

EL COMPROMISO DE KAMPALA SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN*

Por CLAUS KRESS** y LEONIE VON HOLTZENDORFF***

INTRODUCCIÓN

Nadie olvidará la gran noche del 17 al 18 de julio de 1998 en Roma, en la que fue presentado el texto final del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, “el Estatuto”)¹ ante la Conferencia diplomática. Los relojes se detuvieron, y la gran mayoría de los delegados estalló en júbilo tras la adopción del compromiso final. La noche del 11 al 12 de junio de 2010, cuando se logró el acuerdo en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte

* Este artículo está dedicado a Benjamín Ferencz, en admiración. Su contribución al debate sobre el crimen de agresión es ampliamente conocida. Entre otras muchas obras, publicó un monumental estudio: *Defining International Aggression - The Search for World Peace: A Documentary History and Analysis*, 2 vols., Dobbs Ferry, New York: Oceana Publications, 1975. Asimismo B. Ferencz ha seguido las negociaciones diplomáticas en todos los momentos cruciales y fue incansable a la hora de recordar a los delegados su responsabilidad para avanzar en un espíritu constructivo.

** Profesor de Derecho Penal y Derecho Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania); miembro de la delegación alemana en las negociaciones ante la Corte Penal Internacional desde 1998; sub-coordinador de las negociaciones sobre la conducta individual del crimen de agresión durante el Proceso de Princeton; *Focal Point* para las consultas informales sobre algunas interpretaciones sobre el crimen de agresión en la Conferencia de Revisión de Kampala (2010). Las opiniones vertidas en este artículo son personales (Claus.kress@uni-koeln.de).

*** Doctorada en la Universidad de Colonia (Alemania) bajo la dirección del Prof. Dr. D. Claus Kress.

El presente artículo fue publicado en inglés en 8 *Journal of International Criminal Justice* (2010), p. 1179/1217. Los autores desean expresar su sincero agradecimiento a la Dra. Carmen Demelsa Benito Sánchez (Prof. Asociada de Derecho penal de la Universidad de Salamanca) y a Ana Garrocho Salcedo (Prof. Ayudante de Derecho penal de la Universidad Carlos III de Madrid) por la traducción al español, y a la Dra. Claudia Cristina Jiménez Cortés (Prof. Titular de Derecho Internacional de la Universitat Autònoma de Barcelona, al Dr. Christopher Tulloch (Prof. Asociado de Periodismo de la Universitat Pompeu Fabra) y a Fernanda Milllicay (diplomática, miembro de la delegación argentina a la Conferencia de Kampala) por su valiosa colaboración.

¹ A/CONF.183/9, 17 de Julio de 1998, y corregido los procès-verbaux del 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 16 de enero de 2001 y 17 de enero de 2001 (entrada en vigor: 1 de julio de 2002).

Penal Internacional sobre el crimen de agresión, fue igualmente significativa. Los relojes se detuvieron a medianoche. Fue entonces cuando la Primera Conferencia de Revisión llegó a su fin. Poco tiempo después, el embajador y presidente de la Conferencia, Christian Wenaweser, manifestó ante la sala su “mejor intención” de alcanzar un compromiso con la esperanza de que no hubiera objeciones, sin que nadie pudiese estar seguro de si el silencio se rompería o no. Todas las miradas se dirigieron a Francia y al Reino Unido, quienes no mostraron movimiento alguno. En ese momento, el presidente estuvo a punto de bajar el martillo para declarar que la proposición había sido adoptada. De repente, Japón pidió la palabra y manifestó su descontento. Cuando el jefe de la delegación japonesa empleó las palabras “con el corazón apesadumbrado”, la Conferencia contuvo la respiración. El alivio llegó cuando el delegado continuó su intervención y manifestó que, a pesar de sus preocupaciones, Japón no deseaba romper el consenso. Inmediatamente después, el presidente bajó el martillo, causando un júbilo colectivo².

La clausura de la Primera Conferencia de Revisión generó un sentimiento de triunfo que conmemoraba la experiencia vivida en Roma una década antes; sin embargo debe destacarse que, a diferencia de lo que ocurrió en Roma, la decisión en Kampala se tomó por consenso. Asimismo EE.UU., que formalmente no tomó parte en las decisiones (al no ser un Estado parte en el Estatuto) sintió que se habían realizado esfuerzos por complacer algunas de sus exigencias más importantes.

A lo largo de este trabajo, nos gustaría relatar de qué manera el debate que se extendió por casi un siglo sobre el crimen de agresión culminó en Kampala. Del mismo modo, intentaremos ofrecer una valoración inicial de lo que consideramos ha sido un significativo avance hacia la consolidación de un sistema de justicia penal internacional todavía en formación.

I. EL PRECEDENTE ORIGINAL Y LAS DÉCADAS DE SUSPENSO: DE NÜREMBERG A ROMA

Si Núremberg marca el comienzo del Derecho Penal Internacional *stricto sensu*³, el crimen de agresión se situó en el centro de la cristalización de esa rama del derecho⁴. A juicio de EE.UU. “*the crime which comprehends all less-*

² Sobre la más reciente contribución de FERENCZ, Donald, al debate, ver *42 Case Western Reserve Journal of International Law*, 2009, ps. 531/542.

³ El derecho penal internacional *stricto sensu* fundamenta la responsabilidad penal individual directamente en el derecho internacional. Ver KRESS, C. ‘International Criminal Law’, en WOLFRUM, R. (ed.), *Max Planck-Encyclopedia of Public International Law* (en prensa), párr. 10; la versión electrónica se puede consultar en <http://www.mpepil.com> (última consulta realizada el 21 de febrero de 2011).

⁴ Un reciente resumen de los desarrollos de esta rama del Derecho anteriores a Núremberg puede verse en NYAMUYA MAOGOTO, J., ‘Aggression: Supreme International Offence

*er crimes, is the crime of making unjustifiable*⁵. La Carta de Londres que estableció el Tribunal Militar Internacional (en adelante, TMI) incluyó este crimen bajo la denominación de “crímenes contra la paz”⁶, y el TMI calificó la realización de una guerra de agresión como un “crimen supremo internacional”⁷. Poco después, el fiscal jefe estadounidense, Robert Jackson, informó al presidente de EE.UU. de que la prohibición de realizar una “guerra de agresión” constituía una “precedente judicial”⁸ que la había convertido en “sancionable conforme a la ley”⁹. Sin embargo, la famosa promesa de Jackson de que, a partir de ese momento, el nuevo Derecho Penal Internacional contra la guerra de agresión sería aplicado a todos los infractores¹⁰, fue condenada a verse incumplida en las décadas subsiguientes.

A pesar de que la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció los principios de Núremberg como Derecho Internacional¹¹, y de que los juicios de Tokio habían seguido el precedente de Núremberg¹², el “crimen supremo internacional” no sólo permaneció sin definir, sino que pronto se convirtió en un obstáculo para la realización del proyecto de codificación de dichos principios¹³. Incluso cuando esos obstáculos parecían haber sido superados en 1974, tras la adopción de una definición de “acto de agresión” por consenso dentro del art. 39 de la Carta de Naciones Unidas, nada cambió realmente¹⁴. A pesar

still in Search of Definition”, 6 *Southern Cross University Law Review* 2002, ps. 278/317, ps. 278/289

⁵ Informe del ministro de Justicia Robert Jackson al presidente, de 6 de junio de 1945, sub IV.; <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack63.asp> (última consulta realizada el 21 de febrero de 2011).

⁶ El art. 6º (a) de la Carta de Londres define estos crímenes como “planificar, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en un plan común o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriores”; 82 UNTS 280.

⁷ “Iniciar una guerra de agresión no es sólo un crimen internacional, es el crimen supremo”, en ‘Judicial Decisions, International Military Tribunal (Núremberg), Judgment and Sentences’, 41 *American Journal of International Law* (1947), 186.

⁸ Para un breve resumen del debate sobre si este “creativo” precedente violaba el principio *nullum crimen*, vid. KRESS, C., ‘Nulla poena nullum crimen sine lege’, en WOLFRUM, R. (ed.), *supra* nota 3, párr. 16. Versión electrónica en <http://www.mpepil.com> (última consulta realizada el 21 de febrero de 2011).

⁹ Report to the President by Mr. Justice Jackson, vid. *supra* nota 5.

¹⁰ Discurso de apertura del Fiscal General de Estados Unidos. Ver *Trial of German Major War Criminals by the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany*, Buffalo: William S. Hein & Co., 2001, p. 45.

¹¹ UN Doc. A/RES/95 (1946), párr. 1, 11 de diciembre 1946.

¹² Para una excelente y reciente revalorización de la contribución del Tribunal Militar Internacional de Tokio al desarrollo jurídico, vid. BOISTER, N., y CRYER, R., *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 115.

¹³ WILMSHURST, E., ‘Aggression’, en CRYER, R., FRIMAN, H., Robinson, D. y WILMSHURST, E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 314.

¹⁴ Anexo a A/RES/3314 (XXIX), 14 de diciembre de 1974 (res. 3314).

de que el art. 16 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de 1996 confirmó que el crimen de agresión constituía un crimen según el Derecho Internacional¹⁵, ninguno de los tribunales penales internacionales establecidos durante la década de los noventa incluyeron en sus respectivos Estatutos fundacionales el crimen de agresión. Más llamativa es, sin embargo, la ausencia del crimen de agresión de la competencia *ratione materiae* del Tribunal Especial Iraquí (posteriormente llamado Alto Tribunal Penal Iraquí), que fue constituido para perseguir los crímenes cometidos por Saddam Hussein¹⁶. El Derecho Internacional permaneció impasible ante el crimen de agresión.

La adopción del Estatuto de la CPI condujo únicamente a un despertar parcial. De nuevo, se constató la imposibilidad de acordar una definición de crimen de agresión y los Estados se dividieron en relación con el papel que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas podría desempeñar para activar la competencia de la CPI en relación con el crimen de agresión. Sin embargo, de forma generalizada se mantuvo la opinión de que el crimen de agresión debía formar parte de la competencia *ratione materiae* de la CPI¹⁷. El resultado de ello se plasmó en el art. 5.1 (d) y 5.2 del Estatuto, que señala lo siguiente:

“1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

(...)

(d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los arts. 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”.

Mientras que esta solución excluyó la jurisdicción de la CPI con respecto al crimen de agresión durante, al menos, los siete años siguientes tras la entrada en vigor del Estatuto¹⁸, el art. 5º (1) (d) del Estatuto confirmó implícitamente la

¹⁵ A/51/10 (1996); El proyecto de Código de 1996 no explica, sin embargo, los elementos del crimen. Un intento se había hecho (y sigue siendo controvertido) en el art. 15 del Proyecto de Código de 1991 (A/46/10 (1991)); sobre el último intento *vid.* NYAMUYA MAOGOTO, *J. supra* nota 4, 304/309.

¹⁶ KRESS, Cl., ‘The Iraqi Special Tribunal and the Crime of Aggression’, 2 *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, 2004, ps. 347/352.

¹⁷ Para un sucinto resumen de los debates en Roma, ver WESTDICKENBERG, G. Y FIXSON, O., ‘Das Verbrechen der Aggression im Roemischen Statut des Internationalen Gerichtshof’, en FROWEIN, J. A. et al. (eds), *Negotiating for Peace. Liber Amicorum Tono Eitel*, Berlin et al.: Springer, 2003, p. 496/498.

¹⁸ Art. 123(1) Estatuto CPI.

existencia de un crimen conforme al Derecho Internacional consuetudinario¹⁹. El compromiso de Roma sobre el crimen de agresión fue complementado con el párrafo séptimo de la Resolución F del Acta Final de la Conferencia, que se transcribe a continuación:

“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 partes 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. Las disposiciones relativas al crimen de agresión entrarán en vigor respecto de los Estados partes de conformidad con las correspondientes disposiciones del presente Estatuto”²⁰.

II. EL CAMINO HACIA EL ACUERDO: DE ROMA A KAMPALA

a) *El Documento de debate de 2002 y las Propuestas de 2009*

La Comisión Preparatoria de la CPI reanudó el mencionado mandato a lo largo de diez sesiones celebradas entre la primavera de 1999 y el verano de 2002. En su tercera sesión se creó el Grupo de Trabajo sobre Agresión, liderado en un primer momento por Tuvako Manongi (Tanzania) y después por Silvia Fernández de Gurmendi (Argentina), actual magistrada de la CPI. Este Grupo de Trabajo no realizó grandes avances pero sus esfuerzos dieron como resultado un útil resumen sobre las posiciones principales en el *Coordinator's Discussion Paper* de 11 de julio de 2002 (en adelante, Documento de debate de 2002)²¹. Este texto marcó los términos esenciales del debate posterior, por lo que merece la pena ser reproducido:

“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, esa persona intencionalmente y a sabiendas ordena o participa activamente en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión que por sus características, gra-

¹⁹ La Cámara de los Lores británica sumó su voz a este punto de vista en “R. v. Jones” *at al.* (2006) UKHL 16, §§ 12, 19 (Lord Bingham), §§ 44, 59 (Lord Hoffmann); § 96 (Lord Rodger); §97 (Lord Carswell); § 99 (Lord Mance).

²⁰ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Official Records, vol. I, Final Documents, Annex I, at 72.

²¹ Para una mejor explicación de esta parte del debate, *vid.* CLARK, R. S., ‘Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court’, 15 *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, 2002, ps. 859/890. Véase sobre los puntos de vista del último coordinador, ver FERNANDEZ DE GURMENDI, S., ‘The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court’, 25 *Fordham International Law Journal*, 2001-2002, ps. 589/605.

vedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

Opción 1: Añádase “como, en particular, una guerra de agresión o un acto que tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado”.

Opción 2: Añádase “y equivalga a una guerra de agresión o constituya un acto que tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado”.

Opción 3: Ninguna de las anteriores.

2. A los efectos del párr. 1º, por “acto de agresión” se entenderá un acto comprendido en la definición dada en la Res. 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, que ha sido cometido por el Estado de que se trate, según un pronunciamiento,

Opción 1: Añádase “de conformidad con los párrs. 4º y 5º”.

Opción 2: Añádase “sujeto a una determinación previa por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”.

3. Lo dispuesto en el párr. 3º del art. 25 y en los arts. 28 y 33 del Estatuto no se aplica al crimen de agresión.

4. Cuando el Fiscal tenga la intención de iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, la Corte verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. De no existir un pronunciamiento del Consejo de Seguridad, la Corte notificará al Consejo de Seguridad la situación ante la Corte, a fin de que el Consejo de Seguridad pueda adoptar las medidas pertinentes:

Opción 1: con arreglo al art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas.

