


PRINCIPIOS Y JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

*Libro Homenaje al
Profesor Antonio Remiro Brotóns*



JAVIER DíEZ-HOCHLEITNER
CARLOS ESPÓSITO
CRISTINA IZQUIERDO SANS
SOLEDAD TORRECUADRADA

(Editores)

**PRINCIPIOS Y JUSTICIA
EN EL DERECHO INTERNACIONAL
Libro Homenaje al
Profesor Antonio Remiro Brotóns**

**PRINCIPIOS Y JUSTICIA
EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

*Libro Homenaje al
Profesor Antonio Remiro Brotóns*

**JAVIER DíEZ-HOCHLEITNER
CARLOS ESPÓSITO
CRISTINA IZQUIERDO SANS
SOLEDAD TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO**

(Editores)

 *Dykinson, S.L.*

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

© Copyright fotografía Antonio Remiro Brotons realizada por Carlos Espósito

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN:978-84-9148-939-9

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Impresión:
Safekat S.L
e-mail: info@safekat.com

EL CRIMEN DE AGRESIÓN Y LAS CONDICIONES DE EJERCICIO DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

JOAQUÍN ALCAIDE FERNÁNDEZ*

SUMARIO: 1. Introducción.– 2. La aprobación y entrada en vigor de las enmiendas del Estatuto relativas al crimen de agresión.– 3. Las condiciones propiamente dichas de la competencia y, en particular, el consentimiento de los Estados.– 4. El filtro jurisdiccional: los poderes del Consejo de Seguridad sobre el enjuiciamiento del crimen de agresión por la CPI.– 5. El enjuiciamiento del crimen de agresión, ¿jurisdicción internacional exclusiva o complementaria?

1. Es para mí una gran satisfacción participar en este homenaje al profesor Antonio Remiro Brotóns, porque me permite compartir un encuentro académico con muy queridos colegas y amigos –y, en particular, compartir mesa con la profesora Irene Blázquez Navarro, nuestra moderadora, y los profesores Jorge Cardona Llorens y Ana Salinas de Frías–, y me brinda una inmejorable ocasión para expresar personalmente al homenajeado la admiración y el respeto que, personal y profesionalmente, yo también le profeso desde los inicios de mi trayectoria universitaria como internacionalista. Una admiración y respeto que no solo no se han alterado por circunstancia académica alguna, sino que han ido profundizándose a lo largo de estos años. Gracias de corazón, por la invitación, a los organizadores de esta Jornada.

2. Mi participación tiene por objeto discutir junto con los profesores Cardona Llorens y Salinas de Frías sobre los crímenes internacionales y la responsabilidad penal individual, tratando cuestiones que han interesado especialmente al profesor Remiro y ofreciendo una suerte de glosa de su visión del Derecho internacional (en adelante, DI). Dialogando, en definitiva, con el profesor Remiro. Y, por lo que hace a mi cometido, más concretamente, sobre las condiciones para la persecución judicial del crimen de agresión.

1. INTRODUCCIÓN

3. Al margen de sus escritos generales sobre el DI, el profesor Remiro se ha interesado sobre los crímenes internacionales y la justicia penal internacional,

* Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Sevilla.

particularmente, después del establecimiento de la Corte Penal Internacional (en adelante, la Corte o la CPI). Aunque del acto de agresión se ocupó a raíz de los bombardeos de la OTAN sobre Yugoslavia (Serbia), fue la agresión contra Iraq en 2003 la que reforzó aún más su interés por el acto y por el crimen de agresión. Esta perspectiva jurídico-penal (crimen de agresión, responsabilidad penal individual, jurisdicción de tribunales internacionales y nacionales, etc.), adicional a la perspectiva jurídico-política (acto de agresión, responsabilidad del Estado, poderes del Consejo de Seguridad, etc.), está ya más presente en estudios publicados primero en 2005¹, después, con ocasión de la revisión del Estatuto de la CPI, en 2008², más tarde, a las puertas de la revisión, en 2010³, y, finalmente, una vez revisado el Estatuto, en 2012⁴.

