de un grupo en el caso de genocidio, o como parte de un ejército o una población civil en el contexto de los crímenes de guerra–; el enfoque del

crimen de agresión está en la protección contra el uso de la fuerza que atenta contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado y; dado que esto suele presuponer la acción de un Estado contra otro Estado, es lógico reducir los posibles actores de este crimen a los líderes del Estado (Heinsh, 2010).

Los fundamentos conceptuales de la cláusula de liderazgo se pueden encontrar en la teoría del sociológica del liderazgo de Max Weber, que sirvió de filosofía central para determinar el nivel de responsabilidad penal de cada acusado por agresión durante los juicios posteriores a la II Guerra Mundial. En *La política como vocación* (1919), Weber había caracterizado el Estado como «una relación de dominación de hombres sobre hombres, basada en el medio de la violencia legítima». De entre las formas de dominación que reconoce (tradicional, carismática y legal), en la legal de tipo burocrático sólo el dirigente de la asociación política posee su posición de poder, ya por apropiación, por elección o por designación de su predecesor. Pero sus facultades de mando son también competencias legalmente establecidas.

En la Carta de Londres, el liderazgo legal-racional weberiano se aplicó por primera vez al tema de la agresión. El SWGCA adoptó el mismo principio, ya que es consistente con la burocracia que se reconoce globalmente como el sistema ideal para estructurar grandes organizaciones como los gobiernos estatales (Hussain, et al., 2023, p. 230). En esa línea, el estatuto de la CPI resuelve considerar como reo de un crimen de agresión a quien, estando en posición de controlar (política o militarmente) el uso de la fuerza del Estado planifique, prepare inicie o realice un acto de agresión.

Así, la reducción del círculo de personas imputables a aquellos que están en posición de dirigir las acciones políticas o militares del Estado podría explicarse en función de la referencia al acto de agresión como elemento material del delito, en virtud de que este presupone el uso de la fuerza armada del Estado, que por lo general son conducidas por los líderes políticos o militares de este. Sin embargo, entendemos que el «liderazgo» no ha de quedar reducido a quienes ostentan una posición institucional de tal categoría en la estructura del Estado (jefes de Estado o de gobierno, ministros de defensa o generales de las tropas regulares); sino que ha de incluir también a los jefes o principales figuras de las empresas militares privadas que actúan en nombre del Estado y que, por esta circunstancia, también dirigen y controlan la «acción» militar.

Un cuestionamiento importante que pudiera hacerse de la definición es el hecho de que la reducción de la imputación por agresión al «círculo de líderes» podría limitar demasiado el espectro de posibles perpetradores. El estándar del 8 *bis* (1) no abarca, no ya a los que tengan «influencia» sobre el poder político o militar – la cual, ciertamente, por muy importante que esta sea, ampliaría mucho el círculo– sino a quienes, en forma significativa, presten todo el apoyo material, logístico o financiero para la agresión, aún si no están en posición de un control efectivo sobre las acciones del Estado.

Desde los juicios seguidos contra los industriales alemanes después de la Segunda Guerra Mundial por crímenes contra la humanidad (caso *Flick*) se ha evidenciado que también las personas con cierto poder económico pueden intervenir de forma significativa en la «preparación» de una agresión. De hecho, el propio informe del SWGCA de 2009 recoge que el

texto de la disposición es «suficientemente amplio para incluir a personas con control efectivo de la acción política o militar de un Estado pero que no forman oficialmente parte del gobierno pertinente, por ejemplo, los industriales».

Sin embargo, la norma no contempla los casos de auxilio o ayuda material en la comisión del acto de agresión, sino sólo la «dirección» o el «control» de la acción estatal. Hay quien defiende (Hajdin, 2022, p. 793) la idea de que los cooperadores esenciales sí están comprendidos dentro del concepto de liderazgo a los efectos del *a bis* 1, en el entendido de que el término «control», denota «dominio sobre la comisión» del delito y, en este contexto, se refiere a algo más que una mera influencia, pero menos que una «dominación absoluta» de las circunstancias criminales (que es más afín al concepto de «dirigir»). De esta manera, el término «líder» denota una determinación normativa de que el individuo jugó (como mínimo) un papel decisivo, que hizo una contribución indispensable para la formulación de la política (decisión) del Estado sobre el uso de la fuerza armada.

No les falta razón a quienes así argumentan, pero esta construcción, sin embargo, debe tomarse con mucha cautela. Controlar y cooperar no son conceptos equivalentes y no cabe equipararlos aún en los casos en que la contribución al éxito sea muy relevante. Sólo en los casos de cooperación necesaria (es decir, aquella resulta imprescindible para la ejecución exitosa del delito y sin la cual su realización se dificultaría significativamente o la haría imposible), podría hablarse de que existe, por parte del tercero, un «control efectivo» de la situación.

Por lo tanto, si bien la redacción del art. 8 *bis* (1) no descarta del todo la imputación de un crimen de agresión a un actor económico, esto sólo pudiera ser posible, bajo la cobertura de esta norma, en el supuesto en que, a través de ese poder económico, exista no un mero apoyo o financiamiento, sino un efectivo control de la acción política o militar del Estado que conduzca directa o indirectamente a la perpetración de la agresión. En otras palabras, se requiere que la acción política o militar sea (en mayor o menor grado) dependiente de la colaboración del actor económico o industrial.

Ni siquiera las formas de participación recogidas bajo el enfoque diferenciado del artículo 25 (3) incisos (b), (c) y (d)¹¹ del Estatuto posibilitaría ampliar el círculo de perpetradores a las otras formas de colaboración activa. Si bien, bajo este «enfoque diferenciado», el SWGCA había considerado que «las diversas formas de participación contenidas en el párrafo 3 del artículo 25 del Estatuto se han de aplicar al crimen de agresión del mismo modo que a los demás crímenes contemplados en el Estatuto» (p. 2 del informe de 2007), lo cierto es que con la inclusión del

¹¹ Art. 25. 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien ... ; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

párrafo 3 *bis*¹² al propio artículo –con el pretendido objetivo de «garantizar la aplicación del requisito de liderazgo a todas las formas de participación»–, aquellas intenciones quedan en la nada, pues excluye de todos modos la responsabilidad penal de los colaboradores decisivos situados fuera de los círculos de poder y mando.

En definitiva, el enfoque diferenciado significa únicamente la aplicación de las formas de participación del art. 25 (3) al círculo de poder conformado por los líderes (de derecho o de hecho, formales o informales) de la estructura estatal, con capacidad de dirección o control; quienes responderán a título de autores materiales como ejecutores (a), instigadores (b), cómplices o encubridores (c), o colaboradores (d). La cuestión que resalta del resto de las formas de participación distintas a la ejecución directa (b, c, d) es quizá, poca relevancia práctica.

Al final, se trata de la imputación de agresión a los líderes que cooperan, incitan, conspiran o encubren a otros líderes y que, como estos, están en posición de controlar efectivamente la acción política del Estado; con lo cual forman parte del mismo círculo de poder y difícilmente sería difícil no imputarles una autoría directa (art. 25. a), en cualquiera de sus formas distintas de la ejecución (preparar, planificar o iniciar). Por otra parte, la tentativa de agresión tiene aún menos relevancia en el derecho penal internacional, como veremos en el apartado siguiente.

Hay quien incluso se cuestiona si el concepto de mando, basado en el modelo de organizativo weberiano, con una clara jerarquía y cadena de mando y en este sentido igualmente centrado en el Estado, pudiera ser interpretado con la suficiente flexibilidad como para captar formas modernas y post-burocráticas de organización como las que representan los actores paramilitares o terroristas no estatales – como puede ser el caso de interpretar de manera amplia el concepto «dirigir» como una forma de influencia decisiva (Ambos, 2012, pp. pp- 49-50). Pero, como reconoce el propio autor, debe prevalecer el respeto al principio de legalidad y no puede desconocerse la intención de los redactores de restringir la responsabilidad mediante el requisito del poder de mando.

E. LAS MODALIDADES DE CONDUCTA SANCIONABLES: ESPECIAL REFERENCIA A LA PLANIFICACIÓN Y PREPARACIÓN DE LA AGRESIÓN

La definición del art. 8 *bis* 1, tal como en su momento lo hicieron los procesos de Nüremberg y Tokyo, recoge de entre las modalidades de conducta la planificación, preparación, iniciación y ejecución del acto de agresión. Las dos primeras se refieren a los actos preparatorios, aspectos que resultan muy polémicos en el campo del derecho penal pues se trata de la intervención y criminalización de conductas que generan, cuando menos, un riesgo de daño, mas no un daño efectivo a un bien jurídicamente protegido, cual es el fundamento primario de la intervención del derecho penal.

Pero si problemática es la categoría de los actos preparatorios para el derecho penal tradicional, con mayor razón lo es para el derecho internacional público consuetudinario y para el propio derecho penal internacional porque, en estos últimos, ni siquiera el daño efectivamente

¹² 3 *bis*. Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado.

producido es, en todos los casos, punible. Con lo cual, en el campo de estos últimos, la criminalización de las conductas que por sí solas no son productoras de un daño efectivo, como la planificación y la preparación de un crimen internacional, deben tener un alcance mucho más restrictivo.

