

EL CRIMEN DE AGRESIÓN Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

MÓNICA ZAPICO BARBEITO

Investigadora FPU del Área de Derecho Penal de la Universidade da Coruña

Sumario: I. Introducción. II. La definición del crimen de agresión. III. Elementos del tipo del crimen de agresión. A. Autoría del crimen de agresión. B. Actos preparatorios. C. Inmunidades. IV. La calificación del crimen de agresión. El papel del Consejo de Seguridad. V. La guerra de agresión en el nuevo orden global. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La incorporación del crimen de agresión en la Corte Penal Internacional (CPI) es sin duda una de las cuestiones que más problemas y dificultades ha ocasionado en la redacción y elaboración del Estatuto de Roma, pues posee unas características específicas que lo diferencian del resto de los crímenes incorporados en éste.

Cuestiones como la específica definición, los elementos concretos del tipo, la determinación del lugar que el autor del crimen de agresión debe ocupar en la estructura de poder del Estado, la necesidad o no de una específica intención o la necesidad de una condición de procedibilidad como es la previa calificación del crimen de agresión por parte del Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas, son algunos de los problemas más graves que plantea el crimen de agresión.

No obstante y, como tendremos ocasión de ver, los problemas de tipificación y efectividad del crimen de agresión no sólo vienen dados por su especificidad y complejidad, sino también por la existencia de un nuevo contexto global que va a perju-

dicar, e incluso impedir, la posibilidad de que el crimen de agresión llegue algún día a ser efectivamente perseguido y sus autores dejen así de ser impunes.

II. LA DEFINICIÓN DEL CRIMEN DE AGRESIÓN

En cuanto a la definición del crimen de agresión, a nadie se la escapa que nos encontramos ante una definición de extraordinaria complejidad sobre la cual no existe en estos momentos un claro consenso entre los diferentes Estados.

Pero la persecución del crimen de agresión es de vital importancia en tanto que es casi necesario en todos los casos, y habitual en muchos otros, para la comisión de los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio¹.

El primer presupuesto lógico del que debemos partir al afrontar el estudio del crimen de agresión es el nacimiento del principio de la ilegitimidad de la guerra² y la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. A pesar de que siempre se entendió por el Derecho Internacional Clásico que el *ius bellum* era un atributo de la soberanía del Estado, a lo largo del siglo XVI se comenzó a considerar la existencia de guerras injustas y justas y a limitar, en función de ello, el recurso a las mismas. Pero no fue hasta el siglo XX cuando el uso de la guerra de agresión se considera como un comportamiento ilícito o prohibido del que se deriva la responsabilidad internacional del Estado.

De esta suerte, con este principio que aparece recogido en el art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas³, se invirtió la regla de Derecho Internacional Clásico según la cual, la guerra se consideraba un asunto individual de la Estados que entraba en el foro de su soberanía, para convertirse en un asunto sobre el que recaería la mirada de toda la Sociedad Internacional⁴.

Pero el paso de ser un principio de Derecho Internacional hasta la criminalización penal del crimen de agresión y, en correlación lógica, la posibilidad de imponer sanciones de naturaleza penal a los responsables de una guerra prohibida, fue un proceso más lento y que, como veremos, aún está por concluir.

1 Ya subrayó Bélgica en la Conferencia de Roma, lo ilógico de aceptar que la CPI enjuiciase a los responsables de crímenes de guerra, pero no a los del crimen que, a menudo, los provocan.

2 Fue precisamente el Pacto de la Sociedad de Naciones, firmado en Versalles el 28 de junio de 1919, el que prohibió realmente el uso de la fuerza, aún admitiendo determinadas manifestaciones de este uso.

3 Art. 2.4: «*Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquiera otra forma incompatible con los Propósitos de Naciones Unidas*»

4 GONZÁLEZ CAMPOS, J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., ANDRÉS SÁEZ DE SANTA MARÍA, M.P., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1998, p. 863.

La primera tipificación del crimen de agresión⁵ —bajo la denominación de «Crímenes contra la paz»—, la encontramos en el Estatuto de Londres, de 8 de agosto de 1945, que aprobó el Tribunal de Nuremberg, en su art. 6 letra a) que entendía por tal:

«el planteamiento, la preparación, la iniciación o la ejecución de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos y seguridades o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes»

A raíz de este artículo se pudo exigir en el proceso de Nuremberg responsabilidades de tipo penal⁶ a quienes elaboraron el plan que desencadenó la guerra de agresión y a quienes llevaron a cabo los actos de ejecución de la misma⁷.

Pero el proceso de definición del crimen de agresión no acabaría con estos primeros intentos sino que es en la era de la Naciones Unidas cuando estos se intensifican. Debemos hacer referencia en primer lugar, a la Resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, de la Asamblea General de la ONU. Esta Resolución, fruto del trabajo de siete años del Comité Especial sobre la Cuestión de la Definición de la Agresión creado a tal efecto, definía crimen de agresión en su art. 1 como:

«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...»

5 Esto, a pesar de todas las dificultades que encontró, pues formaban parte de este acuerdo los representantes reunidos de Francia, Estados Unidos, Gran Bretaña y la entonces U.R.S.S., que diferían tanto en cuestiones sustantivas como de procedimiento.

6 A pesar de ello, no hay que olvidar la posible vulneración del principio *nullum crimen nulla pena sine lege*, tal y como esgrimieron los abogados defensores de los acusados en el proceso Nuremberg, es decir, la posible vulneración del principio de legalidad. Pues es cierto que el crimen de agresión no estuvo criminalizado penalmente —sí la agresión como ilícito internacional—, hasta después de la comisión de la agresión por parte del gobierno alemán, y menos la responsabilidad penal individual, el Tribunal competente para su enjuiciamiento o la pena a aplicar. No obstante, BOLLO AROCENA, M^a D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2004., p. 279, considera que, aunque no estaba expresamente criminalizada, la guerra de agresión ya estaba expresamente prohibida antes de que fuese redactado el texto de Nuremberg, de manera que la ausencia de una sanción penal no significa que un comportamiento claramente ilegal esté desprovisto del carácter criminal. Si bien es cierto que en el concreto caso esta interpretación sirvió para exigir responsabilidades ante los importantes crímenes de agresión cometidos, no se debe olvidar que el principio de legalidad es un principio que sustenta todas las bases del Derecho penal y que no deben ser obviadas si queremos construir un verdadero Derecho Penal Internacional.

7 Así, Rudolf Hess fue condenado únicamente por este crimen.

Aunque tras la Resolución 3314 (XXIX) se sucedieron otros intentos más o menos fallidos⁸, esta definición perfilaba ya las conductas de agresión⁹, si bien meramente desde una perspectiva del Estado y no desde una vertiente de la responsabilidad individual.

Por su parte, en los Comités ad hoc y Preparatorio primero, y en la Conferencia de Roma que crearía la CPI después, se discutió ampliamente sobre la conveniencia o no de incluir el crimen de agresión dentro del Estatuto de Roma. Aunque algunos se mostraban reacios a su inclusión, otros aducieron que era necesaria la inclusión del crimen de agresión dentro de la competencia de la Corte con fines disuasivos y de prevención y a fin de reafirmar de la manera más inequívoca que librar una guerra de agresión es un crimen de Derecho Internacional. Las discusiones y evidente falta de consenso provocaron que finalmente resultase triunfadora la posición defendida por aquellos que consideraban que lo más conveniente era aplazar para otro momento la definición del crimen. De este modo, aunque la Corte tiene la competencia *ratione materiae* del crimen de agresión, su ejercicio quedará aplazado.

