

AVANZANDO EN LA REGULACIÓN ARMONIZADA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN ESPAÑA: EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

DEEPENING THE HARMONIZED REGULATION OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW IN SPAIN: THE CRIME OF AGGRESSION IN SPANISH CRIMINAL LAW

Laura Huete Merino^{1,a,*}

¹ Fiscalía de Área de Elche-Orihuela, España, Dirección: Carrer Abogados de Atocha s/n Elche

✉ ^alaura.huete@fiscal.es

Resumen

La actuación de las fuerzas armadas rusas en territorio ucraniano ha puesto de manifiesto la importancia de disponer de mecanismos de respuesta jurídica y judicial eficaces para hacer frente a determinadas situaciones susceptibles de encajar en el concepto de crimen de agresión contenido en el artículo 8 bis del Estatuto de Roma. España, sin embargo, carece de un precepto penal que abarque la totalidad de los elementos de este delito. Su inclusión en nuestra legislación nacional evitaría la impunidad de este tipo de conductas, favorecería la complementariedad de la Corte Penal Internacional en relación con las jurisdicciones nacionales y reforzaría el compromiso de España con la salvaguarda de los Derechos Humanos.

Palabras clave: Guerra de Ucrania; crimen de agresión; principio de complementariedad; Corte Penal Internacional; Derechos Humanos.

Abstract

The actions of the Russian armed forces in Ukrainian territory have highlighted the importance of having effective legal and judicial response mechanisms to deal with certain situations that could fall within the concept of the crime of aggression contained in article 8 bis of the Rome Statute. Spain, however, lacks a criminal provision that covers all the elements of this crime. Its inclusion in our national legislation would avoid impunity for this type of conduct, would favor the complementarity of the International Criminal Court in relation to national jurisdictions and would reinforce Spain's commitment to the safeguarding of Human Rights.

Keywords: Ukraine war; crime of aggression; complementarity principle; International Criminal Court; Human Rights; Ukraine war; Human Rights.

* Fiscal destinada en la Fiscalía de Área de Elche-Orihuela Dirección: Carrer Abogados de Atocha s/n, Elche.



“Las imputaciones contenidas en la acusación según las cuales los acusados planificaron y llevaron a cabo guerras de agresión son imputaciones de la mayor gravedad. La guerra es esencialmente una cosa mala. Sus consecuencias no se limitan exclusivamente a los Estados beligerantes, sino que afectan a todo el mundo.

Por consiguiente, iniciar una guerra de agresión, no es solo un crimen internacional; es el supremo crimen internacional y solo difiere de otros crímenes de guerra en que contiene dentro de sí el mal acumulado de todos ellos” (Sentencia de Nuremberg).²

1.INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ ES EL CRIMEN DE AGRESIÓN?

a. Introducción

La guerra de Ucrania está haciendo revivir en Europa algunas situaciones que ya habían sido prácticamente olvidadas en nuestro continente, poniendo sobre la mesa distintas cuestiones con enorme trascendencia tanto política como jurídica y que son esenciales para hacer frente a esta situación, y para afrontar eventuales problemas que pudieran suscitarse en un futuro entre diferentes estados.

Una de las cuestiones que se plantea es la relativa a si el uso o empleo de fuerza llevado a cabo por Rusia, con el despliegue de sus tropas en gran parte del territorio de Ucrania, y la ocupación total o parcial del mismo, supone una violación de las reglas y principios del Derecho internacional relativos al uso de la fuerza en las relaciones entre Estados de tal entidad que pudiera tener la consideración de crimen de agresión.

No obstante, no hay que perder de vista que, tuvieran o no estos hechos encaje en el mencionado crimen, por razones territoriales sería complicado que la Corte Penal Internacional pudiera entrar a conocer de este posible delito (si tenemos en cuenta que ninguno de los dos estados han ratificado el Estatuto de Roma)³. Sin embargo, sí que sería posible que la Corte ejerciera su competencia para conocer de los eventuales delitos de genocidio, de guerra o de lesa humanidad que se pudieran llegar a cometer en su territorio⁴.

² Citada por la COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL en el *Examen histórico de la evolución en materia de agresión* preparado por la Secretaría en Nueva York, del 8 al 19 de abril de 2002. Disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/63926>

³ Al no haber ratificado ninguno de estos dos países el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la única posibilidad de que la Corte pudiera llegar a ejercer su competencia sería por vía de la remisión del Consejo de Seguridad de la ONU, prevista en el artículo 15 ter del Estatuto, o, en su caso, podría haber una remisión por parte de Ucrania a la Corte Penal Internacional para el ejercicio de su competencia pero la persecución penal no podría dirigirse contra ciudadanos de un estado no parte en el Estatuto de Roma (como es Rusia). Véase: DURANGO ALVAREZ, G. A.: “Análisis sobre el crimen de agresión en la Corte Penal Internacional a partir de la conferencia de revisión (Kampala). Retos y Perspectivas”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2014, no 24, p. 207; y FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria: “Corte Penal Internacional y Crimen de Agresión: el levantamiento de inmunidades mediante la remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Estudios, Vol. 71/2, julio-diciembre 2019, Madrid, p. 209.

⁴ La Corte sí tendría competencia para conocer de los delitos de lesa humanidad, genocidio o de guerra que se pudieran cometer en Ucrania, previa aceptación de su jurisdicción como Estado no parte del Estatuto de Roma, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.3 del Estatuto de Roma, y tal y como también se desprende de los artículos 15bis.10 y 15ter.5 del referido texto, que disponen que “el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia con respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5”. De hecho, en el conflicto de Crimea, Ucrania aceptó en 2015 la jurisdicción de la Corte Penal Internacional para conocer sobre los crímenes presuntamente cometidos en su territorio desde el 20 de febrero de 2014. Información disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): <https://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20150910/ucrania-acepta-la-jurisdiccion-de-la-cpi>. Incluso la propia Fiscalía de la Corte emitió el 11 de diciembre de 2020 una Declaración en la que, en relación a los hechos ocurridos en Crimea en 2014, expresaba que “el potencial caso que derivaría de la investigación sobre la situación en Ucrania sería

En este contexto internacional, surge también la cuestión de qué sucedería si hechos de similar naturaleza se produjeran dentro de nuestro territorio nacional ¿Dispone España en su legislación interna de algún precepto penal en el que pudieran tener encaje estos hechos, o la única vía para el conocimiento de los mismos sería a través de la jurisdicción ejercida por la Corte Penal Internacional?

Para ello, a lo largo de este artículo se realizará, en primer lugar, una aproximación al crimen de agresión (su definición y contextualización), para pasar posteriormente a analizar su regulación en el Derecho Penal Internacional y en la legislación de nuestro entorno, y finalmente valorar, con base a lo anterior, si alguno de los tipos penales que actualmente forman parte de nuestra legislación penal reúne o no los elementos constitutivos de este crimen de agresión, o si, por el contrario, sería conveniente la inclusión de un nuevo precepto que abarcara la totalidad de estas conductas.

El estudio de esta cuestión, en este momento concreto, resulta de especial interés, pues el contexto actual ha puesto de relieve la complejidad de las relaciones interterritoriales entre países vecinos y los graves problemas que pueden generarse. Estos problemas tienen una trascendencia que va más allá de los aspectos sociales derivados de una guerra, y para los que es conveniente disponer de mecanismos de respuesta jurídica y judicial eficaces que permitan dotar de soluciones jurídicas a un conflicto internacional, estableciendo un sistema de solidaridad entre estados y la imposición de sanciones a las personas responsables de la comisión de estos actos.

Por ello, nuestro país no ha de permanecer ajeno al planteamiento de estas cuestiones, siendo esencial iniciar un debate jurídico sobre la necesidad de tipificar expresamente el crimen de agresión en nuestra legislación penal, algo que, como después se verá, no se ha producido desde la ratificación por España de las Enmiendas al Estatuto de Roma realizadas en Kampala en 2010⁵.

Con la inclusión de un precepto que tipifique de manera expresa este delito, España no solo favorecería el cumplimiento del principio de complementariedad de los tribunales españoles respecto de la Corte Penal Internacional (al que el Estatuto se refiere desde su propio Preámbulo, donde destaca que la Corte “será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”), sino que mejoraría la cooperación con la propia Corte o con otros tribunales con jurisdicción internacional. Ello permitiría, asimismo, que los tribunales españoles pudieran ejercer su propia jurisdicción y competencia sobre hechos de esta naturaleza, para evitar, de esta forma, su posible impunidad.