Opción 2: de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

5. Cuando el Consejo de Seguridad no haya hecho una determinación sobre la existencia de un acto de agresión por parte de un Estado:

Alternativa a): ni invoque el art. 16 del Estatuto dentro de un plazo de seis meses a partir de la fecha de notificación.

Alternativa b): [elimínese la alternativa a)].

Opción 1: la Corte podrá proceder a sustanciar la causa.

Opción 2: la Corte desechará la causa.

Opción 3: la Corte, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los arts. 12, 14 y 24 de la Carta, pedirá a la Asamblea General de las Naciones Unidas que haga una recomendación dentro de un plazo de [12] meses. En el caso de que no se haga tal recomendación, la Corte podrá proceder a sustanciar la causa.

Opción 4: la Corte podrá pedir

Alternativa a): a la Asamblea General

Alternativa b): al Consejo de Seguridad, actuando con el voto a favor de nueve miembros, que solicite una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el art. 96 de la Carta y el art. 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sobre la cuestión jurídica de la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate.

Opción 5: la Corte podrá sustanciar la causa si verifica que la Corte Internacional de Justicia ha determinado, en las actuaciones iniciadas con arreglo al cap. II de su Estatuto, que el Estado de que se trate ha cometido un acto de agresión”²².

Poco después de la entrada en vigor del Estatuto, el 1 de julio de 2002, la Asamblea de Estados partes²³ expresó su deseo de continuar y completar el trabajo en relación con el crimen de agresión. Para ello, la Asamblea constituyó el Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión (en adelante, con sus siglas en inglés, SWGCA)²⁴, que se reunió por primera vez en septiembre de 2003 y que concluyó su trabajo en febrero de 2009. Como puede observarse, las propuestas relativas al crimen de agresión elaboradas por el SWGCA (en adelante, las Propuestas de 2009), representan “un hito en las negociaciones sobre el crimen de agresión”²⁵ y allanaron el camino para llegar al compromiso de Kampala. Las Propuestas de 2009 fueron las siguientes:

“1. Suprímase el párr. 2º del art. 5º del Estatuto.

2. Insértese el texto siguiente a continuación del art. 8º del Estatuto:

Artículo 8 bis

Crimen de agresión

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 párr. 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 Res. 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974,

²² UN Doc. PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2, 11 July 2002.

²³ Art. 112 Estatuto de Roma.

²⁴ ICC-ASP/1/Res. 1 adoptada por consenso en la Tercera Reunión del Pleno, de 9 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3, 328

²⁵ La expresión pertenece a BARRIGA, S., “Against the Odds: The Results of the Special Working Group on the Crime of Aggression”, en BELLELLI, R. (ed.), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review* (Farnham, Burlington: Ashgate Publishing, 2010, 621-643, p. 640, obra que constituye la mejor explicación del trabajo del SWGCA.

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.

3. Insértese el texto siguiente a continuación del art. 15 del Estatuto:

Artículo 15 bis

Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el art. 13, con sujeción a las disposiciones de este art. 1º.

2. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.

3. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión.

4. (Alternativa 1) Cuando no se haya realizado dicha determinación, el Fiscal no podrá iniciar la investigación respecto de un crimen de agresión.

Opción 1. Finalizar el párrafo aquí

Opción 2. Añadir: a menos que el Consejo de Seguridad, en una resolución adoptada según el cap. VII de la Carta de Naciones Unidas, haya requerido al Fiscal para proceder a la investigación respecto al crimen de agresión.

4. (Alternativa 2) Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de [6] meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión,

Opción 1: finalizar el párrafo aquí

Opción 2: añadir: siempre y cuando la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el art. 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión.

Opción 3: añadir: siempre y cuando la Asamblea General haya determinado que un acto de agresión ha sido cometido por un Estado referido al que se hace referencia en el art. 8° bis.

Opción 4: añadir: siempre y cuando la Corte Internacional de Justicia haya determinado que un acto de agresión ha sido cometido por un Estado al que se hace referencia en el art. 8° bis.

5. 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.

6. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el art. 5°.

4. Insértese el texto siguiente a continuación del párr. 3° del art. 25 del Estatuto:

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.

5. Sustitúyase la primera oración del párr. 1° del art. 9° del Estatuto por la oración siguiente:

1. Los Elementos de los Crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los arts. 6°, 7°, 8° y 8° bis.

6. Sustitúyase el *chapeau* del párr. 3° del art. 20 del Estatuto por la frase siguiente; el resto del párrafo no se modifica:

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los arts. 6°, 7°, 8° u 8° bis a menos que el proceso en el otro tribunal²⁶.

b) Algunas consideraciones destacables del trabajo dentro del SWGCA

El encargado de presidir el SWGCA fue el Embajador, Christian Wenaweser, de Liechtenstein. Con el apoyo de un equipo excepcional, qué contó

²⁶ ICC-ASP/8/Res.6.

con la extraordinaria presencia de Stefan Barriga, Wenaweser lideró las negociaciones combinando autoridad, destreza, paciencia y buen humor. Poco a poco, el equipo de Liechtenstein tuvo la sensación de que, a pesar de los números obstáculos, existía una oportunidad real de completar con éxito su misión. Desde el principio, se tomó la decisión acertada de gestionar una parte esencial del trabajo a través de reuniones informales. A lo largo de cuatro encuentros entre 2004 y 2007, los delegados disfrutaron de la hospitalidad del *Liechtenstein Institute on Self-Determination* de la Universidad de Princeton y de su director, Wolfgang Danspeckgruber. El llamado “proceso de Princeton” permitió que representantes de Estados no partes y expertos de algunas organizaciones no gubernamentales interesadas tomaran parte activamente en el debate²⁷. El proceso de Princeton fue especialmente transparente, como lo demuestra el hecho de que sus consultas informales fueran ampliamente documentadas en una serie de informes²⁸ y completadas con innumerables conferencias en el ámbito académico²⁹, lo que permitió que la doctrina especializada en Derecho Penal Internacional pudiese seguir intensamente todas las negociaciones y comentarlas de manera continua³⁰. Asimismo, el proceso de Princeton, haciendo gala de

²⁷ Los Estados no partes hicieron amplio uso de esta oportunidad. La única excepción a lamentar fue la de Estados Unidos durante el gobierno de G. W. Bush. El grado de participación de las ONGs varió. Tristemente, y de manera un tanto sorprendentemente, Amnistía Internacional y Human Rights Watch interpretaron sus respectivos mandatos como si se les excluyera de un compromiso significativo que, a la vez y quizá inadvertidamente, generó la impresión de que esas dos importantes organizaciones se pusieran del lado de aquellas pocas delegaciones que permanecieron escépticas durante todo el proceso. Hubo, sin embargo, algunas ONGs que tuvieron un enfoque menos tímido y compartieron su experiencia con los delegados durante todo el proceso. Jutta Bertram-Nothnagel y Noah Weisbord merecen especial atención por su significativa aportación intelectual

²⁸ Los informes han sido recopilados en BARRIGA, S., DANSPECKGRUBER, W., WENAWESER, S. (eds.), *The Princeton Process on the Crime of Aggression*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2009.

²⁹ Véase dos importantes ejemplos en *The Torino Conference on International Criminal Justice*, de mayo de 2007 (BELLELLI, *supra* note 25) y el *Symposium on the crime of aggression*, de septiembre de 2008, ofrecidos por la *Case Western Reserve University School of Law*, 41 *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2009, ps. 267/467.

³⁰ El número de autores que se ha dedicado a profundizar sobre el crimen de agresión ha aumentado significativamente en los últimos diez años. Por razones de espacio no podemos mencionar una lista detallada. Una selección (en parte muy crítica), véase en: KAMTO M., *L'agresion en droit international*, Paris: A. Pedone, 2010; CLARK, R.S., ‘Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over it’, 20 *European Journal of International Law*, 2009, ps. 1103/1115; *id.*, ‘The Crime of Aggression and the International Criminal Court’, in DORIA, J., GASSER H.-P., y BASSIOUNI, M.C. (eds), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blisshchenko*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2009, ps. 661/699; GLENNON, M. J., ‘The Blank-Prose Crime of Aggression’, 35 *The Yale Journal of International Law*, 2009, ps. 71/114; KREB, C., ‘Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus’, 20 *European Journal of International Law*, 2009, ps. 1129/1146; PAULUS, A., ‘Second Thoughts on the Crime of Aggression’, 20 *European Journal of International Law*, 2009, ps. 1117/1128; MURPHY, S.D., ‘Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court’, 20 *European Journal of International Law*, 2009

un gran sentido de pragmatismo, se centró en la discusión de las principales preguntas legales y técnicas. La cuestión más espinosa —relativa a la participación del Consejo de Seguridad— fue tratada en menor medida que aquellas otras cuestiones menos sensibles políticamente hablando.

Un aspecto que quedó menos claro es aquel relativo a los esfuerzos del grupo de trabajo para definir el crimen de agresión conforme a los límites del Derecho Internacional consuetudinario. Como es sabido, en Roma se acordó acotar y definir los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional *ratione materiae* de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario³¹, acuerdo que también se extendió al crimen de agresión³². Sin embargo, este enfoque tropezó con una dificultad técnica y una sustantiva. En primer lugar, rápidamente se hizo evidente que la mayoría de las delegaciones deseaban evi-

ps. 1147/1156; SCHAEFFER, R., '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', 9 *International Criminal Law Review*, 2009, ps. 411/433; MAY, L., *Aggression and Crimes Against Peace*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008; REISINGER CORACINI, "Amended Most Serious Crimes": A New Category of Core Crimes within the Jurisdiction but out of the Reach of the International Criminal Court?' 21 *LJIL*, 2008, ps. 699/718; WEISBORD, N., 'Prosecuting Aggression', 49 *Harvard International Law Journal*, 2008, ps. 161/220; BLOKKER, N., 'The Crime of Aggression and the United Nations Security Council', 20 *LJIL*, 2007, ps. 867/894; CASSESE, A., 'On Some Problematic Aspects of the Crime of Aggression', 20 *LJIL*, 2007, ps. 841/849; MCDUGALL, C., 'When Law and Reality Clash - The Imperative of Compromise in the Context of the Accumulated Evil of the Whole: Conditions for the Exercise of the International Criminal Court's Jurisdiction over the Crime of Aggression', 7 *International Criminal Law Review*, 2007, ps. 277/333; SOLERA, O., 'Defining the Crime of Aggression', London: Cameron May, 2007; STEIN, T., 'Aggression als Verbrechen im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs - "A Bridge too Far"?' EN MÜLLER -DIETZ, H. et al. (eds), *Festschrift für Heike Jung* (Baden-Baden: Nomos, 2007 ps. 935/944; STEIN, M., 'The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Security Council's Power to Determine Aggression?' 16 *Indiana International and Comparative Law Review*, 2005, ps. 1/36; BOEVING, J.N., 'Aggression, International Law and the ICC: An Argument for the Withdrawal of Aggression from the Rome Statute', 43 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, ps. 557/611; PAULUS, A., 'Peace through Justice? The Future of the Crime of Aggression in a Time of Crisis', 50 *Wayne Law Review*, 2004, ps. 1/35; POLITI, M. and G. NESI (eds), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Aldershot: Ashgate, 2004; FIFE, R., 'Criminalizing Individual Acts of Aggression by States', in BERGMSO, M. (ed.), *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden. Essays in Honour of Asbjorn Eide*, Leiden: Nijhoff, 2003, ps. 53/73; NSEREKO, D.D., 'Defining the Crime of Aggression: An Important Agenda Item for the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court', *Acta Juridica*, 2003, ps. 265/286; SCHUSTER, M., 'The Rome Statute and the Crime of Aggression: A Gordian Knot in Search of a Sword', 14 *Criminal Law Forum*, 2003, ps. 1/57; GRIFFITHS, R.L., 'International Law, the Crime of Aggression, and the *Ius ad Bellum*', 2 *International Criminal Law Review*, 2002, ps. 301/374; MUELLER-SCHIEKE, I.K., 'Defining the Crime of Aggression under the Statute of the International Criminal Court', 14 *LJIL*, 2002, ps. 409/430; MERON, T., 'Defining Aggression for the International Criminal Court', 1 *Suffolk Transnational Law Review*, 2001, ps. 1/15; y, HUMMIRICH, M., *Der völkerrechtliche Tatbestand der Aggression*, Baden-Baden: Nomos, 2001.

³¹ ZIMMERMANN, A., 'Article 5', en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court* (2ª. ed., Munich-Oxford-Baden-Baden: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2008, at para. 1.

³² WESTDICKENBERG, G. y FIXSON, O., *supra* nota 17, ps. 500/503.

tar, en la medida de lo posible, apartarse de lo ya acordado en el Estatuto de la CPI. Esto trajo consigo el reto de formular una definición para ser aplicada conforme a la “Parte General” contenida en la III Parte del Estatuto, que no existía cuando se concibió el Derecho Penal Internacional contra la agresión. En segundo lugar, y de forma más importante, fue difícil determinar con precisión el estatus del Derecho Internacional consuetudinario, especialmente en lo relativo al componente estatal (*state component*) del delito. Mientras que esto explica porqué las referencias al Derecho Internacional consuetudinario fueron menos frecuentes durante el Proceso de Princeton que en Roma, nunca se cuestionó que los precedentes de Núremberg y Tokio proporcionaban una orientación crucial para la definición del delito.

c) La clasificación de las negociaciones en tres partes

El trabajo del SWGCA se dividió en tres partes: conducta individual, conducta del Estado y condiciones para el ejercicio de la competencia jurisdiccional³³.

i) Conducta individual

El acuerdo sobre este aspecto fue el más sencillo de alcanzar. Tras algunas discusiones, se decidió abandonar el enfoque “monista”³⁴ del Documento de debate de 2002, que empleaba el término “participar activamente” (*actively participates*) para describir la conducta necesaria para la comisión individual del delito. En lugar de eso, y conforme al principio rector de desviarse lo menos posible de la III Parte del Estatuto, se utilizó la fórmula de Núremberg referida a “*planning, preparation, initiation or execution*”³⁵ (planificar, preparar, iniciar o ejecutar). Esta enumeración de actuaciones debe ser leída de forma conjunta con las diversas formas de participación mencionadas en el art. 25 (3) del Estatuto, dado que, precisamente, la distinción entre las diversas formas de participación, contempla un enfoque “diferenciador”.

Muy pronto se alcanzó un sólido consenso a la hora de considerar que, en el crimen de agresión, lo absolutamente determinante era la posición de autoridad del autor. Tanto en el Documento de debate de 2002 como en la Propuestas de 2009 se hacía referencia a esta idea cuando se aludía a “una persona en condiciones de controlar o dirigir efectivamente una acción política o militar

³³ Ver el informe del SWGCA de 2006, SWGCA, § 5 et seq.; BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* nota 28, p. 109 y ss.