4. Como es sabido, no exenta de serias dificultades, en 1998 se acordó finalmente la inclusión del crimen de agresión entre los crímenes de la competencia de la CPI. Nunca, en los trabajos previos de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI), se había puesto en duda esa inclusión; pero en 1998, para salvar el desacuerdo, se precisó que la Corte ejercería su competencia respecto de este crimen “una vez que se [aprobara] una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se [definiere] el crimen y se [enunciaran] las condiciones en las cuales lo [haría]. Esa disposición [debía ser] compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas” (art. 5.2 del Estatuto de Roma)⁵. Es decir, después de que se aprobara una enmienda al Estatuto (sin precisar que lo sería exclusivamente a los arts. 5 a 8 o no) en una Conferencia de Revisión.

5. El crimen de agresión, por tanto, quedó “en suspenso” o la competencia de la CPI sobre ese crimen “en hibernación”⁶, si bien la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de una

1 De entre las distintas publicaciones de este estudio, me referiré a “Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo”, Documento de Trabajo 10, FRIDE, junio 2005.

2 “The Three Cores of Aggression”, en BUFFARD, I., CRAWFORD, J., PELLET, A. Y WITTICH, S. (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Nijhoff, 2008, pp. 171-194.

3 De entre las distintas versiones de este estudio, me referiré a “La revisión del estatuto de la CPI y el crimen de agresión”, publicado en ARROYO, L., y NIETO, A. (dir.s), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010, pp. 105-119.

4 “El crimen de agresión en el Estatuto de la CPI revisado: nascetur ridiculus mus”, en CARDONA LLORENS, J., PUEYO LOSA, J. A., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y SOBRINO HEREDIA, J.M. (eds.), y AZNAR GÓMEZ, M.J. (coord.), *Estudios de Derecho Internacional y de Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1115-1130.

5 Compatibilidad que, como ha apuntado el profesor Remiro en 2005, 2010 y 2012, habría de ser así “aunque el Estatuto callara, en virtud de la prevalencia de las obligaciones de la Carta en caso de conflicto con otras obligaciones convencionales”, conforme al art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas (pp. 14, 113 y 1125, respectivamente).

6 En expresiones utilizadas por el profesor Remiro, por ejemplo, en 2010 (pp. 106 y 117) y 2012 (p. 1115).

Corte Penal Internacional encargó a la Comisión Preparatoria establecida por la misma que preparara propuestas acerca de esa disposición, inclusive la definición y los elementos del crimen de agresión y a las condiciones en las cuales la CPI ejercerá su competencia sobre ese crimen⁷. Si la Conferencia no indicó plazo para terminar esas propuestas (como hizo, por el contrario, con los proyectos de texto de las Reglas de Procedimiento y Prueba y de los Elementos del Crimen), sí precisó que la Comisión Preparatoria debía presentar un informe sobre todas las cuestiones comprendidas en su mandato a la primera reunión de la Asamblea de los Estados Partes (en adelante, AEP), a cuya conclusión se disolvería la Comisión⁸.

6. La Comisión Preparatoria decidió el 12 de julio de 2002 transmitir su informe a la AEP, incluyendo las propuestas sobre la definición del crimen de agresión⁹, y, poco después, en su primera resolución, la AEP creó un grupo de trabajo especial sobre el crimen de agresión¹⁰ (en adelante, GTECA), que presentaría su informe final a la AEP en 2009¹¹.

7. El profesor Remiro no [fue] [es] excesivamente optimista, con seguridad por estar bien informado, y particularmente [estaba] [está] preocupado por el profundo desacuerdo sobre el papel del Consejo de Seguridad en la persecución del crimen de agresión, que se apuntaba en detrimento de la función más coherente de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ). Por eso, aunque siempre ha considerado que la exclusión del crimen de agresión del Estatuto de Roma habría sido “incongruente e insoportable para la credibilidad de la Corte”¹², en 2005 consideró que la previsión contenida en el artículo 5.2 del Estatuto de Roma adoptado originalmente “no ocurrirá mañana y, tal vez, no ocurra jamás”¹³. Y, tanto en 2005 como, ya a las puertas de la revisión del Estatuto, en 2010, mantuvo que, de no ser por ese desacuerdo, “el debate y negociación de la definición (y elementos) del crimen y de las condiciones de ejercicio de la competencia podrían haber prosperado en un plazo razonable”¹⁴.

7 Párr. 7 de la resolución F. Un encargo que, al decir del profesor Remiro en 2005 o 2012, pretendía “combatir la sospecha de que el Estatuto servía la estética de los principios, reenviando *ad calendas grecas* su aplicación” (pp. 12 y 1115-1116, respectivamente).