Para comenzar a abordar este estudio, hay que partir de la publicación que tuvo lugar el día 18 de septiembre de 2014 en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) de la Ley Orgánica (en adelante, LO 5/2014, de 17 de septiembre, por la que se autoriza la ratificación de las Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativas a los crímenes

admisibles”. CARRO PITARCH, María: “El crimen de agresión en el Siglo XXI: un breve análisis de su evolución, articulación y mecanismos de persecución”, en *Los desafíos de la globalización: respuestas desde América Latina y la Unión Europea*; ISSN 2695-8597; 2020; p. 818.

⁵ De acuerdo con nuestro sistema de fuentes, para que unos determinados hechos sean susceptibles de ser calificados como delito, es necesario que los mismos se encuentren tipificados expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin que la ratificación de un convenio internacional en el que se contemple este delito satisfaga las exigencias del principio de legalidad de nuestro ordenamiento jurídico. Este principio de legalidad aparece plasmado en los artículos 9.3 y 25 de la Constitución Española, así como en el primer precepto del Código Penal de 1995. En el ámbito regional europeo, el principio de legalidad se contempla también en el artículo 7 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; que ha sido y es objeto de interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

de guerra y al crimen de agresión, hechas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010⁶). Según el propio Preámbulo de la Ley, con la aprobación de estas enmiendas, que suponían una ampliación de los crímenes de guerra y la tipificación del crimen de agresión, se afianzaba el compromiso asumido por España con la “defensa de los Derechos Humanos y la labor de la Corte Penal Internacional como organización independiente que encarna el paradigma de justicia penal universal y que abandera la lucha contra la impunidad frente a los más graves crímenes cometidos contra la humanidad”.

Sin embargo, esta ratificación, como ya se adelantó, no ha tenido reflejo en la legislación penal de nuestro ordenamiento jurídico interno, como sí lo tuvo la ratificación del Estatuto de Roma por parte de España en octubre del año 2000⁷. En aquel supuesto, dicha ratificación conllevó que en virtud de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modificó el Código Penal de 1995⁸, se definieran y regularan los delitos que permitían “coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional”⁹. Esta reforma del Código Penal supuso, en materia de derecho penal internacional, la consecución de tres grandes avances a través de: por un lado, la introducción de nuevo Capítulo IX al Título XX (que lleva por rúbrica “De los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional”); por otro, la incorporación al Título XXIV del Libro II de un nuevo Capítulo II bis (con la rúbrica «De los delitos de lesa humanidad»); y, por último, la modificación de los artículos 608 y siguientes para adecuarlos a las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma.

b. El crimen de agresión antes de Kampala

Tras la celebración de los juicios de Nüremberg, el crimen de agresión fue considerado como el “crimen internacional supremo”, por contener “en sí mismo el mal acumulado” de todos los crímenes de guerra¹⁰. Partiendo de esta consideración, en la redacción inicial del Estatuto de Roma no se dudó sobre la inclusión de este crimen en los delitos que entraban dentro de la competencia *ratione materiae* de la Corte, al ser incluido entre los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”¹¹.

Sin embargo, los negociadores de la Conferencia de Roma no consiguieron solventar sus diferencias sobre la definición de este crimen¹² y la inclusión de esta definición en el texto se pospuso de la redacción inicial del Estatuto¹³. De esta forma, el apartado 2 de su artículo 5 disponía inicialmente que la Corte ejercería su competencia respecto de este crimen cuando se aprobara “una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el

⁶ BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2014, páginas 72966 a 72970.

⁷ El Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma se publicó en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002, páginas 18824 a 18860.

⁸ BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, páginas 41842 a 41875.

⁹ Exposición de Motivos de la LO 15/2003.

¹⁰ *Vid.* Nota al pie número 2

¹¹ Párrafo noveno del Preámbulo y artículo 5.1 del Estatuto de Roma.

¹² SCHEFFER, D.: “El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Política criminal*, 7(13), p. 210.

¹³ Algunos autores atribuyen la tardanza en la inclusión de la configuración de este crimen en el Estatuto de Roma en el desacuerdo existente entre los estados acerca del papel que debía desempeñar el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en la persecución de este delito. Entre otros, véase REMIRO BROTÓNS, A.: “Crimen de agresión, crimen sin castigo”, en *Agenda Internacional*; año XII, n.º 23, 2006, p. 12.

crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará”; disposición que, además, debía ser “compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”. Las importantes exigencias derivadas de dichos artículos 121 y 123, que regulan la enmienda y revisión del Estatuto, provocaron que, incluso, algunos autores llegaran a dudar de que, efectivamente, se llegara algún día a dictar dicha disposición¹⁴.

Efectivamente, desde la promulgación del Estatuto, se sucedieron en el seno de la Corte numerosos esfuerzos por alcanzar unanimidad en la definición de este crimen, trabajos que culminaron en la Conferencia de Kampala de 2010.

Y ello a pesar de que no era la primera vez que se abordaba el estudio de la configuración de este delito en el ámbito internacional, delito que, incluso, como ya se ha referido anteriormente, fue apreciado por el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, que determinó que los dirigentes de la Alemania nazi habían cometido actos de agresión o llevado a cabo guerras de agresión contra un total de once países europeos¹⁵.

En efecto, ya desde comienzos del siglo XX se observa la preocupación de los estados acerca de la conveniencia de la limitación del recurso a la guerra, especialmente después de la Primera Guerra Mundial.

Así, el 2 de octubre de 1924 fue publicado el Protocolo para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales¹⁶, elaborado por la Liga de Naciones y el cual, desde su inicio, con el objetivo de “asegurar el mantenimiento de la paz y la seguridad en los estados cuya existencia, independencia o territorios puedan ser amenazados”, que reconocía que la guerra de agresión constituía un crimen internacional. Sin embargo, este Protocolo, que no preveía el establecimiento de un régimen de responsabilidad penal individual por la comisión de un crimen de agresión, no llegó a entrar en vigor por no haber alcanzado el número necesario de ratificaciones¹⁷.

Posteriormente, en 1928, el Tratado de Renuncia a la Guerra o Pacto Briand-Kellog¹⁸ supuso un hito importante para la proscripción de la guerra¹⁹ y tal fue su relevancia que el propio Tribunal Militar Internacional de Nüremberg lo invocó para probar el carácter consuetudinario de los crímenes contra la paz en el Derecho penal internacional²⁰. Su articulado comienza con la solemne declaración de las Altas Partes Contratantes condenando “el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales” y su renuncia al mismo como instrumento de política exterior en sus relaciones mutuas. Sin embargo, a pesar de su importancia, este Pacto recibió críticas porque prohibía todo tipo de guerras, incluso las de legítima defensa o las que fueran conformes con el Pacto²¹.

Tras la Segunda Guerra Mundial, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg²², de 1945, englobaba en su artículo 6, dentro de los crímenes de su competencia,

¹⁴ *Ibidem*, p. 12

¹⁵ CARRO PITARCH, María: “El crimen de agresión. ¿Es posible su persecución judicial internacional?”, en *Rev. Boliv. De Derecho* N.º 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157; p. 293.

¹⁶ El texto del Protocolo se encuentra disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el día 29 de junio de 2022): <https://www.refworld.org/docid/40421a204.html>.

¹⁷ DÍAZ SOTO, J. M.: “Una aproximación al crimen internacional de agresión”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*; volumen XXXV, número 99, julio-diciembre 2014; p. 16.

¹⁸ Disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): <https://www.dipublico.org/3584/tratado-de-renuncia-a-la-guerra-pacto-briand-kellog-1928/>.

¹⁹ CARRO PITARCH, M.: “El crimen de agresión...”; *Ob. Cit.*; p. 292.

²⁰ DÍAZ SOTO, J. M.: “Una aproximación...”; *Ob. Cit.*; p. 16.

²¹ CARRO PITARCH, M.: “El crimen de agresión...?; *Ob. Cit.*; p. 292.

los que denominaba “crímenes contra la paz” y en los que incluía las acciones consistentes en “planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados”. Este precepto ha sido mayoritariamente interpretado en el sentido de penalizar el desarrollo de una guerra de agresión contraria al derecho internacional, dejando fuera de este ámbito los actos de agresión²³.

Más adelante, el 14 de diciembre de 1974, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Resolución 3314 (XXIX)²⁴, sobre la definición de la agresión, que fue aprobada por consenso y que contiene en su artículo 1 una definición de la 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 forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición”. En su artículo 3, y sobre la base de esta definición, la Resolución enumera un conjunto de actos que tienen la consideración de acto de agresión. Esta Resolución fue tomada como referencia en la posterior redacción del crimen de agresión contenida en el Estatuto de Roma.

c. La configuración del crimen de agresión en el artículo 8 del Estatuto de Roma

Partiendo de todos estos antecedentes, los integrantes de la Conferencia de Kampala elaboraron una definición de crimen de agresión que se contiene en el artículo 8 *bis* del Estatuto de Roma.

