

SCHEFFER, David, “El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.
Polít. crim. Vol. 7, N° 13 (Julio 2012), Art. 6, pp. 209 - 229.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A6.pdf]

El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*

Prof. David Scheffer**

Catedrático de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, Universidad de Northwestern, Estados Unidos
d-scheffer@law.northwestern.edu

Resumen

El texto analiza las reformas efectuadas en Kampala al crimen de agresión, bajo el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En particular, el autor indaga sobre la definición del crimen, sus filtros jurisdiccionales, los elementos del crimen y los entendimientos adoptados en Kampala. El artículo concluye revisando la participación de Estados Unidos en relación a la adopción del crimen de agresión y sugiere las posibles estrategias para un futuro involucramiento con la comunidad internacional, tras el acuerdo de Kampala.

Palabras clave

Crimen de agresión, Acto de agresión, Corte Penal Internacional, Conferencia de Kampala

Abstract

The paper analyzes the amendments that took place on Kampala regarding the crime of aggression, under the Rome Statute of the International Criminal Court. In particular, the author studies the definition of the crime, its jurisdictional filters, the elements of the crime and the understandings adopted at Kampala. The paper concludes by reviewing the United States of America's involvement in connection with the adoption of the crime of aggression, and suggests potential future strategies for engagement with the international community, after Kampala's agreements.

* El texto, aquí traducido desde el inglés, corresponde a un capítulo del libro VAN SCHAACK, Beth *et al.*, *Beyond Kampala: Next Steps for U.S. Principled Engagement with the International Criminal Court* (American Society of International Law, Washington, DC, 2010), disponible [en línea]: http://asil.org/pdfs/2010_beyond_kampala.pdf (última visita efectuada 19.03.2012). Ha sido traducido por el Dr. (c) Pablo Contreras V., con autorización de la American Society of International Law.

** Profesor Mayer Brown/Robert A. Helman y Director del Centro de Derecho Internacional de Derechos Humanos, Universidad de Northwestern. El Profesor Scheffer también se desempeñó como Embajador en Misión Especial para Asuntos de Crímenes de Guerra (1997-2001) y dirigió la delegación de Estados Unidos para el establecimiento de la Corte Penal Internacional.

Key words

Crime of aggression, Act of aggression, International Criminal Court, Kampala Conference

Introducción.

La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional (CPI),¹ en Kampala, superó décadas de desafíos para la justicia internacional. Desde el procesamiento y condena de los líderes militares y políticos de Alemania y Japón por agresión después de la Segunda Guerra Mundial –ante los Tribunales Militares de Nuremberg y Tokyo, respectivamente–, la búsqueda por una base jurisdiccional permanente para casos que surjan de futuras guerras había sido extensamente debatida pero nunca alcanzada.² Los negociadores de la Conferencia de Roma, en el verano de 1998, no lograron acercar las diferencias entre las visiones conflictivas sobre la definición del crimen de agresión y la estructura de sus parámetros jurisdiccionales al interior del Estatuto de Roma de la CPI. Sin embargo, en dicha oportunidad surgió un espacio de reserva, al incluir el crimen de agresión en el Artículo 5(2) del Estatuto de Roma como uno de los delitos sobre los cuales la CPI tiene competencia *ratione materiae*. El tratado dejó suspendida la definición del crimen de agresión hasta que los Estados parte pudieran acordar y consensuar los medios que gatillen la jurisdicción de la CPI sobre este delito en particular.³ Después de años de discusión de un grupo de trabajo y de la Asamblea de los Estados Parte,⁴ el escenario estaba fijado para un último impulso en Kampala, donde se acordó una fórmula para el crimen de agresión compleja en su diseño pero que, en definitiva, era aceptable para el consenso de los Estados parte.

El artículo explica de qué forma –tras de la Conferencia de Kampala de 2010– fue aprobado el crimen de agresión por la Asamblea de Estados Parte de la Corte Penal Internacional, como una reforma al Estatuto de Roma, el cual no entrará en vigencia hasta que se cumplan ciertas etapas procesales, incluyendo la ratificación de al menos 30 Estados Parte. En segundo lugar, las definiciones adoptadas en la reforma sobre “acto de agresión” y “crimen de agresión” son comparadas y se analizan cuestiones interpretativas que pueden surgir en el futuro. Tercero, los filtros jurisdiccionales establecidos por la reforma determinarán la forma por la cual el crimen de agresión puede ser investigado y

¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, 2187 U.N.T.S. 3 (*entrada en vigencia* Julio 1, 2002), disponible en <http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/romefra.htm> (en adelante, Estatuto de Roma).

² BASSIOUNI, M. Cherif; FRENCZ, Benjamin B., “The Crime Against Peace and Aggression: From Its Origins to the ICC”, en: BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.), *International Criminal Law, Vol. 1*, Leiden: Martinus Nijhoff Pub., 3a ed., 2008, p. 207.

³ CLARK, Roger S., “The Crime of Aggression and the International Criminal Court”, en: BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.), *International Criminal Law, Vol. 1*, Leiden: Martinus Nijhoff Pub., 3a ed., 2008, p. 243; REISINGER CORACINI, Astrid, “The International Criminal Court’s Exercise of Jurisdiction Over the Crime of Aggression”, *Goettingen J. Int’l L.*, Vol. 2, (2010), pp. 749-752.

⁴ Véase BARRIGA, Stefan, “Against the Odds: The Results of the Special Working Group on the Crime of Aggression”, en: BELLELI, Roberto (Ed.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Farnham: Ashgate Pub., 2010, p. 621.

sometido a proceso ante la Corte Penal Internacional. Tales filtros permiten que ciertas naciones puedan evitar la supervisión y control de todos sus nacionales por este delito en particular. Cuarto, varios “Entendimientos” acordados durante la Conferencia de Kampala permiten entender los límites de su aplicación bajo el Estatuto de Roma. Finalmente, el artículo examina la posición de Estados Unidos, antes y después de la Conferencia de Kampala, respecto de la negociación sobre el texto final de la reforma en materia de agresión. Estados Unidos, en su capacidad de Estado observador, actuó durante la Conferencia para asegurar que el crimen de agresión no se le aplicara en su estatus actual o incluso en el evento de ratificar el Estatuto de Roma. Sin embargo, existen pasos que Estados Unidos puede adoptar en el futuro para fortalecer su compromiso y apoyo a la Corte Penal Internacional.

1. El resultado de Kampala.

El crimen de agresión que surgió de la Conferencia de Kampala representa un compromiso que crea una amplia definición del tipo penal –aunque matizado por un criterio estricto de líder– y establece un complejo filtro jurisdiccional, a través del cual debe generarse una remisión antes que la Corte inicie una investigación y se someta a proceso cualquier situación particular de presunta agresión. Como resulte en la práctica, la fórmula ahora codificada en los nuevos Artículos *8bis*, *15bis* y *15ter*, los nuevos Elementos de los Crímenes y un nuevo set de *Entendimientos* –todos fijados por consenso en Kampala– es pura especulación hasta que sea puesta a prueba, y tal oportunidad no surgirá antes del 2017.⁵

1.1. Definiciones.

La Conferencia Revisora definió el “crimen de agresión”⁶ en los términos de un “acto de agresión”, que se especifica luego.⁷ Ambas definiciones fueron desarrolladas, con anterioridad a Kampala, por el Grupo Especial de Trabajo sobre el Crimen de Agresión⁸ y la Conferencia Revisora procedió a validar estas negociaciones previas. La delegación de Estados Unidos (EEUU) –que se encontraba presente en Kampala como un Estado observador sin derecho a voto– reconoció la larga ausencia de Washington del Grupo Especial de Trabajo durante el gobierno de George W. Bush pero, a pesar de ello, intentó demostrar la debilidad de las definiciones. Al final, las preocupaciones de los

⁵ Véase SCHEFFER, David J., “States Parties Approve New Crimes for International Criminal Court”, *ASIL Insight*, Vol. 14, No. 16 (Junio 22, 2010), en: <http://www.asil.org/insights100622.cfm> (visitado el 17.01.2012) (brindando un análisis resumido de los resultados de la Conferencia Revisora de Kampala); Véase también a SCHEFFER, David J., “Aggression is Now a Crime”, *International Herald Tribune*, Julio 1, 2010, p. 6.

