

El Crimen de Agresión en el Derecho Internacional*

Juan Pablo Pérez-León Acevedo**

1. Introducción

La calificación del crimen de agresión como crimen internacional ha sido uno de los temas más álgidos del Derecho Internacional (en adelante DI). Esta dificultad se origina por diversas razones, entre las cuales, tenemos el carácter eminentemente político que entraña la definición del crimen de agresión como acto ilícito que virtualmente no puede ser atribuido más que al Estado. También tenemos la problemática de determinar los elementos subjetivos y objetivos del crimen de agresión que puedan generar la responsabilidad internacional individual.

En este punto, como bien resalta Clark,¹ es importante señalar que cuando hablemos de agresión respecto al Estado la expresión apropiada es acto de agresión, mientras que cuando nos refiramos al individuo lo aplicable es hablar del crimen de agresión. Un acto de agresión implica la responsabilidad estatal en tanto ha sido prohibido por el DI generándose un acto ilícito internacional. La responsabilidad internacional del individuo por el crimen de agresión marcha paralela a la responsabilidad estatal. Por lo tanto, se afirma la idea de sancionar penalmente al individuo que inicie u ordene iniciar una agresión, lo que no significa negar la responsabilidad estatal sino su generación diferenciada y concurrente.

2. Aspectos Generales

El Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg (al igual que el de Tokio) ubica al crimen de agresión (en especial una guerra de agresión) en la categoría de crímenes contra la paz e implica responsabilidad internacional individual,² como estableció la sentencia de Nüremberg. Por su parte, en el marco de la versión de 1954 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI), se abandona la terminología de crímenes contra la paz y la referencia a la guerra de agresión. Se decide entonces incluir, de manera directa, a la agresión y la amenaza de agresión.³ No obstante, el Proyecto de Código no ofrece definición alguna del crimen de agresión, aunque incluye una lista de conductas que constituirían este crimen. Los debates posteriores en la CDI condujeron a excluir de los trabajos de codificación de los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, la tarea de definir la agresión. Por lo tanto, los problemas de fondo (es decir definir el crimen agresión) no fueron disipados.

A nivel de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU) destaca, por su

* El presente artículo está basado (con las respectivas adaptaciones) en la tesis con la cual el autor obtuvo el título de abogado con mención *suma cum laudem* por unanimidad.

** Bachiller en Derecho y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia de los Cursos Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos y Jurisdicción Internacional en la misma universidad.

1 CLARK, Roger. «Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court». En: *Leiden Journal of International Law*, n.º 15, 2002, pp. 873.

2 Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg, artículo 6.a. CRIMES AGAINST PEACE: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a Common Plan or Conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing.

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio en su artículo 5.a. reproduce dicho contenido.

3 Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1954, artículo 2.

influencia en los posteriores procesos de codificación, la Resolución 3314.⁴ Esta Resolución define a la agresión en los siguientes términos:

La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición.⁵

De conformidad con la definición general citada, se pone énfasis en la utilización primaria de la fuerza armada por un Estado como prueba de un acto de agresión, para luego enumerar los actos de agresión.⁶ Sin embargo, estas disposiciones son indeterminadas toda vez que dependen de la apreciación discrecional reservada al Consejo de Seguridad de la ONU. De igual manera, en torno a la utilización primaria de la fuerza armada, el Consejo de Seguridad puede concluir que no constituye un acto de agresión. En lo relativo a la enumeración de los actos de agresión, la Resolución 3314 precisa que tal relación no es exhaustiva y que el Consejo de Seguridad puede determinar actos que constituyan agresión. Ahora bien, como señala Cassese,⁷ la práctica internacional sugiere que a nivel de DI consuetudinario, acciones tales como el ataque de Irak hacia Kuwait configuran el crimen de DI de agresión. Por otro lado, se debe precisar que las conductas contenidas en la Resolución 3314 son las formas tradicionales de agresión, pero también puede darse el caso de nuevas formas de agresión como por ejemplo la iniciación de un conflicto armado contra otro Estado a través de nuevos métodos de guerra (armas nucleares, entre otros) o un ataque terrorista expandido y a gran escala efectuado por organizaciones no estatales como advierte Bugion.⁸

Con el reinicio de los trabajos de la CDI sobre la codificación de los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, en 1982, se reabrió el debate relativo a la codificación del crimen de agresión y al problema de su definición. La última versión del Proyecto de Código no contiene definición alguna del crimen de agresión, pese a que reconoce la responsabilidad individual por los actos que forman parte de ese crimen.