³⁴ Para una distinción entre el enfoque “monista” y el “diferenciador” sobre el componente individual del crimen, *vid.* el Documento de debate I propuesto por KRESS, CLAUS en BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* nota 28, p. 184 y ss.

³⁵ Nótese, sin embargo, que la fórmula de Núremberg (*supra* nota 6) incluía la palabra ‘*waging*’ (hacer) en lugar de ‘*executing*’ (ejecutar).

de un Estado”. Esta fórmula, que retorna a Nüremberg³⁶, distingue el crimen de agresión de los otros crímenes de Derecho Internacional. Una vez tomada la decisión a favor del enfoque “diferenciador”, era necesario expresar el carácter absoluto del requisito de la posición de dirección o mando del autor a través de un nuevo art. 25 (3) bis del Estatuto³⁷. Esta disposición deja en claro que el soldado ordinario que sirve en las filas del Estado agresor no será considerado partícipe (*aider or abettor*) conforme al art. 25 (3) (c) del Estatuto.

A diferencia de lo dispuesto en el punto I.3 del Documento de debate de 2002, conforme a las Propuestas de 2009, las normas de la Parte General (contenidos en la parte III del Estatuto) eran perfectamente aplicables al crimen de agresión. El grado en el que esas disposiciones tengan relevancia práctica en casos de agresión deberá ser determinado respecto de cada disposición en forma específica. Es ciertamente poco probable que los arts. 28 y 33 del Estatuto lleguen a adquirir relevancia práctica. Por otro lado, y a diferencia del Documento de debate de 2002, las Propuestas de 2009 no contienen elementos subjetivos en relación con el crimen de agresión, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el art. 30 del Estatuto. No obstante, los elementos del crimen de agresión —de los que nos ocuparemos más adelante—³⁸ contienen algunas indicaciones sobre la interrelación entre el propuesto art. 8° bis y el art. 30 del Estatuto.

ii) La conducta de agresión del Estado

Razones políticas pudieron haber hecho que el crimen de agresión hubiese abarcado ciertas conductas violentas de organizaciones privadas transnacionales³⁹, especialmente teniendo en cuenta que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede calificar la violencia grave transnacional no estatal como una amenaza a la paz internacional, dado que dicha violencia se califica con frecuencia como un ataque armado conforme al art. 51 de la Carta de

³⁶ Ha habido un cierto debate, sin embargo, en cuanto si este lenguaje es lo suficientemente amplio como para cubrir la totalidad del acervo consuetudinario. Ver “Escuchar Leer fonéticamente”, Diccionario HELLER, K., ‘Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression’, 18 *European Journal of International Law*, 2007, ps. 477/497, y KRESS, C., ‘The Crime of Aggression before the First Review of the ICCSt.’, 20 *LJIL*, 2007, ps. 851/865, p. 855.

³⁷ Ver *sub* 4. De las propuestas de 2009. Para una crítica a esta solución, *vid.* AMBOS, K., ‘The Crime of Aggression after Kampala’, 53 *German Yearbook of International Law*, 2010, (forthcoming). Sobre el posible “acierto” de esta solución, *vid.* KRESS, C., *supra* nota 30, p. 1134.

³⁸ Ver *infra* 3. D.

³⁹ Esta puntualización ha sido formulada, por ejemplo, por STHAN, C., ‘International Law at a Crossroads? The Impact of September 11’, 62 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2002, 183-255, p. 250; ver también, CASSESE, A., *International Criminal Law*, 2ª. ed., Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 157.

Naciones Unidas⁴⁰. Sin embargo, en el curso de las negociaciones sobre el crimen de agresión, los Estados decidieron permanecer dentro de los límites del Derecho Internacional consuetudinario, y el Documento de debate de 2002 restringió el componente colectivo del crimen a la conducta de un Estado. Así pues, el requisito de un acto internacional estatal ilícito constituye otra peculiaridad (junto con el requisito de la posición de dirección o mando) del crimen de agresión en comparación con los otros crímenes de Derecho Internacional.

Durante las negociaciones quedó igualmente claro que la conducta de agresión de un Estado debe consistir en un uso ilícito de la fuerza armada. Las normas primarias de Derecho Internacional que deben ser protegidas por la norma secundaria sobre el crimen de agresión son las prohibiciones del uso de la fuerza prevista en el art. 2º (4) de la Carta de Naciones Unidas⁴¹, y en el Derecho Internacional consuetudinario. Este extremo fue el único aspecto no controvertido de las negociaciones sobre la conducta del Estado. La definición de aquello en lo que consiste el uso ilícito de la fuerza armada fue, sin embargo, un extremo mucho más debatido. Al respecto se mantuvieron puntos de vista totalmente divergentes. En primer lugar, se debatió si se debía tener en cuenta la definición de “acto de agresión” del Anexo a la Res. 3314⁴², y, en segundo lugar, si el ámbito de aplicación del crimen de agresión debería limitarse a ciertas formas de uso ilícito de la fuerza armada por parte de un Estado. Por un lado, y de forma simplificada, cabe decir que un grupo de Estados (comprendidos por los países neutrales) estaba a favor de una definición amplia que remitiera a la lista de actos enumerados en el art. 3 del Anexo a la Res. 3314 sin agregar nuevos límites, mientras que otro grupo de Estados (al que pertenecen muchos países de la OTAN) insistían en la necesidad de agregar más conductas típicas⁴³. Sobre este punto debe destacarse que el SWGCA trató de alcanzar un compromiso en relación con tal definición que aunara los elementos de ambas posiciones. Así pues, el compromiso combina una referencia a la Res. 3314 con una cláusula de ampliación⁴⁴.

La referencia a la Res. 3314 en el art. 8º bis (2) constituye el mayor punto de consenso sobre las posiciones concurrentes. La primera frase de este segundo apartado, cuya redacción se toma del art. 1º del Anexo a la Res. 3314, opera como cláusula *chapeau*. La segunda frase de este segundo inciso del art. 8 bis

⁴⁰ Para algunas referencias sobre la controversia en torno a este aspecto en la actualidad, ver KRESS, C., ‘Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts’, 15 *Journal of Conflict & Security Law*, 2010, 245-274, p. 248 (notes 9/12).

⁴¹ En la medida en que el art. 2º (4) de la Carta de las Naciones Unidas también prohíbe la amenaza del uso de la fuerza armada, que excede el ámbito de la conducta que está sujeta a la penalización internacional.

⁴² *Supra* note 14.

⁴³ Véanse las diferentes opciones en el párr. 1º del Documento de debate de 2002.

⁴⁴ Ver art. 8º bis párr. 1º y 2º de las Propuestas de 2009.

ilustra el significado de la cláusula *chapeau* mediante un listado de los actos de agresión contenidos en el art. 3º del Anexo a la Res. 3314. Esta técnica legislativa no impide a la Corte determinar que un acto de un Estado cumple los requisitos del *chapeau* no obstante no estar incluido entre los mencionados en la lista⁴⁵. Por último, la inclusión de la frase “de conformidad con la Res. 3314 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974”, en el segundo párrafo del art. 8º bis alberga una “constructiva ambigüedad”, ya que deja abierta la pregunta de si y de qué manera otras disposiciones del Anexo de la Res. 3314 pueden ser relevantes para la CPI a la hora de interpretar el tipo penal sobre agresión. En relación con lo anterior, la Corte se guiará por su marco normativo incluyendo *inter alia*, las disposiciones relativas a los derechos humanos conforme a lo dispuesto en los arts. 21 (3) y 67 (1) (i) del Estatuto. El efecto *prima facie* que el art. 2º del Anexo a la Res. 3314 adjudica al primer uso de la fuerza armada queda limitado, por tanto, a la decisión en el marco del Consejo de Seguridad, y no guiará el trabajo judicial de la CPI.

Michael Glennon critica en un meditado escrito la definición de “acto de agresión” contenida en el art. 8º bis (2) de las Propuestas de 2009 por no incorporar, como requisito, la ilegalidad del acto. Glennon considera que las acciones militares llevadas a cabo en legítima defensa podrían ser calificadas como acto de agresión dentro del significado del art. 8º bis⁴⁶. Esta crítica pone de relieve, con razón, una dificultad, pero analizada ésta en profundidad, no es tal. El problema planteado deriva del hecho de que los arts. 1º y 3º del Anexo a la Res. 3314 parecen definir el “acto de agresión” sin tener en cuenta los casos en los que esté justificado recurrir al uso de la fuerza, como ocurre en supuestos de legítima defensa. A esos casos se hace referencia únicamente en el art. 6º del Anexo a esa resolución, que señala lo siguiente: “nada de lo dispuesto en la presente definición se interpretará en el sentido de que amplía o restringe en forma alguna el alcance de la Carta, incluidas sus disposiciones relativas a los casos en que es lícito el uso de la fuerza”. Esta redacción permite situar los “actos de agresión” dentro de los arts. 1º y 3º, incluso cuando exista una justificación legal para el uso de la fuerza. Como correctamente señala Glennon, la extraña posibilidad de elaborar un “acto de agresión lícito” ha sido incorporada en el art. 8º bis de las Propuestas de 2009. El reconocimiento de un concepto tan extraño puede evitarse mediante una interpretación conjunta de los arts. 1, 3 y 6, como de hecho lo exige el art. 8º de dicho Anexo. La ausencia de una causa de justificación sobre el uso de la fuerza armada constituye un elemento

⁴⁵ CLARK, R.S., “Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the First Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010”, 2 *Goettingen Journal of International Law* (2010) 689-711, at 696; la lista contenida en el art. 8º bis (2) a) a g) debe ser llamada, por esto, “semi-cerrada”. Desde nuestro punto de vista, esto no contradice el principio de seguridad jurídica del derecho internacional (sobre este principio, ver KRESS, C., *supra* note 8, paras 29-31) porque el requisito del *chapeau* garantiza un suficiente grado de seguridad jurídica. Para un punto de vista diferente, *vid.* AMBOS, K, *supra* note 37.

⁴⁶ GLENNON, *supra* note 30, 88-90.

negativo implícito en el concepto de acto de agresión definido en el Anexo de la Res. 3314. La expresión “de conformidad con la Res. 3314 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1974” también se incluyó en el borrador de art. 8° bis. Además, debe destacarse que el borrador del art. 9° bis de las Propuestas de 2009 no prevé ninguna consecuencia legal al “acto de agresión” *per se*. El “acto de agresión” en el borrador del Art. 8 bis (2) no puede separarse, sino que tiene que ser leído junto con el elemento referido a la “violación manifiesta” del art. 8° bis (1)⁴⁷.

Por varias razones habría resultado sumamente problemático definir el elemento “conducta de un Estado” a través de una mera referencia a la Res. 3314. La definición del “acto de agresión” contenida en los arts. 1° y 3° del Anexo a esa Resolución no se incorporó con la finalidad de que después fuese usada para definir la “conducta de un Estado” del tipo penal de agresión. Por ello, en el art. 5.2 del Anexo a la Resolución sólo se hace referencia a la “guerra de agresión” como un crimen contra la paz internacional⁴⁸. Por esta y otras razones⁴⁹ es difícil considerar que los arts. 1° y 3° del Anexo plasmen el elemento referido “conducta de un Estado” conforme al Derecho Internacional consuetudinario.

Por otro lado, una mera referencia a la Res. 3314 no habría servido adecuadamente para solucionar el reto fundamental de definir el crimen de agresión. Resulta un hecho innegable que las normas primarias de Derecho Internacional (prohibición del uso de la fuerza según la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional consuetudinario) están rodeadas por una “zona gris” de controversia jurídica⁵⁰. Esto constituye una imperfección del actual Derecho de la paz y seguridad interestatal, mas no por ello ha de ser remediado por la “puerta de atrás” del Derecho Penal Internacional. Así pues, acudir a la Res. 3314 crearía [parafraseando al embajador Rolf Fife, coordinador noruego de la preparación de la Conferencia de Kampala] el peligro de no asentar la definición de crimen de agresión sobre bases sólidas, arriesgando que la CPI se convierta en un foro “de continuación política”⁵¹.

A pesar de lo anterior, la abrumadora mayoría de Estados estuvieron a favor de hacer una referencia a la Res. 3314 en lugar de aplicar el clásico concep-

⁴⁷ Es probable que las preocupaciones expresadas por SCHFFER, D., ‘The Complex Crime of Aggression under the Rome Statute’, 23 *LJIL*, 2010, ps. 897/ 904, ps. 898/90, sobre la distinción entre crimen y acto de agresión estén basadas en tan problemático divorcio.

⁴⁸ Para más detalles sobre el análisis, ver BRUHA, T., *Die Definition der Aggression*, Berlin: Duncker & Humblot, 1980, p. 126 y ss.

⁴⁹ Ver en general, WILMSHURST, *supra* note 13, p. 320 y ss.

⁵⁰ Para una sucinta exposición magistral sobre la “zona gris” ver WILMSHURST, *supra* nota 13, ps. 322/325.

⁵¹ FIFE, *supra* nota 30, p. 73.

to de “guerra de agresión”⁵². No obstante, quedó claro que dicha referencia a la Res. 3314 necesitaba ser calificada en aras de lograr el consenso. Al respecto, los negociadores tuvieron que elegir entre una rigurosa intencionalidad colectiva y un requisito de umbral mínimo⁵³ con el fin de satisfacer a los Estados que sostenían que el uso de la fuerza por parte de un Estado debía ser lo suficientemente serio y su ilegalidad no controvertida. Finalmente, se logró un acuerdo provisional partiendo de la segunda alternativa. El art. 8° bis (2) *in fine* de las Propuestas de 2009 exige, por eso, que el acto de agresión “por sus características, gravedad y escala, constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas⁵⁴”. Mientras que los criterios de gravedad y escala se refieren al requisito de “gravedad suficiente”, el criterio de “por sus características” se refiere al problema de la “zona gris” ya mencionado⁵⁵.

La formulación del elemento “conducta de un Estado” del art. 8° bis en las Propuestas de 2009 probablemente no satisfizo a nadie, pese a ello quedó claro que era la mejor opción final y por esa razón fue la propuesta enviada a Kampala.

iii) Las condiciones para el ejercicio de la competencia

Desde una perspectiva política, el posible papel del Consejo de Seguridad fue, sin duda, la cuestión más delicada a tratar durante las negociaciones. El art. 23 (2) del borrador presentado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1994 sobre un Estatuto de la CPI proponía hacer depender el procedimiento por un crimen de agresión de una resolución previa del Consejo de Seguridad en relación con dicho acto de agresión⁵⁶. Esta propuesta, sin embar-

⁵² Nótese que este concepto está todavía referenciado en las opciones 1 y 2 del borrador de art. 8° bis del Documento de debate de 2002.

