

Reunión oficiosa entre períodos de sesiones sobre el crimen de agresión 8 a 10 de junio de 2009

Documento oficioso del Presidente sobre los elementos de los crímenes

I. Introducción

1. El presente documento oficioso, que tiene el objeto de facilitar la consideración en el Club de Princeton de los elementos del crimen de agresión, refleja los progresos alcanzados durante los debates de fondo sobre la definición del crimen que se celebraron con posterioridad a la circulación del proyecto de elementos en 2002.¹ Da seguimiento al trabajo realizado en cumplimiento del mandato de la Comisión Preparatoria, según se contempla en la resolución F del Acta Final de la Conferencia de Roma,² así como por el Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión (en adelante, “el Grupo de Trabajo”) en cumplimiento de la resolución ICC-ASP/1/Res.1 de la Asamblea de los Estados partes sobre la “Continuación del trabajo relativo al crimen de agresión”,³ al que también se hace referencia en el párrafo 30 del informe de noviembre de 2008 del Grupo de Trabajo.⁴ Con este documento oficioso se procura fomentar la consideración exhaustiva de los elementos como parte del proceso general que desembocará en la Conferencia de Revisión.

2. Durante la reunión más reciente del Grupo de Trabajo, celebrada en febrero de 2009, se distribuyó de forma oficiosa un documento de debate elaborado por Australia y Samoa, que posteriormente fue sometido a consideración durante un reducido retiro oficioso sobre los elementos de los crímenes centrado en el crimen de agresión, que tuvo lugar en Montreux, Suiza, los días 16 a 18 de abril de 2009. Se ha circulado independientemente un breve resumen de las deliberaciones que tuvieron lugar durante el retiro, durante el cual se consideraron distintas opciones para posibles elementos, y se sugirieron varias ideas de redacción.

¹ Documento de debate sobre la definición y los elementos del crimen de agresión, elaborado por el Coordinador del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión (PCNICC/2002/2/Add.2).

² *Documentos Oficiales de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, Roma, 15 de junio a 17 de Julio de 1998* (documento de las Naciones Unidas A/CONF.183/13, volumen I).

³ *Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 19 de septiembre de 2002* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.03.V.2 y corrección), parte IV, resolución ICC-ASP/Res.1.

⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, séptimo período de sesiones, La Haya, 14 a 22 de noviembre de 2008* (publicación de la Corte Penal Internacional, ICC-ASP/7/20), volumen I, anexo III.

3. El presente documento oficioso elabora sobre estos trabajos y contiene, en su **anexo I**, un proyecto de elementos, así como explicaciones detalladas en el **anexo II**. El Presidente lo presenta con objeto de facilitar los debates.

Anexo I

Proyecto de elementos de los crímenes

Artículo 8 bis

Crimen de agresión

Introducción

1. Se entenderá que cualquiera de los actos a los que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 8 bis se caracterizará como un acto de agresión.
2. De resultas del Elemento 4, no existe el requisito de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la incompatibilidad entre el uso de la fuerza armada por el Estado y la Carta de las Naciones Unidas.
3. Con respecto a los Elementos 5 y 6, la expresión “manifiesta” es una calificación objetiva.
4. De resultas del Elemento 6, no existe el requisito de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la naturaleza “manifiesta” de la violación.

Elementos

1. Que el autor haya planificado, preparado, iniciado o realizado un acto de agresión.
2. Que el autor sea una persona¹ que estaba en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado que cometió el acto de agresión.
3. Que el acto de agresión – el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas – se haya cometido.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que establecían la incompatibilidad del uso de la fuerza armada por el Estado con la Carta de las Naciones Unidas.
5. Que el acto de agresión, por sus características, gravedad y escala, haya constituido una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.
6. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que constituían esa violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

¹ Respecto de un acto de agresión, podría suceder que más de una persona se hallara en una situación que cumpliera con estos criterios.

Anexo II

Nota explicativa

I. La actual introducción general a los elementos de los crímenes

1. La actual introducción general a los elementos de los crímenes contiene explicaciones sobre varios asuntos correspondientes a esos elementos. En ella, por ejemplo, se aclara la relación entre los elementos y otros principios generales de la parte 3 del Estatuto, se explican varios asuntos de terminología y se incluyen observaciones sobre la estructura de los elementos.