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), el crimen de agresión únicamente figura

entre las conductas punibles por la CPI, aunque no se da una definición:

La Corte ejercerá competencia con respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 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.⁹

La propia inclusión del crimen en estudio fue bastante discutida. Así, Estados Unidos, entre otros Estados, señaló que la existencia de una agresión solamente podía ser determinada por el Consejo de Seguridad. En esta lógica, la CPI no debería ejercer competencia hasta que el Consejo de Seguridad determine la existencia de un acto de agresión, a la luz del capítulo VII de la Carta de la ONU. Frente a esta postura, varios Estados plantearon que el Estatuto de la CPI debería tener una definición autónoma y firme de la agresión. Esta segunda postura fue la que finalmente prevaleció en tanto, como señala Salmón, un importante número de los crímenes bajo la competencia de la CPI:

[...] se desarrollan en un contexto de conflicto armado, por lo que omitir el crimen de agresión equivaldría a atacar las consecuencias y no la causa misma de la situación, que no es otra que la beligerancia.¹⁰

Lo anterior está vinculado a la tradicional distinción entre el *ius ad bellum* o derecho a hacer la guerra, prohibido de manera general por el DI y sólo permitido excepcionalmente (cuya infracción constituye un crimen contra la paz)¹¹ y el *ius in bello* o Derecho en la guerra (cuya infracción genera crímenes de guerra), siendo que el crimen de agresión está relacionado con el primer aspecto.¹²

3. Evolución de la Responsabilidad Internacional del Individuo por el Crimen de Agresión

3.1. Estatuto y Juicio de Nüremberg

Como señalamos el crimen de agresión en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg es considerado como una subespecie de los crímenes contra la paz. Un aspecto previo pero directamente relacionado al tema, es que

4 Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU sobre la definición del crimen de agresión 14 de diciembre de 1974.

5 Resolución 3314 (XXIX), artículo 1.

6 Resolución 3314 (XXIX), artículo 3.

7 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 113.

8 BUGNION, François. «Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire». En: *International Review of the Red Cross*, vol. 84, n.º 847, 2002, p. 534.

9 Estatuto de Roma de la CPI, artículo 5.2.

10 SALMÓN, Elizabeth. «De la competencia *ratione materiae* en el Estatuto de Roma». En: SALMÓN, Elizabeth (ed.). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pp. 75-104, p. 81.

11 La prohibición general se encuentra en el artículo 2.4 de la Carta de la ONU: «Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas».

Las excepciones corresponden a situaciones de legítima defensa frente a un ataque armado (artículo 51 de la Carta de la ONU) o cuando el propio Consejo de Seguridad decide su uso frente a una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión según el capítulo VII de la Carta de la ONU. En tal sentido, en la comunidad internacional se ha pasado del *ius ad bellum* al *ius contra bellum*.

12 Véase SALMÓN, Elizabeth. *Ob. cit.*, pp. 81 y ss.

el Tribunal de Nüremberg en relación a los actos que conformaban esta categoría de crímenes afirmó que, ya habían sido establecidos antes de 1945 y que como consecuencia, no se había vulnerado el principio *nullum crimen sine lege*, calificándolo como un principio general de justicia.¹³ Uno de los más importantes aportes de Nüremberg fue que respecto a la guerra de agresión (crimen contra la paz) se dio la formulación de responsabilidad internacional individual al margen de la responsabilidad internacional estatal. La dificultad de haber exigido la responsabilidad individual, se deriva del hecho que en las diversas fuentes de DI sobre la materia se hablaba de potencias, gobiernos o Estados, y no de individuos. Tal planteamiento se relaciona con la consideración de la dificultad de que dadas las características del crimen en análisis es difícil concebir su realización por un particular. No obstante, y como lo afirmó el Tribunal de Nüremberg, debemos considerar que los crímenes de DI no son realizados por entes abstractos, sino por individuos.¹⁴ Se deduce que la alternativa correcta es considerar la existencia de distintas responsabilidades ante un hecho que califica como agresión. El Tribunal procesó a líderes alemanes acusados del planeamiento y desarrollo de una guerra de agresión. De esa forma se calificó a la guerra de agresión como el supremo crimen internacional y se determinó la responsabilidad internacional individual por la comisión de este crimen. Así el Tribunal de Nüremberg señaló que:

*[...] Iniciar una guerra de agresión [...] es no sólo un crimen internacional; es el supremo crimen internacional que únicamente difiere de los crímenes de guerra en que contiene en sí mismo la acumulación de la maldad como un todo.*¹⁵

El Tribunal de Nüremberg hace un interesante recuento de los diferentes instrumentos internacionales que, a su criterio, determinaban la ilegalidad de los crímenes contra la paz (en especial la guerra de agresión) como el Tratado de Versalles, el Pacto Briand Kellog de renuncia a la guerra y resoluciones de la Liga de las Naciones.¹⁶ No obstante, debemos recordar que en estas fuentes del DI no se establece la generación de responsabilidad internacional individual. Respecto al plan común o conspiración para cometer una guerra de agresión, el Tribunal de Nüremberg determinó la responsabilidad internacional individual, a partir de la consideración según la cual el planeamiento y preparación de la guerra de agresión eran determinantes para su realización.¹⁷