8 Párrs. 8 y 9 de la resolución F.

9 PCNICC/2002/2/Add.2.

10 ICC-ASP/1/Res. 1 “Continuación del trabajo relativo al crimen de agresión”, aprobada por consenso en la tercera sesión plenaria, celebrada el 9 de septiembre de 2002.

11 ICC-ASP/7/20/Add. 1, Cap. II, Anexo II, Ap. I. El profesor Remiro se ocupó, en particular en 2008, de los trabajos del GTECA, alimentados por las propuestas surgidas del llamado “proceso de Princeton”.

12 En este sentido, en 2005 (p. 12) o 2012 (p. 1115).

13 En p. 1.

14 En pp. 1 y 106, respectivamente. De ahí que, ya en el trabajo publicado en 2005, poco después de la agresión a Iraq, o en el publicado en 2008, pero también particularmente en este publicado en 2010, el profesor Remiro desdeña las dificultades técnicas de regulación y las posibi-

8. Y, en particular, el profesor Remiro ha tenido siempre presente que los Estados que propugna(ba)n un control absoluto del Consejo de Seguridad sobre las acciones de la CPI –ya desde los trabajos preparatorios de la CDI, incluidos Rusia y Alemania– son también los que formula(ba)n propuestas definitorias del crimen (redefinitorias, más bien) tendentes a restringir sustancialmente los actos incriminables¹⁵. El consenso, en efecto, se reveló difícil en el GTECA, y el profesor Remiro se hizo eco en 2010 de las convergencias y divergencias relativas a las condiciones de ejercicio de la competencia por la CPI, y particularmente sobre el papel del Consejo de Seguridad, habidas en su seno¹⁶.

9. En la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, celebrada en Kampala, a la que la AEP había remitido propuestas sobre una disposición relativa al crimen de agresión para su examen¹⁷, se aprobó por consenso en la 13ª sesión plenaria, el 11 de junio de 2010, la resolución RC/Res. 6, en la que el crimen de agresión fue finalmente definido y se enunciaron las condiciones de ejercicio de la competencia por la CPI (enmiendas al Estatuto, que no lo son a los arts. 8 y 15¹⁸, y enmiendas a los elementos de los crímenes¹⁹, así como “entendimientos” sobre las enmiendas al Estatuto²⁰). Estas enmiendas al Estatuto –inspiradas en el “non-paper ABCS”, que conjugaba propuestas de Argentina, Brasil, Suiza y Canadá– plantean tales cuestiones, también relativas al ejercicio de la competencia sobre el crimen de agresión por la CPI, y sus condiciones (entrada en vigor; condiciones propiamente dichas del ejercicio de la competencia, incluyendo la modificación de las condiciones previas generales del art. 12 del Estatuto y el eventual “filtro jurisdiccional”; eventual carácter complementario de la jurisdicción), que el

lidades del análisis de la agresión como un crimen de líderes, o su eventual comisión por responsables de sujetos (o actores) no estatales, para centrarse en “el extraordinario papel preclusivo de la acción judicial que se quiere atribuir al Consejo de Seguridad y, para ser más exactos, de cada uno de sus miembros permanentes, a partir de una deliberada e interesada confusión de los distintos planos [el acto de agresión, la acción para el restablecimiento de la paz, la responsabilidad internacional del Estado y el enjuiciamiento de los agentes del Estado] en que puede analizarse la agresión” (pp. 106-107).

15 Por ejemplo, en 2005 (p. 13 y ss.)

16 En pp. 116-117.

17 Resolución ICC-ASP/8/Res. 6.

18 Las enmiendas están contenidas en el Anexo I de la resolución, y en virtud de las mismas, entre otras, se suprime el párrafo 2 del art. 5, se insertan la definición (art. 8 *bis*) y las condiciones de ejercicio de la competencia, por remisión por un Estado o *proprio motu* (art. 15 *bis*) o por remisión del Consejo de Seguridad (art. 15 *ter*), y se sustituye el encabezamiento del art. 20.3 Si bien las enmiendas al Estatuto relativas al crimen de agresión son la realización del art. 5.2, son calificadas como tales, y tratadas como tales, enmiendas a los arts. 5 a 8 en la propia resolución. Pero si, con seguridad, se ha modificado (suprimiendo su párrafo 2) el art. 5, me parece claro que la inserción de un art. 8 *bis* no significa una modificación (enmienda) al art. 8 del Estatuto y la inserción de los arts. 15 *bis* y *ter* no significan la modificación (enmienda) al art. 15.