⁵³ Para algunas reflexiones al respecto, Ver KRESS, C. “*The German Chief Federal Prosecutor’s Decision not to investigate the alleged crime of preparing aggression against Iraq*”, 2 *jiic*, 2004, ps. 245/264, ps. 256/259.

⁵⁴ El Documento de debate de 2002 emplea el término “flagrante” en lugar de “manifiesta”. No parece ser una explicación “oficial” para la elección del término “manifiesta”. El párr. 20 del informe de la reunión de Princeton de 2006 sólo indica que hubo una “preferencia general... por el término ‘manifiesta’ en lugar de ‘flagrante’”. Ver BARRIGA, DANSPECKGRUBER AND WENAWESER, *supra* nota 28, p. 144.

⁵⁵ El “Documento de debate 3”, que fue presentado ante el SWGCA en 2005, se refirió a esta segunda función del requisito del umbral mínimo en términos un tanto cautelosos. La doble función del umbral fue, sin embargo, la clara interpretación de la mayoría de aquellos Estados que insistían en la inclusión del umbral mínimo. Esto se desprende del siguiente pasaje del informe de la reunión del SGWCA en junio de 2008: “Las delegaciones partidarias de la cláusula de umbral mínimo señalan que se limitaría de manera apropiada la competencia de la Corte a los más graves actos de agresión bajo el derecho internacional consuetudinario, excluyendo, por tanto, casos de insuficiente gravedad y que caen dentro de una zona gris”. BARRIGA, DANSPECKGRUBER AND WENAWESER, *supra* note 28, at 87 (paragraph 68).

⁵⁶ El texto está reproducido en BASSIOUNI, M. C. (ed.), *The Legislative History of the International Criminal Court: An Article-by-Article Evolution of the Statute*, Ardsley: Transnational Publishers, 2005, p. 130.

go, generó críticas dentro de la CDI al introducir en el Estatuto una desigualdad sustancial entre aquellos Estados miembros del Consejo de Seguridad y aquellos otros no miembros, especialmente entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y el resto de Estados⁵⁷. Esta crítica fue compartida por la gran mayoría de Estados que participaron en las negociaciones, y fue acertada en tanto que pronosticaba que una resolución de esas características “no fomentaría una amplia adhesión de los Estados al Estatuto”⁵⁸. La cuestión acerca de la justificación del monopolio del Consejo de Seguridad sobre la determinación de un acto de agresión, como sugería el borrador de Estatuto de la CDI de 1994, ha recibido mucha atención en los últimos diez años, por lo que no reproduciremos aquí este debate. Basta decir que en línea con el extenso debate doctrinal internacional sobre esta materia, un buen argumento es que ni el art. 39 de la Carta de Naciones Unidas, ni el art. 5º (2) del Estatuto requieren conceder al Consejo de Seguridad el monopolio⁵⁹.

Los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, por su parte, adoptaron la propuesta de la Comisión de Derecho Internacional y la defendieron enérgicamente hasta los últimos minutos de las negociaciones. Acordar una solución que salvara la amplia brecha entre, por un lado, el monopolio de los cinco Estados permanentes del Consejo, y por otro, la negativa a cualquier papel del Consejo más allá de lo reconocido en el art. 16 del Estatuto, constituía un gran reto. La formulación alternativa del borrador de art. 15 bis (4) en las Propuestas de 2009, con sus varias opciones, demostró que el SWGCA, como era de esperar, no podía resolver la llamada *question of questions*. Por eso, el polémico tema del papel del Consejo de Seguridad se pospuso hasta el final del juego en Kampala.

Una comparación entre las opciones contenidas en el Documento de debate de 2002 y en las Propuestas de 2009 revela cuán lejos había llegado el SWGCA en este arduo terreno. El logro más importante del SWGCA en este punto fue establecer un consenso sobre que cualquier papel del Consejo de Seguridad con respecto al procedimiento de agresión sería de naturaleza procedimental⁶⁰. Los miembros del SWGCA acordaron que para el propósito específico de establecer una responsabilidad penal individual, correspondería exclusivamente a la CPI determinar si el elemento de la conducta del Estado había sido cumplido o no. Así, “la determinación de que hubo un acto de agre-

⁵⁷ Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, 2 May to 22 July 1994, UN Doc. A/49/10, 43, at 87 et seq.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Para una exposición detallada de la posición jurídica correcta ver Schaeffer, *supra* note 30, p. 412 y ss.; McDougall, *supra* note 30, at 279 et seq.; y, Stein, *supra* note 30, at 5 et seq. El intento más reciente de Glennon, *supra* note 30, ps. 105/109, para el caso de un monopolio del Consejo de Seguridad, no ha aportado nuevos argumentos. Se basa en consideraciones de naturaleza política, por lo que tampoco nos convence.

⁶⁰ CLARK, *supra* note 45, 700.

sión realizada por un órgano ajeno a la Corte sería sin perjuicio de las propias conclusiones de la Corte según este Estatuto”⁶¹, lo que hace que las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la (no) existencia de un acto de agresión, en particular, esos previstos en los arts. 2º y 4º del Anexo a la Res. 3314, no sean vinculantes para la CPI. El segundo logro importante fue asegurar el consenso sobre el hecho de que los tres mecanismos de “activación” enumerados en el art. 13 del Estatuto de la CPI se aplicarían también al crimen de agresión. El art. 15 bis (1) de las Propuestas de 2009 plasmó este acuerdo.

Cuanto más duraban las negociaciones dentro del SWGCA, más claro resultaba que la controversia sobre el posible papel del Consejo de Seguridad estaba muy unida a otra cuestión: la relativa a las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción competencia. Es decir, si la Corte debía tener poder para ejercer su competencia sobre el crimen de agresión, incluso en casos en los que el presunto Estado agresor no hubiera consentido respecto a las nuevas disposiciones sobre el crimen de agresión. No era ilógico suponer que sería más fácil para los miembros permanentes del Consejo de Seguridad tolerar el comienzo del procedimiento ante la CPI, incluso sin el consentimiento del Consejo si se acordaba que los procedimientos no podían ser iniciados a menos que el presunto estado agresor hubiera consentido respecto de las nuevas disposiciones sobre el crimen de agresión. Esto presagiaba la posibilidad de un eventual compromiso final construido sobre la base de una competencia sobre el crimen de agresión resultante de una combinación entre un sistema basado en el Consejo de Seguridad y uno basado en el consentimiento del Estado.

El camino hacia tal compromiso, sin embargo, no fue tan obvio por razones políticas y jurídicas. Desde la perspectiva política, un gran número de delegaciones (no sólo el grupo de los Estados No Alineados) era partidario de la aplicación del art. 12 del Estatuto de la CPI sin ninguna modificación⁶². Aquellos más favorables a condicionar la competencia de la Corte (en ausencia de un consentimiento del Consejo de Seguridad a iniciar el procedimiento) al consentimiento de los Estados al crimen de agresión confiaban en el argumento de que la segunda frase del art. 121 (5) del Estatuto requería una solución jurídica. Este argumento, sin embargo, fue muy polémico con respecto a la interpretación de dicha frase, y con respecto a la aplicabilidad del art. 121 (5) a las nuevas disposiciones. Esta controversia procede de la “ambigüedad básica”⁶³ de los arts. 5 (2) y 121 del Estatuto con respecto al papel del consentimiento

⁶¹ Ver el borrador de Art. 15 bis (5) de las Propuestas de 2009. Esta importante disposición ha hecho su camino en el compromiso de Kampala en la forma del borrador de art. 15 bis (9) y del borrador de art. 15 ter (4) del Estatuto de la CPI. Ver infra 4.F.

⁶² Sobre la historia del régimen jurisdiccional en el Estatuto, ver KAUL, y C. KREB, ‘Jurisdiction and Cooperation in the Rome Statute on the International Criminal Court: Principles and Compromises’, 2 *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, 143-175.

⁶³ La expresión está tomada del resumen de un reciente artículo de uno de los principales expertos en la materia. Ver CLARK, R.S., ‘Ambiguities in Articles 5(2), 121 and 123 of the Rome Statute’, 41 *Case Western Reserve Journal of International Law* (2009) 413- 427, at 413.

del Estado en casos de procedimiento de agresión y de la entrada en vigor de las nuevas disposiciones sobre el crimen de agresión. Con el fin de comprender completamente la etapa final de las negociaciones y de apreciar completamente el complejo compromiso de Kampala, hay que tener en cuenta que fueron avanzadas, dentro del SWGCA, cuatro interpretaciones diferentes del art. 5º (2) del Estatuto en relación con el art. 121⁶⁴.

El “modelo de aprobación” consiste en aplicar simplemente el art. 121 (3) del Estatuto, que dice lo siguiente:

“La aprobación de una enmienda en una reunión de la Asamblea de los Estados parte o en una Conferencia de Revisión en la que no sea posible llegar al consenso requerirá una mayoría de dos tercios de los Estados parte”.

Según el “modelo de aprobación”, la Corte puede ejercer su competencia sobre el crimen de agresión de acuerdo con el art. 12 del Estatuto una vez que las nuevas disposiciones hayan sido aprobadas en una reunión de la Asamblea de Estados partes o en una conferencia de revisión. Esta interpretación se basa en la literalidad del art. 5º (2) Estatuto, que igual que el art. 121 (3) usa la palabra “aprobación”. El problema con esta interpretación es que, cuanto menos, cuestionable dado que el Estatuto no distinguió entre “aprobación” y “entrada en vigor” en el caso de agresión, mientras que sí lo hace en el caso de las “enmiendas a disposiciones de carácter institucional” según lo previsto en el art. 122 del Estatuto. Además, del “modelo de aprobación” se deriva la siguiente consecuencia: la ratificación de las disposiciones sobre el crimen de agresión por los Estados sería jurídicamente irrelevante, lo que no deja de ser llamativo dada la importancia política de la cuestión. En otro extremo se sitúa el “modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa”. El art. 121 (5) del Estatuto CPI dice lo siguiente:

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

El “modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa” descarta que la CPI ejerza su competencia sobre el crimen de agresión cuando el Estado parte de la nacionalidad del presunto infractor o el Estado parte en cuyo territorio el delito ha sido presuntamente cometido, no haya aceptado las disposiciones so-

⁶⁴ La mayoría de ellas está reflejada en el informe de la reunión de Princeton de 2005. BARRIGA, S., DANSPECKGRUBER, W., WENAWESER, *supra* note 28, at 167-169 (paragraphs 5-17). Sobre la imagen final, *vid. ibid.*, at 50-51 (paragraphs 6-11), and at 56-57 (paragraphs 31-37). Es importante destacar que la controversia acerca de los cuatro modelos descritos en el siguiente texto no incluye el caso especial de una remisión del Consejo de Seguridad. Aquí todos los miembros del Special Working acordaron que la CPI debería ejercer su competencia independientemente del consentimiento de cualquier estado. Ver *ibid.*, at 55-56 (paragraphs 28-29).

bre el crimen de agresión⁶⁵. El problema con esta interpretación es que el art. 5° (2) del Estatuto no habla de “entrada en vigor”. A primera vista, es difícil leer la referencia en la última disposición que se dirige al art. 121 (5). Sin embargo, si las disposiciones sobre el crimen de agresión fueran consideradas como enmiendas que tienen que entrar en vigor en alguna forma no determinada por el art. 121 (3), no queda claro si tal enmienda es una de las de “los arts. 5°, 6°, 7° y de este Estatuto”, como exige el art. 121 (5). Se puede argumentar que la enmienda en cuestión no afecta a esos artículos o que la enmienda va más allá de esos artículos en la medida en que trata con las condiciones para el ejercicio de la competencia. Finalmente, este modelo ignora el hecho de que el crimen de agresión y aquellos otros recientemente añadidos a la lista, ya forman parte de la competencia de la corte en virtud del art. 5° (1) (d) del Estatuto de la CPI.

De acuerdo con el “modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva”, la segunda frase del art. 121 (5) sólo tiene el efecto limitado de colocar a los Estados partes no-aceptantes precisamente en las mismas condiciones para el propósito de la aplicación del art. 12 (2) del Estatuto⁶⁶. Esto significaría que la Corte no sería categóricamente excluida del ejercicio de la competencia sobre los presuntos autores del crimen de agresión cuando el estado de su nacionalidad no hubiera aceptado las disposiciones del crimen de agresión. En lugar de ello, la Corte tendría poder para ejercer su competencia de acuerdo con el art. 12 (2) a del Estatuto si el estado víctima hubiera aceptado la disposición en cuestión⁶⁷.

Una lectura menos rigurosa de la segunda frase del art. 121 (5) del Estatuto, como sugiere el “modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva”, elude el problema de una injusta discriminación entre Estados no aceptantes y no Partes. El “modelo del art. 121 (5), con una interpretación negativa”, inevitablemente se enfrenta al problema de la discriminación. Como se acaba de ver, según este modelo, la segunda frase del art. 121 (5) constituye una desviación del art. 12 (2) del Estatuto. Esta desviación, sin embargo, parece que sólo se aplica a Estados partes porque la segunda frase del art. 121 (5) sólo se refiere

⁶⁵ Como se indicó supra nota 64, aquéllos partidarios de este modelo no deseaban aplicar la segunda frase del art. 125 (2) del Estatuto CPI en el caso de una remisión al Consejo de Seguridad. Mientras que esta frase no distingue explícitamente entre los tres mecanismos de activación, se puede argumentar que esta frase ha sido formulada con vista al art. 12 (2) del Estatuto, que es inaplicable en el caso de una remisión al Consejo de Seguridad según el art. 13 (b) del Estatuto.

⁶⁶ Para una exposición sobre este modelo, cuya relevancia excede, por supuesto, del crimen de agresión, ver REISINGER CORACINI, A., “Amended Most Serious Crimes”: A New Category of Core Crimes within the Jurisdiction but out of the Reach of the International Criminal Court?, 21 *LJIL*, 2008, ps. 699/718, y 707/714.

⁶⁷ Esto se basa en la opinión de que el territorio del estado víctima forma parte del territorio en el cual el crimen de agresión ha sido cometido dentro del significado del art. 12 (2) a del Estatuto CPI. Esta opinión fue compartida de manera general por los miembros del SWGCA. Ver BARRIGA, DANSPECKGRUBER AND WENAWESER, *supra* nota 28, at 57 (paras. 38 y 39).

a ellos⁶⁸. Mientras que ello constituye una ventaja del “modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva”, que no se encuentra con este problema de discriminación, difícilmente se puede negar que “la interpretación positiva” de la segunda frase derive de su literalidad⁶⁹. Además de este problema general de la lectura “positiva” de la segunda frase del art. 121 (5), el “modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva”, como modelo diseñado para aplicar en el caso especial del crimen de agresión, presenta la misma dificultad que el “modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa”, a saber, que ni la literalidad del art. 5º(2) del Estatuto CPI, ni el art. 121 (5) sugiere claramente la aplicación de esta disposición en el caso especial de crimen de agresión.