Este precepto, al definir el crimen de agresión, pone en relación este concepto con los actos de agresión; de manera que este crimen no puede entenderse sin comprender qué es y qué implica un acto de agresión²⁵. En concreto, el artículo 8 *bis* del Estatuto dispone que:

“una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona 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”.

Por tanto, de esta definición se desprenden el conjunto de elementos integrantes del tipo, tanto objetivos como subjetivos. A continuación, pasaré a examinar los aspectos más complejos, que han dado lugar a discrepancias en el momento de su transposición a las legislaciones nacionales.

En primer lugar, este crimen de agresión se configura como un **delito especial**, que únicamente puede ser cometido por los dirigentes políticos y militares; llegando a ser calificado por algunos autores como un “crimen de liderazgo”²⁶, que solo puede llevarse a

²² Su contenido se encuentra disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): http://www.google.es/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447aaa96612403df2a66&ved=2ahUKewi04tiGxsP3AhVcq5UCHeSUCLEQFnoECAsQAg&usg=AOvVaw1NvWU_IDIoUatTwVaGiUI

²³ DÍAZ SOTO, J. M. : “Una aproximación...”; *Ob. Cit.*; p. 17.

²⁴ El texto de la Resolución se encuentra disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el día 29 de junio de 2022): <http://www.derechos.org/nizkor/aggression/doc/aggression38.html>

²⁵ SCHEFFER, D.. “El significado y la activación...”, *Ob. Cit.*, p. 212

cabo por Jefes de Estado o de Gobierno o por altos cargos del estado que ejerzan control sobre la acción política o militar²⁷. Y ello porque se trata de un delito que solo puede ser cometido por una persona individual²⁸ y que ostente capacidad de control, que, por sí misma, participa en un acto de agresión que es cometido por un determinado estado²⁹.

Para reforzar esta cualidad especial del sujeto activo del crimen de agresión, tras las Enmiendas de Kampala, se modificó el artículo 25 del Estatuto de Roma (que regula la autoría y participación en los crímenes de competencia de la Corte), incluyendo en el mismo un apartado 3 *bis*, relativo al crimen de agresión, que establece que “las disposiciones del presente artículo solo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”; haciendo surgir la cuestión de cuál sería la responsabilidad penal del *extraneus* que participara en la comisión del crimen. Parte de la doctrina³⁰ parece interpretar el precepto en el sentido de que no impide que se prediquen del crimen de agresión las formas de participación previstas en los apartados b), c) y d) del artículo 25, siendo posible, por tanto, que un alto funcionario que, teniendo control efectivo sobre las fuerzas políticas, participe de manera secundaria en la realización de un acto de agresión de los previstos en el artículo 8 *bis*, pueda ser considerado cómplice al ostentar la capacidad de control, pero no disponer del dominio del hecho. Hay otros autores que, sin embargo, entienden que la propia definición del crimen de agresión contenida en el artículo 8 *bis* del Estatuto implicó que no tuviera efectos jurídicos la diferenciación entre autores y partícipes en el mencionado crimen³¹.

De esta forma, parece que en este delito el autor no es el soldado o funcionario que obedece las órdenes emanadas de su jefe o superior, que sí podría ser responsable de un posible delito de genocidio o lesa humanidad que se pudiera llegar a cometer en el lugar³², sino aquél que se encuentra en la escala más alta del Estado y ostenta capacidad de control o dirección efectiva de la acción política o militar de dicho Estado³³; exigiéndose un control *de facto* sobre estas cuestiones³⁴.

Esta configuración como delito especial ha sido criticada por autores como AMBOS, que considera que la exigencia de este requisito de control o dirección efectiva por parte del autor

²⁶ FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: “Crimen de agresión”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Nº 13, octubre 2017- marzo 2018, p. 285.

²⁷ El precepto no exige que el sujeto activo tenga una profesión o posición específica, sino simplemente que tenga autoridad y control en el momento del ejercicio de la acción. GUERRA ESPINOZA, R.A.: “El crimen de agresión: nuevas perspectivas para la doctrina penal chilena”, en *Revista de Derecho*; n.º 19; Universidad de San Sebastián (Chile); ISSN 0718-302 X; 2013; p.139.

²⁸ La mayor parte de la doctrina consultada coincide en afirmar la ausencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito internacional, y ello a pesar de que el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg permitió procesar a organizaciones que fueron calificadas como criminales, tales como Ig Farben o Krupp, o a instituciones como las SS. Vid. HERNÁNDEZ CAMPOS, A.: *La Corte Penal Internacional: Hacia una definición del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte*, Lima, Perú, 2010, pp. 38 y 79.

²⁹ Una de las características del crimen de agresión es que requiere la realización de una conducta por parte de un estado, quedando al margen de este delito, por tanto, los ataques armados llevados a cabo por organizaciones no estatales. KREB, C.; BARRIGA, S.: “The Crime of Aggression: A Commentary”; en *Cambridge University Press*, 2017, p. 9.

³⁰ DÍAZ SOTO, J. M.: “Una aproximación...”, *Ob. Cit.*, pp. 39 y 40. Este autor sigue la tesis sostenida por otros autores como Krieb o Holtzendorff.

³¹ CORREDOR CARVAJAL, I.F.: *El crimen de agresión en Derecho Penal Internacional. Responsabilidad del individuo por actos de Estado*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2012, p.82.

³² KREB, C.; BARRIGA, S.: “The Crime of Aggression..”: *Ob. Cit.*, p. 9.

³³ BURNEO LABRÍN, J.A.: “El crimen de agresión...”; *Ob. Cit.*; p. 316.

³⁴ DÍAZ SOTO, J.M.: “Una aproximación...”; *Ob. Cit.*; p. 37.

es contraria a la humanización del derecho penal internacional, con arreglo a la cual la definición de los crímenes internacionales no ha de estar determinada por el autor sino por el injusto del hecho³⁵.

Asimismo, puede generar problemas de perseguibilidad en los supuestos en los que el procedimiento debiera dirigirse contra responsables políticos que gozan de inmunidad, planteándose incluso la cuestión de si cuando la competencia de la Corte se ejerciese tras la remisión de un asunto por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en un supuesto de crimen de agresión, se podría llegar a entender que el Consejo estaría eliminando la inmunidad a través de su resolución de remisión³⁶.

En segundo lugar, tras el estudio del sujeto activo, procede comenzar a analizar la conducta típica del delito descrita en el artículo 8 *bis*. Esta conducta, como ya se mencionó anteriormente, consiste en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión que ha de constituir, a su vez, una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas en atención a sus características, su gravedad y su escala. De esta forma, los **elementos objetivos** del tipo penal pueden clasificarse del siguiente modo:

1. Es necesario que concurra una acción de planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión, aunque este acto de agresión no implica necesariamente que exista un conflicto armado o una guerra declarada, así como tampoco requiere que se haya producido una pérdida de vidas humanas o daños personales o cometidos contra la propiedad pública o privada³⁷.

Por otro lado, aunque podría parecer que estas conductas englobarían la posibilidad de incluir actos preparatorios o en tentativa, en realidad no ocurre así, pues, según se desprende de los Elementos de los Crímenes (que constituyen derecho aplicable según el artículo 21.1.a del Estatuto de Roma³⁸), y, en concreto, del Elemento número 3 del crimen de agresión, es imprescindible para la configuración de este crimen que el acto de agresión se haya cometido, de manera que quedarían excluidos del mismo los actos preparatorios consistentes en el uso de la fuerza armada por parte de un Estado que fuera dirigido contra la soberanía, integridad territorial o independencia política de otro Estado. Esta postura fue la sostenida, durante las negociaciones, por la mayor parte de las delegaciones, que entendieron que si no existía un acto completo del estado de agresión, no se cometería el crimen por parte de un individuo³⁹; y su previsión implica dotar de mayor relevancia a la Corte Penal Internacional, pues la misma podría perder cierta credibilidad ante la comunidad internacional si estuviera destinada a juzgar tentativas del crimen de agresión⁴⁰.

³⁵ AMBOS, K.: "The crime of aggression after Kampala", en *German Yearbook of International Law*, 53, 2010, p. 45.

³⁶ FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: "Corte Penal Internacional...", *Ob. Cit.*; pp. 216 a 218 y 220. A juicio de esta autora, la práctica del Consejo de Seguridad ha sido, en los casos de remisiones de asuntos a la Corte, realizar reconocimientos expresos en aquellos supuestos en los que estaba a favor de mantener la inmunidad, de manera que, en caso contrario, la propia remisión por el Consejo de Seguridad implicaría una retirada de inmunidad para que la Corte pudiera ejercer su competencia efectiva. En el supuesto del crimen de agresión, cuando la remisión relativa a este crimen se realice por parte del Consejo en relación a hechos presuntamente cometidos en territorios de Estado no parte o por nacionales de un Estado no parte, esta remisión implicaría que a estos Estados se les aplicase el Estatuto, al menos de manera indirecta, pues de otro modo no podría ejercerse la competencia de la Corte en estos supuestos.