Por esta razón es lógico concluir que, en relación con el crimen de agresión, la naturaleza criminal de la planificación y preparación de la agresión no tienen carácter autónomo, sino que necesariamente deben estar en conexión con un acto de agresión que, al menos, se ha iniciado. O sea, es necesario que el acto haya alcanzado cuando menos la fase de tentativa para que entre en juego la responsabilidad por los actos preparatorios. Y así lo recoge expresamente el Elemento No. 3 (Anexo II, Res. RC/Res.6) que exige como condición para poder imputarse un crimen de agresión «que el acto de agresión (...) se haya cometido».

En otras palabras, el delito de planificación y preparación de la agresión no comprende las meras amenazas o los actos preparatorios por sí solos – considerando el hecho de el Estatuto pone el foco en el acto mismo de agresión, mas no en las etapas anteriores del *iter criminis*–. En virtud de ello, cualquier forma de conducta individual que sea punible en virtud del Artículo 8 bis (1) del Estatuto de Roma solo será relevante en la medida en que se inserte en la comisión de un acto que pueda calificarse como agresión en el sentido dicho artículo en relación con el artículo 8 bis (2).

La cuestión de la criminalización de los actos preparatorios, en los términos antes señalados, es el problema de su conciliación con la criminalización general de la tentativa –de carácter individual– prevista en el artículo 25 (3)(f)¹³; que, según el enfoque diferenciado ya comentado, supone el reconocimiento legal de todas las diferentes formas de participación individual en el delito de agresión y que, por ende, también resulta de aplicación a los líderes involucrados en un crimen de agresión, según el ya comentado art. 25 (3)(bis).

Entendemos que la posibilidad de sancionar la tentativa de un crimen de agresión aplicando de conjunto los art. 25.3 (f) y 8 bis (1) en su sentido estrictamente literal (esto es, penalizar la tentativa de «planificación» y de «preparación» y además la propia tentativa del inicio); sería una interpretación formalista y sumamente exagerada de ambas disposiciones, que conduciría a una sobredeterminación de la criminalidad de los actos de agresión que no encaja con los propios fundamentos del derecho internacional consuetudinario sobre la agresión.¹⁴

¹³ Art. 25... (3) De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: ... (f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

¹⁴ Si, p.ej. un Estado envía misiles sumamente potentes, con alta capacidad de destrucción, al territorio de otro Estado pero, por alguna circunstancia, en el último momento deciden desviarlo (o algún error o defecto técnico impide que llegue al objetivo) estaríamos ante una tentativa de inicio de un acto de agresión; pero en ausencia de un daño efectivo concreto, por lo que difícilmente los individuos involucrados en la planeación, preparación o tentativa de la agresión lleguen a ser juzgados por el crimen de agresión.

Para Ambos (2012) la intervención anticipada que lleva a cabo el nuevo derecho penal internacional, desde una perspectiva de principios jurídicos e intereses político- criminales no tiene ningún sentido, en primer lugar, porque la extensión de la punibilidad carente de principios es difícil de justificar, al menos con respecto a los actos meramente preparatorios, a la luz del principio del daño y el *Rechtsgutslehre* (aunque se vea mitigado por el hecho de que efectivamente debe haber ocurrido un acto de agresión) y, además, porque no tendría ningún efecto práctico tangible, dada la poca relevancia práctica de la tentativa – confirmado por el hecho de que como forma autónoma de responsabilidad, nunca ha jugado ningún rol en los procedimientos penales internacionales–, lo que aplica, a *fortiori*, a los actos preparatorios.

F. EL ELEMENTO SUBJETIVO

El elemento subjetivo del delito (*mens rea*, en la terminología anglosajona) se refiere a la condición mental o volitiva del sujeto frente al acto criminal o elemento objetivo (*actus reus*) y sirve determinar la responsabilidad penal a través de una valoración global de las circunstancias que conectan uno y otros elementos. En los crímenes tipificados en el Estatuto de la CPI, éste consistente en un dolo genérico, en virtud del cual una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento (art. 30).

En relación con el crimen de agresión este es un aspecto de crucial relevancia, puesto que ha sido el que ha permitido distinguir entre, p.ej: un rearme con fines defensivos (aun incluso cuando este pudiera ser exagerado en relación con las necesidades de defensa) de la planificación o preparación de un acto de agresión. Este elemento fue muy particularmente tenido en cuenta por los tribunales en los procesos de Nüremberg y Tokyo, en los que, para declarar culpables a los acusados, tenía que demostrarse que éstos eran parte del plan o conspiración para la agresión o que conocían el plan y promovieron sus propósitos al participar en la preparación o planificación de una guerra de agresión. No bastaba, por tanto, que los imputados fueran militares de alto rango o funcionarios del gobierno o particulares con alguna influencia política importante.

Así, p.ej: Schacht fue absuelto de parte del cargo de librar una guerra de agresión, a pesar de que fue una figura central en el rearme de Alemania¹⁵, porque no tenía conocimiento de los planes para invadir estos países; al igual que Streicher, Fritzsche y Bormann que fueron absueltos ante la ausencia de pruebas suficientes de que tuvieran conocimiento de los planes de Hitler. Por otra parte, el tribunal de Tokyo absolvió a Matsui, un general japonés, de la participación de conspiración para cometer crímenes contra la paz porque las pruebas no demostraron que tuviera conocimiento real de los propósitos y políticas de los conspiradores japoneses, aun cuando tenía con ellos una estrecha relación debido a su posición y, fue además absuelto de librar una guerra

¹⁵ Según la sentencia: «Resulta claro que Schacht era una figura central en el programa de rearme de Alemania, y que las medidas que tomó, en particular en los primeros días del régimen nazi, fueron responsables del rápido ascenso de la Alemania nazi como potencia militar. Pero el rearme en sí mismo no es criminal con arreglo al Estatuto. Para configurar un crimen contra la paz con arreglo al artículo 6 del Estatuto es preciso demostrar que Schacht llevó a cabo ese rearme como parte de los planes nazis de realizar guerras de agresión». (ONU, 2002, p. 58)

de agresión contra China porque no tenía conocimiento de su carácter criminal y el tribunal entendió que no era justificada una condena basada únicamente en su servicio militar.

Las estipulaciones del art. 30¹⁶ del ECPI resultan de aplicación al crimen de agresión en los mismos términos que el resto de los crímenes competencia de la Corte. Ello significa que – interpretando este artículo en relación con el párrafo 2 de la introducción general¹⁷ a los Elementos de los crímenes (Anexo II RC/Res.6)–, cuando en estos no se incluye una referencia a un elemento de intencionalidad concreto es de aplicación el elemento de intencionalidad pertinente estipulado en el artículo 30 (intención, conocimiento, o ambos). Por lo general, la intención se corresponde a un elemento de conducta o de consecuencia, y el conocimiento se aplica a un elemento de circunstancia o consecuencia (SWGCA, 2009, p. 5).

En otras palabras, la aplicación del artículo 30 a los diferentes elementos que componen la definición del crimen de agresión del art. 8 *bis* y el Anexo II de la RC/Res.6 significa, en definitiva, que el autor (líder estatal) deba ser consciente tanto del acto estatal agresión como de la naturaleza criminal del mismo, lo que se traduce en las siguientes exigencias:

- (i) que el autor tendría que haber tenido la intención de (esto es, haberse propuesto) planificar, preparar, iniciar o realizar el acto de agresión (art. 30. 2(a)).
- (ii) que el autor ha de ser consciente de haber estado en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado que cometió el acto de agresión;
- (iii) que el autor haya 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 (Elemento No. 4);
- (iv) que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que constituían dicha violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas (Elemento 6).

El elemento de intencionalidad descrito en (iii) y (iv) se refiere a un conocimiento del autor de las circunstancias «fácticas» acerca de la incompatibilidad (manifiesta) con la Carta de la ONU del uso de la fuerza armada por el Estado. Ello significa, que no es necesario un conocimiento por el autor *ni del derecho aplicable ni de los fundamentos jurídicos* que sirven para determinar la violación de la Carta en caso de uso de la fuerza por un Estado, sino únicamente un conocimiento de las circunstancias de hecho que determinan la existencia de esa violación.

¹⁶ «Artículo 30: Elemento de intencionalidad. 1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

- a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
- b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por ‘conocimiento’ se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras ‘a sabiendas’ y ‘con conocimiento’ se entenderán en el mismo sentido».

¹⁷ «2. No existe obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la incompatibilidad del uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas».

Según el SWGCA (2009) en los precedentes históricos (p. ej el caso del *Alto Mando*) se requería un elevado conocimiento de la guerra de agresión del Estado para establecer la responsabilidad penal individual. Sin embargo, un elemento de intencionalidad por el cual se exigiera al autor un conocimiento de que, en términos jurídicos, los actos del Estado eran incompatibles con la Carta de la ONU, podría tener consecuencias indeseadas. Por ejemplo, podría alentar a un posible autor a hacer caso omiso de la legalidad de sus acciones, o a confiar en un asesoramiento dudoso que apoyara la legalidad de los actos estatales incluso cuando subsiguientemente se demostrara que ese asesoramiento había sido incorrecto (p. 7).