El argumento por el cual el plan común no puede existir donde existe un régimen totalitario carece de

fundamento. Ello en tanto, la existencia de un plan similar al caso Nazi que cuente con una gigantesca cantidad de individuos involucrados, genera que los perpetradores que ejecutaron tal plan no puedan escapar de la responsabilidad por el crimen de agresión. Lo afirmado no se puede refutar aunque tal plan haya sido concebido únicamente por un solo hombre.¹⁸ La lógica nos indica que Hitler no pudo haber efectuado por sí mismo una guerra de agresión, toda vez que él necesitó la cooperación de líderes o dirigentes de diversos sectores para llevar a cabo el crimen de agresión. La participación de cada uno de estos individuos generó su responsabilidad internacional individual por la comisión de este crimen. En esta línea, no es factible la absolución de su responsabilidad por la relación de obediencia o «lealtad» hacia su líder puesto que, ellos eran concientes de la naturaleza criminal de la guerra de agresión que la Alemania Nazi cometía con su participación.¹⁹

3.2. Tratamiento de la Responsabilidad Internacional del Individuo en la Resolución 3314 (XXIX)²⁰

En relación a la Resolución 3314 de la Asamblea General nos interesa analizar su artículo 5.2 que establece que «La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional». Se generó un problema relativo sobre quién podía decidir si una guerra o no existía, en tanto incluso la Carta de la ONU trató de evitar esta dificultad al no usar el término guerra. Podemos apreciar que el artículo 5.2 distingue entre una «guerra de agresión» considerada como crimen contra la paz y la «agresión» la cual genera responsabilidad internacional. La definición contenida en la resolución no clarifica cual es la línea que separa las dos nociones y cuales son las consecuencias para cada una.

En términos generales, la definición dada por la Asamblea General se refiere a la determinación de si un Estado ha realizado un acto de agresión y no si ha existido un crimen individual. Únicamente en el artículo 5 se consideraría a los individuos cuando señala que «la guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional». Esta norma parece restringir la definición en la medida en que el texto no se refiere a la agresión sino únicamente a una guerra de agresión. En todo caso, la resolución 3314 falla en dar alguna indicación de los elementos esenciales del crimen, como especificar cuáles son los individuos responsables penalmente y, como acota Kittichaisaree,²¹ la clase de elemento mental requerida para el mismo propósito. Sin embargo, la definición contenida en esta resolución ha sido continuamente retomada como consta en el

13 Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, Francia y otros vs. Goering y otros, sentencia de 30 de setiembre-1 de octubre de 1946, p. 461.

14 *Ibid.*, p. 221.

15 *Ibid.*, p. 186. Traducción libre no oficial.

16 *Ibid.*, pp. 461 y ss.

17 *Ibid.*, p. 467.

18 *Ibid.*, p. 466.

19 *Ibid.*, p. 467. Debemos recordar que a diferencia de los mayores criminales de guerra (criminales clase «A») cuya responsabilidad internacional fue, entre otros crímenes, determinada por la comisión de crímenes contra la paz así como por la respectiva conspiración cometerlos; en el caso de los llamados criminales clase «B» (juzgados por tribunales nacionales) no se les imputaron tales cargos.

20 Una referencia a la guerra de agresión como constitutiva de un crimen contra la paz, para el cual hay responsabilidad bajo el DI, fue realizada aunque incidentalmente, en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU.

documento de debate presentado por el Coordinador ante la Comisión Preparatoria de la CPI de 2002, al considerarlo como elemento del crimen de agresión.²² Tal posición ha sido seguida por el Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, haciendo referencia al DI consuetudinario.²³

3.3. Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional

En el Proyecto de 1954 se estableció la responsabilidad internacional del individuo tanto en el caso de la agresión como en la amenaza de ésta, en su artículo 2.²⁴ Respecto a este punto, la propia CDI señaló que mientras todo acto de agresión constituye un crimen bajo el párrafo 1 del artículo citado, no se busca enumerar tales actos de manera exhaustiva. Si bien se establece expresamente que el uso de la fuerza armada de un Estado contra otro Estado constituye crimen de agresión, sin embargo, es posible que el crimen de agresión sea cometido a través de los actos descritos en los otros párrafos del artículo citado. En la versión de 1991 también se consideró tanto la agresión como la amenaza de agresión.²⁵ Por su parte, el artículo 2 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 establece el principio de responsabilidad individual «Responsabilidad individual [...] 2. Un individuo será responsable por el crimen de agresión de conformidad con el artículo 16».²⁶ Por su parte, el contenido del artículo 16 es el siguiente:

Un individuo que, como líder u organizador, participa activamente en ordenar el planeamiento, preparación, inicio o desarrollo de una agresión cometida por un Estado, será responsable por crimen de agresión.²⁷