Se llegó así a una solución de compromiso por la cual, la Corte tiene competencia para enjuiciar el crimen de agresión en virtud del art. 5.1.d) del Estatuto de Roma, pero al no haber sido definido el crimen en el propio Estatuto, el ejercicio de esa competencia se dilata en el tiempo, pues sólo podrá ejercer esa competencia una vez se defina el concepto de crimen de agresión, tal y como se establece en las art. 121 y 123 del Estatuto¹⁰. Así pues, el principal problema se encuentra en que la competencia sobre el crimen de agresión es que realmente se trata de una competencia virtual¹¹, pues aunque recogida en el Estatuto, no puede ser ejercida.

De esta suerte, nos seguimos encontrando con el grave problema de la determinación de este tipo penal internacional y, por otra parte, con la no menos difícil problemática del complejo sistema de revisión del Estatuto al que está condicionada

8 El proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad fue recogiendo en sus sucesivas versiones, definiciones, unas veces idénticas a la Resolución 3314 (XXIX) como en 1991, y otras, como en 1996, cuya redacción dejaba a unos y a otros plenamente insatisfechos. Así en su art. 16 recogía el crimen de agresión como:

«El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión»

9 Vid., *infra* las diferentes conductas que pueden ser entendidas como conductas de agresión.

10 El art. 5.2 señala así que «La Corte no ejercerá su competencia hasta que se apruebe una disposición, de conformidad con los artículos 121 y 123 del Estatuto, en que se defina el crimen, definición que deberá ser necesariamente compatible con la disposiciones de la Carta de Naciones Unidas»

11 Cfr., ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz», *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 21, julio 2003, p. 13.

la concreta definición del crimen de agresión en la cual se ven implicada no sólo la CPI sino también las Naciones Unidas¹².

Ante la inexistencia de un consenso sobre la definición del crimen de agresión, se tiene en especial consideración las propuestas presentadas por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, reunida con posterioridad a la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La Comisión preparatoria de la Corte Penal Internacional creó una comisión específica encargada de redactar las propuestas relativas al crimen de agresión. Estas propuestas, que han sido recopiladas en un documento¹³, se refieren esencialmente a dos aspectos. Por un lado, la propia definición del crimen de agresión a efectos de su tipificación penal y, por otro lado, las condiciones para el ejercicio de la competencia por la Corte.

En cuanto a la definición del crimen de agresión, a diferencia de lo que ocurría con los Tribunales Militares, la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional parte de la exclusión de la planificación, preparación y orden de llevar adelante la conducta agresiva en tanto que conducta autónomamente punible al margen de la existencia misma del acto de agresión. Es decir, escinde claramente del acto de crimen de agresión las conductas de planificación o preparación de la guerra, conductas que para los firmantes del Estatuto de Londres constituían el núcleo básico del crimen de agresión. Parece existir un consenso en este punto, de manera que se entiende que el acto de planificar, preparar u ordenar una agresión sólo debe castigarse cuando efectivamente tenga lugar un acto de agresión. Es decir, los actos preparatorios sólo serán punibles —como crimen de agresión¹⁴— cuando se produzca la efectiva ejecución, entendiéndose que antes no ha llegado a producirse una lesión del bien jurídico que se pretendía proteger¹⁵.

La definición del crimen de agresión partiría de la síntesis de dos principios básicos: en primer lugar, como ya señalamos, la exclusión de la planificación, prepa-

12 Transcurridos siete años desde la entrada en vigor del Estatuto, a partir del 1 de julio de 2009, una Conferencia de Revisión adoptará un texto en el que se hará referencia a dicho crimen y se establecerán las condiciones que regularán el ejercicio de la competencia de la Corte con respecto al mismo. Las propuestas sobre el crimen de agresión deberán contar, a falta de consenso, con dos tercios de los votos favorables. Las propuestas aprobadas entrarán en vigor un año después de que siete octavos de los Estados partes hayan depositado sus instrumentos de ratificación o de adhesión y sólo entre ellos. Viendo la complejidad del procedimiento, como señala FERNÁNDEZ DE GURMENDI, S.A., «An Insider's View», en POLITI, M./NESI, G. (eds.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Aldershot, 2004, p. 176, parece sorprendente que de lo único que se fuese capaz de codificar hubiese sido este punto muerto.

13 Vid. Rapport de la *Commission préparatoire sus ses première, deuxième et troisième sessions (16-26 février; 26 juillet-13 août et 29 novembre- 17 décembre 1999)*. PCNICC/1999/I.5/Rev. 1

14 Ya que esta conducta puede ser autónomamente punible como otro delito al margen del crimen de agresión.

15 Sobre el bien jurídico protegido en el crimen de agresión, vid. *infra*.

ración y orden de llevar a cabo la conducta y, en segundo lugar, de llevar la responsabilidad penal exclusiva de los dirigentes políticos o militares de los Estados.

Pero a partir de estos dos puntos sobre los que sí parece existir consenso, sobre el resto de opciones se siguen barajando diversas posibilidades. Entre las múltiples propuestas que se presentaron en la Comisión Preparatoria, estuvo la posibilidad de incluir una definición basada en el objeto o el resultado del ataque. Así, se propuso que el crimen de agresión tuviera como objeto,

«...el ataque armado dirigido por un Estado contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, cuando dicho ataque armado se haya emprendido en violación manifiesta de la Carta de la Naciones Unidas con el objetivo o el resultado de la ocupación militar por las fuerzas armadas del Estado atacante, o la anexión mediante el uso de la fuerza de otro Estado o de parte de éste»¹⁶

Pero también se dieron propuestas mucho más ambiciosas como la presentada conjuntamente por Bahrein, Irak, Libia, Líbano, Omán, República Árabe, Sudán y Yemen según la cual,

«...el crimen de agresión lo comete una persona que está en condiciones de ejercer el control o que puede dirigir acciones políticas o militares en su Estado, contra otro Estado, recurriendo a al fuerza armada para amenazar o violar la soberanía, la integridad territorial, o la independencia política de ese Estado...»¹⁷

En esta definición se incluía también una lista abierta de actos que constituyen agresión, entre los que cabe mencionar, la invasión, el bombardeo, el bloqueo de puertos o costas por las fuerzas armadas de un Estado contra el territorio de otro... etc., entre otras conductas.

En esta línea, autores como BASSIOUNI, partiendo de las diferentes propuestas que hemos visto¹⁸, han elaborado listas –no exhaustivas– de los actos concretos que podrían ser susceptibles de calificarse como actos de agresión de entre los que podemos señalar:

16 Cfr., Propuesta presentado por Alemania, UN Doc. PCNICC/1999/D p. 13, 30 DE Julio de 1999.

17 Cfr., Propuesta presentada por Bahrein, Irak, Libia, Líbano, Omán, República Árabe, Sudán y Yemen, UN Doc. PCNICC/1999/D p. 11, 26 de febrero de 1999.