⁶ Asamblea de Estados Partes de la CPI, Res. Sobre el Crimen de Agresión, 13th Reunión plenaria, Junio 11, 2010, ICC Doc. RC/Res. 6, Art. 8 *bis* (1) (Junio 28, 2010). Disponible en Internet: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/ReviewConference/Resolutions+and+Declarations/Resolutions+and+Declarations.htm> (visitado el 17.01.2012) (en adelante, “The Crime of Aggression, RC/Res. 6”).

⁷ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, art. 8 *bis* (2).

⁸ Report of the Special Working Group on the Crime of Aggression, Doc. ICC-ASP/7/SWGCA/2 (2009). Disponible en Internet: <http://www.icc-cpi.int/nr/exeres/dea630a9-e656-4870-a2a8-1ebfa35857cb.htm> (visitado el 17.01.2012).

SCHEFFER, David, “El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.

negociadores de EEUU fueron abordadas en los *Entendimientos* sustantivos, adoptados por la Conferencia en relación al nuevo Artículo 8bis.

La confluencia de las dos definiciones de “crimen de agresión” y “acto de agresión”, para lograr una plataforma conceptual a partir de la cual se puedan desarrollar investigaciones y procesos en contra de individuos ante la Corte, debería funcionar, en último término, aunque existen desafíos interpretativos que surgirán para todos los operadores, especialmente los jueces. El “crimen de agresión” no puede ser entendido sin la comprensión de un “acto de agresión” pero, a la vez, la forma por la cual la Corte determine esto último no deja de ser problemática bajo la fórmula de Kampala.

El nuevo Artículo 8bis(2) del Estatuto de Roma, define el “acto de agresión” 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. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión [. . .].⁹

El Artículo prosigue detallando siete ejemplos extraídos de la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas No. 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, que describen diferentes tipos de ataques armados orquestados por un Estado en contra de otro.¹⁰ El texto genuinamente operativo se halla en las palabras inaugurales acerca del “uso de la fuerza armada por un Estado [...]”. No existe una clara distinción entre el Artículo 2(4) de la Carta de Naciones Unidas que prohíbe el uso de la fuerza¹¹ y el acto

⁹ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, art. 8 bis (2).

¹⁰ Los siete actos son los siguientes:

[...] a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.”

The Crime of Aggression, RC/Res. 6, art. 8 bis (2).

¹¹ Carta de Naciones Unidas, art. 2, para. 4 (“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”).

de agresión. El Artículo 8bis(2), en consecuencia, no establece un criterio de magnitud o gravedad para el uso de la fuerza armada que constituye un acto de agresión. Dentro de tal acto se podrían incluir una intrusión transfronteriza de un piquete, un aislado proyectil de mortero que atraviesa la frontera territorial o un helicóptero armado en una misión de rescate en territorio extranjero, cuyo objetivo es salvar mujeres de ser violadas por una milicia.

La ausencia de un requisito de magnitud en la definición del “acto de agresión” implica que, cuando un Estado parte o el Consejo de Seguridad remita una “situación en la cual parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes” –o el Fiscal “ha iniciado una investigación respecto de un crimen de este tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15”¹²–, la gravedad será únicamente considerada en la definición del Artículo 8bis(1) del “crimen de agresión”. Tal definición tiene dos requisitos claves: primero, debe haber un acto de agresión, de la forma conceptualizada en el Artículo 8bis(2): “que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.” Segundo, sólo hay crimen si existe al menos una persona que pueda ser investigada por la Corte y que está: a) “en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”; y b) que “planifica, prepara, inicia o realiza” un *acto de agresión*, “que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.”¹³ El acto de agresión por sí solo no es un crimen para los efectos del Estatuto de Roma. El acto sólo contribuye a la determinación de la punibilidad si existe un líder político o militar con mando suficiente (alguien que “controla” o dirige “la acción política o militar de un Estado”) que haya previsto que la comisión de tal acto de agresión cumple con cierta escala de magnitud, en la descripción genérica del Artículo 8bis(1).

La tarea ante la Corte, en consecuencia, debe ser correctamente entendida. Bajo el Estatuto de Roma, las situaciones remitidas a la Corte por los Estados parte o por el Consejo de Seguridad no son calificadas como crímenes *per se*. En principio, cualquiera de las dos entidades remisoras no determinan la criminalidad de un acto en particular, sino que adoptan una decisión de remitir una situación general en donde crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y, ahora, el de agresión –en conjunto, crímenes atroces*– han sido *aparentemente* cometidos. En relación al crimen de agresión, entonces, se requerirá que la entidad remitora determine actos de agresión que presentan caracteres

¹² Rome Statute, art. 13.

¹³ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, art. 8 bis (1).

* [Nota del traductor] Los conceptos de “crímenes atroces” (*atrocities crimes*) y “derecho de las atrocidades” (*atrocities law*) son categorías técnicas acuñadas por el profesor David Scheffer. Fue presentado por primera vez en SCHEFFER, David J., “The Future of Atrocity Law”, *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 25 (2002), pp. 389-432, y desarrollado posteriormente en SCHEFFER, David J., “Genocide and Atrocity Crimes”, *Genocides Studies & Prevention*, Vol. 1 (2006), pp. 229-250. El concepto de “crímenes atroces” designa una porción de ilícitos penales de carácter internacional que se encuentran en el núcleo de la intersección de cuatro disciplinas: derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal internacional y el derecho y las costumbres de la guerra. Un resumen del estado actual del debate se encuentra en SCHEFFER, David J., *All the Missing Souls: A Personal History of the War Crimes Tribunals*, Princeton: Princeton University Press, 2012, pp. 424 y ss. En adelante, el empleo de la expresión “crímenes atroces” se entiende bajo este marco conceptual.

SCHEFFER, David, “El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.

de criminalidad –tal como han sido definidos por el Artículo 8bis(s)–. Existe el riesgo que un Estado parte o, incluso, el Consejo de Seguridad sean desprolijos en su análisis y no se aboquen a evaluar, antes de efectuar la remisión a la Corte, la suficiente magnitud de los actos de agresión ejecutados por individuos cuya conducta es aparentemente criminal. Tanto el Fiscal como los jueces deben ser los guardianes de la puerta para desviar, si es necesario, remisiones espurias o políticamente motivadas y pobremente fundadas en los elementos del crimen de agresión.

En contraste, bajo la competencia investigativa establecida en el Artículo 13(c), el Fiscal debe asegurar que se esté presentando ya no un simple acto de agresión para su investigación ante la Sección de Cuestiones Preliminares de la Corte, conforme al procedimiento del Artículo 15, sino que la situación sea una en la cual se halla razonablemente determinado –y no especulado– que involucra a un líder político o militar urdiendo un acto de agresión de magnitud suficiente para constituir un crimen de agresión. El Estado parte o el Consejo de Seguridad pueden especular sobre lo que “aparenta” ser un crimen de agresión desarrollándose al interior de una “situación”, y remitir aquella observación especulativa a la Corte. Pero si el Fiscal fuese a invocar, de oficio, sus potestades investigativas, éste debiese esgrimir un estándar más alto de conocimiento actual respecto de la conducta criminal de los individuos asociados con los actos de agresión que deben ser calificados como una “situación”.¹⁴

Las realidades políticas, sin embargo, sugieren que debiésemos anticipar un resultado distinto. Basándonos en una larga historia de aversión a adoptar decisiones sobre agresión,¹⁵ el Consejo de Seguridad será el más vacilante para remitir una situación en la que parece haber sido cometidos crímenes de agresión. Si el Consejo efectivamente remite una situación, es prácticamente seguro que lo hará en el evento que los actos de agresión sea de una magnitud considerable, los líderes individuales responsables por dichos actos se encuentran bajo la mirada del Consejo y que los objetivos de establecimiento y mantenimiento de la paz no prevalezcan frente al imperio del derecho. En efecto, el Consejo de Seguridad podría inicialmente buscar la recomendación de una comisión de expertos o incluso una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia.