El “modelo del art. 121 (4)” considera las disposiciones sobre el crimen de agresión como una enmienda al Estatuto de la CPI, pero por —al menos— una de las razones ya expuestas, no como una “enmienda a los arts. 5º, 6º, 7º y 8º del presente estatuto” dentro del significado del art. 121 (5). Esto conduce a la aplicación del art. 121 (4), que dice lo siguiente:

“Salvo lo dispuesto en el párr. 5º, toda enmienda entrará en vigor respecto de los Estados partes 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”.

Después de lo dicho hasta aquí, queda claro que el “modelo del art. 121 (4)” también se enfrenta al problema de que el art. 5º (2) del Estatuto no prevé una enmienda. Además, el efecto jurídico de la aplicación del art. 121 (4) al crimen de agresión sería bastante extraño si se compara con la introducción de nuevos delitos previstos en el art. 121 (5). Mientras que la Corte podría ejercer su jurisdicción sobre estos nuevos delitos un año después del depósito de la primera ratificación de acuerdo con la primera frase del art. 121 (5), la ratificación de siete octavos de los Estados partes se necesitaría para establecer la competencia de la corte sobre el crimen de agresión incluso aunque ese delito ya forme parte de aquéllos que son competencia de la Corte según el art. 5º del Estatuto CPI.

Desafortunadamente, el problema de interpretación mencionado no puede resolverse por referencia a los trabajos preparatorios. Como Roger Clark (quien estuvo directamente implicado en las negociaciones de la Parte 13 del Estatuto) ha señalado, no hay una clara intención de los redactores sobre cómo leer de manera conjunta los arts. 5º (2) y 12 del Estatuto⁷⁰ (formulados por dos grupos de trabajo diferentes en Roma). Por esto, la propuesta más razonable

⁶⁸ Debe ser destacado que muchos Estados partidarios del “modelo del art. 121 (5) con una interpretación negativa” se sintieron incómodos con la discriminación entre Estados parte no aceptantes y Estados no parte, y se mostraron de acuerdo para llegar a un entendimiento común sobre la eliminación de tal discriminación. *Vid.* también *infra* nota 119.

⁶⁹ Para una elocuente justificación a favor del “Modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva”, ver REISINGER CORACINI, A., *supra* note 66.

⁷⁰ CLARK, *SUPRA* note 63, at 421-425.

(formular un “mecanismo especial de entrada en vigor”) se hizo tanto dentro del SWGCA como fuera, mucho antes de Kampala⁷¹.

iv) El acuerdo sobre el proyecto de los elementos de los crímenes

La Resolución F del Acta Final de la Conferencia de Roma también instó a los Estados partes a adoptar los elementos de los crímenes dentro del significado del art. 9º del Estatuto⁷². Por ello, el Grupo de Trabajo sobre la Comisión Preparatoria en materia de agresión formuló algunas indicaciones sobre el aspecto que podían tener estos elementos, y un borrador fue incluido en el Documento de debate de 2002⁷³. Cualquier trabajo posterior sobre los elementos fue entonces pospuesto hasta que se alcanzara un acuerdo internacional sobre el art. 8º bis. Cuando este acuerdo se alcanzó en 2009, las delegaciones de Australia y Samoa⁷⁴ tomaron la iniciativa para preparar el primer borrador⁷⁵. En abril de 2009, dicho borrador fue objeto de una intensa discusión durante una reunión informal en Montreux. El texto y las explicaciones que resultaron de esta reunión⁷⁶ se sometieron a todas las delegaciones en junio de 2009 en una reunión en el *Princeton Club* de Nueva York, en la cual se alcanzó un acuerdo provisional sobre los siguientes elementos que debían ser acordados en Kampala:

Introducción

1. Se entenderá que cualquiera de los actos a los que se hace referencia en el párr. 2º del art. 8º bis se caracterizará como un acto de agresión.
2. No existe la obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la incompatibilidad entre el uso de la fuerza armada por el Estado y la Carta de las Naciones Unidas.
3. La expresión “manifiesta” es una calificación objetiva.
4. No existe la obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la naturaleza “manifiesta” de la violación.

Elementos

1. Que el autor haya planificado, preparado, iniciado o realizado un acto de agresión.

⁷¹ Ver BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* note 28, at 51 (paragraph 11); REISINGER CORACINI, A., *supra* note 66, at 716.

⁷² *Supra* note 20.

⁷³ *Supra* note 22 (*sub II.*); el borrador no ha sido reproducido como parte de la cita que acompaña a esta nota.

⁷⁴ Sobre el trabajo preparatorio de los elementos, ver la contribución académica del delegado de Samoa, ROGER S. CLARK, *supra* nota 21.

⁷⁵ A esta iniciativa se alude en el informe de la reunión del SWGCA de 2009. *Vid.* Ver BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* note 28, at 58 (paragraph 42).

⁷⁶ Ver BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* note 28, at 36-42.

2. Que el autor sea una persona que estaba en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado que cometió el acto de agresión.

3. Que el acto de agresión —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— se haya cometido.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que establecían la incompatibilidad del uso de la fuerza armada por el Estado con la Carta de las Naciones Unidas.

5. Que el acto de agresión, por sus características, gravedad y escala, haya constituido una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

6. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que constituían esa violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”.⁷⁷

El proyecto de elementos para el crimen de agresión versa exclusivamente sobre la definición del crimen. En general, sigue la estructura de los elementos existentes en los otros crímenes bajo competencia de la CPI y deben ser leídos a la luz de la “introducción general” a aquellos elementos⁷⁸. Mientras que el proyecto de elementos no define explícitamente algunos conceptos clave de la definición, sí proporciona dos importantes aclaraciones.

El tercer elemento deja claro que la conducta del Estado debe ocurrir de hecho. Consecuentemente, la conducta individual en las primeras etapas (planear o preparar un acto de agresión) da lugar a una responsabilidad penal individual sólo si una conducta del Estado manifiestamente ilegal realmente se produce. Una vez más, demostraron así los Estados su voluntad de permanecer dentro de los límites existentes en el Derecho Penal Internacional consuetudinario. La pregunta sigue siendo si la participación en casos de actos incompletos de Estados está cubierta en virtud de la disposición sobre tentativa del art. 25 (39) del Estatuto⁷⁹, lo que sería una consecuencia de gran alcance de la aplicación del concepto de tentativa, y uno de los autores de este artículo ha expresado serias dudas con respecto a la idea de un “acto colectivo intentado”⁸⁰.

Los elementos cuarto y sexto del proyecto, que deben ser leídos conjuntamente con los párrafos 2 y 4 de la introducción, proporcionan una importante aclaración sobre cómo el art. 32 (2) del Estatuto debe ser aplicado al crimen de agresión. Está estipulado que un error sobre la ilegalidad manifiesta del uso de la fuerza armada por un Estado no es causa para excluir la responsabilidad penal. A primera vista, esta exclusión de la posibilidad de alegar un *error iuris*

⁷⁷ ICC-ASP/8/Res. 6.

⁷⁸ BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* nota 28, p. 38 (paragraphs 1-3).

⁷⁹ Nótese que, a diferencia del Documento de debate de 2002, las Propuestas de 2009 no excluyen la aplicación de esta disposición al crimen de agresión.

⁸⁰ “Documento de debate 1”, como es reproducido en BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* nota 28, p. 192.

puede parecer problemática. Sin embargo, el requisito objetivo de ilegalidad manifiesta tiene ya el efecto de excluir del elemento “conducta del Estado” cualquier uso de la fuerza armada que caiga dentro de la “zona gris” de la prohibición del uso de fuerza. Por esto, el requisito objetivo de ilegalidad manifiesta sirve (en parte) como una “equivalencia funcional” de un *error iuris* en casos de controversia⁸¹. Por esto, la defensa adicional de un *error iuris* es innecesaria, además de indeseable.

III. EL FINAL DEL JUEGO EN KAMPALA

El significativo progreso dado dentro del SWGCA, que se reflejó en la Propuestas de 2009⁸², abrió una oportunidad a la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI. Sin embargo, cuando las delegaciones llegaron a Kampala el 31 de mayo de 2010, no estaba claro si esta oportunidad conduciría a resultados concretos, y probablemente sea justo decir que prevaleció el escepticismo, al menos fuera de Kampala. Los tres prerequisites básicos para el éxito final fueron que los Estados partes no cuestionarían el acuerdo provisional sobre la definición de crimen de agresión plasmada en el proyecto de art. 8º bis de las Propuestas de 2009 y en el proyecto de elementos; que encontrarían una solución para el ejercicio de la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión (incluida la llamada *question of questions*; y que el paquete global no causaría un gran enfrentamiento entre Estados partes y Estados no partes. Mientras que jurídicamente era posible adoptar la decisión final por una mayoría de dos tercios de los Estados parte (art. 121 (3) del Estatuto CPI), la voluntad política de votar en todos era incierta. Incluso no estaba claro si un número suficiente de delegaciones estaría presente para asegurar la mayoría necesaria. En ésta nada fácil situación, la mejor estrategia de negociación fue focalizar el debate, en la mayor medida de lo posible, en las condiciones para el ejercicio de la competencia, y buscar primero un argumento sobre el papel del consentimiento del Estado. Sólo alcanzando este acuerdo podría esperarse que Francia y Reino Unido se alejaran de su categórica insistencia referente a

⁸¹ Para una exposición más detallada de la equivalencia funcional del requisito de la “ilegalidad manifiesta” y sobre la defensa de un error de derecho subjetivo en el caso del crimen de agresión, ver KRESS, C., *supra* nota 53, ps. 260/261.

⁸² La *Conference Room Paper on the Crime of Aggression*, de 25 de mayo de 2010 (RC/WGCA/1), sobre la cual se emprendieron las negociaciones para la Conferencia de Revisión, documentó magistralmente este progreso de una manera resumida. El documento compendió las Propuestas de 2009 y el proyecto de Elementos y propuso una oportuna estructura para el resultado final, incluyendo el proyecto de resolución, el proyecto de enmiendas a los Elementos de los Crímenes y el proyecto de entendimientos sobre la interpretación de las enmiendas. El documento final RC/Res.6, Annex II. Amendments to the Elements of Crimes, adoptado por consenso en la 13ª reunión plenaria de 11 de junio de 2010, versión avanzada de 28 de junio de 2010, 18:00, 1-6, at 5; http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf (última consulta realizada el 22 de febrero de 2011) sigue esta estructura.

un monopolio del Consejo de Seguridad sobre el crimen de agresión. Afortunadamente, la estrategia prevaleció en última estancia, en gran parte, gracias al liderazgo de los presidentes del Grupo de Trabajo y de la Conferencia de Revisión⁸³.

a) El preludeo: La eliminación de las opciones poco esperanzadoras

El trabajo sobre el crimen de agresión se inició entre bastidores en la forma de una serie de consultas bilaterales de las delegaciones interesadas con el presidente del Grupo del Grupo de Trabajo sobre Agresión (en adelante, por sus siglas en inglés, WGCA). El primer debate formal tuvo lugar el viernes 4 de junio de 2010 y, en general, las intervenciones demostraron el deseo de aprovechar tan histórica oportunidad. Ante la necesidad, ampliamente reconocida, de avanzar con rapidez y decisión en Kampala, el presidente de la *First Revised Conference Room Paper*⁸⁴ propuso eliminar las dos opciones de compromiso en el caso de inactividad del Consejo de Seguridad; a saber, involucrar a la Asamblea General de Naciones Unidas o dar un papel procedimental a la Corte de Justicia Internacional en tal caso⁸⁵. Dado que aquellas opciones habían agotado su potencial, la sugerencia de dejar pasarlas no encontró oposición alguna.

b) Acto primero: el movimiento de apertura de la Argentina, Brasil y Suiza

El domingo 6 de junio de 2010, la parte final de las negociaciones se abrió por la propuesta de un *non-paper* (documento oficioso) de la Argentina, Brasil y Suiza, que será recordada como la “Propuesta ABS”⁸⁶. Esta propuesta constituyó un intento para salvar las diferencias en torno al problema del consentimiento del Estado⁸⁷, proyectando una distinción entre la activación por el Consejo de Seguridad y las otras dos formas de iniciar los procedimientos recogidas en el art. 13 del Estatuto CPI. La entrada en vigor de la activación por el Consejo de Seguridad se regiría por la primera frase del art. 121 (5) del Estatuto y, de acuerdo con el art. 13 (b) del Estatuto, no habría más condiciones para el ejercicio de la competencia. En cambio, la entrada en vigor de las otras

⁸³ El Príncipe Zeid Ra’ad Zeid Al-Husseini, Embajador de Jordania en los Estados Unidos y Primer Presidente de la Asamblea de Estados partes, dirigió las negociaciones en el Grupo de Trabajo sobre el Crimen de Agresión. Como Presidente de la Asamblea de Estados partes, Christian Wenaweser presidió la Conferencia de Revisión.

⁸⁴ RC/WGCA/1/REV.1, 6.6.2010.

⁸⁵ Sobre el enunciado de estas opciones, *vid.* Art. 15 bis párr. 4º, Alternativa 2, opciones 3 y 4 de las Propuestas de 2009.

⁸⁶ Documento oficioso presentado por la Argentina, Brasil y Suiza el 6 de junio de 2010. Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. Documentos Oficiales, Apéndice V, p. 75 (http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-SPA.pdf).