Para superar estos inconvenientes, el Elemento 4 se dirige entonces a requerir el conocimiento de las «circunstancias de hecho», que determinan la incompatibilidad del uso de la fuerza armada por el Estado con la Carta. La especificación de este elemento de intencionalidad en relación con las circunstancias de hecho (y no de derecho) podría tener el efecto de limitar la disponibilidad de ciertos razonamientos de error de derecho. No obstante –señala el SWGCA–, estos serían muy difíciles de presentar, en atención a que, con arreglo a la cláusula de umbral del art. 8 *bis* (1) sólo las violaciones «manifiestas» de la Carta serían de la competencia de la Corte y no los casos dudosos. En cualquier caso, ello no excluye la posibilidad de que se alegue esta circunstancia de error de derecho de conformidad con el art. 32 (2) del ECPI.¹⁸

El requisito de conocimiento del Elemento 6 complementa el del Elemento 4. Ello obedece a que pudieran darse casos en los cuales un acusado tuviera conocimiento de hechos que constitutivos del acto de agresión, pero no de otras circunstancias de hecho como las características, gravedad o escala que dieran lugar a determinar que dicho acto de agresión constituye una violación manifiesta de la Carta de la ONU (SWGCA, 2009, p. 8). En realidad, la última previsión hubiese sido suficiente pues el elemento de intencionalidad de la imputación de la agresión requiere el conocimiento de todas las circunstancias presentes en los elementos del crimen, de agresión, lo que incluye no la mera existencia del acto de agresión, sino también el conocimiento de que este alcanza el umbral de gravedad exigido por el ECPI.

II. 2. El ejercicio de la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión

A. LAS CONDICIONES PREVIAS PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA POR LA CPI

I. El enfoque de los dos niveles de los artículos 15 bis y 15 ter

El tema de las condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte en relación con el crimen de agresión fue, desde el punto de vista político, el más controvertido, fundamentalmente por las posiciones encontradas de los Estados Parte acerca del papel del Consejo de seguridad en la activación de los procedimientos para que la Corte pueda iniciar una investigación por un crimen de agresión. El proyecto inicial del ECPI de 1994, preveía (art. 23.2) que estos

¹⁸ 2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto.

procedimientos dependieran de una determinación previa del Consejo de Seguridad; situación que provocó muchas críticas en el seno de la CDI debido a la desigualdad sustancial que se introduciría entre los países no miembros del Consejo de Seguridad y los que lo son y, dentro de estos, entre los permanentes y no permanentes (CDI,1994, p. 48)

Acordar un mecanismo que conciliara las aparentemente irreconciliables posiciones entre quienes reclamaban el monopolio del Consejo de Seguridad para habilitar la jurisdicción de la CPI sobre el crimen de agresión (Francia y Estados Unidos) y quienes rechazaban cualquier intervención de ese órgano más allá del ya reconocido en el Artículo 16 del ECPI planteó un enorme desafío al interior del SWGCA y para los propios Estados miembros. Como resultado de las negociaciones se logró una fórmula conciliadora que consistió en establecer dos procedimientos diferenciados en las disposiciones que tratan sobre la jurisdicción de la Corte, que se incorporaron a los arts. 15 *bis* y 15 *ter* del ECPI.

De esta manera los tres mecanismos de activación de la competencia de la Corte del art. 13 del Estatuto (remisión por el Consejo de Seguridad, remisión por los Estados o investigación de oficio por la Fiscalía) son de aplicación al crimen de agresión; pero el artículo 15 *bis* establece las condiciones para el ejercicio de la competencia en el caso de remisiones del Estado (art. 13 (a)) e investigaciones de oficio (art. 13(c)) mientras que el 15 *ter* trata el ejercicio de la jurisdicción en casos de remisiones del Consejo de Seguridad (art. 13 (b)).

La principal distinción entre estas regulaciones es que, en el supuesto de remisión por el Consejo de Seguridad, no será necesaria la determinación previa de la existencia de un acto de agresión ni el Fiscal tiene que esperar por dicha determinación (15 *bis* (6)). Para los casos de remisiones estatales e investigaciones de oficio, el procedimiento especial diseñado requiere que el Fiscal debe verificar primero que se ha hecho una determinación de acto de agresión por el Consejo de Seguridad, en caso contrario deberá esperar seis meses (desde la notificación de la situación a la Secretaría General de la ONU) y la autorización de la Sección de Cuestiones Preliminares para proceder con la investigación (15 *bis* (8)).

II. El papel del Consejo de Seguridad

El argumento principal para decidir la intervención del Consejo de Seguridad como condición previa al ejercicio de la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión deriva de una interpretación combinada de la Carta de la ONU y del Estatuto de Roma –defendida principalmente por los miembros permanentes– según la cual, el art. 39 otorga al Consejo de Seguridad competencia exclusiva para determinar si se ha cometido un acto de agresión –ello en el entendido de que la Carta se refiere a la agresión únicamente dentro del ámbito de los poderes del Consejo de Seguridad– y que el art. 5 (2) del ECPI –entonces vigente–, explícitamente exigía que las determinaciones sobre el crimen de agresión fueran compatibles con las disposiciones pertinentes de la Carta de la ONU.

Como han sostenido algunos autores como Schaeffer (2009) de una lectura del art. 39 queda claro que la Carta sí confiere un poder al Consejo de Seguridad para la determinación de la agresión, pero la exclusividad no puede inferirse necesariamente de este precepto sin una interpretación de la Carta en su conjunto. El artículo 24 habla de la «responsabilidad primordial» del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales»;

«primordial» (*primary*) insinúa que también existe una responsabilidad secundaria, contradiciendo así el argumento de la exclusividad. Añade además que la práctica, si bien en algunos casos ha contradicho la Carta, modificándola de facto, con respecto a la determinación de un acto de agresión, no respalda la tesis de exclusividad del Consejo de Seguridad, pues también lo han hecho la Asamblea General y la Corte Internacional de Justicia (p. 412).

Otro argumento que se ha dado en favor de esta exigencia de determinación previa del Consejo de Seguridad de la existencia de agresión para activar la competencia de la CPI es que, de no ser así, la Corte estaría obligada a verse inmersa en las controversias políticas entre Estados, lo que pondría en peligro su papel judicial e imagen institucional (Meron, 2001, p. 13) y con riesgo de mayor politización, además de la posibilidad de perder el apoyo de los miembros permanentes del Consejo y en particular de EE.UU (Paulus, 2010, p. 1126)

Frente a estos argumentos podría decirse que el riesgo de inmersión en asuntos políticos en el crimen de agresión no sería demasiado diferente al del resto de los crímenes de competencia de la CPI que no requieren de la previa intervención del Consejo de Seguridad; pues la aplicación del derecho penal internacional casi siempre supone la existencia de controversias políticas. Pero, además, la propia cláusula de umbral de la definición es precisamente una garantía para evitar que la Corte se enfrente a situaciones dudosas y políticamente controvertidas en relación con el uso de la fuerza.

Contrariamente, en términos de imagen institucional, hace más daño a la reputación de la CPI ante la opinión pública internacional (que poco entiende de requisitos y filtros jurisdiccionales de procedimiento) que, ante casos sumamente claros de actos de agresión que constituyan una violación manifiesta de la Carta de la ONU la Corte está de manos atadas e inmóvil debido al bloqueo del Consejo de Seguridad (o de cualquiera de sus miembros permanentes, debido a su poder de veto) por motivos políticos.

Por último, coincidiendo con Kress, con el nacimiento de la CPI la comunidad internacional intentó cortar la cuerda que vinculaba la justicia penal internacional con la crítica de la «justicia del vencedor» y la «política disfrazada de ley» que antes la aquejaba. La adhesión al principio de igualdad en la aplicación de la ley debe considerarse ahora como un requisito mínimo de legitimidad para un sistema de justicia penal internacional permanente. Someter a la CPI al poder de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad no cumple con este requisito básico (p. 1143).

III. El procedimiento en caso de remisiones estatales y las investigaciones de oficio

Como antes hemos dicho, el ejercicio de la competencia de la Corte para investigar un crimen de agresión requiere, como condición previa para los casos de remisiones por parte de los Estados y de las investigaciones *motu proprio*, que el Fiscal verifique en primer lugar que se ha hecho una determinación previa de la existencia de un acto de agresión por el Consejo de Seguridad (art. 15 *bis* (6)). De no existir tal determinación, podrá iniciar la investigación transcurrido el plazo de seis meses desde la notificación al Secretario General de la ONU, siempre que la Sección de Cuestiones Preliminares de la Corte lo autorice (art. 15 *bis* (8)).

La posibilidad de que el Fiscal pueda investigar el crimen de agresión sin una determinación expresa del Consejo de Seguridad fue, sin dudas, una de las mayores conquistas en favor de la autonomía de la CPI frente a aquél órgano, sobre todo debido a que en las opciones de la propuesta original del SWGCA no se contemplaba esta posibilidad, teniendo en cuenta la influencia y las fuertes presiones de Francia y el Reino Unido, los dos miembros permanentes del Consejo de Seguridad que son Estados Parte de la CPI.