Un Estado parte puede ser diligente en identificar lo que parece ser un crimen de agresión al interior de un conflicto armado erupcionando contiguamente a su territorio o en otra parte del mundo. Pero es ciertamente posible que los gobiernos de los Estados parte en la mera remisión de una situación de ataque(s) armado(s) por un adversario a la Corte, no determinen rigurosamente los requisitos del *crimen* de agresión. Igualmente, un Fiscal

¹⁴ El inicio de una investigación sobre la violencia electoral en Kenya, aprobada por la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, refleja esta interpretación de la atribución del Artículo 13(c). Véase *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09 (Marzo 31, 2010).

¹⁵ Véase FROWEIN, J.A.; KRISCH N., “Article 39”, en: SIMMA, Bruno (Ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Nueva York: Oxford University Press, 2a ed. 2002, pp. 718-29. Véase también DINSTEIN, Yoram, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge: Cambridge University Press, 4a ed., 2005, pp. 214-15.

ambicioso podría saltar a actos de agresión para propósitos investigativos osados, sin antes tomarse el tiempo de determinar la naturaleza penal de tales actos, incluyendo las características de magnitud y de liderazgo. No hay razón para pensar que la Corte no pueda manejar tales situaciones políticamente inspiradas o aquellas ambiciosas iniciativas si no satisfacen los requisitos estrictos del Estatuto de Roma, para efectos de su jurisdicción. Pero las posibilidades deben ser correctamente entendidas antes de gatillar la competencia de la Corte.

1.2. Filtros jurisdiccionales.

El reformado Estatuto de Roma establece dos filtros jurisdiccionales a través de los cuales las remisiones del Artículo 13 o la investigación deben pasar antes que el crimen de agresión sea investigado y sometido a proceso. Esto demostró ser un cuidadoso compromiso en Kampala y constituyó el resultado de intensas negociaciones para llegar a consenso.¹⁶ Ambos filtros jurisdiccionales están calificados por un importante procedimiento de naturaleza temporal. La Corte puede ejercer jurisdicción sólo sobre crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de la reforma por treinta Estados parte.¹⁷ Más aún, al menos dos tercios de los Estados parte deben confirmar las cuestiones sustantivas de las reformas de Kampala, en materia de agresión, a través de una decisión adoptada no antes del 1° de enero de 2017.¹⁸ Esta segunda mordida de la manzana fue un compromiso esencial para que los Estados más importantes que no son parte del Estatuto de Roma –como EEUU– consintieran con las reformas de Kampala.

El primer filtro jurisdiccional, establecido en el Artículo 15*bis*, se aplica a la remisión del Estado parte o a la investigación de oficio del Fiscal. Las precondiciones de jurisdicción del Artículo 12 deben cumplirse igualmente.¹⁹ Esto significa que el crimen de agresión debe cometerse en el territorio de un Estado parte y el acusado debe ser de nacionalidad de un Estado parte o de un Estado no parte que ha presentado una declaración aceptando el ejercicio de la jurisdicción de la Corte en relación al crimen de agresión, en conformidad al Artículo 12(3). La Corte debe determinar si el crimen de agresión surge de un acto de agresión cometido por un Estado parte que, previamente, haya rechazado su jurisdicción sobre el tipo penal de agresión ante la Secretaría de la Corte.²⁰ Si tal declaración ha sido ingresada, la Corte no puede iniciar un procedimiento en contra de los nacionales de tal Estado parte, incluso en conexión con cualquier crimen de agresión cometido en su propio territorio, aparentemente. En el evento que EEUU se convierta en un Estado parte del Estatuto de Roma, puede ingresar tal declaración y evitar la responsabilidad de sus nacionales en relación al delito de agresión.

¹⁶ Para un recuento pormenorizado de las negociaciones de Kampala, véase las entradas de David J. Scheffer y John Cerone en el blog disponible en Internet: <http://iccreview.asil.org/> (visitado el 17.01.2012).

¹⁷ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, arts. 15 *bis* (2) y 15 *ter* (2).

¹⁸ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, arts. 15 *bis* (3) y 15 *ter* (3).

¹⁹ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, art. 15 *bis* (4).

²⁰ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, art. 15 *bis* (4).

SCHEFFER, David, “El significado y la activación del crimen de agresión
bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.

Incluso más, la Corte no puede ejercer jurisdicción sobre el crimen de agresión cuando ha sido cometido por nacionales de Estados que no son parte o en el territorio de uno de estos Estados.²¹ Esta concesión crucial logró la ansiada protección frente a la jurisdicción sobre agresión, para naciones claves que no son Estados partes, incluyendo Estados Unidos. Esta consideración especial también corrigió –al menos para el crimen de agresión– el aparente defecto en el Artículo 121(5) del Estatuto de Roma, donde sólo un Estado parte puede declarar la no aceptación frente a un nuevo delito incorporado al Estatuto mientras que, curiosamente, se deja expuesto a Estados que no son parte del mismo a la jurisdicción de la Corte en aquellos delitos incorporados.²²

La siguiente fase del filtro jurisdiccional establecido en el Artículo 15*bis* involucra al Consejo de Seguridad. Si el Fiscal decide que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión luego de la remisión de un Estado parte – en conformidad con el Artículo 13(a)– o de oficio –bajo lo dispuesto en el Artículo 13(c)–, debe “verificar en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate.” Tal determinación seguramente corresponderá a una decisión del Consejo de Seguridad en virtud de lo dispuesto en el Artículo 39 de la Carta de Naciones Unidas.²³ Si el Consejo así lo determina, entonces el Fiscal podrá proceder con la investigación de un crimen de agresión.²⁴

Si la determinación del Consejo de Seguridad no se adopta dentro de seis meses, contados desde la fecha en que el Fiscal notificó al Secretario General de Naciones Unidas –y señalando que existe fundamento razonable para iniciar una investigación de un presunto crimen de agresión– entonces el Fiscal puede proceder con tal investigación, siempre que la Sección de Cuestiones Preliminares de la Corte haya autorizado primero el inicio de una investigación, de acuerdo con el procedimiento original fijado en el Artículo 15 del Estatuto de Roma.²⁵ Las negociaciones de la Conferencia Revisora llevaron a establecer, como requisito, que los seis jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares deban participar y aprobar el inicio de la investigación por voto de mayoría. Esta exigencia ante la Sección pone en cuestión la primacía del Consejo de Seguridad en

²¹ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, art. 15 *bis* (5).

²² Véase SCHEFFER, David J., “Staying the Course with the International Criminal Court”, *Cornell Int’l L.J.*, Vol. 35 (Nov. 2001-Feb. 2002), pp. 47, 76, 81, 86, 96 (donde se explica que las medidas para corregir el defecto en la segunda oración del Artículo 121(5) del Estatuto de Roma, que establece: “Las enmiendas a los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente Estatuto entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. La Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya aceptado la enmienda.”).

²³ Carta de Naciones Unidas, art. 39 (“El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.”).

²⁴ Las reformas de Kampala no consideran la hipótesis si el Consejo de Seguridad, por medio una resolución, determina afirmativamente que *no* ha ocurrido un acto de agresión. Véase SCHEFFER, David J., “The Complex Crime of Aggression under the Rome Statute”, *Leiden J. Int’l L.*, Vol. 23 (2010), pp. 897, 901-902.