⁸⁷ *Supra* 3.C.3.

dos activaciones seguiría el art. 121 (4). A este respecto, las condiciones para el ejercicio de la competencia habrían sido aquellas que de manera general se prevén en el art. 12 (2) del Estatuto. El lunes 7 de junio de 2010, la “Propuesta ABS” recibió muchos elogios por su ingeniosidad e influyó significativamente en el curso posterior de las negociaciones. La distinción propuesta entre la activación por el Consejo de Seguridad y las otras dos fue asumida en la presidencia de la *Revised Conference Room Paper* el 7 de junio de 2010⁸⁸. Aún así, debido a su fuerte dependencia del “modelo del art. 121 (4)”, la propuesta no tenía asegurado el apoyo de los partidarios del “modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa”, y menos probable aún era el apoyo de Francia y Reino Unido. Por eso se debieron dar más pasos.

c) Acto segundo: la propuesta de Canadá

El martes 8 de junio de 2010 Canadá respondió a la “Propuesta ABS” y presentó lo que se llamó un *menu approach*⁸⁹. La propuesta canadiense trasladaba al “modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa” a un mecanismo *opt-in* para los casos en que el Consejo de Seguridad no hubiera tomado una determinación sobre la existencia de un acto de agresión. La Corte podría entonces comenzar una investigación siempre que la Sala de cuestiones preliminares hubiera dado su autorización y “todos los Estados interesados” hubieran declarado su decisión de tomar parte. En ausencia de una determinación del Consejo de Seguridad, esta propuesta habría ascendido a un estricto régimen jurisdiccional basado en el consentimiento recíproco de Estados. Como era de esperar, la propuesta canadiense provocó cierto descontento entre los partidarios de la “Propuesta ABS” y obligó a que los dos “bandos” entraran en negociaciones directas.

d) Acto tercero: Salvando la brecha

En la tarde del miércoles 9 de junio de 2010, aquellos negociadores desembocaron en una declaración conjunta que recibió el nombre de *Non-paper ABCS*, aunque algunas otras delegaciones interesadas también tomaron parte en su realización⁹⁰. El *Non-paper ABCS* partió del ahora firmemente acuerdo de que en el caso de una remisión del Consejo de Seguridad, la Corte ejercería competencia sin más requisitos adicionales. El *Non-paper ABCS* se centró

⁸⁸ Vid. el proyecto de arts. 15 bis y 15 ter en RC/WGCA/1/Rev.2, 7.6.2010.

⁸⁹ Documento oficioso presentado por la delegación de Canadá el 8 de junio de 2010. Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. Documentos Oficiales, Apéndice V, p. 77 (http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-SPA.pdf).

⁹⁰ Declaration (Draft of 9 June 2010 16 hs). La propuesta, en posesión de los autores, no se ha distribuido como documento oficial del grupo de trabajo.

exclusivamente en el régimen jurisdiccional para los dos factores de activación. Puesto que esta declaración pavimentó el camino hacia un compromiso final, merece ser reproducida literalmente:

Artículo 15 bis

(Remisión por un Estado, *proprio motu*)

Ejercicio de la competencia sobre el crimen de agresión

4 *bis*. La Corte podrá ejercer su competencia sobre un crimen de agresión cometido por un nacional de un Estado parte o en su territorio de acuerdo con el art. 12 a menos que el Estado parte haya presentado una declaración de no aceptación de la competencia de la Corte según el párr. 4º de este artículo.

4 *ter*. Tal declaración podrá ser presentada a la Secretaría General de Naciones Unidas en cualquier fecha antes del 31 de diciembre de 2015 o, en el caso de que la ratificación o adhesión al Estatuto de cómo sea posterior a esa fecha, en el momento de la ratificación o adhesión. Esta declaración podrá ser retirada en cualquier momento, en cuyo caso, la Corte, con sujeción a las disposiciones del párr. 1º, podrá ejercer su competencia respecto del Estado en cuestión.

4 *cor*. Respecto de un Estado no parte en este Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia sobre el crimen de agresión según lo dispuesto en este artículo cuando sea cometido por nacionales de ese Estado o en su territorio.

El *Non-paper ABCS* adoptó, así, la idea de someter el crimen de agresión a la aplicación del art. 12 del Estatuto pero añadió dos importantes advertencias. Primera, todo Estado parte tiene derecho a retirarse y, segundo, la Corte no ejercerá su competencia sobre crímenes de agresión cometidos por nacionales de Estados no parte o en el territorio de esos Estados. El compromiso consistió en tomar del “modelo del art. 121 (4)” el punto de partida de aplicar el art. 12, Estatuto pero “suavizando” considerablemente las consecuencias de este modelo a través del reconocimiento de la ausencia del consentimiento del Estado. Este sistema fue completado con una “cláusula de activación” para el ejercicio de competencia de la Corte. Mientras que la primera frase del art. 121 (5) fue tomada como punto de referencia para la entrada en vigor, el proyecto de art. 15 bis (1) puso una condición adicional para el ejercicio de la competencia, requiriendo que deberían haber pasado cinco años “después de la entrada en vigor de este artículo para todo Estado parte”. El *Non Paper ABCS* recibió pronto un amplio apoyo. De hecho, su impacto sobre las dinámicas en los dos días últimos de la conferencia fue fundamental ya que preparó el terreno para un acuerdo entre los Estados partes. Sin embargo, Francia y Reino Unido fueron convencidos para unirse a este consenso porque el *Non-paper ABCS*, adoptando la “Alternativa 2”, rechazó —como era de esperar— la idea de un monopolio del Consejo de Seguridad. De hecho, aquellos dos Estados y los tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad que no son Partes en el Estatuto mostraron sin reparo su apoyo a la Propuesta *Non-paper ABCS*.

e) *Entreacto: involucrando a los Estados Unidos*

Casi en paralelo a las negociaciones que resultaron del *Non-paper ABCS*, se realizaron algunas consultas acerca de diferentes materias. En el acto de apertura, el 4 de junio de 2010, el jefe de la delegación de EE.UU. y su asesor legal del Departamento de Estado expresaron su disconformidad con la definición sustantiva del crimen de agresión propuesta en el art. 8 bis⁹¹. Asimismo, EE.UU. identificó dos riesgos importantes: por un lado, la criminalización del uso legítimo de la fuerza y, por otro, la emancipación de estas propuestas sobre el crimen de agresión del Derecho Internacional consuetudinario. No obstante, es importante resaltar que EE.UU. no insistió en modificar el tenor literal del art. 8° bis propuesto, sino que simplemente se refirió a la posibilidad de canalizar estos dos puntos a través de los llamados “entendimientos” (*understandings*) que acompañan a esta norma. El 7 de junio de 2010 la delegación americana revisó estas cuestiones e introdujo formalmente una larga lista de posibles entendimientos sobre el art. 8 bis⁹². Con respecto al sólido consenso logrado sobre el art. 8° bis propuesto en las últimas horas de las negociaciones, la gran mayoría de las delegaciones se mostraron contrarias a comenzar una nueva discusión sobre las propuestas de EEUU. Pese a ello, subsistía el sentimiento de que no era aconsejable no comprometerse con la delegación estadounidense, que había venido a Kampala con un espíritu abierto y constructivo. Por ello, a la delegación alemana se le encomendó la labor de actuar como punto de referencia en relación con los entendimientos propuestos y de posibilitar acuerdos al respecto⁹³.

Tras numerosas consultas bilaterales y regionales entre el 8 y el 9 de junio, quedó claro que no existía la más remota posibilidad de acuerdo entre las propuestas que abogaban por la emancipación del art. 8° bis del Derecho Internacional consuetudinario, y aquellas otras que pretendían excluir de la definición del tipo penal de agresión algunos supuestos de uso de la fuerza estatal. No obstante, el hecho de que no se discutiese en profundidad sobre la exclusión del tipo penal de ciertos supuestos de uso estatal de la fuerza no significa que hubiese necesariamente un desacuerdo de fondo con EEUU. La propuesta estadounidense más delicada pretendía excluir de forma expresa las intervenciones humanitarias armadas del ámbito del art. 8° bis. En relación con esto, la cuestión principal fue si era o no adecuado pronunciarse sobre

⁹¹ Véase texto completo de la declaración de HAROLD HONGJU KOH, en línea <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/142665.htm> (última consulta realizada el 22 de febrero de 2010).

⁹² Documento sin título presentado por el Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión (siglas en inglés, WGCA) por William K. Lietzau, asistente adjunto al Secretario de Defensa (sección de *Detainee Policy*); el documento se encuentra en posesión de los autores.

⁹³ El primero de los autores de este artículo actuó en representación de la delegación alemana y la segunda autora de este escrito actuó como su asistente.

aspectos esenciales del derecho de la seguridad internacional vigente mediante la proposición apresurada de entendimientos en las últimas horas de la Conferencia diplomática. Por esta razón, la delegación alemana decidió buscar una “aproximación minimalista” y alcanzar el consenso sobre dos propuestas más generales que parecían ser más importantes para la delegación de EE.UU.

El 9 de junio de 2010 la discusión se centró en dos entendimientos propuestos por EE.UU., que fueron agrupados para ser tratados en una única ronda, y que se transcriben a continuación:

1. Entendimiento X

Se entiende que para determinar si se ha cometido un acto de agresión, es preciso considerar todas las circunstancias en el caso en concreto, incluyendo el propósito para el cual se utilizó la fuerza y la gravedad de los actos correspondientes y sus consecuencias; únicamente las violaciones más serias y peligrosas del uso ilegítimo de la fuerza constituyen agresión.

2. Entendimiento Y

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 sobre carácter, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente de forma independiente para justificar una determinación de violación “manifiesta”.⁹⁴

Ambas propuestas fueron bien acogidas, pero generaron debate en relación a su formulación. Con respecto al entendimiento X, la delegación iraní sugirió que la terminología debía adecuarse a aquella utilizada en el art. 2º del anexo de la Res. 3314. La delegación estadounidense mostró su conformidad y de ahí resultó el sexto entendimiento habido y contenido en la resolución finalmente adoptada, que reza lo siguiente:

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 Unidas⁹⁵.

El entendimiento Y fue reformulado a petición de la delegación canadiense. Canadá se cuestionó la concepción del uso estatal de la fuerza armada, cuando en relación con los tres componentes uno de ellos fuese casi manifiestamente ilegal, aunque con respecto a los otros dos componentes el uso de la fuerza fuese indubitablemente manifiestamente ilegal. Canadá consideraba que dicho uso de la fuerza armada debía contener también el umbral al que se refería el art. 8.1 bis propuesto y que, sin embargo, no estaba reflejo en el entendimiento Y. En opinión de Canadá, en esos casos, la Corte debía tener en cuenta el hecho de que uno de los componentes estuviese prácticamente satis-

⁹⁴ *Non-Paper on possible further understandings (Annex III of the Conference Room Paper)*. El *non-paper*, que se encuentra en las actas de los autores, no ha sido puesto en circulación como documento oficial de trabajo.

⁹⁵ RC/Res.6, *supra* nota 82, Anexo III. *sub* 6.

fecho, sugiriendo que la combinación de los tres componentes era relevante, por lo que Canadá propuso que entendimiento Y estuviese redactado como se dispone a continuación:

2. Entendimiento Y

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 sobre características, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente para justificar una determinación de violación “manifiesta”.

EE.UU. estuvo de acuerdo con esta redacción, añadiendo la siguiente frase:

Ninguno de los elementos puede bastar por sí solo para satisfacer el criterio de violación manifiesta.

La idea que subyace a este enunciado es la de excluir que se pueda producir la determinación de la violación manifiesta en casos en los que uno de los componentes esté más presente que los demás, estando los otros dos componentes ausentes en el caso. Por ello, se pensó que el uso de la conjunción copulativa “y” en la formulación del umbral contenido en el art. 8.1 bis impedía la determinación de una violación manifiesta en ese tipo de casos.

La reformulación del entendimiento Y con sus dos frases consecutivas tal y como fue propuesto por Canadá, y sin la oposición de EE.UU., se convirtió en el séptimo entendimiento que finalmente fue adoptado en la Conferencia de Revisión⁹⁶.

Es necesario resaltar que esta segunda frase del entendimiento 7 —relativa a que “ninguno de los elementos puede bastar por sí solo”— no debe entenderse como que la Corte debe hacer la determinación de la “violación manifiesta” siempre que estén presentes dos de los componentes. Por el contrario, la primera frase del séptimo entendimiento deja claro que la Corte debe contemplar la concurrencia de los tres componentes, aunque no es necesario que todos estén presentes en el mismo grado⁹⁷.

Nuestra posición con respecto a este séptimo entendimiento es que éste puede ser útil para llamar la atención de los magistrados en relación con los criterios de “gravedad” y “escala”, de manera que éstos puedan concretarse en mayor o menor medida. En realidad, el problema surge en relación con el elemento referido a las “características”, previsto para solventar el problema de la “zona gris”. Los magistrados siempre tendrán que establecer qué se entiende por uso de la fuerza armada con ciertas “características” que constituya una violación manifiesta de forma razonablemente incontrovertida. La segunda frase del entendimiento no supone ningún obstáculo para dicha interpretación, *quod erat demonstrandum*.

⁹⁶ RC/Res.6, *supra* nota 82, Annex III. *sub* 7.

⁹⁷ Este aspecto no fue apreciado en su totalidad ni por HEINSCH, R., ‘The Crime of Aggression After Kampala: Success or Burden for the Future?’ 2 *Göttingen Journal of International Law*, 2010, ps. 713/743, en ps. 728/729, ni por SCHEFFER, *supra* nota 47, p. 900.

Todavía es prematuro hacer un juicio firme acerca de si la incorporación de los dos entendimientos sobre el art. 8 bis facilitará o no la labor de los magistrados. No obstante, puede afirmarse que la finalización del debate sobre la iniciativa de EE.UU. coincidió con el *Non-paper ABCS*, que salvó una de las dos cuestiones abiertas en las negociaciones y contribuyó a allanar el camino que condujo al acuerdo final.

f) *El final: drama de una noche de verano en el Lago Victoria*

En las últimas horas del 10 de junio de 2010, el Embajador Wenaweser⁹⁸ presentó un *non paper* que reflejaba en esencia lo expuesto en el *Non-paper ABCS*⁹⁹. En un intento de complacer a los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, esta propuesta enfatizó la idea de una moratoria extraordinaria para activar la jurisdicción de la CPI a través de la introducción de un requisito adicional de 30 ratificaciones o aceptaciones a las enmiendas¹⁰⁰. Resulta interesante que el documento que permitía esa resolución sostenía al mismo tiempo que las enmiendas entrarían en vigor de acuerdo con el art. 121.5 del Estatuto¹⁰¹. Finalmente y de forma crucial el *non-paper* no se había enfrentado aun con el extremo más espinoso de la cuestión, a saber: ¿qué ocurriría si el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no emitía una resolución sobre un acto de agresión después de que un Estado parte le remitiese el asunto al Fiscal de la CPI para que abriese una investigación, o éste de oficio decidiera iniciar una investigación?

A mediodía del último día de la Conferencia el Presidente hizo público el *non paper* que zanjó inevitablemente la cuestión. Llegado ese momento ya había quedado suficientemente claro que la retención del monopolio del Consejo de Seguridad no tenía la menor posibilidad de alcanzar el consenso, ni siquiera por los dos tercios de la mayoría. La única forma realista de alcanzar un consenso era abandonar esa idea y hacer lo que hizo el *non paper* presentado por el presidente a las 16:30 hs. del 11 de junio de 2010. Se desconocía cuál iba a ser la reacción de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, en particular la reacción de Francia y Reino Unido. Teniendo en cuenta que el *non*

⁹⁸ Una vez terminada su tarea, el WGCA remitió los temas pendientes al presidente de la Conferencia. El Informe del WGCA se encuentra en RC/20 (advance version of 28 June 2010) http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-20-ENG-Annex.II.WGCA.report.pdf (visited 5 October 2010).