19 Contendidas en el Anexo II de la resolución, art. 8 *bis*.

20 Contendidos en el Anexo III de la resolución.

profesor Remiro sentenció en 2012: “la Conferencia ha parido un ridículo ratón”²¹. En su opinión, en Kampala se dio “un milimétrico paso en la buena dirección, puramente simbólico”²² y el crimen de agresión sigue siendo una “perspectiva”²³.

10. No obstante, recientemente se ha avanzado otro (aunque sea milimétrico) paso más, pues la AEP salvó uno de los condicionantes incluidos en las enmiendas al Estatuto relativas al crimen de agresión²⁴ al adoptar por consenso en la decimotercera sesión plenaria, el 14 de diciembre de 2017, la resolución ICC-ASP/16/Res. 5, “Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión”, sobre la que no me consta que el profesor Remiro se haya pronunciado aun públicamente por escrito.

2. LA APROBACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DE LAS ENMIENDAS DEL ESTATUTO RELATIVAS AL CRIMEN DE AGRESIÓN

11. Conforme a lo previsto en el Estatuto, y en la resolución F del acta final de la Conferencia de Plenipotenciarios que lo adoptó, esas enmiendas y la revisión del Estatuto se rigen por los párrafos 3 a 7 del artículo 121 del Estatuto²⁵, disposiciones que el profesor Remiro consideró en sí mismas “muy exigentes”²⁶. En 2012, el profesor Remiro ha expresado la interpretación de los párrafos 4 y 5 del artículo 121 del Estatuto que le parece más conforme a DI²⁷, y ha expuesto (y objetado casi todas) las otras principales interpretaciones avanzadas en el GTECA para hacer frente al rigor de aquellas disposiciones. Las que llama “*ingenierías creativas*” de las “*unidades de zapadores*”²⁸. De su interpretación, y de entre los argumentos empleados por el profesor Remiro para objetar otras, tengo alguna duda, pues no entiendo que el artículo 121.5 no hubiera debido aplicarse a la entrada en vigor de las

21 En p. 1120.

22 En p 1129. Y añade: “Suponiendo que las enmiendas entren en vigor y sean aplicables los nuevos preceptos, la Conferencia de Revisión acordó que las revisaría (solo) siete años después del inicio de su aplicación. Si para entonces (no antes de 2024) no he muerto, seré casi octogenario y es improbable que quiera volver sobre la historia de este o de cualquier otro ratoncito” (*ibidem*).

23 *Ibidem*, p. 1130.

24 La decisión prevista en los arts. 15 *bis*.3 y 15 *ter*.3

25 Art. 123.3 del Estatuto y para. 7 de la resolución F. En este último se lee que “[l]as disposiciones relativas al crimen de agresión entrarán en vigor respecto de los Estados Partes de conformidad con las correspondientes disposiciones del [Estatuto]”.

26 Por ejemplo, en 2010 (p. 106).

27 Aplicando la regla general codificada en el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, considera que la enmienda debiera entrar en vigor un año después del depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión de siete octavos de los Estados partes, obligando solo a los Estados partes que lo hayan consentido y siempre que el Estado agresor haya consentido.

28 En pp. 1120-1124.

condiciones de ejercicio de la competencia por la CPI, que, en todo caso, serían gobernadas (solo) por lo dispuesto en el artículo 121.4. Al fin y al cabo, el artículo 5 del Estatuto se refiere no sólo a la definición del crimen de agresión, sino también al enunciado de las condiciones en las cuales ejercerá la CPI su competencia, y el propio artículo 121.5 se refiere expresamente a (eventualmente nuevas) condiciones de ejercicio de la competencia.

12. De cualquier forma, no sin razón, concluyó el profesor Remiro en 2012 que, sin atender a una y otras interpretaciones, “[l]a Conferencia [de Revisión] se atuvo al numeral 3 del artículo 121 para la aprobación de las enmiendas..., pero en cuanto a su entrada en vigor y aplicación *ignoró* el numeral 4, invocó en parte su numeral 5, y se *inventó* el resto, sin modificar una coma de las mencionadas disposiciones”²⁹. La resolución RC/Res. 6, en efecto, trata las enmiendas al Estatuto como “enmiendas a los artículos 5 a 8”, en el sentido del artículo 121.5 del Estatuto, porque prevé que la entrada en vigor será conforme a lo dispuesto en el artículo 121.5 del Estatuto³⁰ (esto es “... únicamente respecto de los Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación”), si bien la resolución y las enmiendas señalan otras condiciones para el ejercicio por la Corte de su competencia que en poco se diferencian de requisitos para la entrada en vigor de las enmiendas.