²⁵ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, art. 15 *bis* (8).

la determinación de los actos de agresión bajo la Carta de Naciones Unidas. La posibilidad de mantener abierta una investigación sobre agresión ante la Corte, en el evento que el Consejo ha fallado en intervenir, fue una cuestión debatida intensamente por años en el Grupo Especial de Trabajo sobre el Crimen de Agresión y en la Asamblea de Estados partes y los principales Estados no parte.

Sin embargo, en el último día de la Conferencia Revisora surgió una propuesta que confirma el poder del Consejo de Seguridad para poner una “luz roja” a la Sección de Cuestiones Preliminares. El compromiso establece que la Sección puede iniciar una investigación del crimen de agresión, siempre que el “Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16.”²⁶ El Artículo 16 del Estatuto de Roma expresamente le otorga al Consejo de Seguridad la atribución de impedir el inicio de una investigación o el enjuiciamiento, o que se suspenda la iniciada por el plazo de 12 meses, mediante una resolución solicitando tal efecto a la Corte, bajo la autoridad de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Tal solicitud puede ser renovada por el Consejo bajo las mismas reglas en años consecuentes y, por tanto, aquí se encuentra la “luz roja” del Consejo.²⁷

La atribución de “luz roja” requiere que el Consejo de Seguridad adopte una acción positiva para bloquear la Sección de Cuestiones Preliminares, en contraposición al mero silencio. Sin embargo, esto significa que cualquiera de los cinco miembros permanentes pueden vetar la resolución y, en consecuencia, devolver el caso a la Sección de Cuestiones Preliminares. A pesar de ello, para que la Sección autorice la investigación del crimen de agresión, se requiere verificar que el crimen de agresión –conforme al Artículo 15*bis*(4)– surge de un acto de agresión. Este requisito pone en cuestionamiento la posición que sostiene que el Consejo de Seguridad tiene la atribución exclusiva de determinar los actos de agresión. Los jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares deben vadear profundamente en los factores de responsabilidad estatal en orden a evaluar actos de agresión. Esta tarea importa juicios anclados en el Derecho internacional sobre el uso de la fuerza junto al análisis proveniente del Derecho penal internacional.

El segundo filtro jurisdiccional se aplica cuando el Consejo de Seguridad, conforme al Artículo 13(b) y 15*ter* del Estatuto de Roma, remite al Fiscal una situación en la que uno o más crímenes de agresión aparentemente se han cometido. Aquí, el terreno jurisdiccional es bastante distinto del que se encuentra en el Artículo 15*bis*. El marco original de jurisdicción para remisiones del Consejo de Seguridad, establece que cualquier Estado parte o no parte puede ser arrastrado en una remisión “independientemente de que el Estado de que se trate haya aceptado la competencia de la

²⁶ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, art. 15 *bis* (8).

²⁷ Estatuto de Roma, art. 16 (“En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.”).

SCHEFFER, David, “El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.

Corte a este respecto.”²⁸ Por tanto, los nacionales de cualquier Estado parte o no parte pueden ser investigados por el crimen de agresión, siempre y cuando el Consejo de Seguridad remita la situación al Fiscal, conforme a una resolución del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas que identifique la competencia territorial y personal del asunto remitido. Dicha resolución también puede ser de utilidad para que el Consejo de Seguridad determine, bajo el Artículo 39 de la Carta, si un acto de agresión ha acontecido en los hechos y así satisfacer la posición de los gobiernos que buscan, en el Consejo de Seguridad, la competencia originaria en materia de agresión. Es posible que el Consejo de Seguridad remita una agresión de forma tal que deje, en primera instancia, la evaluación de la ocurrencia de actos de agresión a los jueces de la CPI. Pasar la pelota, de esta forma, a la CPI, puede mostrarse políticamente atractivo para el Consejo, quien, tradicionalmente, es reticente a invocar la palabra “agresión” pero puede sentirse cómodo en dejar la determinación a la CPI en situaciones particulares, cuando los riesgos involucrados pueden ser considerados como manejables por los miembros del Consejo.

Independiente de si, bajo el Artículo 13 del Estatuto de Roma, el crimen de agresión haya sido remitido a la Corte o la investigación fue iniciada por la misma, una vez que la Corte está avocada a resolver dicho crimen en un caso concreto, “[I]a determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.”²⁹ En consecuencia, los jueces de la CPI están facultados para adoptar sus propias determinaciones tanto de los actos como de los crímenes de agresión, una vez que la Sección de Cuestiones Preliminares autorice la investigación conforme al Artículo 15bis(8) –siempre que el Consejo de Seguridad no actúe en virtud del Artículo 16 del Estatuto– y, por un lado, los casos individuales se presenten antes a la Corte o, por el otro, después de que el Consejo de Seguridad remita una situación sobre agresión de acuerdo a lo dispuesto con el Artículo 13(b) y 15ter del Estatuto de Roma.

1.3. Elementos de los crímenes.

El Grupo Especial de Trabajo sobre el Crimen de Agresión había concluido los elementos del crimen de agresión antes de la Conferencia Revisora y estos fueron fácilmente adoptados en la misma.³⁰ Los elementos repiten algunos de los puntos impulsados en los *Entendimientos* al crimen de agresión patrocinados por EEUU y clarifican que no se requiere acreditar que el autor haya tenido una autorepresentación normativa sobre “si el uso de la fuerza fue incompatible” con la Carta de Naciones Unidas³¹ o en relación con “la violación ‘manifiesta’” que dispone el mismo texto.³² Los elementos reiteran un requisito clave, a saber, que el “acto de agresión, por sus características, gravedad y

²⁸ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, Anexo III (*Entendimientos* en relación a las reformas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sobre el Crimen de Agresión), *Entendimiento* No. 2 (“Se entiende que la Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión sobre la base de una remisión por el Consejo de Seguridad, de conformidad con el apartado b) del artículo 13 del Estatuto, independientemente de que el Estado de que se trate haya aceptado la competencia de la Corte a este respecto.”).

²⁹ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, arts. 15 bis (9) y 15 ter (4).

³⁰ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, Anexo II.

³¹ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, Anexo II; Introducción No. 2.

³² The Crime of Aggression, RC/Res. 6, Anexo II; Introducción No. 4.

escala, haya constituido una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.”³³ El autor debe estar consciente tanto de las circunstancias fácticas que establecieron tanto el uso de la fuerza armada de forma incompatible con la Carta de Naciones Unidas³⁴ (considerado como violación al Artículo 2(4) de la Carta), como aquellas que configuran al acto de agresión como una violación manifiesta de la Carta.³⁵

1.4. Entendimiento sobre el crimen de agresión.

El Anexo III de la Resolución RC/Res. 6 de la Conferencia Revisora establece siete “*Entendimientos sobre las reformas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el Crimen de Agresión*” (“*Entendimientos*”). Estos *Entendimientos* tiene por objeto guiar la interpretación de los jueces de la CPI, el Fiscal y los abogados defensores, en torno a las reformas sobre agresión. Sólo se puede especular si cualquiera de estos sujetos, particularmente los jueces, se considerarán vinculados por los *Entendimientos* en contraposición a su propia interpretación del lenguaje de los preceptos del Estatuto.

Durante las negociaciones, la delegación de EEUU fue instrumental en promover cuatro de los siete *Entendimientos*. En el *Entendimiento No. 4* hay una señal de cautela, que establece que las reformas sobre el acto de agresión y el crimen de agresión están circunscritas únicamente al Estatuto de Roma y que no pueden ser interpretadas como limitantes o presuposiciones de reglas Derecho Internacional existentes o en desarrollo, para efectos ajenos al Estatuto. Estados que no son partes, particularmente, querrían asegurarse que el derecho evolucione bajo su orientación fuera del Estatuto de Roma. El *Entendimiento No. 5* clarifica que no existe una obligación de ejercer jurisdicción doméstica sobre agresiones cometidas por otro Estado y, por implicancia, por sus nacionales. Se trata de una importante salvedad al régimen de complementariedad desarrollado bajo el Estatuto de Roma para otros crímenes atroces y que pretende alertar que los Estados no deben duplicar las definiciones de actos de agresión o del crimen de agresión en sus leyes nacionales. Sin embargo, el *Entendimiento No. 5* implícitamente asume la necesidad de promulgar legislación penal interna, tipificando cualquier crimen de agresión perpetrado por los nacionales de los mismos Estados, con el objeto de establecer las bases para prevenir la jurisdicción de la CPI sobre éstos.