Se desprende que el punto de partida del artículo 16 es que el acto de agresión es un hecho ilícito internacional que el Estado comete. Esta premisa implica que la CDI, se limita exclusivamente a señalar los elementos susceptibles de generar responsabilidad internacional individual. Este artículo establece importantes aspectos para la determinación de esta responsabilidad. En esa línea, se indica que el alcance de esta disposición se limita al crimen de agresión para la determinación de la responsabilidad individual, no ocupándose de la

definición del acto de agresión para la determinación de la responsabilidad estatal.²⁸ Este Proyecto de Código limita la responsabilidad individual a aquéllos que tienen la suficiente autoridad y poder de estar en una posición que (al menos potencialmente) pueda desencadenar un rol decisivo en la comisión de la agresión. Los términos líderes u organizadores deben ser entendidos de manera amplia, y además de los miembros de un gobierno abarcan a, por ejemplo, personas con altos cargos en el servicio militar, en el servicio diplomático, en los partidos políticos y en la industria.

Si bien es cierto que la noción de crimen de agresión a los efectos de responsabilidad internacional individual implica la participación del individuo en el acto de agresión cometido por el Estado, la calificación del crimen de agresión no hace referencia a todo individuo (elemento personal). En relación a este elemento, sólo se puede aplicar a los dirigentes u organizadores, terminología que estuvo presente en el Estatuto de Núremberg. Asimismo, la mera participación material en un acto de agresión no basta puesto que, el perpetrador tiene que actuar de manera intencional y ser consciente de que tal acción forma parte de un plan o política de agresión.

En relación a la expresión que alude a la agresión cometida por el Estado, debemos recordar que la responsabilidad internacional individual por la comisión del crimen de agresión se encuentra vinculada de manera intrínseca a la responsabilidad estatal por un acto de agresión. En efecto, un Estado como entidad abstracta no puede cometer el crimen por sí mismo, sino que se requiere la activa participación de individuos que posean la necesaria autoridad o poder para planear, preparar, iniciar o financiar la agresión. En ese contexto, la violación por un Estado de una norma de DI que prohíbe la agresión produce la generación de responsabilidad internacional individual de los que han desempeñado un rol determinante en el planeamiento, preparación, inicio o financiación de la agresión.²⁹

La responsabilidad individual se genera sólo si la acción del Estado se encuadra dentro de la prohibición contenida en el artículo 2, párrafo 4 de la Carta de la ONU. En tal sentido, en opinión de la CDI, la jurisdicción que sea competente deberá apreciar dos cuestiones directamente

21 KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 214.

22 COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CPI. Parte II. Propuestas sobre la definición del crimen de agresión. Documento de debate propuesto por el Coordinador. Nueva York, 24 de julio de 2002, PCNICC/2002/2/Add.2, p. 3.

23 GRUPO DE TRABAJO ESPECIAL SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN. Reunión oficiosa entre períodos de sesiones celebrada de 8 al 11 de junio de 2006, ICC-ASP/5/WGCA/INF.1. párrafo 43.

A nivel de jurisprudencia podemos mencionar que la CIJ en el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, señaló que el artículo 3.g de la Resolución 3314 (envío de bandas armadas de un Estado al territorio de otro para realizar actos de tal gravedad que equivalgan a una agresión) posee carácter consuetudinario. CIJ. Caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, sentencia de 27 de junio de 1986, párrafo 195.

24 CDI. Reporte de la Comisión de Derecho Internacional de su 6ª sesión de trabajo, 3 de junio–28 de julio de 1954, UN Doc. A/CN.4/88, p. 135.

25 Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1991, artículo 15. *Aggression*.

26 Traducción libre no oficial.

27 Traducción libre no oficial.

28 En igual sentido ABELLÁN, Victoria. « La responsabilité Internationale de l'individu ». En: *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, tomo 280, 1999, p. 318.

vinculadas. La primera, considerar si el Estado ha violado el artículo 2 de la Carta y como segundo paso establecer si tal acción estatal es de la suficiente gravedad para generar responsabilidad internacional individual. Adicionalmente en el artículo 16 se señalan diversas etapas en el crimen de agresión, es decir la orden de cometer agresión y correlativamente, el planeamiento, la preparación, el inicio y el desarrollo de las operaciones resultantes, que constituyen el elemento objetivo del crimen. Sin embargo, cabe acotarse que no se exige la participación en todas las etapas. Por lo tanto, la participación en cualquiera de las fases señaladas basta para generar la responsabilidad internacional individual.³⁰

De acuerdo a los párrafos precedentes, el artículo 16 del Proyecto de Código 1996 se concentra en la participación del individuo en la agresión cometida por el Estado. Se puede afirmar que, la determinación jurídica de la existencia de los elementos subjetivos y objetivos de la responsabilidad internacional individual está subordinada a la apreciación previa (política o jurídica) de la evaluación de la gravedad de un acto de agresión cometido por el Estado.