2. Entre las propuestas del Grupo de Trabajo se cuenta un proyecto de enmienda al artículo 9 del Estatuto de Roma para referirse al crimen de agresión.¹ La introducción general a los elementos de los crímenes requeriría una enmienda similar en su párrafo 1, por la que se sustituyera el texto “los artículos 6, 7 y 8” con el texto “los artículos 6, 7, 8 y 8 bis”.

3. En cuanto a los demás elementos de la introducción general, se estima que se pueden aplicar a los elementos correspondientes al crimen de agresión sin modificación adicional alguna.

II. Introducción particular para los elementos del crimen de agresión

4. Los actuales elementos de los crímenes contienen, además de la introducción general, introducciones “particulares” para cada crimen de la competencia de la Corte. En este documento oficioso se incorpora una sugerencia para una introducción “particular” similar para el crimen de agresión, cuyo objeto sería proporcionar una orientación adicional respecto de varios asuntos dimanantes de los elementos del crimen de agresión.

5. En el párrafo 1 se aclara que la definición de un acto de agresión en su conjunto, tal como se contempla en el párrafo 2 del artículo 8 bis, sigue vigente, a pesar de que la redacción del Elemento 3 que se propone sólo se centra parcialmente en esa definición. Dado que resultaría farragoso repetir la definición en su totalidad en el Elemento 3, en el párrafo 1 se aclara que los elementos no alteran dicha definición.

6. En el párrafo 2 se pone de manifiesto que el Elemento 4 que se propone incluye la proposición de un elemento de intencionalidad de “conocimiento de hecho” respecto de la incompatibilidad del uso de la fuerza armada por el Estado con la Carta de las Naciones Unidas. Con ello se aclara que no se requiere del autor un conocimiento de la normativa y la doctrina jurídica que se aplican para evaluar si el uso de la fuerza por un Estado es incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, sino únicamente un conocimiento de las circunstancias de hecho que establecen esa inconsistencia. Se puede encontrar una correspondencia en el primer inciso del párrafo 3 de la introducción “particular” a los elementos de los crímenes de guerra, donde se aclara que los dos últimos elementos de los crímenes de guerra no imponen el requisito de que el autor haya hecho una evaluación en derecho de la existencia de un conflicto armado, ni de su carácter internacional o no internacional.

¹ Véase el párrafo 26 del informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, de febrero de 2009, en *Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primera y segunda continuaciones del séptimo período de sesiones, Nueva York, 19 a 23 de enero y 9 a 13 de febrero de 2009* (publicación de la Corte Penal Internacional, ICC-ASP/7/20/Add.1), capítulo II, anexo II.

7. En el párrafo 3 se aclara que la expresión “manifiesta” en las propuestas de Elementos 5 y 6 es una calificación objetiva. En otras palabras, es decisiva la determinación por la Corte a efectos de si la violación concreta de la Carta de las Naciones Unidas es objetivamente una violación “manifiesta”, y no el hecho de que el autor pudiera haber considerado que era una violación manifiesta. Se puede encontrar una correspondencia en el segundo inciso de la introducción “particular” para los elementos del genocidio.

8. En cuanto al párrafo 4, su función en cuanto a la propuesta de Elemento 6 es similar a la del párrafo 2 respecto de la propuesta de Elemento 4.

III. Estructura y principios de las propuestas de elementos para el crimen de agresión

9. Los proyectos de elementos del anexo I siguen la estructura y los principios de los elementos de los crímenes ya existentes para el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Estos elementos suelen relacionar conducta, consecuencia y circunstancia, en ese orden, relacionándose los elementos de intencionalidad específicos, cuando vienen al caso, tras la conducta, consecuencia o circunstancia pertinente.² En aras de una presentación de elementos que fluya siguiendo un orden lógico, la secuencia de los elementos propuestos en el anexo I varía ligeramente respecto de esta ordenación general.

10. En el párrafo 1 del artículo 30 del Estatuto de Roma se estipula que, salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento. Leído conjuntamente con el párrafo 2 de la introducción general a los elementos de los crímenes, ello significa que cuando en los elementos no se incluye una referencia a un elemento de intencionalidad concreto de los relacionados, es de aplicación el elemento de intencionalidad pertinente estipulado en el artículo 30, a saber: intención o conocimiento, o ambos. Por lo general, la intención se corresponde a un elemento de conducta o de consecuencia, y el conocimiento se aplica a un elemento de circunstancia o consecuencia.