No obstante, el artículo 15 *bis* (8) introduce una cláusula de salvaguardia para asegurar que, aún en el caso de que no haya existido una determinación expresa, el Consejo de Seguridad siga teniendo la última palabra en materia de actos de agresión. Según su tenor, las investigaciones del Fiscal podrán continuar siempre que «el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16». Esta previsión era innecesaria, toda vez que el art. 16¹⁹ se aplica a todos los asuntos de la competencia de la CPI, pero esta inclusión buscaba probablemente fortalecer las posiciones de Francia y Reino Unido en las negociaciones.

La utilización de esta cláusula de «luz roja» por el Consejo de Seguridad requiere de un pronunciamiento positivo para frenar la autorización de la investigación por la Sección de Cuestiones Preliminares. Es, es decir, que no es suficiente el silencio; con lo cual, existe la posibilidad de que la resolución presentada con ese propósito pueda ser bloqueada por cualquiera de los cinco miembros permanentes mediante el veto, con el consiguiente resultado de que el caso continúe su curso ante la referida Sección.

La autorización de la investigación por la Sección de Cuestiones Preliminares requiere, no obstante, que esta determine que el presunto crimen de agresión es el resultado de un acto de agresión (art. 15 *bis* (4)). Con ello se pone en tela de juicio la posición que defiende la exclusividad del Consejo de Seguridad para determinar la comisión de un acto de agresión. Los jueces de la Sección de Cuestiones Preliminares deben vadear profundamente en los factores de responsabilidad estatal en orden a evaluar actos de agresión. Esta tarea importa juicios anclados en el Derecho internacional sobre el uso de la fuerza junto al análisis proveniente del Derecho penal internacional (Scheffer, 2012, p. 217).

El apartado (9), al establecer que «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» incorpora una importante aclaración destinada a resaltar la independencia de la CPI frente al Consejo de Seguridad –principalmente– y el resto de los órganos de las Naciones Unidas. De esta manera, aun cuando estos órganos hayan adoptado una decisión de determinación de un acto de agresión bajo consideraciones políticas (si es el Consejo de Seguridad o la Asamblea General) o jurídicas vinculadas a conflictos de otra naturaleza (en el caso de los resueltos ante la CIJ), los jueces de la CPI no están vinculados por dichas determinaciones y son totalmente independientes incluso para llegar a una conclusión contraria.

IV) El procedimiento ante las remisiones del Consejo de Seguridad

A diferencia de los supuestos de remisión estatal y de investigación de oficio, en los casos de

¹⁹ «Artículo 16: Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento. En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones».

remisión por parte del Consejo de Seguridad se activa la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión con independencia de que haya existido o no consentimiento del Estado involucrado. Ello deriva de lo previsto en el artículo 13 (b) del ECPI; por consiguiente, los requisitos relativos a la territorialidad o nacionalidad del art. 12 (2)²⁰ no son aplicables en el contexto de una remisión hecha por el Consejo de Seguridad.

El procedimiento previsto en el artículo 15^{ter} es mucho más sencillo que el del artículo 15 bis: la regla del apartado (1) es la más importante: «la Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo». Esto significa que debe seguirse el mismo procedimiento que ya se conoce en relación con los otros tres crímenes cuando se inicia por la remisión del Consejo de Seguridad. De ello se sigue que no es necesaria una determinación explícita por parte del Consejo acerca de la existencia de un acto de agresión. El resto de las previsiones de los apartados (2) y (3) carecen ya de relevancia una vez que ya se cumplieron las condiciones en ellos previstas para la activación de la competencia de la CPI. Los apartados (4) y (5) son idénticos a los apartados (9) y (10) del artículo 15 *bis* antes comentado.

B. EL CONSENTIMIENTO DEL PRESUNTO ESTADO AGRESOR COMO CONDICIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA

Como ya se ha señalado en el epígrafe anterior, el consentimiento por parte del presunto Estado agresor solamente es condición para el ejercicio de la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión en los casos de las remisiones por los Estados y las investigaciones de oficio. En consecuencia, no es necesario tal consentimiento en el caso de una remisión por el Consejo de Seguridad con fundamento en la autoridad a dicho órgano de deriva del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

Durante las sesiones de junio de 2009 del SWGCA surgieron varios planteamientos acerca de las formas de manifestación del consentimiento por un Estado para el ejercicio de las competencias de la CPI en relación con la investigación de un acto de agresión que se le pudiera atribuir a dicho Estado; ello debido a las diferentes interpretaciones que a las que daba lugar la segunda oración del art. 121 (5)²¹ del ECPI y las implicaciones que podría tener sobre un posible y no deseado trato diferenciado entre los Estados no Partes del Estatuto y los Estados Parte que no han aceptado la enmienda sobre agresión.

En el debate se plantearon dos alternativas: la primera era que (i) no se requeriría la aceptación de la enmienda en materia de agresión por parte del Estado agresor: (a) cuando la entrada en

²⁰ «Art. 12... 2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:

²¹ Art. 121... 5. «Las enmiendas a los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente Estatuto entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados Parte 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».

vigor de la enmienda en materia de agresión se rigiera por el art. 121 (4)²²; y (b) cuando la entrada en vigor se rigiera por el art. 121 (5) en combinación con un «entendimiento positivo»²³ de su segunda oración. En ambos casos, la aceptación de la enmienda por el Estado víctima sería suficiente para establecer el vínculo territorial necesario en virtud del art 12 (2)²⁴ del Estatuto; como está planteado respecto de los otros crímenes cuando hay más de un Estado involucrado. La alternativa (ii) requeriría la aceptación de la enmienda en materia de agresión por el Estado agresor, si la entrada en vigor se rigiera por el art. 121(5) del Estatuto en combinación con un «entendimiento negativo»²⁵ de la segunda oración.

La Conferencia de Kampala se decidió por la segunda (ii) alternativa. Así, en la Resolución de Enmienda (RC/Res.6):

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.

Esta solución es la que resultaba la más restrictiva a para el ejercicio de la competencia de la CPI en materia de agresión, dejar sentado que será necesaria para ello la aceptación del presunto Estado agresor. Pero aún va más allá. Por si quedara alguna, refuerza este requisito del consentimiento incorporando en el art. 15 *bis* (4)²⁶ una cláusula de exclusión voluntaria, por la cual se permite a un Estado retirar la aceptación de la competencia de la Corte en el caso de que hubiese previamente aceptado la Enmienda. Es este el único supuesto en que tendría sentido la inclusión de dicha cláusula – con independencia de algunas elucubraciones sobre el motivo de su incorporación (Heinsh, p. 739), pues definitivamente si el Estado no ha ratificado la Enmienda no quedará sometido a la jurisdicción de la CPI en relación con el crimen de agresión.

²² Art. 121... 4. «Salvo lo dispuesto en el párrafo 5, toda enmienda entrará en vigor respecto de los Estados Parte un año después de que los siete octavos de éstos hayan depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación o de adhesión».

²³ Un entendimiento incorporado a la resolución habilitante que declarase que «la segunda oración del párrafo 5 del artículo 121 *no* impide a la Corte el ejercicio de su competencia respecto de un acto de agresión cometido contra un Estado parte que haya aceptado la enmienda». (SWGCA, informe junio de 2009, p. 3)

²⁴ Artículo 12. Condiciones previas para el ejercicio de la competencia... 2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3: a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave; b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

²⁵ Un entendimiento incorporado a la resolución habilitante que declarase que «la segunda oración del párrafo 5 del artículo 121 impide a la Corte el ejercicio de su competencia respecto de un acto de agresión cometido por cualquier Estado que no haya aceptado la enmienda». (SWGCA, informe junio de 2009, p. 3)

²⁶ Art. 15 *bis*... 4: «La Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y será considerada por el Estado Parte en un plazo de tres años».

El asunto, sin embargo, no culminó ahí. Casi tan pronto como se secó la tinta de las Enmiendas de Kampala, surge otra vez la división de puntos de vista acerca de la jurisdicción de la Corte sobre los Estados –durante el proceso de preparación de la «activación» en New York– entre la «visión estrecha» (la misma del entendimiento negativo) sostenida por Canadá, Colombia, Francia, Japón, Noruega y el Reino Unido y la «visión amplia» (la del entendimiento positivo) defendida Liechtenstein, Argentina, Botswana, Samoa, Eslovenia y Suiza (Akande & Tzanakopoulos, 2022, pp. 940-941). Ello llevó a la Asamblea a ratificar en la Resolución de la activación, la necesidad de ratificación de las Enmiendas –y, por tanto, el consentimiento específico por parte del Estado– como condición de sujeción al régimen del crimen de agresión.

Una de las consecuencias de la aplicación del art. 121 (5) es que, al requerirse el consentimiento del Estado sobre las Enmiendas para establecer el vínculo de territorialidad o nacionalidad necesario para que la CPI ejerza su competencia, con ello se generaba una desigualdad de trato entre los Estados Parte del Estatuto que son víctimas de la agresión y no hayan aceptado la Enmiendas y los que no son Estados Parte, en cuyo caso la Corte sí podría ejercer su jurisdicción para investigar los crímenes de agresión, en virtud del art. 12, como sucede con el resto de los crímenes de su competencia.