4. La Responsabilidad Internacional del Individuo por Crimen de Agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

4.1. Aspectos Preliminares

Durante los trabajos del Comité Preparatorio de la CPI, se discutió si el crimen de agresión debería estar incluido en el Estatuto de la CPI.³¹ Como se deduce de los reportes del Comité, varias delegaciones resaltaron la ausencia de una definición general consensual con el propósito de determinar la responsabilidad internacional individual de conformidad con el DI. En ese contexto, se hizo una referencia a los elementos contenidos en los instrumentos internacionales pertinentes tales como la Carta de la ONU y el Estatuto de Núremberg. Por otra parte, algunas delegaciones sostuvieron que la Resolución 3314 recogía una definición generalmente aceptada de agresión y por lo tanto incluía elementos de la definición del crimen en análisis. No obstante, otras delegaciones estimaron que la resolución no contenía tal definición para el propósito de la determinación de responsabilidad internacional del individuo, ni indicaba actos que fueran lo suficientemente graves para tal fin ni tampoco abordaba aspectos que podrían presentarse en un proceso penal.³²

Ahora bien, después de la Conferencia de Roma, se originaron dos posiciones opuestas respecto a la definición del crimen de agresión.³³ La primera invoca una definición genérica y la segunda plantea una definición concreta (acompañada de una lista como la Resolución 3314). Sobre el particular, el Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión,³⁴ luego de un amplio debate, ha mostrado una posición favorable hacia el enfoque genérico,³⁵ como lo demuestran las dos propuestas (aún por concluirse) de definición:

[Propuesta A. Definición, párrafo 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 participa activamente en un acto de agresión [...] [Propuesta B. Definición, párrafo 1] A los efectos del presente Estatuto, «crimen de agresión» significa comprometer a un Estado, cuando se está en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de ese Estado, en [...] un acto colectivo o del Estado.³⁶

Adicionalmente, debemos tener en cuenta que mientras la calificación del acto de agresión corresponde al poder discrecional del Consejo de Seguridad, órgano esencialmente político; la sanción de un individuo, perpetrador de un crimen de agresión, corresponde a la competencia *ratione materiae* de la CPI como órgano jurisdiccional. De lo anterior resulta que es vital una adecuada conciliación entre el poder político del Consejo de Seguridad y el ejercicio de jurisdicción de la CPI. Sobre este asunto específico, en el documento de debate de 2002 sometido por el Coordinador ante la Comisión Preparatoria de la CPI se planteó que la determinación de la existencia de un acto de agresión por un órgano competente, debería ser condición previa para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI.³⁷ Sobre el órgano competente para determinar la existencia de un acto de agresión se han manejado básicamente las siguientes posibilidades: a) que sea exclusivamente el Consejo de Seguridad, b) que además del Consejo de Seguridad se considere a la CIJ o a la Asamblea General de la ONU y/o c) incluso que sea la propia CPI si el Consejo de Seguridad (u otro órgano) no determinara la existencia de un acto de agresión. Asimismo, el Grupo de Trabajo especial sobre el crimen de agresión sostuvo que esa determinación no debería ser de naturaleza vinculante, sino sólo procesal toda vez que si contara con tal naturaleza tendría una seria repercusión en los derechos del acusado.³⁸

29 CDI. Reporte de la Comisión de Derecho Internacional de su 48ª sesión de trabajo, 6 de mayo–26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, p. 43.

30 *Ibid.*, *Loc. cit.*

31 Véase Proceedings of the Preparatory Committee during the period of 25 March–12 April 1996: Draft Summary, UN. Doc. A/AC.249/CPR.2/Add.1/Rev.1.

32 Véase Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Volume I. Proceedings of the Preparatory Committee during March–April and August 1996, UN Doc A/51/22, Supp. No. 22.

33 Sobre este punto véase KHERAD, Rahim. « La Question de la Définition du Crime d'Agresion dans le Statut de Rome. Entre pouvoir politique du conseil de sécurité et compétence judiciaire de la cour pénale internationale ». En: *Revue Générale de Droit International Public*, tomo 109, n.º 2, 2005, pp. 331–361.

34 GRUPO DE TRABAJO ESPECIAL SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN. Reunión oficiosa entre periodos de sesiones celebrada de 13 al 15 de junio de 2005. ICC–ASP/WGCA/INF.1