³⁷ FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: "Corte Penal Internacional...", *Ob. Cit.*, p. 317.

³⁸ El documento relativo a los Elementos de los Crímenes se encuentra disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): <https://www.icc-cpi.int/resource-library/corelegal-texts>

³⁹ QUESADA ALCALÁ, C.: "El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global", en *Cuadernos de estrategia*, 2013, nº 160, p. 93.

Esta configuración de la conducta típica (incluyendo las acciones de participación y preparación, pero excluyendo al mismo tiempo la tentativa) ha sido otro de los aspectos debatidos en el ámbito doctrinal, al considerar parte de la doctrina que si el acto de agresión debe efectivamente ejecutarse para que culmine la comisión del delito, carece de sentido incluir de manera expresa actos preparatorios que ya estarían incluidos en las conductas de iniciar o realizar el acto de agresión⁴¹.

2. El acto de agresión, que constituye el fundamento del propio crimen, aparece definido en el apartado 2 del artículo 8 *bis* 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”, acudiendo a continuación a los actos calificados como de agresión en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974 para la delimitación de conductas que pueden caracterizarse como actos de agresión, y entre los que se incluyen 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”. (Artículo 8.2 Estatuto de Roma).

Una de las cuestiones objeto de controversia es si este listado constituye *un numerus apertus* o *un numerus clausus*. Algunos autores consideran que, al no prever el precepto una cláusula general que englobe hechos similares (como sí hace el apartado k del artículo 7.1 del Estatuto en relación al crimen de lesa humanidad), el listado debería interpretarse en sentido estricto, y no extenderse a conductas diferentes a las

⁴⁰ Vid. DURANGO ÁLVAREZ, G. A.: “Análisis sobre el crimen de agresión en la Corte Penal Internacional a partir de la Conferencia de Revisión (Kampala). Retos y perspectivas”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 24, enero-junio 2014, p. 200.

⁴¹ AMBOS, K.: “The crime of...”, *Ob. Cit.*, p. 52.

expresamente relacionadas. Por el contrario, otros autores entienden que, al partir este precepto del listado contenido en la Resolución 3314 (XXIX), que no contiene una enumeración exhaustiva (artículo 4 del Anexo de la Resolución), ello implicaría considerar que el listado introducido tras las Enmiendas de Kampala también tendría carácter enunciativo⁴².

Lo que sí parece claro es que el precepto debe interpretarse desde una perspectiva actual y acorde con la tecnología disponible en este momento, entendiendo que dentro del mismo podrían tener encaje los ataques informáticos que constituyan una ofensa a la infraestructura o soberanía del estado de tal entidad que supongan una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas⁴³.

Por último, llama la atención que, en el listado, no se haga referencia al bloqueo del espacio aéreo, estrategia comúnmente utilizada y que puede constituir un ataque importante contra otro estado.

3. Este acto de agresión ha de constituir, a su vez, una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas en atención a “sus características, gravedad y escala”. Con ello, los redactores del precepto pretendían dejar fuera los actos o problemas fronterizos de menor importancia o intensidad⁴⁴, así como los usos de la fuerza permitidos por la propia Carta⁴⁵. Ninguno de estos elementos es suficiente por sí solo para satisfacer el criterio de violación manifiesta al que se refiere el precepto, debiendo concurrir necesariamente los tres (las características, la gravedad y la escala) para dar lugar a una violación manifiesta⁴⁶.

Según se desprende del punto número 3 de los Elementos de los Crímenes, la expresión “manifiesta” es una calificación objetiva; si bien, tal y como señalan algunas voces de la doctrina, los elementos del acto de agresión previstos en el precepto y que permiten determinar si la violación es o no manifiesta (esto es, las “características, gravedad y escala” de la misma) sí podrían verse afectados por cierto grado de subjetividad en el momento de llevar a cabo la ponderación o análisis de los mismos⁴⁷, ya que se trata de términos indeterminados que deben ser analizados judicialmente para valorar si un determinado acto de agresión supera o no el umbral de gravedad propuesto⁴⁸.

En cuanto a qué debe entenderse por violación de la Carta de las Naciones Unidas, es preciso acudir al artículo 2.4 de la propia Carta⁴⁹, que prohíbe de forma expresa a los Estados recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la

⁴² Vid. CARRO PITARCH, M.: “El crimen de agresión...”, *Ob. Cit.*; p. 297.

⁴³ *Ibidem*, p. 298

⁴⁴ Vid. AMBOS, K.: “The crime of aggression...”. *Ob. Cit.*, p. 15.

⁴⁵ QUESADA ALCALÁ, C.: “El crimen de agresión...”, *Ob. Cit.*, p. 91.

⁴⁶ Así se desprende del punto 7 del Anexo III de la Resolución RC/RES. 6, que contenía las Enmiendas aprobadas en Kampala

⁴⁷ Vid. FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: “Crimen...”, *Ob. Cit.*, p. 286

⁴⁸ CARRO PITARCH, M.: “El crimen de agresión...”, *Ob. Cit.*, p. 300.

⁴⁹ La Carta de las Naciones Unidas fue firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco. Su texto completo se encuentra disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text>

independencia política de otro Estado (con excepción de cuando se actúe en ejercicio de la legítima defensa individual y colectiva, o cuando el Consejo de Seguridad de la ONU es expresamente autorizado por los órganos de esta organización para restablecer la paz y la seguridad internacional). Por tanto, del conjunto de esta definición se desprende que este acto de amenaza o uso de la fuerza contra la integridad o independencia política de otro estado debe ser de cierta intensidad, dejando a un lado los simples incidentes fronterizos⁵⁰ o los casos controvertidos (como los producidos por intervenciones humanitarias), y diferenciando de esta forma el acto de agresión y el crimen de agresión⁵¹.

Por otro lado, una vez analizados el sujeto activo y los elementos objetivos del crimen de agresión, hay que hacer referencia a cuál es el **elemento subjetivo** del mismo. En este sentido, hay que tener en cuenta que el artículo 8 *bis* del Estatuto no incluye ningún elemento subjetivo del tipo, lo cual ha sido criticado por autores como AMBOS⁵². Sin embargo, en los Elementos de los Crímenes⁵³ sí se prevé un requisito relativo al elemento subjetivo del tipo, pues exige en los elementos 4 y 6, respectivamente, que el autor haya tenido conocimiento no solo “de las circunstancias de hecho que determinan la incompatibilidad de dicho uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas” sino también de las que constituían que dicha violación de la Carta fuera manifiesta. Por tanto, debe concurrir el elemento del dolo en relación a estos dos aspectos.

Algunos autores consideran que esta consciencia no equivale a una comprensión jurídica, es decir, al conocimiento de los elementos jurídicos que convierten la utilización de la fuerza en un crimen de agresión; sino que existiría una preferencia del “conocimiento de los hechos” sobre el “conocimiento de la ley”. Ello explicaría que el artículo 32 del Estatuto otorgue relevancia al error de hecho (permitiendo que exima de responsabilidad si implica que desaparezca el elemento de responsabilidad del crimen), y no al error de derecho⁵⁴.

Por último, hay que tener también en cuenta que, tras la inclusión de este artículo 8 *bis* en el Estatuto, era necesario que se cumplieran dos requisitos para la activación de la competencia de la Corte para el conocimiento de este crimen: por un lado, que las Enmiendas fueran ratificadas por 30 Estados parte en el Estatuto de Roma (lo cual se logró el 26 de junio de 2016, cuando fueron ratificadas por Palestina); y, por otro lado, que se activase la competencia de Corte sobre el crimen de agresión (que tuvo lugar en virtud de Resolución de 14 de diciembre de 2017⁵⁵). Desde entonces, se activó de manera efectiva la competencia de la Corte para conocer de este delito y se reafirmó el alcance universal de la sanción penal de este crimen de agresión, como ya se había mantenido con anterioridad por otros tribunales internacionales *ad hoc*⁵⁶.

⁵⁰ FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: “Crimen...”, *Ob. Cit.*; p. 286.

⁵¹ FERNÁNDEZ PACHECO, C., VIANA BALLESTER, C.: “Consecuencias de la ratificación de las enmiendas de Kampala. A propósito de la implementación del delito de agresión en España”, en *Revista general de Derecho Penal*, número 22. Iustel. 2014.