Para salvar esta contradicción (y para no ahuyentar aún más a Estados que no son parte de la CPI como Estados Unidos, Rusia y China (Heinsh, p. 740)), se estableció una excepción al régimen de aplicación del artículo 12, insertando el párrafo 5 al art. 15 *bis*, a tenor del cual «respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo». Esta disposición representa una desviación radical del régimen jurisdiccional del artículo 12 que proporciona, con respecto a los otros tres crímenes una base para la jurisdicción de la Corte siempre que exista un vínculo con un Estado Parte (territorio o nacionalidad) (Barriga & Niels, 2017, p. 658).

La exclusión de los crímenes de agresión vinculados a Estados no partes es integral y se aplica independientemente de si dicho Estado es el agresor o la víctima. Esta es una diferencia notable con el régimen de exclusión voluntaria del apartado (4), el cual afecta al Estado Parte solo en la medida en que es el agresor, no la víctima. Esto puede conducir a resultados asimétricos en situaciones particulares, por ejemplo, cuando el Estado Parte A que ratifica (que no se ha excluido) comete una agresión contra el Estado Parte B, que se ha excluido. Podría decirse que sería injusto que la Corte examinara las acciones del Estado A como presunto agresor, mientras que el Estado B no puede ser sometido al mismo estándar. Sin embargo, al mismo tiempo, se podría argumentar que luchar contra la impunidad es más importante que mantener esa simetría (Barriga & Niels, 2017, p. 659).

En definitiva, de los nueve posibles escenarios que involucran el consentimiento de los Estados en relación con el crimen de agresión, la competencia de la CPI se reduce a uno según la representación gráfica siguiente:

		Estado víctima		
		Parte- aceptante	Parte- No aceptante	No Parte
Estado agresor	Parte- aceptante	SÍ	NO	NO
	Parte- No aceptante	NO	NO	NO
	No Parte	NO	NO	NO

Competencia de la CPI sobre el crimen de agresión

El resultado de la combinación de las condiciones establecidas para el ejercicio de la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión y las limitaciones a ella impuestas es poco alentador. El régimen jurídico del crimen de agresión es único y mucho más restrictivo que el del resto de los crímenes contenidos en el ECPI; toda vez que en los casos de remisión estatal o de investigación de oficio, reduce considerablemente el campo de actuación de la Corte, que no tendrá jurisdicción ni sobre los Estados –ni sobre sus nacionales– que no formen parte del ECPI o que, siéndolo, no hayan ratificado las Enmiendas o se hubieren excluido voluntariamente con posterioridad, ni siquiera en casos que resulten víctimas de la agresión.

El tratamiento desigual con respecto al resto de los crímenes, las excepciones a la competencia, y las condiciones impuestas para la iniciativa de investigación de oficio o en caso de las remisiones estatales, constituyen severas restricciones a la actividad de la Corte, que terminan por debilitar su autoridad y legitimidad, por lo menos en lo que al crimen de agresión concierne, si bien por otro lado, mucho se ganó con la posibilidad de que, al menos, la persecución del crimen de agresión fuera una realidad, al menos en teoría, y no quedara en letra muerta.

II. 3. Perspectivas y desafíos de la justicia penal internacional sobre el crimen de agresión

A. SITUACIÓN ACTUAL

La revisión y enmienda en junio de 2010 del Estatuto de Roma en la Conferencia de Kampala, se convirtió marcó un hito en la evolución histórica del derecho internacional consuetudinario y del derecho penal internacional. La definición del crimen de agresión incorporada al tratado de la CPI ha constituido, hasta ahora, el mayor paso de avance en y de consolidación de los esfuerzos de la comunidad internacional en el desarrollo del principio de prohibición de uso de la fuerza y la determinación de la responsabilidad individual por los casos más graves de violación de dicho principio. «Ahora existe una probabilidad cada vez mayor de que en los próximos años la CPI pueda enjuiciar a los perpetradores del crimen de agresión, no como en Nuremberg por medio de la ley creada *ex post facto*, sino sobre una sólida base jurídica creada por la voluntad común de los Estados antes de la comisión del delito» (Kaul, 2010, p. 667)

A pesar de las falencias y debilidades que pudieran señalarse, sobre todo por las concesiones que debieron hacerse para que la reforma saliera adelante; los acuerdos de Kampala fueron necesarios y oportunos. Esperar por la posibilidad de un consenso mucho más amplio sobre la regulación de las normas del derecho internacional sobre el uso de la fuerza, hubiera significado una postposición de la definición del crimen de agresión *ad calendas grecas*; o la resignación a no poder volver a castigar en algún momento a los responsables de los casos más graves de uso de la fuerza, en los que la conveniencia y la necesidad de intervención del derecho penal resultan incontrovertidos.

Pero si Kampala fue una conquista significativa en el desarrollo de la justicia penal internacional, la activación definitiva de la competencia de la Corte en 1917 constituyó un antes y un después en el desarrollo del derecho internacional, por cuanto, por primera vez desde los procesos de Nüremberg y Tokyo, una tribunal internacional estaría en condiciones de investigar, juzgar y sancionar a aquellos líderes estatales y otros individuos responsables de planificar, preparar, iniciar o ejecutar graves actos de agresión contra otros Estados, en contravención de los principios recogidos en la Carta de las Naciones Unidas.

En efecto, el 14 diciembre de 2017, la 16ª Asamblea de los Estados Parte del ECPI aprueba por consenso la Resolución ICC-ASP/16/Res.5, denominada «Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión»; por la cual se decide «activar la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión a partir del 17 de julio de 2018»; ello en cumplimiento del requisito impuesto como condición previa para el ejercicio de la competencia de la CPI en los arts. 15 *bis* (3) y 15 *ter* (3). La mencionada activación supone, por tanto, la plena entrada en vigor, a partir de la fecha indicada, de las enmiendas aprobadas siete años antes en Kampala.

Sin embargo, hasta la fecha, no se ha emitido ninguna condena ni existe algún caso pendiente ante la CPI por crimen de agresión; primero, porque la activación de su competencia para conocer de este crimen se produjo hace apenas cinco años y no es de aplicación retroactiva y; segundo –y más importante aún– que el único caso de uso de la fuerza armada estatal acontecido desde entonces que por sus características, gravedad y escala podría ser constitutivo de un crimen de agresión, involucra a un Estado agresor (Federación Rusa) que no es parte del Estatuto de Roma y es, por añadidura, miembro permanente del Consejo de Seguridad. Otros conflictos armados de gran escala y consecuencias devastadoras, que involucran a ejércitos irregulares y grupos criminales terroristas (como los de extremistas yihadistas en Medio Oriente y África: Siria, Burkina Faso, Níger, Malí, Congo, Somalia, y Mozambique) ni siquiera pueden ser sometidos a la jurisdicción de la Corte.

Este panorama genera ciertas reservas en relación con la eficacia del régimen jurídico del ECPI para perseguir los crímenes de agresión. En el actual contexto de complejidad y extrema tensión de las relaciones internacionales, la efectividad de las regulaciones sobre la agresión enfrenta muchos desafíos, tanto desde el punto de vista político como jurídico. Entre ellos destaca, en primer lugar, el relativamente bajo número de ratificaciones/ adhesiones a las Enmiendas, que reduce sensiblemente el ámbito de competencia subjetiva de la Corte determinado en el art. 15 *bis* 5. Hasta la fecha lo han hecho 45 Estados (que representa el 36,6% de un total de 123 miembros de la CPI y el 23,3% de los miembros de la ONU), que no incluye a ninguno de los

dos únicos miembros permanentes del Consejo de Seguridad que son parte del Estatuto: Francia y Reino Unido.

Por otro lado, entre las condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte –que ya resultan significativamente más restrictivas con respecto al resto de los crímenes contenidos en el Estatuto–, se agrega la intervención del Consejo de Seguridad como filtro jurisdiccional, lo que termina debilitando la función y la posición institucional de la CPI. También acá hay que añadir la posible obstaculización de la actividad de la Corte debido a los intereses contrapuestos y las disputas políticas entre los Estados, o a la falta de cooperación internacional²⁷ para la persecución y entrega de los perpetradores.

A estos problemas se suman, además, las limitaciones mismas de la definición en cuanto al reducido marco de cobertura de la agresión, tanto en relación con los sujetos (limitada exclusivamente al Estado), como en las formas producirse (únicamente mediante el uso de la fuerza armada); dejando fuera de alcance tanto los actos de agresión llevados a cabo por agentes no estatales, como los cometidos por medios no convencionales (como la ciberguerra).

Además de las dificultades extrínsecas, existen otros problemas propios del Estatuto que complejizan el tema; como la vaguedad de la propia definición del crimen de agresión y la complejidad interpretativa sobre su contenido. Los problemas de ambigüedad, inconsistencias y contradicciones de las diferentes disposiciones del ECPI obviamente tendrán que ser resueltas por la jurisprudencia de la Corte una vez que se sometan los casos a su conocimiento. La actividad jurisdiccional deberá arrojar claridad sobre el contenido, alcance e interpretación de la definición y los elementos del crimen de agresión contenidos Estatuto y solucionar, en la medida en que no sea contradictorio con principio de legalidad penal, algunas de las lagunas y limitaciones presentes en la definición del crimen de agresión. También la jurisprudencia deberá servir de orientación en futuros debates sobre el tema.