3. LAS CONDICIONES PROPIAMENTE DICHAS DEL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA Y, EN PARTICULAR, EL CONSENTIMIENTO DE LOS ESTADOS

13. Conforme a las enmiendas al Estatuto, la Corte no podrá en modo alguno ejercer su competencia sino un año después del depósito de los instrumentos de ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados partes y siempre que al menos dos tercios de los Estados partes adopten una decisión después del 1º de enero de 2017³¹. Y, además, la resolución y las enmiendas admiten declaraciones de los Estados partes en el Estatuto de no aceptación de la competencia tras remisión por un Estado o de oficio³².

²⁹ En p. 1123.

³⁰ Para. 1 dispositivo. Lo que confirma la resolución ICC-ASP/16/Res. 5, para. 2 dispositivo. Evitando, por tanto, el juego de los párrafos 4 y 6 del art. 121 del Estatuto, esto es, la vigencia general de una enmienda para los Estados partes tras su ratificación o aceptación por siete octavos, salvo para aquellos que denuncien el Estatuto.

³¹ Arts. 15 *bis*.2 y 3 y 15 *ter*.2 y 3. Se insiste que debe entenderse que estas condiciones se aplican tanto a las remisiones por el Consejo de Seguridad como por Estados partes o de oficio (entendimientos 1 y 3), aunque cuando es el Consejo el que remite, la ejercerá independientemente de que el Estado de que se trate haya aceptado la competencia de la Corte a este respecto (entendimiento 2).

³² Párr. 1 dispositivo de la resolución y art. 15 *bis*.4.

14. Junto a estas condiciones, más bien parecidas a requisitos para la entrada en vigor –la decisión de “activación” de la competencia se ha adoptado, por cierto, por consenso–, las enmiendas modifican las condiciones previas generales para el ejercicio de la competencia previstas en el artículo 12.2 (y 13) del Estatuto, modificadas a su vez ya por el artículo 121.5 del Estatuto aparentemente para todo crimen comprendido en una enmienda a los artículos 5 a 8, sea remitida la situación por un Estado, de oficio o por el Consejo de Seguridad. El profesor Remiro interpreta que el artículo 121.5 afectaría y prevalecería, atendiendo al principio de especialidad, sobre el artículo 12.2 del Estatuto (en particular, la frase “si uno o varios de los Estados...”), pues, siguiendo la literalidad del artículo 121.5, la CPI no podrá en ningún caso ejercer su competencia sobre un crimen comprendido en una enmienda a los artículos 5 a 8 del Estatuto con base en el vínculo territorial “o” de nacionalidad activa, sino “y”³³. Entendiendo la aplicación de esa segunda frase del artículo 121.5 a las enmiendas –lo que no parece tan evidente, pues la resolución refiere el artículo 121.5 para la entrada en vigor, lo que se regula en su primera frase–, en principio, tanto el Estado agredido (vínculo territorial) como el Estado agresor (vínculo de nacionalidad³⁴, aunque podría entenderse que también territorial) deben ser partes en el Estatuto y aceptar las enmiendas. Y, además, el Estado agresor (vinculado por la nacionalidad ¿y por la territorialidad?) no debe haber declarado su no aceptación de la competencia de la Corte, porque si la resolución RC/Res. 6 anuncia la entrada en vigor de las enmiendas conforme al artículo 121.5, dicha resolución y las enmiendas prevén adicionalmente una declaración –previa a la ratificación o aceptación de la enmienda, y que debe ser (re)“considerada” en tres años– de no aceptación por un Estado parte en el Estatuto de la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión resultante de un acto de agresión cometido por ese Estado³⁵. Al menos dos Estados han depositado tal declaración (Kenia, el 30 de noviembre de 2015, y Guatemala, el 2 de febrero de 2018).

15. En mi opinión, las enmiendas interpretan el artículo 12 del Estatuto en sentido contrario al artículo 121.5 –insisto, si la segunda frase es aplicable a la enmienda–, al facultar a la Corte a ejercer su competencia sobre un

33 Con el mismo efecto, por tanto, que la declaración prevista en el art. 124 del Estatuto para los crímenes de guerra, pero sin término.