IV. Propuesta de Elementos 1 y 2: la conducta del individuo y el requisito de liderazgo

11. La redacción propuesta para los Elementos 1 y 2 dimana directamente de los elementos pertinentes del párrafo 1 del proyecto de artículo 8 bis, de las propuestas correspondientes a una disposición en materia de agresión, elaboradas por el Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión.³

12. En la *propuesta de Elemento 1* se establece el elemento de conducta para el crimen de agresión. La aplicación del artículo 30 al crimen de agresión significaría que el autor tendría que haber tenido la intención de (es decir, haberse propuesto) planificar, preparar, iniciar o realizar el acto de agresión (párrafo 2 a) del artículo 30). El elemento de intencionalidad del conocimiento no será de aplicación en este caso, ya que la propuesta de Elemento 1 es un elemento de conducta, y no de circunstancia o consecuencia. Puesto que la aplicación del

² *Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 19 de septiembre de 2002* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.03.V.2 y corrección), parte II.B, párrafo 7.

³ Véase el párrafo 26 del informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, de febrero de 2009, en *Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primera y segunda continuaciones del séptimo período de sesiones, Nueva York, 19 a 23 de enero y 9 a 13 de febrero de 2009* (publicación de la Corte Penal Internacional, ICC-ASP/7/20/Add.1), capítulo II, anexo II, apéndice I.

artículo 30 es suficientemente clara en este caso, no hay necesidad de articular un elemento de intencionalidad explícito vinculado a la propuesta de Elemento 1.

13. La propuesta de Elemento 1 implica un grado de causalidad entre la participación del autor y el acaecimiento del acto estatal. No obstante, dada la gama de situaciones de hecho en las que la cuestión de la causalidad podría ser pertinente para un caso concreto, no parecería factible esbozar una prueba general por la que se especifique la naturaleza o el grado de causalidad requeridos; más bien, sería preferible dejar este asunto para su determinación por la Corte a tenor de los hechos de cada caso en particular.

14. La *propuesta de Elemento 2* se corresponde a un elemento de circunstancia; es decir, describe una circunstancia en que ha de haber tenido lugar la conducta estipulada en la propuesta de Elemento 1. Si se aplica el artículo 30 a la propuesta de Elemento 2, ello significa que el autor ha de haber sabido (es decir, haber sido consciente de) estar en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado que cometió el acto de agresión. Puesto que la aplicación del artículo 30 también es suficientemente clara en este caso, no hay necesidad de articular un elemento de intencionalidad explícito vinculado a la propuesta de Elemento 2.

15. La nota al pie de página en el Elemento 2 aclara que, respecto de un acto de agresión concreto, más de una persona que cumple con el requisito de liderazgo descrito en el Elemento 2 podría ser responsable de un crimen de agresión. Por ejemplo, cuando dos personas que estén “en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar” de un Estado adoptan la decisión conjunta de cometer un acto de agresión, ambas podrían ser responsables del crimen.

V. Propuestas de Elementos 3 y 4: el acto estatal de agresión

16. La *propuesta de Elemento 3* describe el acto estatal de agresión. El elemento propuesto guarda una estrecha conformidad con la redacción del párrafo 2 del proyecto de artículo 8 bis de las propuestas del Grupo.⁴ No obstante, se ha introducido una leve modificación en la redacción para evitar el uso de la voz activa, siguiendo la técnica de redacción utilizada en los elementos de los crímenes ya existentes, según la cual la voz activa sólo se debe utilizar en relación con la conducta de un autor individual.³ Ello tiene la intención de evitar cualquier confusión que pudiera surgir del empleo de la voz activa en relación con los actos del Estado, que podría sugerir que los actos del Estado constituyen un elemento de “conducta”.

17. Tal como se explica en mayor detalle en el párrafo 5 anterior, en el párrafo 1 de la introducción “particular” se aclara la intención de que también en este caso se aplique el significado del “acto de agresión” en su conjunto según se estipula en el párrafo 2 del artículo 8 bis.

18. En los precedentes históricos (por ejemplo, el juicio del *Alto Mando*⁶) se requería un elevado conocimiento de la guerra de agresión del Estado para establecer la responsabilidad penal individual. Sin embargo, un elemento de intencionalidad por el que se requiriese que el autor tuviera conocimiento positivo de que los actos del Estado eran incompatibles con la Carta de las Naciones Unidas (exigiendo un conocimiento efectivo de la ley) podría tener

⁴ *Ibidem*.