35 ICC–ASP/4/WGCA/INF.1, p. 14, párrafo 75.

36 ICC–ASP/4/WGCA/INF.1, p. 18.

4.2. Tratamiento de la Responsabilidad Internacional del Individuo

El Comité Preparatorio de la CPI, en la redacción del proyecto del tipo de crimen de agresión incorporó como elemento que, el sujeto responsable tiene que ser un individuo que actúe como líder u organizador.³⁹ Asimismo, a pesar del debate entre los enfoques genérico y concreto de la definición del crimen de agresión, se debe precisar que se coincidió en señalar que para que a un individuo se le pueda imputar responsabilidad por este crimen, debe tener la capacidad de ejercer el control o la dirección política o militar de un Estado a través de la dirección, planificación, preparación, orden, desencadenamiento o amenaza de agresión. La Federación Rusa, en la Comisión Preparatoria de la CPI propuso exigir para la existencia de un crimen individual de agresión «cualquiera de los siguientes actos: planeamiento, preparación, desencadenamiento, realización de una guerra de agresión».⁴⁰ Ésto podría generar la dificultad de distinguir entre «guerras» y «actos breves de guerra» siendo que las diferencias entre ambas categorías se han vuelto poco claras. Adicionalmente, desde el punto de vista de la sanción de actos individuales, un acto de agresión breve (es decir un «acto breve de guerra») puede también ser reprimido como una «guerra».⁴¹

En relación a otras propuestas efectuadas, compartimos la opinión de Kherad⁴² cuando señala que contienen fórmulas imprecisas y ello implica una lejanía del principio *nullum crimen sine lege*. Como se sabe, el principio fundamental de legalidad, ha sido reconocido por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y por el propio Estatuto de la CPI, por lo que se exige una definición precisa del crimen de agresión como condición *sine qua non* para la generación de responsabilidad internacional individual. En tal sentido, Alemania ya en el Comité Preparatorio de la CPI remarcó la estrecha conexión del principio de legalidad y la determinación de responsabilidad individual, aspecto que como podemos apreciar adquiere notoriedad en el crimen de agresión.⁴³ Podemos afirmar a partir de las propuestas planteadas por los Estados partes en la Comisión Preparatoria de la CPI que, la definición de agresión no es necesariamente idéntica tratándose de responsabilidad estatal como de responsabilidad individual. Entonces y vinculado a lo anterior, surge la necesidad de que los Estados definan que clase de agresión puede ser calificada como crimen de DI. En la sexta sesión de la Comisión, Alemania pese a que no propuso una definición precisa, llegó a señalar

como características principales de la agresión para la generación de responsabilidad internacional individual que los ataques armados deberían ser de una amplitud particular y de una gravedad intensa al causar pérdidas enormes en vidas humanas, destrucciones generalizadas y dominación y explotación de una población durante un tiempo prolongado.⁴⁴

De esta forma, lo citado pertenece a la visión restrictiva de la agresión, la cual no atribuye responsabilidad internacional individual a un importante número de acciones pese a que violan la norma imperativa de DI general (*ius cogens*) de no recurrir al uso de la fuerza. Es decir, desde esta postura prácticamente sólo una guerra de agresión podría generar la responsabilidad internacional individual, siendo que Alemania basó su planteamiento en los diferentes precedentes que hacen referencia a tal guerra. Es cierto que ante la CPI deben sustanciarse casos que tengan determinado nivel de gravedad, como se puede apreciar del documento de debate propuesto por el coordinador a la Comisión Preparatoria de la CPI, en el que se hace alusión a la gravedad como elemento del crimen de agresión,⁴⁵ posición que es también compartida por autores como Wesle.⁴⁶

Ahora bien, debemos hacer una observación la cual consiste en que aunque la guerra de agresión en sí misma constituye la última fase del recurso a la fuerza y es una violación bastante grave de la Carta de la ONU, no es la única violación posible. En tal sentido, si la noción de agresión es puesta en consideración sólo dentro de esa hipótesis, la CPI únicamente podría actuar en el contexto de una «guerra» (conflicto armado internacional), lo que reduciría de manera notable el campo de aplicación del crimen de agresión y su competencia en la materia, lo cual también ha sido señalado por el Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión.⁴⁷ A su vez el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la CDI en la definición de crimen de agresión no considera necesariamente la presencia de una «guerra», aunque sí hace referencia a una violación grave de la prohibición del artículo 2.4 de la Carta de la ONU.⁴⁸

Por otro lado, Cuba propuso, tanto en la Asamblea de Estados partes como en el seno de la Comisión Preparatoria la noción de agresión económica en su definición del crimen de agresión.⁴⁹ Pese a que tal propuesta fue rechazada por un gran número de Estados, no está desprovista de todo fundamento jurídico si apreciamos que el Proyecto de Código de

37 COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CPI. Parte II. Propuestas sobre la definición del crimen de agresión. Documento de debate propuesto por el Coordinador. Nueva York, 24 de julio de 2002, PCNICC/2002/2/Add.2, p. 3.

38 ICC-ASP/4/WGCA/INF.1, p. 14, parágrafo 64. Véase también: ICC-ASP/4/WGCA/INF.1, p. 13, parágrafo 71.

39 Véase Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Volume I. Proceedings of the Preparatory Committee during March–April and August 1996, UN Doc A/51/22, Supp. No. 22.

40 UN Doc. PCNICC/1999/DP.12. Traducción libre no official.

41 GAJA, Giorgio. «The Long Journey towards Repressing Aggression». En: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola y JONES, Jhon (eds.). The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary. Vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 435.