Empero, los problemas asociados a las deficiencias mismas de la definición, en cuanto al reducido nivel de cobertura, así como los obstáculos y límites impuestos al ejercicio de la jurisdicción de la Corte, requieren de un análisis más profundo por lo Estados Parte y un replanteamiento sistémico del régimen jurídico del crimen de agresión aprobado en Kampala; aunque es poco realista suponer que ello pueda llevarse a cabo en lo inmediato, no sólo por lo relativamente reciente de su entrada en vigor sino por las enormes dificultades que en el terreno político ello supuso, que hicieron que estuviera al borde del fracaso.

De todas formas, se trata de cuestiones de vital importancia que no deben quedar desatendidas si se quiere que el marco jurídico sancionador del uso ilegítimo de la fuerza sea eficaz. Como en su momento señalara el entonces vicepresidente de la CPI, Hans- Peter Kaul, aunque no se puede

²⁷ Tras la Conferencia de Kampala, el juez Kaul de la CPI, lamentaba «la falta de compromisos por parte de muchos Estados Parte» que «podría verse como una indicación de la necesidad continua de recordarles la importancia de su cooperación con la Corte» «Todavía existe una necesidad sustancial de mejorar los medios de cooperación ‘vertical’ y asistencia judicial entre la Corte y las autoridades nacionales. En cualquier caso, habrá una necesidad futura de que la Asamblea considere la mejor manera de utilizar las herramientas políticas y diplomáticas para lograr la cooperación». (Kaul, 2010, p. 661)

pasar por alto el logro de incorporar el crimen de agresión en el Estatuto de Roma, «una evaluación sincera de la enmienda sobre la agresión debe reconocer que queda mucho trabajo por delante y que el debate sobre la agresión no ha concluido del todo» (2010, p. 666).

B. OTROS ACTORES, NUEVAS FORMAS. NECESIDAD DE REDEFINIR EL CRIMEN DE AGRESIÓN

En lo que ha transcurrido del siglo XXI no sólo continúan ejecutándose los actos de agresión convencionales consistentes en el uso de la fuerza armada de un Estado contra otro, sino que se producen a la par otras agresiones a la soberanía de los Estados ya sea mediante el uso de la fuerza armada por entidades no estatales –perpetrados por organizaciones terroristas como ISIS, Al Qaeda o Boko Haram–; o a través de nuevos métodos que no incluyen el uso de la fuerza armada, como los ataques cibernéticos a las estructuras estatales.

Las acciones extremadamente violentas y brutales de las organizaciones criminales transnacionales, bien armadas, financiadas y entrenadas, han sido capaces de socavar la soberanía de los Estados y ocupar parte de sus territorios, al tiempo que imponen terror a la población (p. ej.; los ataques del llamado Estado Islámico o *Daesh* a Iraq en 2014 o de Al Qaeda a Mali en 2012). Las acciones de estas organizaciones no solo han afectado directamente a los Estados donde operan, sino que también han tenido un impacto regional e internacional. Han desencadenado conflictos complejos, han exacerbado las tensiones étnicas y religiosas, y han generado crisis humanitarias significativas, desplazando a millones de personas y causando sufrimiento generalizado.

Como señala May (2008), en un contexto como el actual en que los actores no estatales se han convertido cada vez más en actores dominantes, especialmente en un mundo en el que algunos Estados son bastante débiles y en el que grupos armados pueden operar en el territorio sin obstáculos ni siquiera por parte de las autoridades legítimas, no hay una buena razón para excluir a estos grupos de la aplicación del derecho penal internacional, a menos que realmente estén más cerca de las bandas criminales o incluso que sean meros perpetradores de violencia aleatoria; pero muchos grupos terroristas ejercen una violencia controlada en lugar de aleatoria y pueden actuar de manera tan similar a algunos Estados que hay pocas razones prácticas para distinguirlos.

La inclusión de los actores no estatales de la guerra como sujetos del derecho penal internacional ha sido un tema sumamente controvertido y de muy difícil solución, sobre la base de que existen serias dificultades para incorporarlas a las categorías consuetudinarias de la estructura conceptual político-jurídica (Koran, 2012). Pero, como señala el propio autor, dado el curso probable de los conflictos mundiales, regionales e incluso nacionales en el futuro, en los que los actores no estatales, como grupos terroristas, étnicos y religiosos, entre otros, trabajan con métodos de conflicto tecnológicamente no convencionales para hacer valer su voluntad, hay una necesidad urgente de reconsideración sistemática y perfeccionamiento de toda la categoría de crímenes de agresión.

Por otra parte, también han evolucionado las formas de agresión a la soberanía y los intereses económicos fundamentales de los Estados. En las últimas décadas, las agresiones cibernéticas

han emergido como una forma de hacer la guerra que complementa y, en algunos casos, reemplaza a los métodos tradicionales de combate. Según el «Glosario de Inteligencia» del sistema italiano para la Información y para la Seguridad de la República (SISR): la guerra cibernética se define como:

El conjunto de operaciones militares realizadas en y a través del ciberespacio con el fin de procurar daños al enemigo, sea éste un Estado o no, y que consisten, entre otras cosas, en impedir que el enemigo haga un uso efectivo de los sistemas informáticos, armamentísticos y herramientas y de las infraestructuras y procesos que controlan. El significado también incluye las actividades de defensa y aquellas encaminadas a otorgar al Estado la disponibilidad y uso del ciberespacio (Sbaraglia, 2022).

Los ataques cibernéticos pueden ser realizados tanto por Estados como por actores no estatales²⁸ incluyendo grupos terroristas, hackers individuales y organizaciones criminales. Además, las consecuencias de los ciberataques pueden ser significativas, y causar graves consecuencias sobre la economía, los servicios o la seguridad nacional. A través de ellos se pueden obtener diversas ventajas estratégicas, como la interrupción de las operaciones militares y el daño a infraestructuras críticas, como redes de energía, de abastecimiento de agua o sistemas de transporte.

Si bien la guerra cibernética probablemente no desplazará a la guerra cinética tradicional, se convertirá en un arma cada vez más importante en los arsenales de los estados, ya que resulta una propuesta más en comparación la guerra cinética tradicional del siglo XXI (Brenner & Clarke, 2017, p. 249): dado que se lleva a cabo a través de redes virtuales, lleva aparejado un menor gasto (en personal y en infraestructura informática) y un menor costo en pérdidas humanas pues tiene la ventaja adicional de que, al operarse de forma remota, elimina el riesgo físico de los cibersoldados, a diferencia de sus similares de los ejércitos convencionales.

Debido a que se trata de un fenómeno aún en desarrollo que, aunque difiera de la guerra tradicional, puede provocar consecuencias igual de graves que esta, la guerra cibernética plantea un serio desafío para los Estados que requiere también una solución en el marco del derecho penal internacional. La limitada definición del crimen de agresión desde un enfoque reducido que se centra en la concepción tradicional de lo que constituía en el pasado una clásica guerra de agresión excluye una realidad en la que numerosos actores, principalmente no estatales, utilizan el ciberespacio como medio para llevar a cabo ataques que constituyen hoy en día nuevas formas de agresión (Troyano Pino, 2019, p. 104).

Todas estas cuestiones revelan un carácter multidimensional a los actos de agresión que se expande mucho más allá de la definición acordada en la Resolución 3314 de la AGNU que se reproduce sin alteración en el artículo 8 *bis* (2) del Estatuto (Scheffer, 2017, p. 1481). Este corre el riesgo de volverse irrelevante, si las limitaciones deficiencias y limitaciones presentes en la definición del crimen de agresión, dados sus estrechos marcos de cobertura, permanecen inalterables ante los desafíos que presentan los nuevos tiempos.

²⁸ P.ej: el llamado ataque Stuxnet, en 2010, mediante el cual los EE.UU. destruyeron parte de las centrífugas de la planta Natanz en Irán; o el ciberataque masivo sufrido por Georgia en 2019.

C. LA CUESTIÓN DE LOS LÍMITES A LA COMPETENCIA DE LA CORTE

Desde el punto de vista de la actividad jurisdiccional de la CPI, un desafío importante que enfrenta la persecución del crimen de agresión es la intervención del Consejo de Seguridad, concretamente en lo que se refiere al poder de veto de los cinco miembros permanentes. Si bien las facultades que le confiere el ECPI –art 13 (2)– a dicho órgano podrían resultar ventajosas para algunos casos –fundamentalmente por la posibilidad de que se pueda juzgar por agresión a líderes de Estados agresores que no sean parte del Estatuto, si el asunto se remite por el Consejo–; ello no compensa los efectos negativos que sobre la justicia penal internacional produce la intervención de dicho órgano en las competencias de la Corte.

Las motivaciones estrictamente políticas del Consejo de Seguridad, en virtud de las cuales decide qué asuntos remite a la Corte y cuáles no, supondría hacer partícipe a la CPI de esas discrecionalidades políticas del Consejo; a lo que habría que añadir la facultad de este de suspender las investigaciones iniciadas por la Corte – arts. 15 *bis* (8) y 16 del Estatuto–, lo que, evidentemente, podría interpretarse como un menoscabo «a la legitimidad de la CPI como tribunal penal independiente al permitir que un órgano de naturaleza política pueda interferir en la labor de ésta última» (Vázquez Rodríguez, 2021, p. 53).