Los *Entendimientos Nos. 6 y 7* fueron impulsados fuertemente por la delegación estadounidense, puesto que elevan el parámetro de la gravedad de los actos de agresión que deben ser conocidos por la Corte. Ambos debiesen ser instructivos aunque su influencia, en último término, deberá esperar a los casos concretos. Al exigir el examen de todas las circunstancias de cada caso particular, el *Entendimiento No. 6* incentiva la evaluación de los usos justificados de la fuerza que pudieren surgir, por ejemplo, en materia de legítima defensa, ataques antiterroristas o, incluso, en intervenciones humanitarias. El *Entendimiento No. 7* busca asegurar que “una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas” importa que *cada uno* de los tres “elementos de características, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente para justificar una

³³ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, Anexo II; Elementos No. 5.

³⁴ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, Anexo II; Elementos No. 4.

³⁵ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, Anexo II; Elementos No. 6.

determinación de violación ‘manifiesta’”. Lamentablemente, la redacción de la última frase del *Entendimiento No. 7* puede llevar a pensar que, solo dos de los tres elementos, requieren ser de una dimensión tal que constituyan una “violación manifiesta” de la Carta de Naciones Unidas.³⁶

Los primeros tres *Entendimientos* clarifican que 1) la Corte debe resolver sólo crímenes de agresión cometidos *después* de que quede fijada la fecha para activar las remisiones bajo los nuevos Artículos 15*bis* y 15*ter* y, por tanto, confirmando que la fecha operacional no será antes del 1º de enero de 2017 –tanto para la comisión del crimen como para gatillar la jurisdicción de la Corte³⁷–; y 2) la facultad de remisión del Consejo de Seguridad, bajo el Artículo 13(b), niega la necesidad de la aceptación estatal de la jurisdicción de la Corte respecto del crimen de agresión, con el objeto de dotar a la Corte de la potestad jurisdiccional.³⁸

2. La posición de Estados Unidos sobre el crimen de agresión.

La posición del gobierno de EEUU se ha mantenido relativamente coherente desde los juicios en el Tribunal Militar de Nuremberg, tras la Segunda Guerra Mundial. La Carta de Londres del Tribunal Militar de Nuremberg –donde EEUU jugó un rol fundamental en su redacción– estableció jurisdicción criminal sobre 1) la conspiración para librar una guerra agresiva, cubriendo en la misma crímenes de guerra y de lesa humanidad; y 2) crímenes contra la paz, que incluían la planificación, preparación, iniciación o el librar una guerra de agresión, o una guerra que constituya una violación a los tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados.³⁹ El elemento común era el requisito de una “guerra agresiva” o una “guerra de agresión”, lo que importaba ataques transfronterizos de gran escala seguidos por la ocupación militar. Para los redactores de la Carta de Londres, el ejemplo principal correspondía a la invasión y ocupación alemana a Polonia, el 1º de septiembre de 1939.⁴⁰ En tiempos contemporáneos, uno podría considerar la invasión iraquí y la ocupación militar de Kuwait de 1990 como otro ejemplo de una guerra agresiva. Extrañamente, la invasión anglo-americana y la ocupación militar de Irak, en el 2003, puede ser considerada como una guerra de agresión.

³⁶ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, Annex III (*Entendimientos* en relación a las reformas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sobre el Crimen de Agresión), *Entendimiento No. 7* (“Se entiende que al determinar si un acto de agresión constituye o no una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, los tres elementos de características, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente para justificar una determinación de violación “manifiesta”. Ninguno de los elementos puede bastar por sí solo para satisfacer el criterio de violación manifiesta.”).

³⁷ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, Annex III, *Entendimientos* Nos. 1 & 3.

³⁸ The Crime of Aggression, RC/Res. 6, Annex III, *Entendimientos* No. 2.

³⁹ Art. 6, Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, Aug. 8, 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279, reimpreso en *Am. J. Int'l L.*, Vol. 39, (1945), p. 259 (en adelante, “Carta de Londres”).

⁴⁰ Véase HARRIS, Whitney R., *Tyranny on Trial*, Dallas: Southern Methodist University Press, Ed. Revisada, 1999, pp. 514-538; CLARK, Roger S., “Nuremberg and the Crime against Peace”, *Wash. U. Global Studies L. Rev.*, Vol. 6 (2007), p. 527.

Durante las negociaciones del Estatuto de Roma, de la década de los '90 en adelante, la posición estadounidense se mantuvo relativamente coherente y a la par con muchos otros gobiernos. El interés inicial de Washington era enfocarse en la competencia material de la Corte en los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y los crímenes de guerra y no incentivar la adopción, a la vez, de un acuerdo bastante más problemático, como lo era el crimen de agresión. Sin embargo, con el transcurso de los años y la evolución de las negociaciones, la delegación estadounidense se involucró en largas y enérgicas discusiones sobre cómo incorporar el crimen de agresión con una suficiente precisión y con filtros jurisdiccionales aceptables. Washington, junto a otros gobiernos, buscó una definición fundada en la costumbre internacional, similar a la fórmula de Nuremberg que se enfocaba en una “guerra de agresión” y no una definición ajustada a la responsabilidad del Estado en función de un gama amplia de usos de la fuerza, como se encuentra en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas No. 3314 (1974). EEUU – nuevamente, junto a otros Estados– también insistió en el rol obligatorio del Consejo de Seguridad en la determinación inicial que un acto de agresión ha ocurrido entre dos Estados, antes que la Corte pudiese ejercer jurisdicción frente a una situación particular.⁴¹ Un número considerable de gobiernos adoptaron otras posiciones, algunos apoyando la inclusión de la lista de ataques armados bajo la Resolución 3314, así como la fórmula que permitiría a la Corte investigar el crimen de agresión, en el evento que el Consejo de Seguridad no adoptara la decisión de si un ataque armado constituía o no un acto de agresión, bajo un período determinado de tiempo.

El estancamiento se produjo en julio de 1998 en Roma y el resultado, reflejado en el Artículo 5(2) original del Estatuto de Roma, fue una inserción de último minuto del crimen de agresión en el tratado, sin un valor operativo hasta que una definición y un filtro jurisdiccional fuesen aprobados por una reforma al Estatuto de Roma, nunca antes de que se efectuara la Conferencia Revisora en siete años más –que, en los hechos, fueron ocho– tras la entrada en vigencia del Estatuto.⁴² EEUU participó en las discusiones sobre el crimen de agresión entre 1999 y el 2000. No obstante, con la asunción del gobierno de George W. Bush en 2001, EEUU abandonó su puesto en las conversaciones de Naciones Unidas y la CPI y no asistió al Grupo Especial de Trabajo sobre el Crimen de Agresión, durante los años de intenso trabajo que desarrollaron un número creciente de Estados partes, con la activa participación de observadores y Estados no parte como Rusia, China, Israel, Pakistán, India e Indonesia.⁴³ La visión de Estados Unidos, en consecuencia, se paralizó durante los ocho años de la administración de George W. Bush.

⁴¹ Véase SCHEFFER, David J., “The United States and the International Criminal Court”, *Am. J. Int’l L.*, Vol. 93 (1999), pp. 12, 21; SCHEFFER, “Staying”, cit. nota n° 22, pp. 82-83.

⁴² Estatuto de Roma, art. 5(2) (“La Corte ejercerá competencia 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.”).