⁵² *Vid.* AMBOS, K.: “The crime of ...”, *Ob. Cit.*, p. 17.

⁵³ Al igual que realiza con carácter general el artículo 30 del Estatuto de Roma.

⁵⁴ DÍAZ SOTO, J.M.: “Una aproximación...”, *Ob. Cit.*, p. 41,

⁵⁵ En virtud de Resolución ICC-ASP/16/Res.5, de 14 de diciembre de 2017. Disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): ICC-ASP-16-14-SPA.pdf (icc-cpi.int)

2. RAZONES QUE JUSTIFICARÍAN LA IMPLEMENTACIÓN DEL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL DERECHO NACIONAL: SU AUSENCIA DE ENCAJE EN OTRO DELITO CONCRETO

a. ¿Se encuentra tipificado el crimen de agresión en el ordenamiento jurídico español?

Con anterioridad a realizar cualquier valoración sobre la necesidad o no de implementación del artículo 8 *bis* del Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico penal español, es preciso analizar si en la actualidad existe algún precepto penal que abarque las conductas constitutivas del crimen de agresión.

En este sentido, hay que tomar en consideración algo que ya se ha mencionado previamente, y es que el crimen de agresión no se encuentra incluido dentro de los delitos contra la comunidad internacional, a pesar de que estos fueron introducidos tras la ratificación del Estatuto de Roma por parte de España, englobando en un mismo título los delitos objeto de competencia de la Corte y sus disposiciones comunes; y justificando su inclusión en la legislación penal española en la necesidad de lograr una coordinación de nuestra legislación interna con las competencias de la propia Corte.

Para analizar esta cuestión, hay que acudir no solo a la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP)⁵⁷, sino también a la LO 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar (en adelante, CPM)⁵⁸.

El Título XXIII del CP lleva por rúbrica “De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional” y abarca los artículos 581 a 604. Dentro del mismo, se encuentran tipificados algunos delitos que, aunque presentan ciertas semejanzas con el crimen de agresión en lo relativo a que constituyen un atentado contra la independencia o la paz del Estado, ninguno de ellos abarca la totalidad de los elementos del mismo.

Así, pueden mencionarse, por ejemplo, los siguientes preceptos: el tipo básico del delito de traición que, en el artículo 581, prevé la imposición de una pena de 15 a 20 años al “español que indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o se concertare con ella para el mismo fin”; determinadas conductas agravatorias de este delito como la prevista para “el español que tome las armas contra la Patria bajo banderas enemigas” (artículo 583.1 CP) o “los miembros del Gobierno que, sin cumplir con lo dispuesto en la Constitución, declararan la guerra o firmaran la paz” (artículo 588 CP); o determinados delitos cuyo bien jurídico protegido es la salvaguarda de la paz y la independencia del Estado (tales como el artículo 590.1º CP, que castiga al que “con actos ilegales o que no estén debidamente autorizados, provocare o diere motivo a una declaración de guerra contra España por parte de otra potencia”, o el artículo 591 CP, que sanciona con idénticas penas de prisión a quien “con actos ilegales o que no estén debidamente autorizados, provocare o diere motivo a una declaración de guerra contra España por parte de otra potencia”).

Quizás de todos los preceptos anteriormente mencionados, el contemplado en el artículo 588 de l CP es el que más podría aproximarse a la configuración del crimen de agresión; si

⁵⁶ BURNEO LABRÍN, J.A.: “El crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Agenda Internacional*, año XXV Nº 36, 2018, ISSN 1027-6750, p. 305.

⁵⁷ BOE núm. 281, de 24 de noviembre 1995.

⁵⁸ BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2015, pp. 95715 a 95746

bien sus elementos constitutivos difieren notablemente del mismo. Así, el delito del artículo 588, aunque también se configura como delito especial (pues únicamente prevé que pueden ser sujetos activos los miembros del Gobierno), deja fuera a todas aquellas personas que ejerzan una autoridad o control efectivo sobre la acción política o militar. Por otro lado, el precepto contempla dos acciones típicas: declarar la guerra o firmar la paz, y que alguna de estas conductas se lleve a cabo con vulneración de lo previsto en la Constitución Española. Esta conducta típica se aparta, por tanto, en gran medida, de la acción de planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión que constituya una violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas a la que se refiere el artículo 8 *bis* del Estatuto. Por último, el bien jurídico protegido por el artículo 588 del Código Penal, que se refiere a la defensa nacional y a la independencia del Estado, es más limitado que el bien jurídico que protegería el crimen de agresión, que no solamente abarcaría la protección a la independencia e integridad territorial de España, sino también a la comunidad internacional en su conjunto.

Por otro lado, como ya se ha mencionado, tampoco se hace referencia alguna al crimen de agresión en los delitos tipificados en el Título XXIV del CP (artículos 605 y siguientes), relativo a los “Delitos contra la Comunidad Internacional”, dentro del cual se incluyen, entre otros, el resto de delitos competencia de la Corte Penal Internacional (delitos de genocidio y lesa humanidad).

Por su parte, el CPM, a pesar de haberse publicado con posterioridad a la ratificación de las Enmiendas de Kampala por nuestro país y justificar la promulgación de un nuevo Código, entre otras razones, en la necesidad de cumplir con las obligaciones convencionales “asumidas por España, en particular relativas a la prevención y castigo de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, así como a las derivadas de la ratificación por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, del Estatuto de la Corte Penal Internacional” (Exposición de Motivos de la LO 14/2015), en cierto modo se olvida de la LO 5/2014 y no contempla en su articulado un delito que pueda tener correlación con el crimen de agresión del artículo 8 *bis* del Estatuto de Roma, más allá del delito de traición militar, que se encuentra tipificado en el artículo 24 del CPM. Por tanto, en el momento de su promulgación se desaprovechó la oportunidad de completar la tipificación en nuestro ordenamiento jurídico de la totalidad de los delitos competencia de la Corte Penal Internacional, de acuerdo con las Enmiendas introducidas en Kampala al Estatuto de Roma. Su inclusión en este Código hubiera supuesto un avance importante para su posterior incorporación al Código Penal común.

b. Conveniencia de incluir un tipo específico de crimen de agresión en la legislación penal española.

Una vez constatada la ausencia de tipificación expresa en nuestro ordenamiento jurídico del crimen de agresión, conviene reflexionar sobre si resultaría o no conveniente incluir en nuestra legislación un tipo penal específico.

Así, tras valorar el conjunto de aspectos ya mencionados con anterioridad, puede entenderse que la finalidad de esta implementación estaría justificada, por un lado, por la necesidad de coordinar la legislación penal española con las competencias asumidas por la Corte Penal Internacional, especialmente desde 2017, tras la activación de la competencia de la Corte para conocer del crimen de agresión; y, por otro lado, por el propio principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional. Y es que, en relación a este último aspecto, hay que destacar que el Estatuto de Roma, ya desde el párrafo 6 de su Preámbulo, recuerda el deber que tienen los Estados de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes internacionales, lo que implica que la mera institución de la

Corte Penal Internacional no libera a los estados de su responsabilidad de persecución de los crímenes internacionales⁵⁹. Del mismo modo, el artículo 1 del Estatuto configura la Corte Penal Internacional como un complemento para la jurisdicción nacional, y no como un reemplazo; lo cual supone que los tribunales nacionales tienen inicialmente la competencia para la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de su jurisdicción, y que la Corte actúa únicamente cuando los órganos jurisdiccionales nacionales deciden no actuar o no son capaces de ejercer su jurisdicción; si bien, una vez admitido un caso ante la Corte, esta jurisdicción es la que prevalece.

Esta complementariedad de jurisdicciones genera, por tanto, una serie de obligaciones en materia de cooperación internacional para los Estados, fundamentalmente en lo relativo a la necesaria implementación de la normativa internacional a la normativa interna, ya que el cumplimiento efectivo de las disposiciones de Derecho internacional contemporáneo se encuentra vinculado a la concreta actuación de cada Estado y a su marco jurídico internacional. Por otro lado, este deber de implementación, estrechamente conectado con el principio *pacta sunt servanda* y el cumplimiento de buena fe de todas las obligaciones convencionales y consuetudinarias, implica la puesta en práctica de distintas medidas nacionales con la finalidad de que los tratados internacionales tengan una efectiva vigencia en el Derecho interno, de manera que “sin implementación será imposible hablar de una auténtica aplicación del Derecho internacional en el Derecho interno”⁶⁰.

Por ello, resultaría aconsejable llevar a cabo la tipificación expresa del delito de agresión en nuestro ordenamiento jurídico, no solo para evitar la existencia de zonas de impunidad en nuestro ordenamiento jurídico penal internacional sino también para garantizar la complementariedad de la Corte y las jurisdicciones nacionales en materia del crimen de agresión.