18 En particular, haciendo una reelaboración del art. 3 de la Resolución 3314 (XXIX)

- a) la invasión o el ataque al territorio de un Estado por la Fuerzas Armadas de otro, o cualquier ocupación militar, incluso de carácter temporal, que resulte de tal invasión o de un ataque de ese tipo, o cualquier acto de anexión de todo o parte del territorio de otro Estado mediante el empleo de la fuerza.
- b) el bombardeo o la utilización de todo tipo de armas por las Fuerzas de un Estado contra el territorio de otro.
- c) el bloqueo de los puertos o costas de un Estado por la Fuerzas Armadas de otro Estado.
- d) el ataque por la Fuerzas Armadas de un Estado contra las Fuerzas Armadas de tierra, mar o aire o las flotas aéreas y marítimas de otro Estado.
- e) el uso de la Fuerzas Armadas de un Estado, que se encuentran estacionadas en el territorio de otro Estado con su aprobación, de manera contraria a las condiciones recogidas en el acuerdo, o cualquier ampliación de la presencia de dichas tropas en el territorio en cuestión con posterioridad a la fecha de vencimiento del plazo pactado.
- f) el acto de un Estado de permitir que su territorio, que estaba a disposición de otro Estado, sea empleado por este Estado para perpetración de actos de agresión contra un tercer Estado.
- g) el envío por u Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos de tropas no regulares o mercenarios, que se dediquen a llevar a cabo acciones armadas contra otro Estado, de gravedad equiparable a los actos anteriormente citados, o el hecho.¹⁹

Pero a pesar del trabajo de la Comisión Preparatoria, no existe todavía un acuerdo sobre lo que debemos entender como crimen de agresión, por lo que existe poca esperanza de que en un futuro, cuando se intente revisar el contenido del Estatuto y sus competencias, se llegue a un consenso sobre la concreta definición del tipo de agresión.

III. ELEMENTOS DEL TIPO DE CRIMEN DE AGRESIÓN

Una vez analizadas las diferentes propuestas sobre la definición del crimen de agresión, debemos empezar a analizar los elementos del tipo que se pretende criminalizar. En concreto, en lo que se refiere a los posibles sujetos activos del mismo, el bien jurídico protegido del delito, la no punibilidad de los actos preparatorios o la relevancia de intensidad de la violencia del acto agresivo, cuestiones estas que presentan una gran complejidad, cuestiones que podemos calificar de «vidriosas»²⁰.

¹⁹ Cfr., BASSIOUNI, C. M., *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*. Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 104 y ss.

²⁰ Cfr., ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La Corte Penal Internacional: un instrumento... cit., p. 14.

En cuanto a la autoría del delito, existe un consenso en entender que el sujeto activo del delito sólo pueden serlo en exclusiva los dirigentes políticos o militares de los Estados. Esta lógica delimitación del agente activo del delito nos indica que nos encontramos ante un delito especial²¹ que sólo puede ser cometido por unos sujetos que posean ciertas condiciones especiales que se requieran, en este caso, el ser el dirigente político o militar de un Estado. La importancia de la determinación de los posibles autores nos hará dedicar un apartado específico de este trabajo sobre este extremo²².

En segundo lugar tendremos que determinar cuál es el bien jurídico que se trata de proteger con la criminalización del agresión. En este caso, lo que resulta directamente atacado no es la vida o el bienestar de los seres humanos indefensos²³ sino que el ataque se produce a la soberanía, la independencia política o la integridad territorial del Estado y, más ampliamente, la paz y la seguridad internacional, valor primordial de la Organización de las Naciones Unidas²⁴. Nos encontramos pues con bienes jurídicos que descansan sobre una realidad inmaterial, y ante un delito que se debe calificar como pluriofensivo, pues como decimos, con el ataque un Estado no sólo se vulnera la soberanía e integridad de ese Estado sino que también se ha perjudicado la paz y la seguridad internacionales, otro bien jurídico que aunque inmaterial, es de vital importancia.

En tercer lugar, se exigirá que la conducta de agresión sobrepase un cierto umbral de violencia²⁵. Ya sea esta mediante una lesión flagrante o unívoca de la prohibición internacional de la violencia, mediante una cierta extensión o intensidad de las conductas violentas, o a través de algo mayor que una mera utilización de violencia «*de minimis*»²⁶. Mediante esta distinción se podrá diferenciar entre lo que constituirían meras conductas hostiles²⁷, de las que constituyen auténticas conductas de agresión. De todas formas, se entiende que el empleo de la fuerza armada por un Estado que actúa en primer lugar constituye prueba suficiente, *prima facie*, de un acto de agresión²⁸.

21 Vid., por todos, sobre los delitos especiales, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed. Ed. Reppertor, Barcelona, 2004, pp. 206 y ss.

22 Vid., *infra* «*Autoría del crimen de agresión*»

23 Como ocurre en el caso de los crímenes de guerra, contra la humanidad o el genocidio.

24 Cfr., BOLLO AROCENA, Mª D., *Derecho Internacional Penal...* cit., p. 286.

25 El comportamiento del Estado ha de constituir una violación lo suficiente grave de la prohibición enunciada en el párrafo 4 del art. 2 de la Carta de Naciones Unidas para ser considerada una agresión que entrañe responsabilidad penal personal.

26 Cfr., AMBOS K., *Temas de Derecho penal Internacional y europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 352.

27 O simplemente meras conductas de índole preparatorio, como la concentración de tropas en la frontera, o conductas de menor intensidad, como las escaramuzas fronterizas menores, ingresos esporádicos a territorio ajeno para la persecución de sublevados, etc.

28 Cfr., BASSIOUNI, C. M., *Derecho Penal Internacional...* cit., p. 104.

En cuarto lugar —como tendremos ocasión de analizar²⁹—, no serán punibles los actos preparatorios, al menos cuando ni siquiera alcanzan la tentativa de guerra de agresión³⁰.

Por último, en quinto lugar, en el art 5 de la Resolución 3314 (XXIX) se acertaba a concluir que ninguna consideración de índole política, económica o militar podía servir de justificación a una agresión, de manera que ninguna ventaja especial que resulte de la agresión será lícita ni será reconocida como tal. Se plantea aquí el problema de qué sucede en caso de intervenciones armadas en un Estado por causas humanitarias³¹ pues en principio, nos encontramos ante actos de agresión según el catálogo establecido en el art. 2 de la Resolución mencionada, que en algunos casos pueden estar justificados por el Derecho Internacional. No obstante, y a pesar de que la línea entre agresión e intervención humanitaria aún no ha sido claramente definida³², lo que sí está claro es que estas intervenciones no se deben hacer a través de la intervención agresiva sobre otro Estado y sí, y en todo caso, con el consenso de toda la comunidad internacional y la autorización de las Naciones Unidas, lo que eliminaría su calificación *strictu sensu* como acto de agresión.³³

Lo que sí quedarían excluidos del tipo del delito de agresión son las conductas de agresión interna, por ejemplo contra determinados grupos étnicos, como también conductas de agresión contra actores no estatales³⁴. Pero también quedan excluidos los actos derivados del derecho de autodeterminación, libertad e independencia de los pueblos privados de ellos, así como de los pueblos sometidos a regímenes colonialistas o racistas o cualquier otra forma de dominación, ni al derecho de esos pueblos de luchar con tal fin³⁵.