⁴³ Véase BARRIGA, “Against the Odds”, cit. nota n° 4, p. 621; BARRIGA, Stefan *et al.* (Eds.), *The Princeton Process on the Crime of Aggression: Materials of the Special Working Group on the Crime of Aggression 2003-2009*, Princeton: Liechtenstein Institute on Self-Determination at Princeton University, 2009.

3. El reinicio de la participación estadounidense con el gobierno de Obama.

Hacia el fin del primer año del gobierno de Obama (2009), Estados Unidos reasumió su puesto en las discusión sobre agresión. Sin embargo, a estas alturas ya era muy tarde para influenciar la redacción de la definición del crimen de agresión y que luego se convertiría en el Artículo 8bis. A lo más, Estados Unidos podía presionar en Kampala –que lo hizo con alto grado de éxito– para adoptar los *Entendimientos* que buscaban clarificar el sentido del Artículo 8bis. El último campo de batalla sería el filtro jurisdiccional (Artículos 15bis y 15ter). Los negociadores estadounidenses, Stephen Rapp –Embajador estadounidense en Misión Especial para Asuntos de Crímenes de Guerra– y Harold Koh –Asesor Jurídico del Departamento de Estado– desempeñaron roles claves apoyados por una considerable delegación de funcionarios estadounidenses que los acompañaron en Kampala. La delegación incluyó a William Lietzau, un ex Auditor General de la Armada y ex juez militar, quien había participado durante las negociaciones de Roma, en 1998, y en las importantes conversaciones en torno a los Elementos de los Crímenes, durante 1999 y el 2000. Ampliamente respetado por delegados extranjeros, el particular compromiso de Lietzau se mostró decisivo en arribar a un resultado favorable – al menos, tolerable– para Estados Unidos.

La delegación estadounidense estimaba que la definición de agresión tenía defectos y que aún era prematuro para que la Asamblea de Estados partes pusieran punto final, en Kampala, a la discusión tanto de la definición del crimen de agresión como de los filtros jurisdiccionales. En palabras del Embajador Rapp, Estados Unidos no quería “recargar” la CPI con el deber adicional de investigar y procesar una agresión.⁴⁴ Koh enfatizó la prioridad del Presidente Obama, en su discurso al recibir el premio Nóbel (Diciembre de 2009), donde sostuvo que “en el siglo XXI, existen usos de la fuerza que son legales y que los países, en ocasiones, deben implementar. La pregunta es cómo asegurarse de no criminalizarlas si son legítimas.”⁴⁵ El mejor resultado tras Kampala, desde la perspectiva de Washington, era dejar irresuelto el crimen de agresión, en tanto un crimen operacional bajo el Estatuto de Roma. Los comentarios previos a la Conferencia de Kampala, incluso junto a una iniciativa de un grupo de organizaciones no gubernamentales, arguyeron que aprobar el crimen de agresión afectaría el núcleo de funciones de la CPI para investigar genocidios, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Tal raciocinio, apoyando la dilación el asunto, resonaba fuertemente en Washington y, en último término, fue respaldado en las reformas con un mecanismo que habilita una segunda revisión de la fórmula de Kampala en el 2017.⁴⁶

⁴⁴ Conferencia de Prensa del Departamento de Estado, Observaciones de Koh y Rapp en el compromiso de Estados Unidos con la Corte Penal Internacional y el resultado de la Asamblea de Estados Partes de la CPI, Junio 2010, p. 5 (Junio 15, 2010), disponible en Internet: https://secure.www.cfr.org/publication/22454/koh_and_rapps_remarks_on_us_engagement_in_the_international_criminal_court_and_the_outcome_of_the_icc_assembly_of_states_parties_conference_june_2010.html (visitado el 17.01.2012).

⁴⁵ “Conferencia”, cit. nota n° 44, p. 6.

⁴⁶ “Conferencia”, cit. nota n° 44, p. 4.

En el quinto día de la Conferencia de Kampala, el Asesor Jurídico Harold Koh subrayó la necesidad crítica de alcanzar un consenso tanto en la definición como en el filtro jurisdiccional aplicable al crimen de agresión, notando que las delegaciones aún se encontraban lejos de tal meta. Se podía percibir que EEUU se mantenía firme en lograr su objetivo de deferir el crimen de agresión a un lejano día en el que se lograra consenso –o, quizás, a un lejano año– y evitar lograr este difícil punto en Kampala. Tristeza y angustia se posó sobre varios de los delegados y los observadores pero, ocasionalmente, las discusiones siguen trayectorias extrañas y Kampala no fue la excepción.

Durante la semana siguiente, el duro trabajo de los máximos negociadores estadounidenses con otras delegaciones, y con el Presidente de la Comisión, Christian Wenaweser, de Lichtenstein –quien a su vez era el Presidente de la Asamblea de Estados partes– y el Príncipe Zeid Ra-ad Zeid al-Hessein, de Jordania –Presidente del Grupo Especial de Trabajo sobre el Crimen de Agresión y ex Presidente de la Asamblea de Estados partes–, se logró una decisión de consenso el 11 de junio de 2010. La insistencia de Koh sobre el consenso prevaleció y Estados Unidos logró sus objetivos principales. Koh lo describe de la siguiente forma:

[E]l resultado protege nuestros intereses vitales. La Corte no puede ejercer jurisdicción sobre el crimen de agresión sin una decisión posterior que tendrá lugar luego del 1° de enero de 2017. El Fiscal no puede acusar a nacionales de Estados que no son parte, incluyendo a los estadounidenses, por un crimen de agresión. Ningún estadounidense puede ser procesado por agresión en tanto Estados Unidos se mantenga como Estado no parte. Y en el evento de convertirse en Estado parte, aún se mantendría la opción de marginar a nuestros compatriotas de los procesos por agresión. En suma, aseguramos total protección para nuestras Fuerzas Armadas y otros estadounidenses fuera de nuestro territorio.⁴⁷

Estas fueron las malas justificaciones y las explicaciones “Washington-céntricas” de lo que se había logrado en Kampala, para demostrar que Estados Unidos no necesita preocuparse sobre sus líderes políticos o militares de ser investigados, en el futuro, por el crimen de agresión, con independencia de si se convierte en parte del Estatuto de Roma.

Mientras Koh y Rapp prometían nueva cooperación y compromiso estadounidense con la CPI –principalmente, en casos específicos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra–, no expresaron ningún interés particular en apoyar a la CPI en investigaciones y procesamientos sobre agresión en el futuro. En efecto, Koh enfatizó que los Estados Unidos, sin perjuicio de ser sólo un Estado observador, podía reabrir las reformas de Kampala en los siete años siguientes: “Esperamos que el crimen será mejorado en el futuro y continuaremos comprometidos con tal fin.”⁴⁸ Sin embargo, explicó que las serias preocupaciones sobre la aplicación del crimen de agresión, en investigaciones y procesos contra funcionarios estadounidenses ante la CPI, habían sido considerablemente disminuidas:

⁴⁷ “Conferencia”, cit. nota n° 44, pp. 1-2.

⁴⁸ “Conferencia”, cit. nota n° 44, p. 2.

SCHEFFER, David, “El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.

Pienso que, en el panorama general, somos el país de Nuremberg. El Juez Jackson [de la Corte Suprema de Estados Unidos,] es uno de nuestros juristas más reputados y, en consecuencia, tuvimos una importante participación en dilucidar cómo un crimen de agresión puede ser eficaz y responsablemente aplicado. Pienso que la posibilidad de someter a proceso a un funcionario estadounidense es, en este punto, cero. La posibilidad de un efecto disuasivo es lo más cercano a cero que puede lograrse y, sobre esta base y con este asunto marginado, pienso que no es el momento para este país de adoptar la mentalidad del acusado, sobre una serie de cuestiones sobre las cuales tenemos fuertes intereses de promover responsabilidad y terminar con la impunidad.⁴⁹

La “mentalidad del acusado” ha dominado el pensamiento de Washington sobre la CPI, desde comienzo de 1990. Sería novedoso salir de aquella hundida mentalidad y pensar positiva y constructivamente sobre cómo el gobierno de Obama puede crear una relación constructiva y de futuro con la CPI, para el resguardo de uno de los intereses estadounidense más importante: la justicia internacional.