De esta forma, se salvaguardaría la primacía de la jurisdicción española para la investigación y enjuiciamiento del crimen de agresión sobre la jurisdicción de la Corte, que en estos casos llevaría a cabo una labor de apoyo, asesoramiento, control de garantías y vigilancia sobre la jurisdicción nacional; actuando, de este modo, como un complemento positivo de aquella.

Esta necesidad de garantizar el principio de complementariedad de la Corte se desprende también de la Decisión 2011/168 PESC del Consejo Europeo⁶¹, que en su artículo 5 dispone que “la Unión y sus Estados miembros adoptarán, en su caso, iniciativas o medidas para garantizar la aplicación del principio de complementariedad a nivel nacional”. Y parece que, tras lo expuesto anteriormente, solo con la inclusión de un delito de agresión en nuestro ordenamiento jurídico se podría garantizar la aplicación de este principio de complementariedad en la legislación penal española.

⁵⁹ Vid. QUESADA ALCALÁ, C.: “El crimen de agresión...”, *Ob. Cit.*, p. 105.

⁶⁰ Vid. SALMÓN, E., BAZAY, L.: *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*, 2011, p. 62. Documento disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/111928/2011El%20crimen%20de%20agresi%c3%b3n%20despu%c3%a9s%20de%20Kampala.pdf?sequence=1&isAll owed=y>

⁶¹ Decisión 2011/168/PESC del Consejo, de 21 de marzo de 2011, relativa a la Corte Penal Internacional y por la que se deroga la Posición Común 2003/444/PESC. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) 76/56, de 22 de marzo de 2011.

3. LA REGULACIÓN LEGAL DEL CRIMEN DE AGRESIÓN EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO

Con la finalidad de reforzar la importancia de la necesidad de implementación del crimen de agresión en nuestro ordenamiento y tratar de dilucidar cuál sería la mejor vía para ello, conviene revisar la regulación de este delito en otros países de nuestro entorno, prestando especial atención al ámbito europeo.

En general, hay que tener en cuenta que la ratificación de las Enmiendas no ha tenido aún la aceptación que convendría a la comunidad internacional en aras a evitar conflictos armados de tal magnitud que pudieran ser incluidos dentro del crimen de agresión; pues sólo han sido ratificadas por 43 de los Estados parte del Estatuto de Roma. Es más, muchos de los Estados que han ratificado las Enmiendas se encuentran regidos por un mandato constitucional de neutralidad que sirve para limitar, o incluso evitar, la comisión de posibles crímenes de agresión (como Alemania, Japón, Chipre o Suiza)⁶²; mientras que otros de los firmantes carecen de fuerzas armadas o son residuales (como Costa Rica, Andorra o Luxemburgo)⁶³.

En el ámbito de la Unión Europea, el 15 de julio de 2014, el Parlamento Europeo adoptó una propuesta de resolución sobre el crimen de agresión⁶⁴. En esta propuesta, el Parlamento Europeo pedía a los Estados miembros de la Unión, entre otras cuestiones, que llevasen a cabo una rápida adaptación de su legislación nacional no solo a las Enmiendas de Kampala, sino también a otras obligaciones derivadas del propio Estatuto de Roma, con la finalidad de “permitir la investigación y la persecución de los crímenes a nivel nacional por parte de los Estados miembros de la UE, así como la cooperación con la Corte”. Esta propuesta de resolución fue finalmente aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 21 de junio de 2016. Esta resolución sirve, por tanto, para reforzar la conveniencia de adaptar la legislación nacional española al conjunto del Estatuto de Roma, tras las Enmiendas de Kampala.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados por las instituciones europeas para promover la ratificación de las Enmiendas de Kampala, no todos los Estados miembros de la Unión Europea las han ratificado, aunque sí la mayoría (en concreto, 21)⁶⁵.

Y, dentro de estos Estados, algunos como España, Irlanda, Bélgica, Malta, Chipre, Países Bajos, Italia o Suecia, aún no han adaptado sus legislaciones nacionales a las Enmiendas introducidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Otros, sin embargo, sí lo han hecho con posterioridad a la aprobación de las mismas (como Luxemburgo, Eslovenia, Croacia⁶⁶, Austria, República Checa, Finlandia, y Portugal) o bien ya contaban en su propia legislación penal nacional con preceptos que castigaban el delito de agresión (como Estonia, Alemania,

⁶² CARRO PITARCH, M.: “El crimen de agresión en el Siglo XXI...”, *Ob. Cit.*, p. 819

⁶³ *Ibidem*, p. 820.

⁶⁴ Resolución 2014/2724 (RSP), publicada en el DOUE de 121 de junio de 2016, C 244/31. El texto de esta Resolución se encuentra disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el día 29 de junio de 2022): https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2014-0067_ES.pdf

⁶⁵ Siguiendo el orden cronológico de ratificación, estos 19 Estados pueden relacionarse del siguiente modo: Luxemburgo (15/01/2013), Estonia (27/03/13), Alemania (03/06/2013), Chipre (25/09/2013), Eslovenia (25/09/2013), Bélgica (26/11/2013), Croacia (20/12/2013), Eslovaquia (29/04/2014), Austria (17/07/2014), Letonia (26/09/2014), España (26/09/2014), Polonia (26/09/2014), Malta (29/01/2015), República Checa (12/03/2015), Lituania (7/12/2015), Finlandia (30/12/2015), Países Bajos (23/09/2016), Portugal (11/04/20017), Irlanda (27/09/18), Italia y Suecia (ambos el 26/01/22). Información disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): <https://crimeofaggression.info/the-role-of-states/status-of-ratification-and-implementation/>

⁶⁶ Eslovenia y Croacia adaptaron su legislación a las Enmiendas de Kampala incluso antes de haberlas ratificado. *Vid. DURANGO ÁLVAREZ, G.A.: “Análisis sobre el crimen de agresión ...”, Ob. Cit.*, p. 212.

Eslovaquia, Letonia, Polonia y Lituania), sin perjuicio de haber introducido algunos de ellos ciertas modificaciones en la legislación con posterioridad a la ratificación.

Por tanto, gran parte de los Estados miembros de la Unión Europea que han ratificado las Enmiendas de Kampala han adaptado su legislación penal nacional al Estatuto de Roma, lo que viene a reforzar la necesidad de su implementación en la legislación penal española.

A continuación, se examinarán las legislaciones de nuestro entorno, comenzando por aquellos Estados que introdujeron nuevos preceptos en su ordenamiento jurídico para llevar a cabo la implementación, y siguiendo con aquellos que ya contaban con anterioridad con un delito en el que podría tener encaje el crimen de agresión. El estudio de estos preceptos puede servir de guía a la hora de valorar cuál debería ser la redacción del precepto en España y la ubicación que el mismo podría ocupar en la legislación penal española. Al final de este apartado, se expondrán los principales puntos en común y las divergencias entre las diferentes legislaciones.

En Luxemburgo, por ejemplo, la adaptación del Código Penal a las Enmiendas de Kampala se llevó a cabo en 2012, incluyendo en su artículo 136 *quinquies*, la regulación del crimen de agresión dentro del Título I. *bis* relativo a las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario (que contiene una descripción del crimen de agresión similar al previsto en el artículo 8 *bis* del Estatuto de Roma), e imponiendo para quien cometa el mismo una pena de prisión de 10 a 15 años⁶⁷.

De manera similar, el artículo 103 del Código Penal de Eslovenia, prevé la imposición de una pena de, al menos, 15 años de prisión para el responsable político o militar que cometa un delito de agresión, que aparece tipificado de forma prácticamente idéntica a la contenida en el artículo 8 *bis* del Estatuto de Roma. Asimismo, en su artículo 105 castiga la constitución de una organización criminal que tenga por objeto la comisión de, entre otros, un crimen de agresión; a los miembros de la organización; y a quien incite directamente a la comisión de este delito⁶⁸.

Croacia, por su parte, tras la modificación de su Código Penal en el año 2011, adaptó su legislación penal internacional a las Enmiendas de Kampala⁶⁹. Así, aunque en su artículo 89⁷⁰ contiene una definición del crimen de agresión similar a las anteriores, siguiendo las directrices del artículo 8 *bis* del Estatuto de Roma, también destaca porque, además de prever la imposición de sanción a quienes ejerzan control político o militar, contempla asimismo el castigo para aquellos que participen en las operaciones de las fuerzas armadas (apartado 2) y para quienes directa y públicamente inciten a la comisión de un crimen de agresión (apartado 3); lo cual podría exceder el propio contenido del delito contemplado en el Estatuto de Roma. En el caso de los partícipes, no obstante, la pena a imponer es menor que la prevista para los líderes políticos o militares, lo que supone reconocer que su nivel de responsabilidad también es menor⁷¹. Por otro lado, en cuanto al elemento subjetivo del delito configurado por la legislación croata, cabe destacar que el mismo abarca el dolo eventual⁷².