⁹⁹ *Non-Paper del Presidente de la Asamblea, de 10 de junio de 2010, a las 23 h.* El documento *non paper* en posesión de los autores pero éste no ha circulado como documento oficial de la Conferencia. El anterior *Non-Paper del Presidente de la Asamblea, de 10 junio de 2010, 12h* (en posesión de los autores) había tomado en esencia lo dispuesto en el '*Non-Paper ABCS*', aunque con margen de mejoras en la redacción.

¹⁰⁰ Borrador de los art. 15 bis (1) bis y art. 15 ter (2) previsto en el documento *non paper* de 6 de junio de 2010, a las 23 h; supra nota 99.

¹⁰¹ *Ibid.* op. para. 1 de la resolución.

paper dejaba abierto un artículo para la formulación de alguna otra condición para activar la jurisdicción de la CPI, se asumió que la última concesión a los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad reforzaría los obstáculos para adoptar las enmiendas, haciendo que, a partir de ese momento, las negociaciones posteriores se concentrasen en ese punto.

Poco antes de medianoche llegó el momento de la decisión. El Presidente presentó su propuesta de compromiso final, que contenía la condición adicional de “adoptar una decisión con posterioridad al 1 de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados partes, tal y como se requería en la enmienda de adopción del Estatuto”. El texto completo de la propuesta de resolución y de las dos propuestas en relación con las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI era (y es) la siguiente:

El crimen de agresión

La Conferencia de Revisión,

Recordando el párr. 1º del art. 12 del Estatuto de Roma,

Recordando el párr. 2º del art. 5º del Estatuto de Roma,

Recordando también el párr. 7º de la resolución F aprobada el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional,

Recordando asimismo la Res. ICC-ASP/1/Res. 1 sobre la continuación del trabajo relativo al crimen de agresión y expresando su reconocimiento al Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión por haber elaborado propuestas sobre una disposición relativa al crimen de agresión,

Tomando nota de la Res. ICC-ASP/8/Res. 6, mediante la cual la Asamblea de los Estados partes remitió propuestas a la Conferencia de Revisión sobre una disposición relativa al crimen de agresión para su examen,

Resuelta a activar la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión a la mayor brevedad posible,

1. Decide aprobar, de conformidad con el párr. 2º del art. 5º 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 párr. 5º del art. 121 del Estatuto; y señala que cualquier Estado parte podrá depositar una declaración como establece el art. 15 bis antes de la ratificación o aceptación;

2. Decide además aprobar las enmiendas a los Elementos de los Crímenes que figuran en el anexo II de la presente resolución;

3. Decide además aprobar los entendimientos respecto de la interpretación de las enmiendas mencionadas, contenidos en el anexo III de la presente resolución;

4. Decide asimismo revisar las enmiendas relativas al crimen de agresión siete años después del inicio del ejercicio de la competencia de la Corte;

5. Exhorta a todos los Estados partes a que ratifiquen o acepten las enmiendas contenidas en el anexo I.

Artículo 15 bis

Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión

(Remisión por un Estado, proprio motu)

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del art. 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.

2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados partes.

3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

4. La Corte podrá, de conformidad con el art. 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 el Estado parte dispondrá de un plazo de tres años para tomarla en consideración.

5. 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.

6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.

7. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión.

8. Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el art. 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el art. 16.

9. 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.

10. El presente artículo se entenderá, sin perjuicio de las disposiciones correspondientes, al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el art. 5°.

Artículo 15 ter

*Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión
(Remisión por el Consejo de Seguridad)*

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apart. b) del art. 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.

2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados partes.

3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1° de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

4. 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.

5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el art. 5°.

La reunión en el plenario fue una vez más suspendida para permitir que las delegaciones pudiesen efectuar consultas finales. Posteriormente, el presidente volvió a la sala y una vez allí, preguntó sin vacilar si podía considerar aquella propuesta como definitiva y someterla al consenso de la sala. El lector de este escrito conoce el desenlace de esta historia. Las grandes tribunas de la Conferencia de Kampala con sus espléndidas vistas al Lago Victoria se convirtieron en un lugar donde los delegados de la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional celebraron un logro histórico.

*IV. EL COMPROMISO DE KAMPALA: LA MODESTIA PERMITE
UN GRAN PASO ADELANTE*

Como cuestión de política legal internacional, la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto fue altamente controvertida, y sus detractores manifestaron sus posturas durante el proceso de negociación¹⁰², aunque no es este el lugar apropiado para continuar este debate¹⁰³. Por el contrario, las observaciones

¹⁰² Véanse las sugestivas contribuciones de PAULUS y GLENNON, *supra* nota 30.

¹⁰³ Sobre un reciente intercambio de opiniones, véase el debate entre PAULUS, A., 'Second Thoughts on the Crime of Aggression', 20 *EJIL*, 2009, 1117-1128, y KRESS, *supra* nota 30, ps. 1129/1146.

siguientes pretenden hacer una valoración inicial de los elementos esenciales del compromiso de Kampala.

a) *La definición del crimen*

Si el punto de referencia para evaluar la definición del crimen es que haya alcanzado “los mejores niveles de codificación”¹⁰⁴, el proyecto de art. 8° bis del Estatuto¹⁰⁵ puede a duras penas pasar ese test: la referencia al art. 3 del anexo de la Res. 3314 resulta problemática, y la esencia del uso delictivo de la fuerza por parte de un Estado habría sido probablemente mejor expresado si se hubiese previsto una intención colectiva (*collective intent*)¹⁰⁶. Sin embargo, dicha previsión para la definición del crimen de agresión habría estado cerca de arruinar cualquier intento de definir el crimen de agresión. Si se escoge un criterio más realista, se podría reconocer cuánto se habría conseguido. Una definición restringida del crimen está en línea con la aproximación general de los codificadores del Estatuto de limitar la jurisdicción de la Corte a crímenes que requieran una intervención jurídica colectiva. Merece especial consideración el requisito de la «violación manifiesta» que proviene de la lamentable indeterminación y ambigüedad de la norma primaria que prohíbe el uso de la fuerza. Los magistrados de la CPI pueden asegurar que la Corte no se vea saturada con grandes controversias contemporáneas sobre el mantenimiento de la Paz y la Seguridad, sometidas a discusión por la puerta de atrás de la Justicia penal internacional. No obstante, existe cierto espacio para que los magistrados concreten la definición del crimen, especialmente en relación con el requisito de la ilegalidad manifiesta. Es un importante reto para el futuro explorar hasta qué punto el Derecho Internacional consuetudinario puede ser de utilidad para favorecer la aclaración del contenido de la norma. En todo caso, los líderes estatales saben que, a partir de 2017, pueden incurrir en responsabilidad penal toda vez que decidan iniciar un uso de la fuerza masivo siempre que la ilegalidad de dicho uso resulte razonablemente incontrovertida. El resultado de la negociación podría haber sido mucho peor.

¹⁰⁴ MERON, *supra* nota 30, p. 3.

¹⁰⁵ RC/RES.6, *supra* nota 82, anexo I sub 2; como hemos visto *supra* 3.C.1., el proyecto de art. 8° bis debe ser leído en conjunción con el proyecto de art. 25(3) bis del Estatuto (*ibid.*, Anexo I sub 5). Adicionalmente, el proyecto de art. 8° bis es acompañado por el proyecto de Elementos (*ibid.*, Anexo II, y *supra* 3 D) y proyecto de Entendimientos 6 y 7 (*ibid.*, Anexo III, sub 6, y 7., y *supra* 4 E).

¹⁰⁶ Para una exposición más detallada de esta crítica, véase, KRESS, *supra* nota 30, ps. 1136/ 1142.

b) El ejercicio de la jurisdicción

i) El pilar basado en el Consejo de Seguridad

La facultad del Consejo de Seguridad de remitir a la CPI una situación en la que parezca se ha cometido un crimen de agresión ha sido siempre una cuestión incontrovertida y así se reconoció en el art. 15 ter del Estatuto. De forma interesante, esta norma no requiere que el Consejo de Seguridad determine la existencia de un acto de agresión, por lo que el Consejo de Seguridad puede querer comenzar una investigación sin haber efectuado la declaración prevista en el art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁰⁷. El modo en que esto puede afectar a la praxis del Consejo de Seguridad en relación con el art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas y el art. 13 (b) del Estatuto es una interesante cuestión que pertenece al futuro desarrollo del derecho de la seguridad internacional. En cualquier caso, es fundamental que el ejercicio de la jurisdicción de la CPI basada en el Consejo de Seguridad no esté condicionado a la adhesión de los Estados a los compromisos de Kampala¹⁰⁸. No obstante, debe mencionarse que incluso los Estados que se adhiriendo al “modelo del art. 121(5) con un “entendimiento negativo (*Negative Understanding*)” se mostraron de acuerdo con que el Consejo de Seguridad active la aplicación de la jurisdicción universal de la CPI sobre el crimen de agresión¹⁰⁹.

ii) El pilar basado (en forma relativa) en el consentimiento

La parte más compleja de las negociaciones fue, indubitadamente, la cuestión de si debía o no existir un monopolio del Consejo de Seguridad en los enjuiciamientos sobre el crimen de agresión. La respuesta del proyecto de art. 15 bis del Estatuto —relativo al inicio de una investigación por la remisión de una situación por un Estado parte y *propio motu*— es negativa y establece el único filtro judicial a través de la Sala de Cuestiones Preliminares. De ese

¹⁰⁷ Otras opciones diferentes fueron barajadas antes de la Conferencia de Kampala, especialmente por SCHEFFER, D., “A Pragmatic Approach to the Crime of Aggression”, in BELLELI, *supra* nota 25, ps. 609/619.

¹⁰⁸ Esto es explícito en el segundo entendimiento; RC/Res.6, *supra* nota 82, Anexo III sub 2. El ejercicio de la competencia jurisdiccional por la CPI está sin embargo condicionado a la ratificación o aceptación de la competencia de al menos 30 Estados partes y la decisión de activación debe ser después del 1 de enero de 2017. Véase proyecto art. 15 ter (2) y (3) Estatuto. Se plantea el interrogante del ejercicio de la jurisdicción en caso de crimen de agresión cometido después de transcurrido 1 año tras la ratificación o aceptación de terceros Estados partes antes de la decisión de activación por los Estados parte (si ésta última se realiza con posterioridad). Mientras que el proyecto art. 15 bis (2) y (3) Estatuto deben dejar abierta la posibilidad a que la CPI ejerza su jurisdicción sobre ese crimen, el primer entendimiento (RC/Res.6, *supra* note 82, Annex III sub 1.) estipula otra cosa; la relevancia práctica de este extremo es limitada y no nos detendremos más sobre ello en este artículo.

¹⁰⁹ Ello apunta claramente a la existencia de práctica ulterior uniforme acerca de la interpretación de la segunda frase contenida en el art. 121.5 del Estatuto en el sentido de ser inaplicable a supuestos de remisión por parte del Consejo de Seguridad.

modo, la Sala de Cuestiones Preliminares deberá en todo caso autorizar el inicio de una investigación¹¹⁰ en estos casos. Ello constituye la mejor garantía en relación con la aspiración del Estatuto de aplicar por igual el Derecho Penal Internacional. No obstante, la insistencia sobre el monopolio del Consejo de Seguridad estaba ciertamente presente, de modo que no sorprendió que se tuviera que pagar un precio muy alto para poder superar dicha idea. En parte esta es la razón por la que el proyecto de art. 15 bis del Estatuto reviste cierta complejidad. Dicha complejidad se debe fundamentalmente a la ambigüedad del art. 5.º.2 del Estatuto, junto con el art. 121 del Estatuto y las controversias que resultan de la ambigüedad de las negociaciones¹¹¹. Por otra parte, la delegación japonesa lamentó durante la adopción del compromiso de Kampala que el proyecto de art. 15 bis del Estatuto estuviese basado en fundamentos legales tan discutibles¹¹². Esta compleja cuestión merece un tratamiento más exhaustivo y por ello sería excesivamente atrevido intentar dar una respuesta completa a esta cuestión en este escrito. No obstante, intentaremos modestamente arrojar algo de luz sobre esta cuestión. Lo ideal sería que estas reflexiones contribuyesen a la realización de un debate constructivo acerca del elemento más delicado del compromiso de Kampala.

La primera frase del borrador del art. 15.4 bis del Estatuto prevé la aplicación del art. 12 del Estatuto al crimen de agresión. Sin embargo, dicha aplicación está sujeta a que el acto de agresión haya sido cometido por un Estado parte que no haya declarado previamente que no acepta la jurisdicción de la CPI. Lo anterior significa, en primer lugar, que la Corte no podrá conocer de ningún acto de agresión que haya sido cometido por un Estado no parte. Dicha restricción convierte al apart. 5º del borrador de art. 15 bis del Estatuto en parcialmente redundante. Este quinto apartado lo único que agrega al apartado anterior es la restricción adicional de que la Corte no podrá ejercer su jurisdicción en los casos en los que el supuesto crimen de agresión provenga de un acto de agresión de un Estado parte que haya ratificado las enmiendas sobre agresión contra un Estado no parte, aún cuando no haya hecho una declaración de exclusión de la competencia (*opt-out*)¹¹³.

El borrador del art. 15.4 bis Estatuto restringe la aplicación del art. 12 Estatuto al establecer que la Corte no podrá ejercer su jurisdicción sobre un cri-

¹¹⁰ Proyecto de art. 15 bis (8) Estatuto de Roma. Sobre la sección de cuestiones preliminares, ver arts. 34(b), 39(1) Estatuto de Roma.

¹¹¹ *Supra sub* 3.C.3.

¹¹² Intervención de Japón (11 June 2010); actas en posesión de los autores.