34 La atribución a un Estado de un acto de agresión del que resulta un crimen cometido por nacionales de otro Estado (porque esos nacionales han sido puestos a disposición de ese otro Estado, o porque actúan de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese otro Estado, o porque el comportamiento sea reconocido y adoptado como propio por ese otro Estado, conforme a los principios acogidos en los artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos codificado por la CDI) es improbable, aunque no se puede descartar.

35 Párr. 1 y art. 15 bis.4, respectivamente.

crimen de agresión cuando el Estado agresor es parte en el Estatuto (o acepta la competencia de la Corte) y acepta la enmienda, salvo que ese Estado parte haya depositado una declaración de no aceptación³⁶. Y, por otra parte, las enmiendas confirmarían que el artículo 121.5 no privilegia a los Estados partes, pues conforme a las mismas la Corte no ejercerá su competencia si el Estado agresor (del que son nacionales los autores del crimen) o el Estado agredido (en cuyo territorio se comete el crimen), o ambos, no son parte en el Estatuto³⁷. EEUU debe estar satisfecho con esta disposición, que probablemente es el precio pagado para evitar el “filtro” previo necesario del Consejo de Seguridad.

16. Parece claro que, pese a la literalidad del artículo 121.5, no se modifican, en cambio, las condiciones de remisión por el Consejo de Seguridad, en el sentido que debe entenderse que, si la remisión es por el Consejo, el ejercicio de su competencia por la Corte es independiente de que el Estado de que se trate haya aceptado la competencia de la Corte³⁸. Es verdad que, como ha señalado el profesor Remiro en 2012, esta afirmación contradice la letra del artículo 121.5 del Estatuto, pero no creo que “lo único factible”, esto es, lo único que podría pasar por “conforme a Derecho”, sea tratar de que el Estado no parte declare admitir la competencia³⁹. La intención de los Estados que han aprobado las enmiendas es, indudablemente, que, conforme al artículo 13(b) del Estatuto, cuando la remisión la hace el Consejo de Seguridad, la Corte pueda ejercer su competencia al margen del consentimiento del Estado de que se trate.

4. EL FILTRO JURISDICCIONAL: LOS PODERES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD SOBRE EL ENJUICIAMIENTO DEL CRIMEN DE AGRESIÓN POR LA CPI

17. Como hemos visto anteriormente, el profesor Remiro puso acertadamente de manifiesto desde un principio que el papel del Consejo de Seguridad era el principal escollo para la efectiva persecución del crimen de agresión por la CPI, obstaculizando la definición del crimen y la enunciación de las condiciones de ejercicio de la competencia. En este respecto, ha considerado que “[e]xtender los poderes del Consejo en relación con la actividad de la Corte es, desde luego, posible, aunque sea lamentable”,

36 Art. 15 *bis*.4. En cualquier circunstancia, el Estatuto de la CPI exige que sea parte o haya aceptado la competencia el Estado de la nacionalidad y no el Estado agresor, incluso si nacionales de un Estado cometen un crimen resultante de un acto atribuible a otro Estado.

37 Art. 15 *bis*.5.

38 Entendimiento 2.

39 Como afirma el profesor Remiro en 2012 (p. 1125).

añadiendo que “el Estatuto no obliga a ello”⁴⁰, y que el Estatuto ya reconoce al Consejo poderes formidables que ha utilizado de manera abusiva⁴¹. Y, apoyándose en G. Gaja, añadió en 2005 y reiteró en 2010: “Es absolutamente impropio sostener la competencia exclusiva del Consejo de Seguridad en la calificación de la agresión previa a la persecución judicial del crimen, arguyendo que no hay otra solución conforme con el Estatuto de la Corte Penal. Por otro lado, introducir una condición así, atendiendo a consideraciones de oportunidad, arruinaría prácticamente las oportunidades de persecución del crimen”⁴². Igualmente, afirma, de un lado, que, aunque desbrozaría el camino de la Corte, la calificación del Consejo de unos hechos como agresión es “altamente improbable”, y, de otro, que es “inverosímil” la persecución penal de los sujetos a los que se imputen unos hechos que el Consejo hubiera declarado no constitutivos de agresión⁴³.