Las prácticas desiguales del Consejo de Seguridad en la determinación del uso de la fuerza como actos de agresión, unido a la posición privilegiada de cada uno de los Estados miembros permanentes, cuyo poder de veto le permite bloquear cualquier posible remisión de un asunto a la CPI que involucre a dicho Estado o un aliado suyo, aún en los casos más evidentes de violación «manifiesta» de la Carta de la ONU, se han convertido en parte de los obstáculos que debe afrontar el desarrollo del régimen jurídico del crimen de agresión, por parte de la Corte. Los ejemplos más recientes así lo evidencian.

Las acciones militares iniciadas por Rusia el 24 de febrero de 2022 contra el territorio de Ucrania ha sido considerada por la mayoría de la comunidad internacional como un acto de agresión – como así lo refleja la Resolución, A/ES-11/L.1 de la AGNU, que «deplora en los términos más enérgicos la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania, en contravención del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta–; actos que por su «magnitud, gravedad y escala» pudieran constituir un crimen de agresión.

Sin embargo, la CPI no tiene jurisdicción sobre el acto de agresión de Rusia, incluso aún si pudiera considerarse que el Estado víctima (Ucrania) ha aceptado la jurisdicción de la Corte aún también respecto al crimen de agresión.²⁹ Ello es así porque, como ya hemos apuntado, el régimen jurídico de la agresión bajo el ECPI es más restrictivo que para el resto de los crímenes. Con arreglo al art. 15 *bis* (5) la Corte no tiene competencia sobre el crimen de agresión cuando sea cometido por los nacionales o en el territorio de un Estado no Parte; con lo cual –al no ser suficiente el vínculo territorial con el Estado víctima para alcanzar la competencia de la

²⁹ Ucrania no es parte del Estatuto de Roma, pero hizo dos declaraciones en 2014 y 2015 de conformidad con el Artículo 12, párrafo 3 del Estatuto aceptando la jurisdicción de la CPI sobre los crímenes cometidos en su territorio desde el 21 de **noviembre de 2013**.

Corte—; los líderes rusos no podrán ser juzgados bajo el cargo de agresión, a menos a iniciativa del Fiscal o por remisión estatal.

La única opción entonces para juzgar a Rusia por agresión bajo el Estatuto de la CPI sería por remisión del Consejo de Seguridad, en cuyo caso no se aplicarían las restricciones de competencia antes apuntadas. Sin embargo, la condición de miembro permanente del Estado agresor, con su poder de veto, descarta esa posibilidad; como efectivamente sucedió durante la 8979ª sesión del Consejo de Seguridad el 25 de febrero de 2022 respecto del proyecto de Resolución S/2022/155; a partir de lo cual se decidió recurrir a la Asamblea General para que se pronunciara.

Estas carencias del Estatuto de Roma muestran el lado más frágil de la justicia penal internacional, sometida a los cálculos e intereses políticos de los Estados más poderosos y pueden ser percibidas como una muestra de debilidad, cuando no de incapacidad de la Corte para cumplir con su cometido; sobre todo en un contexto como el actual en el que cada actuación que realiza tiene un significativo impacto en términos de legitimidad y credibilidad de la institución.

Lo Estados han cooperado sin precedentes en términos de brindar apoyo financiero y técnico a la Corte, esperan a cambio que esta actúe de manera diferente. Si la Corte no logra avances significativos en su función puede perder gran parte de su credibilidad; lo que conduciría a una reducción del apoyo estatal y a un menor éxito en su misión poner fin a la impunidad. Además, podría crear la sospecha de que la CPI solo puede intervenir en crímenes cometidos por nacionales de los Estados Parte o pertenecientes a estados sin suficiente influencia para contradecir a la Corte (Salari & Hosseini, 2023, p. 5).³⁰

No obstante, las atrocidades que se han denunciado en el contexto del conflicto ruso- ucraniano han activado otras iniciativas para hacer que los perpetradores de la agresión rindan cuentas ante la justicia penal internacional. Actualmente se están examinando varias alternativas con miras a garantizar que el crimen de agresión aún pueda ser procesado con respecto a la situación en Ucrania. Estas alternativas consisten en un tribunal penal internacional³¹ ad hoc, un tribunal híbrido ad hoc y un tribunal nacional (que posiblemente tenga una dimensión internacional) (CAVV, 2022, p. 5).

El tribunal que se cree deberá: (i) recibir un mandato para investigar y enjuiciar el crimen de agresión presuntamente cometido por los líderes políticos y militares de la Federación Rusa; (ii) tener la facultad de dictar órdenes de detención internacionales y no estar limitada por la inmunidad del Estado o la inmunidad de los jefes de Estado y de gobierno y otros funcionarios del Estado y (iii) aplicar la definición del crimen de agresión establecida en el derecho

³⁰ Quizá por ello ha decidido actuar de manera activa impulsado la investigación sobre el resto de los crímenes de su competencia, emitiendo incluso una orden de captura contra Vladimir Putin, por crímenes de guerra, el 17 de marzo de 2023. <https://news.un.org/es/story/2023/03/1519472>

³¹ El 30 de noviembre de 2022, la presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, propuso «establecer un tribunal especializado, respaldado por las Naciones Unidas, para investigar y enjuiciar el crimen de agresión de Rusia», y declaró que estaba «lista para comenzar a trabajar con la comunidad internacional para obtener el apoyo más amplio posible para este tribunal: (ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_7307)

internacional consuetudinario, que también ha inspirado la definición del crimen de agresión en el artículo 8 *bis* del Estatuto de la CPI. (Alebeek, et al., 2023, p. 116). De prosperar la iniciativa, la aplicación *indirecta* de la definición del crimen de agresión recogida en el Estatuto de la CPI sería, –aunque a medias–, un éxito incontestable de la cumbre de Kampala.

CONCLUSIONES

I

Las enmiendas al Estatuto de roma tras la Conferencia de Revisión de Kampala es el resultado del compromiso de los Estados Parte de poner fin a la impunidad por los crímenes de agresión, tras varias décadas de desacuerdos, negociaciones y concesiones para intentar acercar posiciones *a priori* inconciliables. Desde esa perspectiva, se puede afirmar que la Conferencia tuvo un resultado positivo, con el que la justicia penal internacional dio un salto cualitativo histórico, a pesar de que las soluciones técnicas con las que se formularon las enmiendas no fueron plenamente satisfactorias. Pero ello es el reflejo, precisamente, de las difíciles circunstancias en las que fueron logradas y en las que la voluntad política del compromiso permitió superar y pasar por alto cualquier incorrección en el resultado final.

II

La definición del crimen de agresión contenida en el art. 8 *bis* del ECPI requiere de un nuevo planteamiento, ya que resulta insuficiente para abarcar todos los escenarios de la realidad política contemporánea que merecen ser cubiertos por el derecho internacional. Importantes escenarios, sujetos y formas de conflicto, cada vez más frecuentes, escapan del alcance de la justicia penal internacional a pesar de que, por sus características, fines y efectos tienen la misma naturaleza criminal – y, por consiguiente, deberían tener el mismo trato– que las conductas cubiertas por las normas del derecho internacional consuetudinario.

El problema de los actores no estatales de la guerra es uno de los asuntos de mayor conflicto y de desacuerdo político, pero requiere de atención prioritaria y solución temprana por la comunidad internacional; debido a que las capacidades destructivas desarrolladas por estas organizaciones criminales y los altos potenciales de violencia que son capaces de desplegar, los han convertido en la mayor amenaza para la paz y la seguridad internacionales.

Por otra parte; la guerra cibernética es una realidad que no puede desconocerse. Los ciberataques que han tenido lugar en Iraq o Georgia en la pasada década han puesto de manifiesto la enorme capacidad de esta forma de agresión de causar daño a larga distancia. El vertiginoso desarrollo de las tecnologías digitales, incluyendo la inteligencia artificial propician un escenario incierto – pero muy poco alentador– sobre las consecuencias que para los Estados y para la paz y la seguridad mundiales supondrían las ciberguerras.

III

El régimen procesal de los arts. 15 *bis* y 15 *ter* del ECPI contiene serias limitaciones impuestas al ejercicio de la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión que pueden incidir muy negativamente en la eficacia de la justicia penal para perseguir estos crímenes, con la consecuente afectación, en términos de credibilidad y legitimidad (tanto objetiva como subjetiva de la Corte). Los acontecimientos actuales sobre la guerra en Ucrania agredida por la Federación Rusa han puesto de manifiesto la fragilidad del consenso de Kampala en este punto.

Las restricciones derivadas (i) de la intervención del Consejo de Seguridad como filtro jurisdiccional (previo y concomitante) para poder iniciar o continuar las investigaciones sobre hechos que pudieran constituir un crimen de agresión, y (ii) de las restricciones a la competencia *ratione personae* que le imposibilita a la Corte juzgar a los nacionales de un Estado agresor que no sea parte de Estatuto o no haya aceptado las Enmienda; son dificultades muy difíciles de superar, dado el contexto en que fueron acordadas, pero su revisión es esencial de cara al éxito de la CPI en su misión jurisdiccional.