29 Vid., *infra* «Autoría del crimen de agresión»

30 Cfr., CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 114.

31 Vid., sobre la justificación jurídica de la intervención armada por causa de humanidad, GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Sobre la justificación (jurídica) de la intervención armada por causa de humanidad» en RAMÓN CHORNET, C., *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, *passim*.

32 Cfr., PÉREZ CEPEDA, A. I., «La globalización: guerra, prevención y Justicia Penal Internacional», en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed.) *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 1387.

33 Es decir, las pretendidas afirmaciones de defensa de la paz internacional y prevención para llevar acabo ataque contra los Estados, no tienen sentido si las acciones no se realizan al amparo del consentimiento de las Naciones Unidas y la Comunidad Internacional.

34 Estas conductas, que quedarían fuera del tipo de agresión, son subsumibles en otros delitos como genocidio o crimen contra la humanidad.

35 Cfr., BASSIOUNI, C. M., *Derecho Penal Internacional...* cit., p. 106. En cierto modo estaríamos ante la inserción de ciertas *causas de exculpación* bajo ciertas condiciones para usar la fuerza armada.

Junto a estos elementos, el crimen de agresión exige reflexionar, aunque brevemente, sobre la aplicabilidad al crimen de agresión de determinadas reglas específicas contenidas en el Estatuto de Roma como es el principio de complementariedad. Pues con respecto a este crimen se ha dicho que debería ser identificado como el único delito de competencia exclusiva de la jurisdicción internacional³⁶, salvo el supuesto del ejercicio de la función jurisdiccional por los Tribunales del Estado que cometió la agresión y respecto de sus propios nacionales³⁷.

Como vemos, el intento de tipificación llevado a cabo por la Comisión Preparatoria es insuficiente para que, una vez iniciado el procedimiento de revisión de Estatuto de la Corte Penal Internacional, se llegue a aprobar ésta con un mínimo de consenso, de suerte que deje por fin de ser una mera virtualidad la competencia material sobre el crimen de agresión.

A. Autoría del crimen de agresión

Si la autoría de los crímenes internacionales siempre ha sido una de las cuestiones más relevantes a la hora de enfrentarnos al análisis de estos delitos, en el caso del crimen de agresión este problema se reproduce si cabe, con más intensidad.

En un principio, puede parecer que este delito sólo puede ser ideado desde los más altos niveles de responsabilidad³⁸ puesto que un particular o grupo de particulares aisladamente difícilmente podrá idear una guerra de agresión³⁹. Si bien ello es cierto, también podría entenderse el autor en un sentido amplio como el miembro del gobierno, la persona que ocupa un alto cargo en el aparato militar, el cuerpo diplomático, los partidos políticos o el mundo de los negocios⁴⁰ ya que todos ellos, de un modo u otro, ostentan una posición de poder tal dentro del Estado que le permite participar de alguna manera en el planteamiento o la ejecución de los actos de agresión⁴¹. Esto es,

36 Pero como acertadamente señala REMIRO BROTONS, A., «Crimen de agresión, crimen sin castigo» en *Política Exterior*, 108, Noviembre/Diciembre 2005, p. 153 si consideramos que el crimen de agresión, por su naturaleza sólo es perseguible ante instancias judiciales internacionales, «estamos muertos».

37 Cfr., ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La Corte Penal Internacional: un instrumento... cit., 15-33 y ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable», en MARIÑO MENÉNDEZ, F., (ed.), en *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI*, Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, Trotta, 2002, cit., p. 247.

38 Por ello se ha venido en denominar «*crimen de dirigentes*».

39 Cfr., BOLLO AROCENA, M^a D., *Derecho Internacional Penal...* cit., p. 286.

40 Como realmente no interesa su posición formal como miembro del gobierno, de ello resulta que pueden ser autores también las élites funcionales del ámbito económico.

41 De esta forma, un jefe de Estado no podría por sí sólo hacer una guerra de agresión sin colaboración, y así lo determinó el Tribunal de Nuremberg al afirmar que «*Hitler no podía, por sí sólo, hacer una guerra de agresión. Necesitaba de la colaboración de estadistas, jefes militares, diplomáticos y financieros*».

lo importante y necesario para cometer el crimen de agresión es la utilización de ese poder del Estado que le infiere el ocupar una posición de responsabilidad política, económica o militar⁴², y no tanto pertenecer a los más altos niveles de responsabilidad.

Es por tanto un delito especial que sólo puede ser cometido por unos sujetos concretos, pero esta autoría será entendida en un sentido amplio⁴³ como aquellos sujetos de alta responsabilidad y poder dentro de un Estado y no sólo los miembros del gobierno y el poder militar.

Consecuentemente con lo dicho hasta ahora, no serían sujetos activos del delito de agresión y por tanto estarían exentos de responsabilidad penal, tanto los miembros del gobierno, el poder militar, el cuerpo diplomático o de negocios que, aún habiendo participado en la guerra de agresión, no lo hayan hecho de manera consciente y deliberada, como los miembros de las fuerzas armadas que, en cumplimiento de una orden, llevasen a cabo el concreto acto de agresión⁴⁴. Esto, como es lógico, no elimina su responsabilidad por otras conductas en las que pudieran incurrir en su realización⁴⁵.

Al mismo tiempo, la amplitud del concepto de autoría especial viene matizado por el hecho de que no es sólo necesario el participar en una guerra de agresión, sino que debe concurrir la efectiva conciencia y voluntad de ejecutar una guerra de agresión⁴⁶. Pero esta exigencia, de especial relevancia en el caso de los que no han tenido una posición especialmente relevante en la realización de la agresión es según BOLLO AROCENA una obviedad en el supuesto de las máximas autoridades de un Estado en cuyo caso habría que partir de la premisa contraria, es decir, del conocimiento pleno y absoluto de los planes o política de agresión⁴⁷.

Pero resulta muy controvertido en este punto el debate sobre la necesidad o no de una determinada y específica finalidad por parte de los autores. Es decir, si realmente estamos ante una subjetivización del tipo de manera que no sería suficiente el dolo general sino que este debiera ser acompañado de una intención específica en

42 Es decir, el autor se debe encontrar en una posición en la cual esté *efectivamente* en condiciones de ejercer cualquier tipo de control. A esta conclusión se llegó en el seno de la Comisión de Derecho Internacional celebrada en 1988.

43 Vid., con la misma opinión, AMBOS K., *Temas de Derecho penal Internacional...* cit., 355.

44 La aplicabilidad de las reglas generales del Derecho penal hace que los intervinientes en una guerra de agresión en un plano inferior no sean punibles, ni tan siquiera como cómplices de una guerra de agresión.

45 Así, podrán ser responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad...

46 Como señala PÉREZ CEPEDA, A. I., «La globalización: guerra,...» cit., p. 1382, hace falta que la participación haya sido deliberada y se haya verificado con conocimiento de causa, en el marco de un plan o una política de agresión.

47 Cfr., BOLLO AROCENA, M^a D., *Derecho Internacional Penal...* cit., p. 305, que pone como ejemplo el caso de la responsabilidad de Saddam Hussein por la invasión de Kuwait.

sentido técnico, de un elemento subjetivo más allá del dolo. De esta suerte, no sería suficiente con una finalidad trascendente y agresiva, la efectiva conciencia y voluntad de ejecutar una guerra de agresión, sino que un sector se inclina por entender que es necesaria la búsqueda de la ocupación o anexión o subordinación del Estado agredido⁴⁸.