18. Con razón, e inspirándose en las propuestas de G. Arangio-Ruiz en la CDI, el profesor Remiro ha considerado que, para evitar la extensión del privilegio del veto y la impunidad para los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y sus protegidos, si la CPI debiera depender del pronunciamiento previo de otro órgano declarando la agresión, “lo lógico sería atribuir dicha competencia a... la Corte Internacional de Justicia”⁴⁴. Completamente de acuerdo.

19. Muy distintas propuestas se formularon en el seno del GTECA, de las que el profesor Remiro se ha hecho eco⁴⁵, y, finalmente, la revisión del Estatuto ha introducido el siguiente “filtro”: (a) en los supuestos de remisión por un Estado o de oficio, si considera que existe fundamento razonable para iniciar una investigación, el Fiscal podrá iniciar una investigación si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión o, de no haber realizado el Consejo dicha determinación en un plazo de seis meses, si la Sección de Cuestiones Preliminares lo autoriza y el Consejo no decide lo contrario⁴⁶; y (b) en todo caso, la determinación de la existencia de un acto de agresión por un órgano ajeno a la Corte no perjudicará las conclusiones de la Corte⁴⁷.

40 Por ejemplo, en 2005 (p. 15) y 2012 (p. 1126).

41 Lo que ha afirmado en 2005, 2010 y 2012 (pp. 14, 114 y 1125-1126, respectivamente).

42 En pp. 15, 114 y 1126, respectivamente.

43 En pp. 15, 114-115 y 1126, respectivamente. No en vano, en el estudio de 2005, el profesor Remiro había anteriormente sintetizado su análisis de lo reacto que ha sido el Consejo de Seguridad en la práctica a calificar como agresión situaciones que aparentaban serlo, prefiriendo el Consejo cultivar la ambigüedad (pp. 3 y 4).

44 Lo que sostuvo en 2005 (p. 16) y 2010 (pp. 116-117).

45 Particularmente en 2008 y 2010.

46 Párrs. 6 a 9 del art. 15 *bis*.

47 Arts. 15 *bis*.9 y 15 *ter*.4.

20. A la luz de las enmiendas, creo que los fundados recelos del profesor Remiro no se han realizado, al no someterse la competencia de la Corte a la determinación exclusiva, y previa, por el Consejo de Seguridad de la existencia de un acto de agresión del que resultara un crimen de agresión o, tan siquiera, a la acción previa del Consejo de Seguridad en el marco del capítulo VII⁴⁸. Y, tras constatar que las propuestas de deferir la autorización a la Asamblea General de las Naciones Unidas o a la CIJ fueron desechadas, el profesor Remiro parece reconocerlo en 2012 al afirmar que [e]n todo caso, la determinación de que hubo un acto de agresión hecha por un órgano ajeno a la Corte no coarta su libertad para llegar a sus propias conclusiones⁴⁹. Curiosamente, con las enmiendas, no solo la principal preocupación del profesor Remiro (el condicionamiento de la competencia de la Corte a la “autorización” previa del Consejo de Seguridad en la persecución del crimen de agresión) se ha podido disipar, sino que la competencia de la Corte por remisión del Consejo ha podido ir más allá de lo previsto en el Estatuto (art. 121.5).

5. EL ENJUICIAMIENTO DEL CRIMEN DE AGRESIÓN, ¿JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EXCLUSIVA O COMPLEMENTARIA?

21. El profesor Remiro ha reconocido en diversas ocasiones que la persecución del crimen de agresión ante jurisdicciones estatales se presenta mucho más problemática⁵⁰. Ahora bien, también cree que si el crimen de agresión solo es perseguible ante tribunales internacionales, como sostuvo J. Crawford en la CDI, “estamos muertos (aunque podamos resucitar más adelante)”⁵¹. La CDI no afirmó la jurisdicción exclusiva de los tribunales internacionales, pero consideró que la alternativa correspondería exclusivamente a la jurisdicción de los tribunales del Estado de nacionalidad; esta posición de la CDI, consideró el profesor Remiro, “parece estrecha... y poco realista”⁵². Estrecha (o “infundada”, dijo en 2012⁵³) porque, entre otras razones, pasa por alto el interés legítimo del Estado agredido y, si es distinto, del Estado de nacionalidad de las víctimas. Poco realista, apoyándose nuevamente en G. Gaja, porque, incluso en el caso de que hayan perdido el poder con violencia, los autores de un crimen de agresión acaso serían persegui-

48 En 2012, el profesor Remiro aún consideró que “[a] los efectos de condicionar la actuación de la Corte frente al crimen de agresión cabría a lo sumo postular una previa acción del Consejo en el marco del capítulo VII”, sin exigir una calificación precisa de la situación” (p. 1126).