³ Véase, por ejemplo, el Elemento 3 del crimen de guerra de saquear en el artículo 8 2) b) xvi), que reza: “la apropiación haya tenido lugar sin el consentimiento del propietario” y no “el propietario no haya dado su consentimiento a la apropiación”.

⁶ *Estados Unidos de América contra Wilhelm von Leeb y otros* (el juicio del *Alto Mando*), 27, 28 de octubre de 1948. Véase también el útilísimo trabajo de la Comisión Preparatoria en su Examen histórico de la evolución en materia de agresión, cuadro 6 - Conocimiento (PCNICC/2002/WGCA/L.1 y Add.1).

consecuencias involuntarias. Por ejemplo, podría alentar a un posible autor a hacer caso omiso de la legalidad de sus acciones, o a confiar en un asesoramiento dudoso que apoyara la legalidad de los actos estatales incluso cuando subsiguientemente se demostrara que ese asesoramiento había sido incorrecto. Por añadidura, en los sistemas jurídicos nacionales se evitan sistemáticamente los elementos de intencionalidad que requieren un conocimiento de la ley, ya que a menudo resulta difícil probarlos con las garantías necesarias.

19. Con el fin de superar algunas de las desventajas de un requisito de conocimiento explícito de la ley, la propuesta de Elemento 4 es más bien un elemento de “circunstancias de hecho”, un tipo de elemento que se emplea a menudo en los elementos de los crímenes para ciertos crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en los que entran en juego los conceptos legales.⁷ La propuesta de Elemento 4 requiere que el autor tuviera conocimiento de las circunstancias de hecho que señalaban la incompatibilidad del uso de la fuerza armada por el Estado con la Carta de las Naciones Unidas. Si bien este requisito no llega a exigir el conocimiento de la ilegalidad de un acto de agresión, sí procura un equilibrio adecuado entre la necesidad de velar por la responsabilidad penal cuando el autor tiene pleno conocimiento de las circunstancias de hecho en las que se produce el acto del Estado y la de evitar las desventajas de un planteamiento estricto de “conocimiento de la ley” según se indica arriba.

20. Para satisfacer la propuesta de Elemento 4, no sería suficiente la mera demostración de que el autor hubiera tenido conocimiento de hechos que indicaban el uso de la fuerza armada por el Estado. También sería necesario demostrar que el autor tenía conocimiento de hechos que establecían la incompatibilidad del uso de la fuerza con la Carta de las Naciones Unidas. En este sentido, se podrían incluir los siguientes ejemplos de hechos pertinentes: el hecho de que el uso de la fuerza se dirigía contra otro Estado, la existencia o la ausencia de una resolución del Consejo de Seguridad, el contenido de la resolución del Consejo de Seguridad, la existencia o la ausencia de un ataque anterior o inminente por otro Estado.

21. En principio, la especificación de un elemento de intencionalidad de “conocimiento de las circunstancias de hecho”, en contraposición con un elemento de intencionalidad de “conocimiento de la ley”, podría tener el efecto de limitar la disponibilidad de ciertos razonamientos de error de derecho.⁸ No obstante, estos razonamientos de error de derecho serían en cualquier caso muy difíciles de presentar, puesto que únicamente las violaciones “manifiestas” de la Carta, y no los casos dudosos, serían de la competencia de la Corte debido al requisito de umbral contenido en el párrafo 1 del artículo 8 bis. En cualquier caso, un autor podría presentar una defensa basada en un error de hecho respecto de este elemento en virtud del párrafo 1 del artículo 32, que, de quedar demostrado, tendría como resultado una sentencia absolutoria.