Pero de establecerse la exigencia de esta intención específica se derivarían importantes consecuencias⁴⁹. La más importante es que implicaría asumir que nos encontramos ante un delito de naturaleza similar al genocidio, que exige una intención o finalidad específica, con todo lo que ello supone⁵⁰. También que ello supondría enfrentarse a la problemática de la práctica procesal de demostrar que la concreta violencia perseguía un objetivo determinado. Y por último su asunción supone una importante limitación del tipo de agresión, de manera que será más práctico ver el injusto adicional en la lesión de la integridad territorial o de la independencia política del Estado agredido, que no en una específica intención del autor de difícil —o imposible— probación procesal.

B. Actos preparatorios

Por otra parte, como ya hemos visto, en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg las conductas de planificación, preparación y orden de llevar adelante la conducta agresiva constituían el núcleo de la conducta del crimen de agresión, de manera que en un principio, se estableció que no era necesario que los propios dirigentes y organizadores hubieran perpetrado en crimen de agresión puesto que ya sería responsables por el hecho de haber ordenado el acto.

No obstante, la Comisión Preparatoria entendió que el acto de planificar, preparar u ordenar una agresión sólo debe castigarse cuando efectivamente tenga lugar un acto de agresión, de manera que no serían autores de este delito los que lo planeen o preparen si efectivamente no se produce el mismo. Es decir, en el delito de guerra de agresión se castigará únicamente las conductas ejecutivas y no los actos de pla-

48 Vid., AMBOS K., *Temas de Derecho penal Internacional...* cit., 353 y 354. Esta fue la opción presentada por Alemania, UN Doc. PCNICC/1999/D p. 13, 30 de Julio de 1999, que pretendía circunscribir el crimen al ataque armado cuyo objeto sea la «ocupación militar o la anexión territorial».

49 Como señala REMIRO BROTONS, A., «Crimen de agresión, crimen... cit., p. 150, de aceptar que sólo el ataque armado cuyo objeto sea la ocupación militar o la anexión territorial es un crimen de agresión, la destrucción de un país a distancia o desde el aire sin intención de poner un pie en el no sería perseguible criminalmente.

50 Pues si se incorpora esta exigencia habrá que, por una parte asumir la cuestión de cómo ha de llenarse concretamente el requerimiento de esta necesidad, es decir, la concepción de esa intención y, por otra parte, tener en cuenta todas las exigencias de la dogmática penal que se derivan de los delitos en los que está presente una intención específica.

nificación, o preparación. Para que sea punible la intervención en la planificación y en la preparación de una conducta de agresión requiere que ésta haya alcanzado al menos, el estado de tentativa⁵¹.

No obstante, las conductas de participación, como la colaboración o complicidad⁵² en una guerra de agresión, sí son perseguibles y son numerosas las Resoluciones que reconocen la prohibición de estas conductas⁵³. De este modo, un Estado es responsable por complicidad cuando copulativamente presta ayuda en la comisión y realización de una guerra de agresión⁵⁴.

C. Inmunidades

Por último, se nos presenta el grave problema de la inmunidad de jurisdicción de la que pueden disfrutar las máximas autoridades de los Estados que podría impedir que, llegado el caso, se les pudiese exigir responsabilidad por la comisión de una guerra de agresión. Si bien excedería con mucho realizar en este trabajo un análisis de lo que supone la inmunidad jurisdiccional a la hora de la búsqueda de la persecución de la impunidad de los crímenes internacionales más graves, sí debemos referirnos brevemente a lo que supone las inmunidades con respecto al crimen de agresión, en particular, la particularidad que éstas pueden ocasionar con respecto a la CPI.

De esta suerte, el art. 98 del Estatuto de Roma que establece que:

«...la Corte Penal Internacional no dará curso a la solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con la obligaciones que le imponga el Derecho Internacional con respecto a la inmunidad de un Estado (...) salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad⁵⁵»

51 Cfr., AMBOS K., *Temas de Derecho penal Internacional...* cit., 353.

52 Sin embargo, no parece que ocurra lo mismo con la inducción a la realización de una conducta antijurídica de agresión.

53 Vid., entre otros el art. 16 de la Resolución 56/83 del Consejo General de la ONU sobre responsabilidad del Estado de 12 de diciembre de 2001 y el art. 16 del borrador de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU de noviembre de 2001.

54 El reconocimiento de la punibilidad de la complicidad en una guerra de agresión podría suponer la posibilidad de apreciar la responsabilidad de los «Estados cómplices», o más concretamente de los máximos dirigentes de estos, que participaron en la guerra de agresión contra Irak. Vid., por todos, sobre la posible complicidad punible del gobierno de la República Federal Alemana por la guerra de agresión contra Irak, AMBOS K., *Temas de Derecho penal Internacional...* cit., pp. 359 y ss.

55 Como indica REMIRO BROTONS, A., «Crimen de agresión, crimen... cit., p. 137 y ss., esta última cláusula ha sido un coladero para las decenas de acuerdos que con tal fin ha celebrado EEUU para proteger a sus ciudadanos de la Corte.

Pero si de una primera lectura podría deducirse que la competencia de la CPI se ve completamente limitada por la existencia de una inmunidad jurisdiccional, lo cierto es que el Consejo de Seguridad, una vez calificado el acto como de agresión⁵⁶, podrá aprobar una resolución sobre la base del Capítulo VII de la Carta que obligue al Estado en cuestión a proceder a la entrega del responsable o responsables de tal acto a la CPI, doblegando de ese modo el principio de inmunidad de jurisdicción de los órganos del Estado⁵⁷.

IV. LA CALIFICACIÓN DEL CRIMEN DE AGRESIÓN. EL PAPEL DE CONSEJO DE SEGURIDAD

El otro gran problema que se plantea con respecto al crimen de agresión es la denominada condición de procedibilidad consistente en la necesaria declaración previa de la existencia de un acto de agresión por parte del Consejo de Seguridad para que la CPI pueda ejercer su jurisdicción sobre este crimen.

Con la exigencia de la condición de procedibilidad se tomó ya una importante decisión acerca de la definición del acto de agresión, pues otorgar al Consejo de Seguridad la potestad de calificar en cada caso el crimen de agresión supone la relativización y abandono del principio de legalidad y de seguridad jurídica que proporcionaría mantener una clara definición del crimen de agresión⁵⁸.

El Consejo de Seguridad, según el art. 24.1 de la Carta de Naciones Unidas, es quien tiene «la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales», así como «la responsabilidad de determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión» (art.39)⁵⁹. Es por tanto, en virtud de estos artículos, el Consejo de Seguridad el competente para la determinación de la existencia de la agresión.