42 *Ibid.*, p. 350.

43 Propuesta presentada por Alemania, A/AC.249/1997/WG.1/DP020.

44 Propuesta presentada por Alemania, 13 de noviembre de 2000, PCNICC/2000/WGCA/DP.4.

Crímenes de 1954 hizo referencia a la agresión a través de la coerción económica.⁵⁰

Pese a la falta de acuerdo de los Estados para definir el crimen de agresión, la Comisión Preparatoria de la CPI efectuó avances en lo relativo a la identificación del sujeto responsable del crimen de agresión. Tal identificación se encarna en la persona del dirigente, conforme a la sentencia de Núremberg. El crimen de agresión es así un *leadership crime*.⁵¹ Ello permite la delimitación de la responsabilidad a aquel individuo (o individuos) que planifica, ordena, decide, dirige o controla la agresión⁵² y no a los que lo siguen.⁵³ En conexión con lo señalado, se da una distinción entre el crimen de agresión y los otros crímenes de DI. En efecto, es importante señalar que se ha insertado el principio según el cual el crimen de agresión es cometido por un dirigente, en todas las proposiciones de las delegaciones bajo la fórmula «un individuo que está en capacidad de dirigir o controlar la acción política o militar de un Estado».⁵⁴ Para considerar a un individuo responsable por crimen de agresión, debe ocupar un cargo o posición que le permitiera ejercer el control o la dirección política o militar de su Estado. Por lo tanto, podría ser preferible referirse no a la posición formal encontrada dentro del Estado, sino al rol actual y real que los individuos juegan en la dirección y control de los actos relevantes.

Sobre lo señalado en los párrafos precedentes, el Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión ha planteado la propuesta de insertar un nuevo párrafo 3 *bis* al artículo 25 del Estatuto de la CPI (relativo a la responsabilidad internacional individual), redactado en los siguientes términos:

Con respecto al crimen de agresión, sólo las personas que están en una posición para ejercer con eficacia el control sobre la acción política o militar del Estado u ordenarla serán criminalmente responsables y susceptibles de castigo.⁵⁵

Como se puede apreciar, tal propuesta tiene como base la consideración por la cual el crimen de agresión tiene la característica peculiar de ser un crimen ordenado. Por lo tanto, se excluyeron como potenciales sujetos responsables a individuos que no puedan influir en la

política de llevar a cabo el crimen, como los soldados que ejecutan el crimen. Al aplicarse el párrafo citado al crimen de agresión y sólo a los jefes como responsables del crimen, se consideró necesario que tal propuesta se presentara en un párrafo separado. Ello sobre la base que, el requisito de la jefatura tendría que cumplirse en todos los casos, y en el entendimiento que el artículo 25.3 contiene otras disposiciones que no serían aplicables al crimen de agresión. De lo anterior se puede deducir que el artículo 28 del Estatuto de la CPI (relativo a la responsabilidad del superior por omisión) no es aplicable debido a la naturaleza del crimen de agresión, en tanto la agresión como se ha señalado es un crimen ordenado.⁵⁶ Sobre el artículo 33 (órdenes superiores) del Estatuto de la CPI, algunos consideraron que era aplicable al crimen de agresión y que tal consideración no afectaba el rasgo de intervención del superior, inherente al crimen de agresión. Otros opinaron que dicho artículo no sería aplicable a personas de nivel medio o inferior. En todo caso, estamos de acuerdo con la recomendación del Grupo de Trabajo Especial de considerar como manifiestamente ilícito el crimen de agresión,⁵⁷ toda vez que estimamos que las órdenes de cometer cualquiera de los crímenes de la competencia de la CPI (y no sólo en relación a algunos crímenes) deben ser consideradas manifiestamente ilícitas.

Sobre el elemento mental como bien afirma Gaja,⁵⁸ los principios generales del DI, como se encuentran establecidos en la Parte III del Estatuto de la CPI, parecen proveer una adecuada base para la represión, lo cual coincide con el planteamiento del Grupo de Trabajo Especial.⁵⁹ Entonces, también el crimen de agresión requiere la presencia de una intención criminal (*dolo*), como se estableció en la Comisión Preparatoria de la CPI.⁶⁰ Algunos autores⁶¹ han sugerido que la agresión también requiere una intención especial que, implicaría la búsqueda de logros territoriales, obtener ventajas económicas, o interferir con los asuntos internos del Estado afectado, con lo cual no toda violación sobre la materia a la Carta de la ONU podría calificar como crimen de DI. Se puede cuestionar tal planteamiento, con la presencia de problemas como la determinación de quién define las metas que requieren la intención especial y qué casos especiales podrían ubicarse en esta clase.

45 COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CPI. Parte II. Propuestas sobre la definición del crimen de agresión. Documento de debate propuesto por el Coordinador. Nueva York, 24 de julio de 2002, PCNICC/2002/2/Add.2, p. 5.