22. Un hecho adicional que merece consideración es que en varios de los juicios de Núremberg el Tribunal consideró la posibilidad de inferir o atribuir conocimiento.⁹ El párrafo 3 de la introducción general a los elementos ya aclara que la Corte puede inferir la existencia de tal conocimiento a partir de los hechos y las circunstancias del caso. Por añadidura, no obstante, los Estados podrían querer dar consideración a si la jurisprudencia de Núremberg apoya un elemento de conocimiento (y si resultaría útil su incorporación) que permita explícitamente atribuir conocimiento, o que especifique un umbral para el elemento de

⁷ Por ejemplo: las circunstancias de hecho que establecen la legitimidad de la presencia de una persona en una zona (Elementos de los Crímenes, artículo 7 1) d), crimen de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso de población, elementos 2 y 3); la protección de una persona bajo las Convenciones de Ginebra (véanse los Elementos de la mayoría de los crímenes de guerra; por ejemplo, el artículo 8 2) a) i), crimen de guerra de homicidio voluntario, Elemento 5) .

⁸ El párrafo 2 del artículo 32 dispone que “[c]on todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen...”.

⁹ Véanse las referencias a los juicios *Hess*, *Schacht*, *Bormann* e *IG Farben* en el Cuadro 6 (nota 6, *supra*).

intencionalidad en el sentido de lo que se “hubiera debido saber” (esto es, un elemento de negligencia). Si bien en los elementos de los crímenes se hace uso de un elemento de culpabilidad de negligencia en relación con determinados delitos de genocidio y crímenes de guerra,¹⁰ sería necesario profundizar en las discusiones en cuanto a la compatibilidad entre estos elementos y la definición de la agresión.

VI. Propuesta de Elementos 5 y 6: el requisito de umbral

23. La *propuesta de Elemento 5* describe el requisito de umbral en el párrafo 1 del proyecto de artículo 8 bis, en el sentido de que el acto estatal de agresión ha de haber constituido una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas para atraer responsabilidad penal individual.

24. La *propuesta de Elemento 6* estipula un elemento de intencionalidad específico para la propuesta de Elemento 5. En lugar de repetir la fase completa que aparece en la definición y en la propuesta de Elemento 5 de un acto que “por sus características, gravedad y escala, haya constituido una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”, el Elemento 6 hace referencia a “esa violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”.

25. El requisito de conocimiento de la propuesta de Elemento 6 es suplementario al contenido en la propuesta de Elemento 4. Ello obedece a que pudieran darse casos en los cuales un acusado tuviera conocimiento de hechos que establecieran que el uso de la fuerza por un Estado constituye un acto de agresión, pero no tuviera conocimiento de otras circunstancias de hecho que establecieran que este acto de agresión, por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. Por ejemplo, un acusado podría tener conocimiento del movimiento de algunas tropas a través de una frontera del Estado, pero no de la escala del ataque. De ahí se sigue la pertinencia de un elemento de intencionalidad distinto para el Elemento 6, por el que se requiere el conocimiento de las circunstancias de hecho que constituirían una violación manifiesta.

26. Según se indica en el párrafo 7 anterior, el párrafo 3 de la introducción “particular” aclara que el término “manifiesta” en las propuestas de Elementos 5 y 6 es una calificación objetiva, esto es, un asunto que habrá de decidir la Corte. Por añadidura, el párrafo 4 de la introducción “particular” confirma que no existe el requisito de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho en cuanto al requisito de umbral, ya que la propuesta de Elemento 6 únicamente requiere el conocimiento por el autor de las circunstancias de hecho.

¹⁰ Los crímenes pertinentes son: el genocidio mediante el traslado por la fuerza de niños (artículo 6 e)); el crimen de guerra de utilizar de modo indebido una bandera blanca (artículo 8 2) b) vii)-1); el crimen de guerra de utilizar de modo indebido una bandera, insignia o uniforme del enemigo (artículo 8 2) b) vii)-2); el crimen de guerra de utilizar de modo indebido los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra (artículo 8 2) b) vii)-4); el crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños en las fuerzas armadas (artículo 8 2) b) xxvi)); y el crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños (artículo 8 2) e) vii)). La Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte ha aplicado el elemento de intencionalidad de negligencia, que aparece en los Elementos de los crímenes, en varias decisiones: entre ellas, la Decisión de Confirmación de los Cargos, *Lubanga*, Sala de Cuestiones Preliminares I, 29 de enero de 2007 (ICC 01/04-01/06); la Decisión de Confirmación de los Cargos, *Katanga y Ndugjolo Chui*, Sala de Cuestiones Preliminares I, 30 de septiembre de 2008 (ICC 01/04-01/07). Hasta el momento no se ha debatido plenamente en la Corte la coherencia entre los elementos de negligencia y el Estatuto.