La competencia del Consejo de Seguridad fue una cuestión de debate que más conflicto causó en la Comisión Preparatoria pues muchos reclamaban la posibilidad de persecución del crimen de agresión con independencia de los pronunciamientos del Consejo de Seguridad al representar su papel en otro orden⁶⁰. Finalmente, en la

56 Vid., *infra* «La calificación del crimen de agresión. El papel del Consejo de Seguridad»

57 Cfr., BOLLO AROCENA, M^a D., *Derecho Internacional Penal...* cit., p. 306.

58 Cfr., QUEL LÓPEZ, J., «La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n^o 4, Madrid, 2000, p 103.

59 Se trata de su responsabilidad primordial, aunque no exclusiva, porque también la Asamblea General puede, según la Carta (art., 10, 11, 12 y 14), discutir y hacer recomendaciones sobre toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

60 Sobre esta postura y en general sobre la problemática que supone otorgar al Consejo de Seguridad la calificación del crimen de agresión vid., REMIRO BROTONS, A., «Crimen de agresión, crimen... cit., p. 137 y ss.

Conferencia de Roma quedó perfilado en el art. 13 del Estatuto que esa competencia correspondería al Consejo de Seguridad, pero al igual que ocurrió con el resto de cuestiones, las concretas condiciones de procedibilidad quedaron postergadas para un posterior debate.

Así pues, en el seno de la Comisión Preparatoria dos fueron los modelos propuestos sobre los que se ha desarrollado el debate⁶¹. Por una parte, la propuesta presentada por Grecia y Portugal, el documento PCNICC/2000/WGCA/D p. 5 y, por otra parte, la propuesta presentada por Bosnia-Herzegovina, Nueva Zelanda y Rumania contenida en el documento PCNICC/2001/WGCA/D p.1.⁶²

En la primera propuesta, la CPI tendrá que instar al Consejo de Seguridad para que se pronuncie sobre la existencia de la agresión con carácter previo al ejercicio de su jurisdicción. Este pronunciamiento del Consejo de Seguridad quedaría condicionado a un plazo⁶³, de manera que si este hubiese acabado sin haber obtenido respuesta, la CPI podría ejercer su jurisdicción. En cierto modo, estamos ante la posibilidad de establecer un silencio positivo por parte de Consejo de Seguridad⁶⁴.

Pero también, y con relación a esta primera propuesta, se barajan dos posibilidades⁶⁵. Por una parte, la posibilidad de actuación de la CPI en el caso, ya no de inactividad del Consejo de Seguridad, sino en el caso de que éste en vez de calificar unos hechos como crimen de agresión, los califique de modo genérico como actos amenazadores o quebrantadores de la paz. Y por otra parte, la posibilidad de diseñar algún tipo de mecanismo de presión para obligar al Consejo de Seguridad a pronunciarse acerca de un determinado asunto, lo que atendiendo al carácter fuertemente político e independiente del Consejo, se nos revela singularmente quimérico.

En la segunda propuesta se establece un sistema de competencia subsidiaria y en cadena de manera que, ante la falta de contestación del Consejo de Seguridad, la competencia estaría atribuida a la Asamblea General, excluyendo de esta forma

61 También hubo propuestas como la de Cuba (ICC-ASP/2/SWGCA/D p. 1) que propugnaban la independencia absoluta de la Corte.

62 Ambas propuestas están recogidas en el documento PCNICC/2002/WGCA/RT.1, titulado *Definición del crimen de agresión y condiciones para el ejercicio de la competencia. Documento de debate propuesto por el Coordinador*.

63 Se suele partir de un plazo que no excedería de los doce meses, aunque también se barajó la posibilidad de reducir el límite a seis meses.

64 Como señala QUEL LÓPEZ, J., «La competencia material de los... cit., p. 104, la instauración del silencio positivo a favor de la Corte en caso de imposibilidad o falta de voluntad del Consejo para calificar la conducta pretendidamente agresiva constituiría la instauración de un mecanismo útil que garantizaría la plena eficacia de las reglas de competencia previstas en el Estatuto.

65 Vid., con mayor detalle sobre estas dos posibilidades, BOLLO AROCENA, M^a D., *Derecho Internacional Penal...* cit., pp. 298 y 299.

la participación de la Corte en el caso de que no exista una previa decisión política⁶⁶. Según esta propuesta, la actividad de la Asamblea General estaría avalada por el contenido de la Resolución 377 (V), «Unión Pro Paz» o «Resolución Acheson», aprobada el 3 de noviembre de 1950 según la cual:

«...si el Consejo de Seguridad por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales en todo caso que resulte haber una amenaza a la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas»

Al igual que sucede con la primera propuesta, en esta segunda podemos encontrar otra posibilidad relacionada. Nos referimos a la posibilidad de que la actividad de la Asamblea General no sea subsidiaria a la inactividad del Consejo de Seguridad, sino que se configure también como un órgano que puede desempeñar una función de bloqueo en el seno del Consejo de Seguridad, es decir, no ya una posición subsidiaria sino en cierto modo alternativa. De esta forma, podría darse la posibilidad de que la Asamblea General declare la existencia de un acto de agresión estatal en el supuesto en el que alguno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad bloquee, a través del ejercicio del derecho al veto, la aprobación de una resolución en la que se fuera a calificar como agresión las conductas llevadas a cabo por un Estado⁶⁷.

Son dos propuestas muy diversas pues, si bien las dos parten del presupuesto inicial ineludible de la participación del Consejo de Seguridad, en la primera se da una mayor relevancia e independencia a la Corte —pues en caso de que el Consejo de Seguridad no tome una decisión podrá entrar a conocer igualmente—, mientras que en la segunda, la actividad de la CPI quedará siempre condicionada a una decisión previa de carácter político por parte del Consejo de Seguridad o, de modo subsidiario de la Asamblea General⁶⁸.

Estas dos propuestas van a tener importantes consecuencias. La primera consecuencia que se deriva de ello es que, en todo caso y según las dos propuestas, nunca se podría producir una discrepancia entre la CPI y el Consejo de Seguridad a la hora

66 Pero también existe otra posición que entiende que si después de un plazo de seis meses la Asamblea no se pronuncia, la Corte podrá ejercer plenamente su competencia, es decir, no se excluye la participación de la Corte en todo caso sin una previa decisión política, sino que ésta queda condicionada al ejercicio subsidiario de la competencia por parte de los órganos de Naciones Unidas.

67 Cfr., BOLLO AROCENA, M^a D., *Derecho Internacional Penal...* cit., 301.

68 Como indica, REMIRO BROTONS, A., «Crimen de agresión, crimen... cit., p. 150 lo que persiguen estos estados es extender al Estatuto de la CPI el privilegio del veto de sus miembros permanentes y la impunidad para ellos y sus protegidos.

de calificar una conducta que inicie el proceso penal pues siempre se parte del sometimiento material del Estatuto a la Carta, lo que excluye toda tentativa de funcionar autónomamente por parte de la Corte⁶⁹, actuando en contra de lo señalado en el pronunciamiento del Consejo de Seguridad o intentando poner en marcha otro sistema alternativo o supletorio de declaración de la agresión que considere más beneficioso para sus intereses y competencias⁷⁰.

La segunda consecuencia es que dependiendo de la propuesta, la naturaleza jurídica de la declaración será diferente⁷¹. Así, en la primera propuesta la declaración previa de agresión se integraría dentro de la propia definición de agresión lo que supondría otorgar al Consejo de Seguridad una naturaleza cuasi-judicial⁷², mientras que en la segunda propuesta constituiría una condición de procedibilidad que no se integraría dentro de la definición de crimen de agresión.