4. Próximos pasos para el compromiso estadounidense.

En los años venideros, EEUU –aún como un Estado no parte– puede ayudar en fortalecer la incorporación del crimen de agresión en la estructura operativa del Estatuto de Roma y, en último término, en investigaciones y procesos concretos ante la CPI. Habrá, sin duda, críticas y escepticismo de aquellos en Washington quienes siempre se han opuesto a la participación estadounidense en la CPI e, incluso, de su misma existencia. Pero cualquier argumento basado en aquello que protege de mejor forma los intereses estadounidenses debe considerar, en el largo plazo, ciertos pasos de compromiso más que una ciega oposición.

Existen al menos seis propuestas de política que el gobierno de Obama puede, como punto de partida, adoptar en relación con el crimen de agresión. Las siguientes recomendaciones no intentan abordar la cuestión más amplia de la relación de Estados Unidos y la CPI. Al contrario, intentan enfocarse estrictamente en cómo Estados Unidos puede aproximarse de mejor forma a la realidad de que el crimen de agresión se encuentra rumbo a activarse bajo el Estatuto de Roma.

4.1 Presidente Obama debería referirse a la justicia internacional en algún discurso y aplaudir los logros de Kampala.

En particular, el Presidente Obama debería reafirmar el compromiso de EEUU frente al objetivo de lograr una fórmula de consenso sobre la definición de los actos de agresión y sobre el crimen de agresión, así como sobre la gama de asuntos que confrontan a los Estados partes y no partes en relación a los filtros jurisdiccionales. Sus afirmaciones no requieren ser más que unas pocas frases. Pero deben ser palabras elocuentes que

⁴⁹ American Society of International Law, *The U.S. and the International Criminal Court: Report from Kampala Review Conference*, p. 5 (Junio 16, 2010). Transcripción disponible en Internet: http://www.asil.org/files/Transcript_ICC_Koh_Rapp_Bellinger.pdf (visitado el 17.01.2012).

aseguren, a los gobiernos de todas latitudes, el compromiso de la administración de Obama sobre el proceso y la sustancia de lo logrado en Kampala.

4.2 Estados Unidos, como Estado observador, debe mantenerse activamente involucrado en todas las discusiones futuras sobre el crimen de agresión en la Asamblea de Estados Partes.

La participación estadounidense, sin embargo, no debe estar dirigida a frustrar la implementación del crimen de agresión, a medida que el 2017 se acerca, puesto que tal estrategia seguramente sería contraproducente para los intereses estadounidenses. Si Washington fuese percibido menoscabando el esfuerzo de los logros de Kampala –que en los ojos de muchos gobiernos fueron, en el mejor de los casos, minimalistas–, Estados Unidos arriesgaría volver a un estatus aislado y marginado, en clara reminiscencia a los años de George W. Bush. EEUU, más bien, debería partir de la premisa de “vivir con” la fórmula de Kampala sobre agresión y buscar construir sobre la misma para lograr una Corte justa y eficiente. Reabrir la fórmula acordada en Kampala arriesgaría sacrificar los mismos preceptos que protegen y hacen avanzar los intereses estadounidenses. Reconociendo tal riesgo, existen cuestiones legítimas que hay que levantar en los años venideros sobre cómo preparar a la Corte frente a la entrada en vigencia del crimen de agresión. Estados Unidos puede estar a la punta junto a importantes Estados parte como Japón, Francia, Argentina, Reino Unido, Sudáfrica y otros, para examinar estos dilemas y mejorar constructivamente el rendimiento de la Corte. Estas cuestiones incluyen la formación que requerirá la Oficina del Fiscal y de los jueces para considerar debidamente los actos de agresión y su magnitud, en el contexto de la responsabilidad del Estado; el manejar el rol de las víctimas de agresión ante la Corte; la composición del tribunal para enfrentar denuncias de agresión (véase más abajo); y la integridad de los procesos de reforma que guiaron las negociaciones de Kampala y aquellos que serán usados a medida que el 2017 se acerca.⁵⁰

4.3. El gobierno de Obama debe consultar con sus aliados, especialmente los de OTAN, sobre cómo planificar la entrada en vigencia del crimen de agresión ante la CPI, quizás antes del 2017.

Una de las preocupaciones tradicionales expresadas por los negociadores estadounidenses consistía en si los aliados ratificarían el crimen de agresión y, sin embargo, rechazarían retirarse de la jurisdicción de la Corte, tal como lo permite el Estatuto de Roma, creando, de esta forma, una matriz fracturada de exposición jurídica entre los países de la OTAN en relación al uso de la fuerza militar en el contexto de acusaciones de agresión, sin perjuicio de lo injustificada o frívolas que puedan ser. El resultado sería que dos aliados actuando al unísono podrían estar sujetos a distinta responsabilidad bajo el Estatuto de Roma.

Sin perjuicio de lo anterior, EEUU no debe implementar una estrategia similar a la de la iniciativa del gobierno de George W. Bush sobre acuerdos de no rendición, bajo el Artículo 98(b), un esfuerzo de varios años que presionó y obligó a los aliados y amigos de EEUU a firmar acuerdos bilaterales en números y contenido que excedían lo que era

⁵⁰ Véase SCHEFFER, “Complex”, cit. nota nº 24, pp. 902-903.

necesario y sólo encendieron una fuerte oposición al país, contribuyendo a mermar la influencia estadounidense y dismantelar relaciones militares en sectores críticos del mundo.⁵¹ En contraposición a la estrategia estadounidense, el plan de Obama debería persuadir a los aliados a ratificar las reformas de Kampala, incluyendo aquellas que dicen relación con el crimen de agresión. No obstante, la administración debería seleccionar aliados claves que acompañarían a los EEUU en el futuro en cuestiones de legítima defensa colectiva, ejecución de medidas militares adoptadas por Naciones Unidas, intervenciones humanitarias, y operaciones antiterroristas, bajo estructuras de alianzas como la OTAN. Con estos aliados específicos, EEUU puede discutir el mérito de ingresar declaraciones de no-aceptación de la jurisdicción de la CPI sobre del crimen de agresión, en virtud de lo dispuesto en el nuevo Artículo 15bis(4).

Esta estrategia debe ser entendida por todos como un esfuerzo estadounidense para activar el crimen de agresión, a la par que se asegura que usos de la fuerza críticos y legítimos pueden ser adoptados para confrontar la comisión constante de crímenes atroces bajo el mandato de Naciones Unidas. Tal estrategia no será popular fuera de EEUU y los Estados partes obrando de buena fe deben asumirla con alto grado de control y sofisticación para preservar la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión y, a la vez, reconocer las excepciones jurídicas y prácticas a tal jurisdicción. En efecto, puede ser posible el diseñar una declaración de la OTAN de no-aceptación para limitarla a acciones públicamente declaradas que sean consistentes con el derecho de legítima defensa, los mandatos de Naciones Unidas (bajo la doctrina de la “Responsabilidad de Proteger”), imperativos humanitarios y, de forma limitada y en casos estrictamente necesarios, para acciones antiterroristas.

4.4. El gobierno de Obama debe comenzar a trabajar con varios Estados parte para asegurar que, en los años siguientes, algunos jueces militares altamente calificados sean elegidos por la Asamblea de Estados partes al estrado de la CPI .