46 WESLE, Geshard. *Ob. cit.*, p. 558.

47 ICC-ASP/5/WGCA/INF.1, p. 5, párrafo 23.

48 CDI. Reporte de la Comisión de Derecho Internacional de su 48ª sesión de trabajo, 6 de mayo-26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, p. 83.

49 Propuesta presentada por Cuba, 6 de febrero de 2003, ICC-ASP/1/L.4.

50 Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1954, artículo 2. (9)

51 WESLE, Geshard. *Principles of International Criminal Law*. La Haya: TMC Asser Instituut, 2006, p. 397. Véase también ICC-ASP/5/WGCA/INF.1, p. 15, párrafo 88.

52 Propuestas sobre la definición del crimen de agresión. Documento de debate propuesto por el Coordinador. Nueva York, 24 de julio de 2002, PCNICC/2002/2/Add.2, p. 4.

53 COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CPI. Parte II. Propuestas sobre la definición del crimen de agresión. Documento de debate propuesto por el Coordinador. Nueva York, 24 de julio de 2002, PCNICC/2002/2/Add.2, p. 4.

54 KHERAD, Rahim. *Ob. cit.*, p. 353. Así tenemos como ejemplo las propuestas de las delegaciones de Bélgica, Camboya, Sierra Leona, Tailandia y Guatemala.

55 ICC-ASP/4/WGCA/INF.1, p. 8, párrafo 30.

5. Reflexión Final

Podemos señalar que la importancia de definir el crimen de agresión en el Estatuto de la CPI es de vital importancia para poder determinar la responsabilidad internacional del individuo por este crimen. De esa forma, se necesita satisfacer el principio de legalidad y desarrollar los elementos del crimen de agresión por el cual un individuo puede ser encontrado responsable internacionalmente. En esta dimensión, el crimen de agresión es necesariamente cometido por los individuos que tienen la capacidad de tomar decisiones para llevar a cabo un «ataque armado» (entendido en sentido amplio), de un Estado contra otro Estado. Por lo tanto, los elementos del crimen de agresión para la determinación de la responsabilidad internacional individual de los que pueden tomar esta clase de decisiones, tienen que ser claramente establecidos así como la definición de los actos que constituyen un «ataque armado». A manera de recapitulación, nos parece relevante transcribir precisamente los elementos del crimen de agresión que, en la actualidad se viene manejando en los trabajos para definir el crimen de agresión en el Estatuto de la CPI:

1: El autor estaba en condiciones de controlar o dirigir la acción política o militar de un Estado que cometió un acto de agresión según se define en el elemento 5 de estos Elementos; 2: El autor estaba en esas condiciones a sabiendas; 3: El autor ordenó o participó activamente en la planificación, preparación o realización del acto de agresión; 4: El autor cometió el elemento 3 con intención y conocimiento; 5: Un «acto de agresión» es decir, un acto al que se hace referencia en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, fue cometido por un Estado; 6: El autor sabía que las acciones del Estado equivalían a un acto de agresión; 7: El acto de agresión, por su carácter, gravedad y escala, constituyó una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas [...]; 8: El autor tenía intención y conocimiento con respecto al elemento 3⁶².

Adicionalmente, es importante ubicarnos en el contexto internacional actual y no limitar únicamente a los agentes estatales como posibles perpetradores de este crimen. En efecto, en la situación actual de terrorismo internacional es posible pensar que se pueden producir ataques terroristas extendidos o a gran escala efectuados por organizaciones no estatales. 

56 En la reunión del Grupo de Trabajo Especial de 2004 se produjo un debate sobre este punto aunque de forma mayoritaria los participantes consideraron que el artículo 28 no es aplicable al crimen de agresión. Véase GRUPO DE TRABAJO ESPECIAL SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN. Reunión oficiosa entre periodos de sesiones celebrada de 21 al 23 de junio de 2004. ICC-ASP/3/WGCA/INF.1. p. 9, parágrafo 54.

57 ICC-ASP/4/WGCA/INF.1, p. 14, parágrafo 46.

58 GAJA, Giorgio. *Ob. cit.*, p. 438.

59 ICC-ASP/4/SWGCA/INF.1, p. 11, parágrafo 51.

60 COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CPI. Parte II. Propuestas sobre la definición del crimen de agresión. Documento de debate propuesto por el Coordinador. Nueva York, 24 de julio de 2002, PCNICC/2002/2/Add.2, p. 4.

61 Por ejemplo Wesle quién alude a la existencia de un *animus aggressionis*. Véase WESLE, Geshard. *Ob. cit.*, p. 399.

62 COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CPI. Parte II. Propuestas sobre la definición del crimen de agresión. Documento de debate propuesto por el Coordinador. Nueva York, 24 de julio de 2002, PCNICC/2002/2/Add.2, pp. 4 y 5.