A pesar de la importancia que se quiere otorgar a la declaración previa por parte de los órganos de Naciones Unidas —el Consejo de Seguridad y subsidiariamente la Asamblea General—, ésta debe ser entendida como una condición de procedibilidad, un requisito para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte —que no está integrada dentro del tipo— una vez que en términos subjetivos y objetivos se haya producido un crimen de agresión, es decir, su naturaleza es meramente declarativa y no constitutiva del tipo.

Por otra parte, la segunda posición —que exige en todo caso una declaración por alguno de los órganos de Naciones Unidas— plantea el problema de que ocurre entonces cuando el Consejo de Seguridad, por falta de voluntad o incapacidad ante el ejercicio del derecho a veto por uno de sus miembros permanentes, por motivos políticos⁷³ no declare la existencia de un claro supuesto de agresión estatal.

Se plantea de este modo si en el caso de que no se haya calificado una conducta como crimen de agresión, se podría exigir responsabilidad a los máximos responsables de un Estado. Es decir, se trata pues de establecer en que medida existe un nexo indisoluble entre la declaración por parte del Consejo de Seguridad de estar en presencia de un acto de agresión y la responsabilidad internacional penal del individuo, de manera que esta declaración —de naturaleza en muchas ocasiones política— se convierta en un presupuesto imprescindible para que se pueda exigir esta responsabilidad penal.

69 Cfr., QUEL LÓPEZ, J., «La competencia material de los... cit., p. 103.

70 Cfr., ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Corte Penal Internacional... cit., p. 262.

71 Vid., sobre la diferente naturaleza jurídica de la declaración dependiendo de la propuesta considerada, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Corte Penal Internacional... cit., pp. 254 y ss.

72 Lo que afectaría a la independencia e imparcialidad de la Corte Penal Internacional.

73 Como ya tendremos ocasión de ver, *infra* «La guerra de agresión en el nuevo orden global» el fuerte carácter político del Consejo hará que los cinco grandes con derecho a veto sólo denunciarán la existencia de un acto de agresión en los casos en que ninguno de sus aliados o clientes se encuentre implicado en los hechos.

Para los partidarios de esta segunda opción, la declaración previa del Consejo de Seguridad se revela imprescindible. De esta suerte, la CPI no podría, ante la inactividad del Consejo, exigir responsabilidades penales prejuzgando la comisión de un ilícito internacional, y ello por dos razones. En primer lugar, porque supondría en cierto modo que el Consejo de Seguridad quedaría obligado ante la decisión adoptada por la CPI, y en segundo lugar, porque es poco probable en la práctica, que la Corte llegue a exigir responsabilidades al margen del Consejo⁷⁴.

Y es poco probable, además de por razones de pacífico funcionamiento entre los dos organismos, por la existencia de la competencia que el art. 16 del Estatuto⁷⁵ confiere al Consejo de Seguridad, pues le permite la posible paralización temporal de cualquier proceso abierto mediante resolución adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas⁷⁶. No obstante, como señala acertadamente BOLLO AROCENA, si la declaración previa de crimen de agresión está condicionada al posible ejercicio del derecho al veto, de la misma forma el ejercicio de la paralización de un procedimiento llevado a cabo por la CPI estará condicionado igualmente por ese derecho al veto⁷⁷.

Por último, no debemos olvidar otra interesante propuesta, aquella en la cual la competencia podría ser atribuida al Tribunal Internacional de Justicia. Pero ésta sólo podría actuar en el caso de que se solicitase su opinión consultiva por parte del Consejo de Seguridad o la Asamblea General. Esta propuesta, que recibió numerosas críticas, presentaría una gran ventaja, pues sería un órgano jurisdiccional el que bajo parámetros jurídicos definiría el concreto crimen de agresión⁷⁸, pero también presentaría algunos inconvenientes, como la posibilidad de colisión entre la decisión del Tribunal Internacional de Justicia y la CPI⁷⁹.

74 Vid., BOLLO AROCENA, M^a D., *Derecho Internacional Penal...* cit., pp. 290 y ss.

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

76 Esto ocurriría en el caso de que la Corte decidiera situarse en una posición de clara beligerancia frente al Consejo de Seguridad.

77 Cfr., BOLLO AROCENA, M^a D., *Derecho Internacional Penal...* cit., p. 295.

78 En este sentido se pronuncia REMIRO BROTONS, A., «Crimen de agresión, crimen... cit., p. 153, que entiende que si la actuación de la CPI debiera depender del pronunciamiento previo de otro órgano declarando la agresión, lo lógico sería atribuir dicha competencia al órgano judicial principal de las Naciones Unidas.

79 Cfr., ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Corte Penal Internacional... cit., p. 261.

Al margen de todas estas cuestiones —de la exclusividad o no de esta competencia por parte del Consejo de Seguridad⁸⁰, de la posible actuación de la CPI en caso de inactividad del Consejo y de cómo estas cuestiones afectan a la naturaleza de esa previa declaración— merece, por último, una especial atención el procedimiento específico adoptado por el Consejo de Seguridad a la hora de tomar una decisión sobre la calificación del crimen de agresión.

En primer lugar, el Consejo de Seguridad se sirve de los parámetros establecidos en la Resolución 3314 (XXIX)⁸¹ a la hora de determinar lo que se debe considerar como ilícito internacional de agresión. Pero siendo esta una lista abierta puede considerar que actos no contenidos en ella son susceptibles de ser calificados como actos de agresión y al contrario, puede considerar que en un determinado caso esa conducta, que inicialmente podría merecer la calificación de «agresiva», no lo es⁸².

En segundo lugar, la intervención del Consejo de Seguridad puede producirse por diversas vías⁸³. Por una parte puede ser el propio Consejo de Seguridad el que remita un asunto a la CPI, habiendo así cumplido de oficio su obligación de declaración previa. Por otra parte puede ser que sea un Estado parte el que ponga en conocimiento de la Corte la existencia del crimen de agresión, o sea el Fiscal el que decida iniciar las investigaciones, para lo cual deberá comprobar si ya existe una declaración previa, y si no existe deberá instar al Consejo a que se pronuncie al respecto⁸⁴.

Y en tercer lugar, una vez que ha habido declaración por parte del Consejo de Seguridad, la actividad de la CPI sólo estará limitada en el ejercicio de su jurisdicción por el Estatuto, los elementos de los crímenes y la reglas de procedimiento y prueba⁸⁵, sin olvidar la posibilidad ya mencionada de que disfruta el Consejo de Seguridad, en virtud de la competencia que le otorga el art. 16, de paralización temporal de cualquier proceso abierto en la Corte.

V. LA GUERRA DE AGRESIÓN EN EL NUEVO ORDEN GLOBAL

Una vez analizada la posible definición de crimen de agresión, los elementos del tipo y el importante requisito de procedibilidad de la declaración previa de califi-

80 Vid., sobre la posibilidad de que esta competencia sea atribuida subsidiariamente a la Asamblea General o al Tribunal Internacional de Justicia, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Corte Penal Internacional... cit., pp. 250 y 251.

81 Pero realmente se trata de una mera guía no vinculante para el Consejo de Seguridad.

82 Ejemplo paradigmático en este punto lo constituye la Resolución 660 (1990) del Consejo de Seguridad según la cual, la invasión de Kuwait por Irak no vendría a constituir un acto de agresión sino «una ruptura en la paz y la seguridad internacionales».