⁶⁷ El texto del Código Penal de Luxemburgo actualizado se encuentra disponible en el siguiente enlace (última comprobación de 29 de junio de 2022): <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/penal/20220501>

⁶⁸ Información disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): https://crimeofaggression.info/documents/2/Slovenia__excerpt_criminal_code.pdf

⁶⁹ En su Código Penal de 1997, el crimen de agresión aparecía tipificado en el artículo 157. El texto íntegro se encuentra disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): https://europam.eu/data/mechanisms/PF/PF%20Laws/Croatia/Croatia_Criminal%20Code_ENG.pdf. La redacción original también contemplaba la sanción penal de las personas que participaran en el crimen de agresión

⁷⁰ Información disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 4 de mayo de 2022): <https://crimeofaggression.info/documents/1/handbook.pdf>. Páginas 34 y 35.

Siguiendo con la regulación de los Estados miembros que han introducido, como nuevo, este delito tras la ratificación de las Enmiendas de Kampala, en Austria, por ejemplo, el delito se introdujo en 2016 en el artículo 321.k)⁷³, en una línea similar a los preceptos anteriormente mencionados: se mantiene el carácter especial de estos delitos, y la referencia a que el acto de agresión constituya, “por su naturaleza, gravedad y alcance” una violación de los Estatutos de Naciones Unidas. La pena de prisión se fija dentro de un marco penológico que abarca desde los diez hasta los veinte años de duración. La peculiaridad, con respecto a la regulación contenida en el Estatuto de Roma, es que en el apartado dos se prevé la imposición de una pena inferior en grado (de cinco a diez años de prisión) para aquellos que planeen o preparen este acto de agresión⁷⁴. En este sentido, podría surgir la duda de si, con esta previsión, se pretende adelantar la conducta delictiva a los actos preparatorios del crimen de agresión o si, por el contrario, su objetivo es abarcar la sanción penal de aquellos que, sin cometer directamente el acto de agresión que materialmente se ejecuta, sí que lo planean o preparan. Esta última interpretación sería la más acorde con la regulación contenida en el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes, que, como ya se mencionó, no prevén adelantar la conducta típica del crimen de agresión a las acciones intentadas.

En el caso de Finlandia, el crimen de agresión se regula dentro de la Sección 2 del Capítulo 12⁷⁵, que se refiere a los delitos de traición, y configura este crimen como una especie de incitación a la guerra contra el país; diferenciándose así, en cierto modo, de otras regulaciones nacionales, que mantienen una redacción más parecida a la contenida en el Estatuto de Roma.

Por último, dentro del grupo de Estados que han implementado de manera específica el crimen de agresión en su legislación nacional tras las Enmiendas de Kampala, se encuentra la República Checa, que ha incorporando a su Código Penal un artículo 405.a)⁷⁶, que prevé la imposición de una pena de 12 a 20 años de prisión a los responsables políticos y militares de un Estado que, contraviniendo las previsiones del derecho internacional, lleven a cabo la planificación, preparación, iniciación o ejecución de un acto consistente en la utilización de fuerza armada contra la soberanía, integridad territorial o independencia política de otro estado, y siempre que la utilización de esa fuerza contravenga la Carta de las Naciones Unidas en atención a sus características, gravedad o escala.

Por otro lado, entre los países que ya contaban en su legislación interna, con anterioridad a la Conferencia de Kampala, con preceptos que sancionaban este delito, pueden destacarse Alemania y Estonia.

Así, en Alemania, aunque el Código Penal (Strafgesetzbuch)⁷⁷ prevé en la Sección 80 a) una pena de prisión de 3 a 5 años para quien, dentro del territorio don de resulta de aplicación

⁷¹ KREB, C., BARRIGA, S.: “The Crime of Aggression...”, *Ob. Cit.*, p. 867.

⁷² *Ibidem*, p. 871.

⁷³ Información disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): <https://crimeofaggression.info/2016/02/news-crime-of-aggression-now-outlawed-in-austria/>

⁷⁴ El texto del Código Penal austriaco se encuentra disponible, en alemán, en el siguiente enlace (última comprobación realizada el día 29 de junio de 2022): <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>

⁷⁵ El texto del Código Penal de Finlandia se encuentra disponible, en inglés, en el siguiente enlace (última comprobación realizada el día 29 de junio de 2022): <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf>

⁷⁶ El texto en inglés del precepto se encuentra disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): <http://www.derechos.org/intlaw/cze.html>

⁷⁷ Disponible en el siguiente enlace (versión inglesa, última comprobación realizada el día 29 de junio de 2022): https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html#gl_p0881

el Código, incite a la comisión de un crimen de agresión, no define en su texto este crimen, sino que lo regula en el Código de Delitos contra el Derecho Internacional (Völkerstrafgesetzbuch)⁷⁸, que se aprobó en 2002 tras la ratificación del Estatuto de Roma, y posteriormente se modificó para adaptarlo a las Enmiendas de Kampala. En la Sección 13 regula el crimen de agresión de forma similar a la prevista en el artículo 8 bis del Estatuto de Roma; si bien, respecto de la regulación de este delito, destaca que, según la Sección 1, el mismo es perseguible incluso si se comete fuera de territorio alemán siempre que, o bien el autor sea alemán, o la agresión se dirija contra la República Federal Alemana. La pena a imponer por este delito no puede ser inferior a diez años de prisión. Como peculiaridades de la regulación alemana, pueden mencionarse las siguientes: por un lado, que la dicción literal del precepto no incluye una cláusula de liderazgo para la determinación de la autoría del crimen de agresión, de manera que sería posible la persecución de aquellos que, sin ser líderes políticos o militares, cometieran este tipo de hechos⁷⁹; y, por otro, que incluye la sanción penal de los actos preparatorios⁸⁰.

Por último, en cuanto a la legislación de Estonia, el Capítulo 8 de la Parte Especial del Código Penal tipifica las “Ofensas contra la Humanidad y la Seguridad Internacional”⁸¹, y, dentro de las mismas, la División 3 incluye, desde el año 2001⁸², el crimen de agresión dentro de las “Ofensas contra la Paz”, previendo una pena de prisión desde los 8 hasta los 20 años para quienes, encontrándose controlando o dirigiendo las actividades estatales, participen en la organización, ejecución o preparación de un acto de agresión, así como para los representantes del Estado que amenacen con llevar a cabo un acto de agresión (definiendo el mismo como el uso de fuerza armada por un estado contra otro en el marco de un conflicto internacional). La peculiaridad del precepto es que contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas que cometan este delito, a diferencia de lo que ocurre en el marco del Estatuto de Roma, que no prevé la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en ninguno de los tipos penales que abarca.

En conclusión, del conjunto normativo de los Estados miembros que han ratificado las Enmiendas de Kampala, pueden extraerse las siguientes ideas principales, que pudieran servir de referencia para la configuración de un hipotético delito de agresión con encaje en nuestro Código Penal: por un lado, que, aunque muchas de estas legislaciones siguen las líneas básicas marcadas por el Estatuto de Roma, la mayoría mantienen elementos particulares a la hora de delimitar la autoría, la punición de los actos preparatorios o el carácter manifiesto de la violación de la Carta de las Naciones Unidas; y, por otro lado, que en los textos legales se prevé la imposición de penas de prisión que generalmente oscilan entre los 10 y los 20 años.

Por último, y aunque ya se han ido mencionando, conviene destacar las peculiaridades específicas de las distintas regulaciones, centradas especialmente en cuestiones controvertidas relativas a la configuración del propio crimen de agresión:

⁷⁸ Disponible, en inglés, en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vstgb/englisch_vstgb.html

⁷⁹ KREB, C., BARRIGA, S.: “The Crime of Aggression...”, *Ob. Cit.*, pp. 882 y 883.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 888.

⁸¹ Información disponible en el siguiente enlace (última comprobación realizada el 29 de junio de 2022): <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/Riigikogu/act/522012015002/consolide>

⁸² KREB, C., BARRIGA, S.: “The Crime of Aggression...”, *Ob. Cit.*, p. 897.