¹¹³ Esta restricción adicional no puede ser salvada por una aceptación *ad hoc* según el Art. 12 (3) del Estatuto por parte del presunto Estado no parte víctima. El proyecto de art. 15 bis (5) del Estatuto constituye una *lex specialis* en relación con el art. 12 (3) del Estatuto y evita que un Estado no parte obtenga del nuevo régimen del Estatuto contra el crimen de agresión un beneficio asimétrico. Dudoso sobre este aspecto, Ver REISINGER CORACINI, 'The International Criminal Court's Exercise of Jurisdiction over the crime of aggression - at last... in reach... over some', 2 *Göttingen Journal of International Law*, 2010, ps. 745/781, ps. 780/781.

men de agresión que provenga de un Estado parte que haya optado previamente por excluir la competencia jurisdiccional de la CPI (*opt-out*). Esta segunda restricción no significa, sin embargo, que la Corte solo pueda ejercer su jurisdicción sobre un crimen de agresión que provenga de un acto de agresión de un Estado parte cuando éste haya ratificado o aceptado las enmiendas sobre agresión¹¹⁴. La formulación del art. 15.4 bis del Estatuto no establece dicha restricción, y por ello dicha restricción no se compadece con la finalidad y el origen de dicha norma¹¹⁵. La idea de una declaración de exclusión de la jurisdicción de la Corte surgió precisamente en aras de salvar las distancias entre aquellos Estados que abogaban por aplicar el régimen jurisdiccional consagrado en el art. 12.2 del Estatuto sin modificaciones (propuesta ABS) y aquellos otros que preferían un régimen basado en el consentimiento (propuesta canadiense). Para no exigir la ratificación del Estado Parte, presunto autor de la agresión, pero permitir la opción de la exclusión de la jurisdicción, se estableció el “régimen de consentimiento suavizado” situado entre los dos polos, que proporcionó una base razonable para alcanzar un compromiso.

Sin embargo, cabe preguntarse si la exigencia de que el presunto Estado agresor haya ratificado las enmiendas sobre agresión proviene de la afirmación del primer párrafo operativo de la resolución, que establece que las enmiendas de agresión “entraran en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párr. 5º del art. 121” del Estatuto. Esta referencia puede interpretarse como si la segunda frase de esta última norma estuviese incluida, y entendida en sentido negativo, requeriría efectivamente la ratificación del presunto Estado agresor. Si este fuese el efecto legal de dicha referencia, el mecanismo de la exclusión perdería su capacidad para construir un compromiso. Además el extremo más importante en relación con el art. 15.4 bis del Estatuto es que, precisamente, la CPI ejercerá su jurisdicción sobre el crimen de agresión “de acuerdo con el art. 12”. Sin embargo, este principio se vería totalmente soterrado si se requiriese que el presunto Estado agresor haya ratificado las enmiendas sobre agresión en todas las circunstancias. En ese caso, sería muy difícil negar la existencia de una flagrante contradicción entre el art. 15.4 del Estatuto y el primer párrafo operativo de la resolución. Dicha contradicción puede, no obstante, salvarse si se entiende que la resolución, cuando se refiere al art. 121.5 del Estatuto, alude exclusivamente a la entrada en vigor y sólo a ello se refiere la primera frase del párrafo¹¹⁶. Por ello resulta perfectamente posible y ciertamente preferible sostener que la resolución y el art. 15.4 propuesto del Estatuto son compatibles, tal y como se concibió durante las negociaciones.

¹¹⁴ CLARK, *supra* nota 45, p. 704.

¹¹⁵ *Supra sub* 4.D.

¹¹⁶ Si la segunda frase se entiende en modo negativo, ello no tendrá que ver con la entrada en vigor pero sí poseerá efectos acerca del ejercicio de la jurisdicción de la Corte.

Queda pendiente de precisión la cuestión relativa a la aplicación del art. 12.2 del Estatuto en casos de agresión cuando el acto de agresión haya sido cometido por un Estado parte que no haya declarado previamente que no acepta competencia de la Corte. Es, precisamente, en este punto del análisis cuando el primer párrafo operativo de la resolución entra en consideración, junto con la afirmación de que las enmiendas sobre agresión deben entrar en vigor conforme al art. 121.5 del Estatuto. La primera frase de esta disposición determina que las enmiendas “entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación”. La “entrada en vigor de las enmiendas para un Estado parte” significa que a partir de ese momento ese Estado es capaz de proporcionar a la Corte dos de los puntos de conexión para el ejercicio de la jurisdicción mencionados en el art. 12.2 Estatuto. De ello se deriva lo siguiente: si el presunto Estado agresor es Parte del Estatuto y ha ratificado las enmiendas sobre agresión de acuerdo con lo dispuesto en el art. 12.2 b), la ratificación del presunto Estado Parte-víctima resulta irrelevante. Si el Estado parte presunto agresor no ha ratificado las enmiendas sobre agresión, entonces la ratificación del Estado Parte-víctima resultará necesaria¹¹⁷.

Se podría hacer referencia a este modelo jurisdiccional como “basado en un consentimiento suavizado (*softly consent-based pillar*)” para diferenciarlo del modelo de consentimiento estricto (*strictly consent-based*) del art. 121.5 que incorpora un entendimiento negativo. La pregunta crucial de la delegación japonesa fue exactamente si este último modelo tiene fundamento legal o no. Es cierto que el art. 15.4 del Estatuto no se corresponde con ninguno de los dos modelos mencionados¹¹⁸, aunque eso también es argumentable respecto del “art. 121.5 Estatuto con un entendimiento positivo”. Resulta evidente que los Estados partes no quisieron acordar una interpretación en sentido positivo de la segunda frase del art. 121.5 del Estatuto a través del compromiso de Kampala, puesto que el segundo párrafo del preámbulo a las “enmiendas al art. 8 del Estatuto de Roma” no prevé una interpretación en sentido positivo¹¹⁹. No ha habido acuerdo en torno a esta última interpretación sobre el crimen de agresión, porque al margen del modelo del art. 121.5 que consagra una interpretación en sentido positivo, todos los crímenes de agresión cometidos por o contra Estados no partes están excluidos de la jurisdicción de la Corte tal y como se deduce de la lectura de los aparts. 4º y 5º del art. 15 bis del Estatuto.

¹¹⁷ Podría argumentarse que el Estado parte víctima también podría brindar a la Corte el vínculo jurisdiccional a través de una aceptación *ad hoc* conforme el art. 12.3, Estatuto. Al respecto, véase REISINGER CORACINI, *supra* nota 113, ps. 775/776.

¹¹⁸ *Supra* 3.C.3.

¹¹⁹ Resolution RC/Res.5, adoptada por consenso en la 12ª sesión plenaria, el 10 de junio de 2010. Versión http://www.iccpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.5-ENG.pdf (última visita el 22 de febrero de 2011). Nótese que el propio párrafo del Preámbulo expresa que desde un entendimiento conjunto no habrá discriminación entre Estados partes no aceptantes y Estados no partes; cfr. *supra* nota 68.

Por ello Japón tiene razón cuando sostiene que el régimen jurisdiccional esbozado en el art. 15 bis del Estatuto no refleja ni el párr. 4° ni el párr. 5° del art. 121 del Estatuto, constituyendo así una solución *sui generis*. Posiblemente puede afirmarse que el pilar basado en el consenso relativo (*'softly consent-based pillar'*) del compromiso de Kampala toma la "adopción" y el modelo del art. 121.4 como punto de partida, y luego cualifica la entrada en vigor a través del mecanismo referido en el art. 121.5 Estatuto y las condiciones *sui generis* de gran alcance para el ejercicio de la jurisdicción.

La cuestión decisiva es si los Estados partes tenían, legalmente, la capacidad de ser tan creativos como fueron sin acudir al engorroso procedimiento previsto en el art. 121.4 del Estatuto. A nuestro juicio, dicha capacidad existió, y fue la consecuencia de la ambigüedad del marco legal en el que debieron moverse los Estados. Con independencia de cuál sea o fuese la preferencia de los Estados, la honestidad requiere reconocer que, de hecho, no hay un modelo que explique satisfactoriamente la interacción entre los arts. 5.2 y 121 del Estatuto. Teniendo en cuenta el enigmático contenido legal del art. 121 del Estatuto, que dota de amplio poder de "establecer las condiciones para que la Corte ejerza su jurisdicción con respecto a este crimen", el art. 5.2 del Estatuto debe ser interpretado como una autorización a los Estados partes para concebir el régimen *sui generis*, establecido en el art. 15.4 bis del Estatuto. Esta base legal quizás no sea tan sólida, pero desde luego es la más sólida que permitieron las circunstancias. Desde una perspectiva ideal, y coincidiendo con la llamada de atención hecha por Japón en esta misma dirección, los Estados deberían establecer un mismo criterio interpretativo en torno al art. 15.4 bis del Estatuto. No obstante, si ello no ocurre no debe temerse dejar la cuestión en manos de una interpretación judicial que aclare este extremo, si ello fuese necesario.

La jurisdicción de la Corte Penal internacional conforme al pilar de consenso relativo alcanzará a pocos casos en los que deberán satisfacerse las grandes expectativas sobre la aplicación imparcial del crimen de agresión en todos los contextos. La restricción más significativa del ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre este crimen está constituida, sin lugar a dudas, por la exclusión categórica del crimen de agresión que derive de actos de agresión de un Estado no parte en el Estatuto. Desde un punto de vista estrictamente legal, esta decisión no era necesaria, y desde una perspectiva de política criminal esta opción es ciertamente deplorable. No obstante, durante todo este proceso ha habido numerosas reticencias en relación con el crimen de agresión y su tratamiento igualitario en relación con los demás crímenes de Derecho Internacional. Ante esas circunstancias tan particularmente difíciles, es muy importante resaltar que al final fue posible complementar el pilar jurisdiccional basado en el Consejo de Seguridad con uno basado en el consenso entre Estados. El hecho de que el principio de consenso haya sido suavizado a través del art. 12.2 del Estatuto junto con el mecanismo de la posible declaración de exclusión de la

jurisdicción, supera del todo punto las expectativas que razonablemente cabía tener con anterioridad a Kampala.

c) El crimen de agresión y el principio de complementariedad

Una cuestión que ha recibido mucha menor atención en comparación con lo anterior, ha sido la relativa al modo en que el principio de complementariedad del Estatuto va a ser aplicado ante un presunto crimen de agresión¹²⁰. Este extremo fue debatido durante el encuentro de Princeton en 2004 y la opinión dominante fue que los arts. 17 y ss. del Estatuto debían ser aplicados sin excepción¹²¹. El asunto fue tratado por la delegación estadounidense, quien expresó su preocupación acerca de que los “Estados parte incorporasen una definición —particularmente una de ellas es errónea— al derecho interno, que fomente la posibilidad de que, a través de principios expansivos de la jurisdicción, se persiga a autoridades oficiales por haber cometido actos de agresión en los tribunales de otros Estados”¹²². De hecho el quinto entendimiento del anexo III de la Resolución constituye una reacción implícita sobre este particular, disponiendo lo siguiente:

Se entiende que las enmiendas no se interpretarán en el sentido de que crean el derecho o la obligación de ejercer la jurisdicción nacional respecto de un acto de agresión cometido por otro Estado¹²³.

En una primera impresión, este quinto entendimiento parece establecer lo obvio, dado que el Estatuto no fue diseñado para generar derechos y obligaciones para los Estados partes en relación con el derecho interno y la aplicación de su jurisdicción. La intención que subyace a este entendimiento es, sin embargo, más sutil. Por regla general la aspiración principal del principio de complementariedad del Estatuto es que los Estados partes garanticen el ejercicio de la jurisdicción sobre alguno de los crímenes del art. 5º del Estatuto a través de alguno de los puntos de conexión en materia de jurisdicción recogidos en el art. 12.2 a) y B) del Estatuto. El quinto entendimiento de la Resolución sugiere que esta cuestión no es aplicable al crimen de agresión, salvo en aquellos casos en los que el presunto crimen provenga de un acto de agresión cometido por el Estado en cuestión. Sobre la base de este entendimiento, los Estados no deben

¹²⁰ Sobre algunos análisis de la doctrina sobre esta cuestión, véase WRANGE, P., “The Crime of Aggression and Complementarity”, en BELLELLI, *supra* nota 25, ps. 591/607.

¹²¹ BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* nota 28, ps. 201/202 (arts. 20-27).

¹²² Véase la intervención de los Estados Unidos del 4 de junio, *supra* nota 91, “*The definition does little to limit the risk that State Parties will incorporate a definition—particularly one we believe is flawed—into their domestic law, encouraging the possibility that under expansive principles of jurisdiction, government officials will be prosecuted for alleged aggression in the courts of another state*”.

¹²³ Véase RC RC/Res.6, *supra* nota 82, Annex III sub 5, en http://www.icc-cpi.int/icc-docs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf.

sentirse alentados a ejercer la jurisdicción nacional más allá de los supuestos en los que entre en consideración el principio de nacionalidad activa sobre el crimen de agresión en cuestión. En cualquier caso, va a resultar muy interesante observar si este entendimiento va a tener un efecto disuasorio con respecto al derecho interno.

V. MIRANDO AL FUTURO

Obviamente, el compromiso de Kampala no contenta a todos. Quizás resulte adecuado afirmar que no contenta por entero a nadie. Sin embargo, tras casi un siglo de debates intensos, los Estados partes en el Estatuto han decidido preparar la base legal para que la CPI ejerza su jurisdicción ante el crimen de agresión y lo han hecho a través del consenso. Los errores y complejidades del compromiso adoptado, constituyen un hito en el desarrollo del Derecho Penal Internacional. Los Estados partes y las ONGs que apoyan a la Corte Penal Internacional deben, a partir de ahora, apoyar con firmeza el compromiso y no suscitar la menor duda en relación con dicho compromiso hasta poner en marcha la jurisdicción de la Corte a partir del 1 de julio de 2017. Hasta entonces, la CPI puede y debe prepararse para este nuevo reto. La Corte tendrá la oportunidad de demostrar que es capaz de ejercer la jurisdicción sobre el crimen de agresión de un modo tan poco politizado como con respecto al resto de los crímenes de su jurisdicción. Si ello se logra, no será irrazonable asumir que la opinión del mundo comience a esforzarse lentamente a favor de la expansión de la jurisdicción de la Corte penal internacional. La famosa promesa de Robert Jackson en Nüremberg a la que se aludía al principio de este escrito fue que:

*The ultimate step in avoiding periodic wars, which are inevitable in a system of international lawlessness, is to make statesmen responsible to law. And let me make clear that while this is first applied against German aggressors, the law includes, and if it is to serve a useful purpose it must condemn, aggression by other nations, including those which sit here now in judgment*¹²⁴.

“El último paso para evitar las guerras periódicas, inevitables en un sistema internacional anárquico, es que los hombres de Estado sean responsables ante la Ley. Déjenme aclarar, que mientras esto se aplicó por primera vez contra los agresores alemanes, el Derecho incluye —y si es para servir a buen propósito debe condenar— la agresión cometida por otras naciones, incluso aquellas que están presentes en este juicio”.

El eco de esta promesa continúa sonando. El compromiso de Kampala ha abierto la puerta para su cumplimiento final.

¹²⁴ *Supra* nota 10.