83 Vid., art. 13 del Estatuto de Roma.

84 Cfr., ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Corte Penal Internacional... cit., p. 257.

85 Cfr., ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Corte Penal Internacional... cit., p. 262.

cación de agresión por parte del Consejo de Seguridad, no debiéramos acabar este análisis del crimen de agresión sin hacer una breve referencia a su contextualización en lo que se ha venido denominando «nuevo orden global».

Este nuevo orden global deja de lado el tradicional Derecho Internacional y, en particular, deja de lado a las Naciones Unidas y a la CPI ante el avance de poder de las grandes potencias estatales o más bien, de las grandes potencias transnacionales.

En este nuevo contexto, las guerras de agresión serán llevadas a cabo por una coalición de Estados, una nueva fuerza transnacional que obviando los tratados internacionales, se constituirán al margen del Consejo de Seguridad para proceder al uso de la fuerza.

Esto fue lo ocurrido en el caso de la reciente agresión a Irak. En ella, se obviaron las consideraciones del Consejo de Seguridad a la hora de iniciar una guerra de agresión y bajo la fórmula *Uniting for Peace*, por parte del Gobierno de los Estados Unidos y Gran Bretaña y España, se constituyó un acto deliberado de deslegitimación del sistema jurídico internacional⁸⁶.

Habiendo sucedido esto con el crimen impune de agresión al Estado iraquí, podemos deducir cuatro líneas futuras de evolución con respecto al crimen de agresión y la búsqueda de su no impunidad.

En primer lugar, si en el caso de la guerra de agresión a Irak se obviaron las decisiones del Consejo de Seguridad, del mismo modo se obviarán las consideraciones del Consejo de Seguridad a la hora de una hipotética declaración previa de acto de agresión por su parte como requisito de procedibilidad para que la CPI pueda entrar a enjuiciar los actos de agresión.

En segundo lugar, en estos momentos nunca se lograría un acuerdo por parte de los cinco grandes Estados con derecho a veto para declarar la existencia de una guerra de agresión, pues manipulan e inciden en las decisiones del Consejo⁸⁷.

En tercer lugar, aunque la CPI llegase alguna vez a tener competencia sobre la materia, seguiría existiendo la posibilidad de la paralización de sus actuaciones por parte del Consejo de Seguridad a través del uso de la competencia que le viene atribuida por el art. 16 del Estatuto, es decir, estos países con derecho al veto lo utilizarían por motivos políticos para paralizar la actividad de la Corte siempre que esta no les convenga.

Y en cuarto y último lugar, con menos motivo se admitirá la efectiva inclusión y definición del crimen de agresión pues como dijimos, está condicionado a un complejo sistema de revisión del Estatuto en el que se ve implicada no sólo la CPI

86 Cfr., PÉREZ CEPEDA, A. I., «La globalización: guerra... cit.», p. 1384.

87 O sólo se conseguiría ese acuerdo y se denunciaría así la existencia de un acto de agresión en los casos en que ninguno de sus «aliados» o «clientes» se encuentre implicado en los hechos.

sino también las Naciones Unidas y, como miembros de éstas, los países que tienen importante interés en que la labor de la CPI con respecto al crimen de agresión nunca se haga efectiva⁸⁸.

VI. CONCLUSIONES

Si ya a lo largo de este artículo se ha intentado en los diferentes puntos tratados poner de manifiesto cuales de las teorías de las aquí expuestas se consideran más acertadas, no quisiera perder aquí la oportunidad de realizar un breve posicionamiento de aquellas más polémicas de las aquí señaladas.

En primer lugar, es de vital importancia que se produzca una definitiva y cerrada definición y delimitación de los elementos del tipo de lo que se debe entender por crimen de agresión, sin tener así que recurrir a la definición genérica contenida en la Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, de manera que ello constituiría un gran avance en la garantía de la legislación internacional humanitaria y de los derechos humanos⁸⁹.

Para la definición de agresión parecen acertadas y completas las diferentes enumeraciones de conductas ya mencionadas el hecho de que se trate de listas de carácter no exhaustivo, también parece lo más atinado en orden a poder dar cabida a supuestos no planteado en un primer momento como actos de agresión.

En segundo lugar y por los motivos ya expuestos, parece que lo más acertado sería construir un tipo de crimen de agresión en que el único requisito subjetivo fuese un dolo genérico que implicaría la efectiva conciencia y voluntad de ejecutar una guerra de agresión. Pero no así un específico elemento subjetivo, un ánimo específico integrado por la búsqueda de la ocupación o anexión o subordinación del Estado agredido.

Y en tercer y último lugar, el otro gran problema que merece un posicionamiento es qué propuesta de las presentadas en el seno de la Comisión Preparatoria con respecto a la actuación del Consejo de Seguridad en la elaboración de la declaración previa de agresión se ha de considerar más acertada. Partiendo de la base de lo inadecuado, a mi juicio, de introducir una condición de procedibilidad –pues supone imponer una dependencia política del CPI al Consejo de Seguridad⁹⁰–, de tener que decantarse por alguna de las opciones planteadas por la Comisión preparatoria, pare-

88 Así, como reconoce ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La Corte Penal Internacional: un instrumento... cit., p.14, el crimen de agresión sigue estando entre los *«problemas pendientes»*».

89 Cfr., PÉREZ CEPEDA, A. I., «La globalización: guerra... cit., p. 1386.

90 Como indica REMIRO BROTONS, A., «Crimen de agresión, crimen... cit., p. 151, la dependencia política del CPI al Consejo de Seguridad ya aparece reflejada con la existencia del art. 16 del Estatuto de Roma. La condición de procedibilidad supone así otro ejemplo de esa dependencia.

ce que aceptar la posibilidad de un silencio positivo, que permita así a la CPI entrar a enjuiciar en caso de la inactividad o falta de acuerdo por motivos políticos por parte del Consejo de Seguridad, parece lo más acertado. De este modo, la falta de acuerdo por intereses políticos no evitaría la actuación de la CPI, paralizando así la posibilidad de exigir responsabilidad a los máximos dirigentes de un Estado agresor.

No obstante, también sería sumamente positivo el diseño de un cauce de diálogo permanente entre la CPI y el Consejo de Seguridad, de manera que de existir esa negación de la declaración de agresión por motivos meramente políticos, pueda existir algún tipo mecanismo por el cual la CPI pueda instar a que, por ejemplo, el Consejo de Seguridad reconsidere su posición.

La correcta tipificación del crimen de agresión, así como la consecución de su efectiva aplicación por parte de la CPI supondrá, como indica PÉREZ CEPEDA, conseguir que la Corte asuma la garantía del derecho humano más importante, el derecho a vivir en paz, así como incluso, la seguridad y el orden mundial⁹¹.

91 Cfr., PÉREZ CEPEDA, A. I., «La globalización: guerra,... cit., p. 1397. Sin embargo, autores como ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La Corte Penal Internacional: un instrumento.. cit., p. 15, formulan serias dudas sobre la idoneidad de la incorporación del crimen de agresión al Estatuto de Roma debido a que la forma en que la competencia se le atribuye, y a la enorme indefinición conceptual y procesal que lo rodea.