La presencia de pericia militar entre los jueces de la Corte debería aumentar su capacidad para analizar, debidamente, el uso de la fuerza militar –ya sea legítima o ilegítima– en el contexto de actos de agresión transfronterizos y el rol de líderes según lo dispuesto en el nuevo Artículo 8bis. EEUU debe prestar su voz constructiva a la idea de una sala especializada de la CPI que, en un futuro, sea usada para evaluar las denuncias de agresión y comprender, de mejor forma, la interrelación entre los actos de agresión y el crimen de agresión, bajo el Estatuto de Roma. Si algún día EEUU se convirtiere en un Estado parte del Estatuto de Roma, debiese considerar nominar alguno de sus más talentosos jueces militares en retiro para ser miembro de la Corte.

4.5. Estados Unidos debería formular su política exterior de forma coherente con el crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma.

No hay escapatoria a la entrada en vigencia del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma, para comienzos de 2017, lo que debe ser considerado por EEUU en la formulación

⁵¹ Véase SCHEFFER, David J., “Article 98(2) of the Rome Statute: America’s Original Intent”, *J. Int’l Crim. Justice*, Vol. 3 (2005), pp. 333 y ss.

de su política exterior y en el uso de la fuerza armada fuera de sus fronteras. Incluso si EEUU se mantiene como Estado no parte y aprovecha una permanente no-aplicación de la jurisdicción de la Corte sobre sí, en relación al crimen de agresión, sería una absoluta falta de previsión ignorar el asunto completamente. Esto es particularmente cierto en términos de acciones con aliados que pueden gatillar la jurisdicción de la Corte en materia de agresión. El Departamento de Estado, el de Defensa y el Consejo de Seguridad Nacional deberían actuar cuidadosamente en la planificación de las acciones militares, las circunstancias en que éstas proceden y ser concientes de cómo las acciones de EEUU pueden ser vistas por otros como activando los detonantes de un crimen de agresión. Tal precaución de parte de los actores políticos de Washington no significa coartar las acciones militares estadounidenses, pero implicaría mantener a todos concentrados en asegurar la legalidad de sus intervenciones en el extranjero. Con o sin la existencia de la CPI y del crimen de agresión bajo su jurisdicción, los actores políticos y los estrategas militares deben prestar mayor atención al Derecho internacional y el cumplimiento estadounidense del mismo debiese ser rutinario y no de forma excepcional.

4.6. Una vez que el crimen de agresión entre en vigencia, EEUU, como miembro permanente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, debe trabajar constructivamente con otros miembros del Consejo, principalmente con Estados partes del Estatuto de Roma, para aprobar la remisión de situaciones de agresión a la Corte conforme a la autoridad establecida en el Artículo 13(b).

Esta será siempre una iniciativa altamente política y delicada para el Consejo de Seguridad, dada las perspectivas de otros países sobre el rol del Consejo y el poder que tiene. Pero al interior del mismo, EEUU puede demostrar una actitud fuertemente responsable frente a la Corte y su importancia, en la asistencia de la resolución de amenazas a la paz y seguridad internacional a través del instrumento de justicia internacional.

Conclusión.

Las definitivas dimensiones conceptuales, jurisdiccionales y operacionales del crimen de agresión ante la CPI tomarán años para ser sorteadas entre académicos, gobiernos y, finalmente, los jueces de la Corte que decidirán sobre el crimen en casos concretos. Estados Unidos jugó un rol principal por décadas en el proceso que culminó con la Conferencia Revisora de Kampala, en el 2010, a pesar de que Washington abandonó la discusión, en algunos de los primeros años del siglo XXI, que configuraron las reformas definitivas al Estatuto de Roma. El gobierno de Obama retornó a las conversaciones diplomáticas y efectuó relevantes contribuciones al resultado de Kampala.

La definición del crimen de agresión puede seguir siendo defectuosa, a los ojos de Washington, pero mucho de lo alcanzado en Kampala puede servir para buscar una interpretación operativa de la definición. Mientras los filtros jurisdiccionales demostraron ser de una negociación compleja y, quizás, de difícil comprensión en su redacción final, los intereses estadounidenses fueron significativamente protegidos con el resultado último. Al menos se encuentra establecido el trayecto jurisdiccional para procesar por un crimen de agresión y se sujeta a la revisión final de los Estados partes en el 2017, o en un

SCHEFFER, David, “El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.

momento posterior según se acuerde. EEUU debería trabajar para fortalecer la incorporación y la completa implementación del crimen de agresión en el Estatuto de Roma, de manera tal que los líderes de países agresores puedan ser llevados a la justicia y que los usos legítimos de fuerza militar, en beneficio de la humanidad, se mantengan disponibles en el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- American Society of International Law, *The U.S. and the International Criminal Court: Report from Kampala Review Conference*, p. 5 (Junio 16, 2010). Transcripción disponible en Internet: http://www.asil.org/files/Transcript_ICC_Koh_Rapp_Bellinger.pdf (visitado el 17.01.2012).
- BARRIGA, Stefan *et al.* (Eds.), *The Princeton Process on the Crime of Aggression: Materials of the Special Working Group on the Crime of Aggression 2003-2009*, Princeton, Liechtenstein Institute on Self-Determination at Princeton University, 2009.
- BARRIGA, Stefan, “Against the Odds: The Results of the Special Working Group on the Crime of Aggression”, en: BELLELI, Roberto (Ed.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Farnham: Ashgate Pub., 2010.
- BASSIOUNI, M. Cherif; FRENCZ, Benjamin B., “The Crime Against Peace and Aggression: From Its Origins to the ICC”, en: BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.), *International Criminal Law, Vol. 1*, Leiden: Martinus Nijhoff Pub., 3a ed., 2008.
- CLARK, Roger S., “Nuremberg and the Crime against Peace”, *Wash. U. Global Studies L. Rev.*, Vol. 6 (2007).
- _____, “The Crime of Aggression and the International Criminal Court”, en: BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.), *International Criminal Law, Vol. 1*, Leiden: Martinus Nijhoff Pub., 3a ed., 2008.
- DINSTEIN, Yoram, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge: Cambridge University Press, 4a ed., 2005.
- FROWEIN, J.A.; KRISCH N., “Article 39”, en: SIMMA, Bruno (Ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Nueva York: Oxford University Press, 2a ed. 2002.
- HARRIS, Whitney R., *Tyranny on Trial*, Dallas: Southern Methodist University Press, Ed. Revisada, 1999.
- REISINGER CORACINI, Astrid, “The International Criminal Court’s Exercise of Jurisdiction Over the Crime of Aggression”, *Goettingen J. Int’l L.*, Vol. 2, (2010).
- Report of the Special Working Group on the Crime of Aggression, Doc. ICC-ASP/7/SWGCA/2 (2009). Disponible en Internet: <http://www.icc-cpi.int/nr/exeres/dea630a9-e656-4870-a2a8-1ebfa35857cb.htm> (visitado el 17.01.2012).
- SCHEFFER, David J., “The United States and the International Criminal Court”, *Am. J. Int’l L.*, Vol. 93 (1999)

- _____, “Staying the Course with the International Criminal Court”, *Cornell Int’l L.J.*, Vol. 35 (Nov. 2001-Feb. 2002).
- _____, “The Future of Atrocity Law”, *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 25 (2002).
- _____, “Article 98(2) of the Rome Statute: America’s Original Intent”, *J. Int’l Crim. Justice*, Vol. 3 (2005).
- _____, “Genocide and Atrocity Crimes”, *Genocides Studies & Prevention*, Vol. 1 (2006).
- _____, “States Parties Approve New Crimes for International Criminal Court”, *ASIL Insight*, Vol. 14, No. 16 (Junio 22, 2010), en: <http://www.asil.org/insights100622.cfm> (visitado el 17.01.2012).
- _____, “Aggression is Now a Crime”, *International Herald Tribune*, Julio 1, 2010.
- _____, “The Complex Crime of Aggression under the Rome Statute”, *Leiden J. Int’l L.*, Vol. 23 (2010).
- _____, *All the Missing Souls: A Personal History of the War Crimes Tribunals*, Princeton: Princeton University Press, 2012.