REFERENCIAS

- Advisory Committee on Issues of Public International Law (CAVV), 2022. *Advisory report no. 40, 12 September*, The Hague: CAVV.
- Akande, D. & Tzanakopoulos, A., 2022. Treaty Law and ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression. *The European Journal of International Law*, 29(3), pp. 939-959.
- Alebeek, R. v., Herik, L. v. d. & Ryngaert, C., 2023. Prosecuting Russian Officials for the Crime of Aggression: What About Immunities?. *European Convention on Human Rights Law Review*, 4(2), p. 115–132.
- Ambos, K., 2012. *El crimen de Agresión después de Kampala*. 1a ed. Madrid: Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas»- Dykinson.
- Arenal, L., 2020. Evolución y estado del sistema hegemónico internacional . In: L. A. F. Domínguez, ed. *Estudios contemporáneos sobre geopolítica, conflictos armados y cooperación internacional*. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, pp. 27-41.
- Barriga, S. & Niels, B., 2017. Conditions for the Exercise of Jurisdiction Based Based on State Referrals and Proprio Motu Investigations. In: C. Kress & S. Barriga, eds. *The crime of Agresion*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 652-674.
- Brenner, S. & Clarke, L., 2017. Civilians in Cyberwarfare: Casualties. *Science and Technology Law Review*, 13(3), pp. 249-282.
- Bruha, T., 2017. The General Assembly’s Definition of the Act of Aggression. In: C. Kress & S. Barriga, eds. *The Crime of Aggression: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 142-177.
- Burneo, J. A., 2018. El crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Agenda Internacional*, Issue 36, pp. 303-322.
- Carrillo Salcedo, J. A., 1999. *Dignidad frente a barbarie. la Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*. Madrid: Trotta.
- Carro Pitarch, M., 2021. El crimen de agresión en el siglo XXI: un breve análisis de su evolución, articulación y mecanismos de persecución. *Revista Bolivariana de Derecho*, Issue 31, pp. 286-321.
- Casanovas La Rosa, O., 2013. El principio de la prohibición de uso de la fuerza. In: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 18a ed. Madrid: Tecnos.
- CDI, 2015. *Resúmenes de la labor de la Comisión de Derecho Internaciona*. [Online] Available at: https://legal.un.org/ilc/summaries/7_5.shtml [Accessed 11 junio 2023].

- Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (UNWCC), 1948. *Historia de la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas y el desarrollo de las leyes de la guerra*. s.l.:ONU.
- Comisión de Derecho Internacional (CDI), 1994. *Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo sexto período de sesiones*, New York: Naciones Unidas.
- Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI), 1966. *Anuario. II*. s.l.:s.n.
- Corte Internacional de Justicia, 2005. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo vs. Uganda)*. La Haya: s.n.
- Dinstein, Y., 2018. The Crime of Aggression under Customary International Law. In: L. N. Sadat, ed. *Seeking Accountability for the Unlawful Use of Force*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 285-302.
- Gillett, M., 2013. The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court. *International Criminal Law Review*, 13(4), pp. 829-864.
- Glennon, M., 2010. The Blank-Prose Crime of Aggression. *Yale Journal of International Law*, 35(71), pp. 72-114.
- Grupo Especial de Trabajo sobre el Crimen de Agresión (SWGCA), 2009. *Reunión oficiosa entre períodos de sesiones sobre el crimen de agresión 8 a 10 de junio de 2009*, s.l.: CPI.
- Hajdin, N. R., 2022. Responsibility of Private Individuals for Complicity in a War of Aggression. *American Journal of International Law*, 116(4), pp. 788-797.
- Heinsh, R., 2010. The Crime of Aggression After Kampala: Success or Burden for the Future?. *Goettingen Journal of International Law*, 2(2), pp. 713-743.
- Hussain, N., Khan, A., Chandio, L. A. & Oad, S., 2023. Individual Criminal Responsibility for the Crime of Aggression: The Role of the ICC's Leadership Clause. *Pakistan Journal of Humanities and Social Sciences*, 11(1), p. 223-232.
- Kaul, H.-P., 2010. Kampala June 2010 – A First Review of the ICC Review Conference. *Goettingen Journal of International Law*, Issue 2, pp. 649-667.
- Koran, S., 2012. The International Criminal Court and Crimes of Aggression: Beyond the Kampala Convention. *Houston Journal of International Law*, 34(2), pp. 231-288.
- Kress, C., 2010. Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus. *The European Journal of International Law*, 20(4), p. 1129-1146.
- Kress, C., 2019. On the activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression. In: P. Sturma, ed. *The Rome Statute of the ICC at Its Twentieth Anniversary*. s.l.:Brill- Nijhoff, p. 43-64.

- Kress, C. & von Holtzendorf, L., 2010. The Kampala Compromise on the Crime of Aggression. *Journal of International Criminal Justice*, Issue 8, pp. 1179-1217.
- May, L., 2008. Terrorist Aggression. In: *Aggression and Crimes Against Peace*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 297-318.
- McDougall, C., 2013. The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court. In: *Cambridge Studies in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-33.
- Meron, T., 2001. Defining Aggression for the International Criminal Court. *Suffolk Transnat'l L. Rev.* Issue 2.
- Morello, R., 2017. Crime of Aggression. Is the ICC limited to investigating only the gravest of the already grave acts of aggression?. *Osservatorio sui Processi di Pace*, Issue 4, pp. 1-37.
- Nuremberg Military Tribunals, 1947. *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*. Nuremberg: United States Government Printing Office.
- ONU. Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión, 2002. *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, s.l.: Naciones Unidas.
- Paulus, A., 2010. Second Thoughts on the Crime of Aggression. *The European Journal of International Law*, 20(4), p. 1117–1128.
- Pérez-León, J. P., 2006. El Crimen de Agresión en el Derecho Internacional. *Derecho & Sociedad*, Issue 27, pp. 295-302.
- Remiro Brotóns, A., 2006. Crimen de agresión, crimen sin castigo. *Agenda Internacional*, XII(23), pp. 11-37.
- Rueda Fernández, C., 2005. La regulación jurídica de las violaciones graves de obligaciones esenciales emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general en el Proyecto de Artículos de la CDI. *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos*, Issue 2, pp. 67-130.
- Salari, A. & Hosseini, S., 2023. Russia's Attack on Ukraine; A Review of the International Criminal Court's Capacity to Examine the Crime of Aggression. *Access to Justice in Eastern Europe*, 1(18), pp. 1-20.
- Sandoval Mesa, J. A., 2012. El desarrollo de la competencia internacional. Primeros aportes desde Nüremberg y Tokyo. *Prolegómenos - Derechos y Valores*, XV(1), pp. 35 - 55.
- Sayapin, S., 2014. *The Crime of Aggression in International Law. Historical Development, Comparative. Analysis and Present State*. 1a ed. The Hague: Asser Press- Springer.
- Sbaraglia, G., 2022. *Ciberguerra: la guerra cibernética entre estados. Casos famosos*. s.l.:s.n.

- Schaeffer, R., 2009. 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*, Issue 9, p. 411–433.
- Scheffer, D., 2010. The Complex Crime of Aggression under the Rome Statute. *Leiden Journal of International Law*, Issue 23, p. 897–904.
- Scheffer, D., 2012. El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Política Criminal*, 7(13), pp. 209 - 229.
- Scheffer, D., 2017. Amending the Crime of Aggression under the Rome Statute. In: C. Kress & S. Barriga, eds. *The Crime of Aggression: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1480-1500.
- Scheidt-Zimmermann, T., 2018. Critical remarks on the International Court of Justice’s interpretation of Article 3(g) of the “Definition of Aggression”(UNGA Resolution 3314/1974). *Revista Direito GV*, 14(1), pp. 99-122.
- Sellars, K., 2017. The First World War, Wilhelm II and Article 227: The Origin of the Idea of ‘Aggression’ in International Criminal Law. In: C. Kress & S. Barriga, eds. *The Crime of Aggression: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 21-48.
- SWGIA, 2009. *ICC-ASP/7/20/Add.1 Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión*, s.l.: ONU.
- Tomuschat, C., 2006. The Legacy of Nuremberg. *Journal of International Criminal Justice*, Issue 4, pp. 830-844.
- Troyano Pino, C. J., 2019. El crimen de agresión: análisis de los elementos del delito, su revisión para un eficaz ejercicio del ius ad bellum. *Revista Española de Derecho Militar*, Issue 11-112, pp. 69-118.
- Vallarta Marrón, J. L., 2011. La incorporación del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volume XII, pp. 435-461.
- Vázquez Rodríguez, B., 2021. El Consejo de Seguridad y La Corte Penal Internacional: Una relación imperfecta. In: *La Corte Penal Internacional 20 Años Después*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 53-66.
- Wilmshurst, E., 2009. Definición de la agresión. *United Nations Audiovisual Library of International Law*, pp. 1-5.
- Wright, Q., 1935. The Concept of Aggression in International Law. *The American Journal of International Law*, 29(3), pp. 373-395.