49 En p. 1127.

50 En 2005 (p. 12) y 2010 (pp. 118-119).

51 En 2005 (p. 16), 2010 (p. 118) y 2012 (p. 1127).

52 En 2005 (pp. 16 y 17), 2010 (p. 118 y notas 60 y 61) y 2012 (p. 1128).

53 En p. 1128.

dos ante ese tribunal nacional por traición a la patria si han sido derrotados, no por agresión.

22. Dos problemas son señalados por el profesor Remiro a tal respecto. De un lado, la diseminación de la culpa (al Estado, las instituciones, los ciudadanos...) tiene un efecto disuasorio no sólo sobre la administración de la justicia, sino sobre la misma previsión legal⁵⁴. Pocos Estados, si alguno, en efecto, contemplan el crimen de agresión definido en el Estatuto de Roma (si acaso, la “guerra de agresión” inspirada en el Estatuto de Nuremberg), y los que lo tipifiquen, lo harán tras las enmiendas de Kampala de 2010, cuya general aceptación podría incrementar el número de esos Estados. Pero menos Estados, si alguno, contemplan el ejercicio de la jurisdicción más allá de la conexión de la territorialidad o de la nacionalidad activa⁵⁵. La práctica judicial es, si cabe, aún más escasa y limitada⁵⁶. De otro lado, está el problema de la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes del Estado, al menos en tanto se mantienen en sus cargos, pues es sabido que la CIJ la ha afirmado en términos absolutos en su invocación ante a los tribunales nacionales de terceros Estados⁵⁷.

23. Los trabajos de la AEP posteriores a 1998 sobre la complementariedad nada indican sobre su aplicación al enjuiciamiento del crimen de agresión⁵⁸. En las enmiendas, se sustituye el encabezamiento del artículo 20.3 del Estatuto (“cosa juzgada”), denotando que se puede procesar a alguien por un crimen de agresión por “otro tribunal”; si bien se entiende que las enmiendas tienen efecto únicamente en el ámbito del Estatuto, no limitan o menoscaban el DI existente o en desarrollo y “no se interpretarán en el sentido de que crean el derecho o la obligación de ejercer la jurisdicción nacional respecto de un acto de agresión cometido por otro Estado”⁵⁹.

54 En 2005 (p. 17) y 2010 (pp. 118-119).

55 SALMÓN, E. (coord.) y L. BAZAY, L.: *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los Estados y lucha contra la impunidad*, PUCP-IDEHPUCP, 2011, Lima, pp. 61 y ss. y Anexo III.

56 El crimen de agresión no sirvió de base para la condena de S. Hussein y otros altos mandos del régimen baalista en el Alto Tribunal Penal Iraquí y, con otro sentido, se ha traído a colación también la decisión de la Cámara de los Lores de marzo de 2016 (*ibidem*, pp. 75-79).

57 En 2005 (p. 17) y 2010 (pp. 118-119, nota 62). El Estado de nacionalidad siempre podría, lógicamente, por improbable que sea, renunciar a la inmunidad y consentir en la entrega, lo que por otra parte sería necesario para que la CPI dé curso a una solicitud de entrega o asistencia conforme al art. 98 del Estatuto de Roma. En 2012 el Profesor Remiro abunda en el recurso al art. 98 del Estatuto y apunta igualmente el desinterés por examinar el alcance de esa inmunidad en los supuestos del crimen de agresión, señalando lo significativo de que el Instituto de Derecho Internacional excluyera el crimen de agresión de sus trabajos culminados en la resolución de Nápoles de 2009 (pp. 1128-1129).

58 Por ejemplo, los paras. 108 a 117 de la resolución ICC-ASP/16/Res. 6, de 14 de diciembre de 2017, y el párr. 14 del anexo I.

59 Entendimientos 4 y 5. No comparto la opinión, y algunas de las consecuencias y preguntas que surgen a partir de ahí, de que estos entendimientos “[impiden] que los Estados puedan, a partir de las enmiendas, establecer jurisdicción nacional respecto de un acto de agresión cometido por otro Estado” (SALMON, E., y BAZAY, L., *El crimen de agresión después de Kampala...*, *op.cit.*, pp. 81-83).