- En relación a la delimitación de la autoría, algunos estados como Eslovenia, Croacia o Alemania se apartan del carácter especial de este delito, según aparece configurado en el artículo 8 *bis* del Estatuto. De la configuración de este delito en dichas legislaciones se desprende que las mismas permiten la imposición de sanción penal por la comisión de un crimen de agresión a aquellas personas que, sin ostentar autoridad política o militar y control efectivo, participen en las operaciones armadas, o, incluso, a quienes inciten a la comisión de este delito.
- La legislación austriaca, por otro lado, prevé expresamente el castigo penal de quienes planeen o preparen el acto de agresión, estableciendo en este caso la aplicación de la pena inferior en grado. Con ello, parece estar incluyendo la sanción penal de la tentativa, apartándose de esta forma de la configuración del delito contenida en el Estatuto de Roma.
- La legislación estonia, por su parte, contempla una cuestión interesante, al atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas; diferenciándose, de este modo, del contenido del Estatuto, que parece exigir únicamente responsabilidad penal a las personas individuales y no a las personas jurídicas, y pudiendo originarse el debate de la conveniencia de extender la responsabilidad penal por este delito también a las entidades con personalidad jurídica.

4. CÓMO PODRÍA CONFIGURARSE EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN Y CUÁL PODRÍA SER SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Una vez analizadas en su conjunto las anteriores cuestiones y puestas de manifiesto las razones que aconsejarían la adaptación de la legislación penal española al Estatuto de Roma, especialmente tras la activación de la competencia de la Corte para conocer del crimen de agresión, y antes de profundizar en cuál debería ser el contenido de este delito, sería conveniente valorar cuál podría ser su ubicación dentro del Código Penal español (sin perjuicio de que el mismo también podría ser tipificado en el Código Penal Militar, para dar respuesta específica a aquellos supuestos en los que los jefes militares cometiesen este tipo de hecho).

Para tratar esta cuestión, es preciso tener en cuenta que el crimen de agresión, como ya se ha referido, se configura como un delito que no atenta únicamente contra la paz y la independencia del propio Estado, sino que también constituye un grave atentado contra la Comunidad Internacional en su conjunto. Por ello, en coherencia con la reforma que se llevó a cabo por la LO 15/2003, este nuevo delito de agresión podría ubicarse dentro del Título XXIV del Código Penal a través de la introducción, después del crimen de lesa humanidad, de un Capítulo II ter que llevara por rúbrica “Del delito de agresión”. De esta forma, dentro de este Título (y, en concreto, en sus Capítulos II, II bis y II ter) se englobarían todos los delitos incluidos dentro del ámbito de jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Así, se llevaría a cabo una regulación sistemática del conjunto de estos delitos, constituyendo al mismo tiempo reflejo de la aplicación del principio de complementariedad que prevé el Estatuto de Roma.

Una vez resuelta la cuestión de su ubicación sistemática, habría que determinar su contenido. Para ello, resulta de interés plantearse las cuestiones más debatidas en la configuración del crimen de agresión diseñado en el Estatuto de Roma, especialmente las relativas a la determinación de la autoría, del grado de ejecución del delito, la utilización o no de conceptos indeterminados para la configuración del carácter manifiesto de la agresión, o la

posibilidad de prever la atribución de responsabilidad penal no solo a las personas físicas sino también a las personas jurídicas.

En este sentido, creo que sería aconsejable mantener en lo esencial la configuración del delito ofrecida por el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes, englobando el conjunto de elementos del tipo (sujeto activo, conducta típica y *mens rea*) en una redacción basada, en esencia, en la contenida en el estatuto de Roma, y que fuera lo más sencilla posible, para evitar que se suscitaran problemas de interpretación.

Así, en primer lugar, en relación a la determinación del sujeto activo del delito, por congruencia con el artículo 8 *bis* del Estatuto, el derecho internacional consuetudinario y por la propia configuración del crimen de agresión como un “crimen de líderes”⁸³, considero que sería conveniente que la regulación española contemplara únicamente la posibilidad de exigir responsabilidad penal por este delito a las personas que, de forma efectiva, dispongan del control de la acción armada, y ello con independencia de su cargo o de la autoridad que desempeñen. Lo fundamental, por tanto, sería que estas autoridades o funcionarios ostentasen un control efectivo sobre la acción armada constitutiva de acto de agresión.

Por otro lado, y aunque el Estatuto de Roma no parece contemplar la exigencia de responsabilidad penal a personas jurídicas⁸⁴, creo que, debido al expreso reconocimiento de esta responsabilidad en nuestra legislación penal, no existiría obstáculo legal para prever de manera expresa la posible atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas que cometieran este delito, siempre que se acreditara de manera fehaciente que los responsables de estas entidades tuvieran el control efectivo sobre la acción armada, lo cual podría resultar complicado en el ámbito de un proceso penal. En este supuesto, si se previera la atribución de responsabilidad penal por el crimen de agresión a las personas jurídicas, creo que, por coherencia, también habría que extender esta previsión al resto de crímenes contra la comunidad internacional. De esta forma, en nuestra legislación nacional se daría un paso más allá de la contenida en la normativa internacional, abarcando un amplio espectro de responsabilidad penal por la comisión de los delitos más graves dirigidos contra la comunidad internacional.

En tercer lugar, ha de plantearse si sería adecuada la utilización de conceptos indeterminados para la configuración del carácter manifiesto de la violación de la Carta de las Naciones Unidas. Estos conceptos (“características, gravedad y escala”) han sido criticados por la doctrina, como se ha referido anteriormente, por dejar un amplio margen de discrecionalidad a los jueces a la hora de su delimitación. No obstante, considero que ello no constituye un verdadero problema, pues la utilización de estos conceptos puede permitir la adaptación del precepto a las circunstancias de cada caso concreto; sin perjuicio de poder incluir en el mismo otros elementos que sirvieran para clarificar estos conceptos. Así, por ejemplo, podrían conectarse las características del acto con los medios utilizados; la gravedad con los resultados generados; o la escala con la cualificación cuantitativa del propio acto de agresión⁸⁵. De esta forma, se dotaría de mayor claridad a la delimitación de la conducta típica, generando con ello una mayor seguridad jurídica.

⁸³ Como sostiene QUESADA ALCALÁ, la tipificación interna del crimen de agresión en el ordenamiento jurídico español habría de recoger su configuración como un “crimen de líderes”, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. QUESADA ALCALÁ, C., “El crimen de agresión...”, *Ob. Cit.*, pp. 107 y 108.

⁸⁴ El artículo 1 del Estatuto, al definir la Corte, indica de manera expresa que la misma “estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas”, de manera que parece referirse a las personas naturales y no a las *personas* jurídicas.

⁸⁵ CARRO PITARCH, M.: “El crimen de agresión...”, *Ob. Cit.*, p. 300.

Asimismo, la introducción de este delito debería conllevar, en coherencia con su configuración internacional, una modificación de las disposiciones comunes contenidas en los artículos 615 y 615 *bis* del CP.

Y ello, por un lado, porque el artículo 615 prevé la imposición de la pena inferior en grado para los supuestos de provocación, conspiración y proposición para la ejecución de los delitos, de manera que habría que excluir su aplicación del delito de agresión, ya que el Estatuto de Roma deja fuera la sanción penal de la tentativa, salvo que se desearan incluir de manera expresa determinados actos preparatorios (como ocurre en las legislaciones Croata y Alemana).

A este respecto, considero que, aunque en el Estatuto de Roma y en los Elementos de los Crímenes se excluye el castigo de la tentativa del crimen de agresión, no existiría obstáculo alguno para castigar este tipo de conductas en nuestra legislación interna; pues, de este modo, se evitaría la impunidad de determinados hechos de especial relevancia, lo que también podría tener una finalidad preventiva relevante. Esta distinción a nivel nacional e internacional tendría sentido, ya que implicaría la posibilidad de persecución por delitos de agresión cometidos en grado de tentativa en el ámbito interno, dejando únicamente los delitos consumados para su eventual investigación y persecución por parte de la Corte Penal Internacional.

Y, por otro lado, porque en el artículo 615 *bis* (referido a la determinación de la responsabilidad individual por estos delitos de las autoridades, jefes militares o funcionarios) podría incluirse un apartado (que tendría el ordinal 7) en el que se precisara que el delito de agresión solo se aplicará a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, excluyendo el resto de disposiciones del precepto.

Por último, y para asegurar la jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de este delito, su inclusión llevaría igualmente aparejada la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial 5/1985, con el objetivo de incluir en su artículo 23 la competencia de la jurisdicción española para conocer de los delitos de agresión que se cometan tanto dentro del territorio español como fuera del mismo, siempre que, en este último supuesto, fuera cometido por una persona española o cuando el acto de agresión se dirija contra la paz, la integridad o independencia del Estado español.

De esta manera, incorporando una previsión como la contenida en la legislación alemana, resultaría menos compleja la persecución de los actos de agresión que fueran dirigidos contra el Estado español y que hubieran sido cometidos, por ejemplo, en un Estado que no sea parte de la Corte Penal Internacional por los nacionales de este Estado (ya que el artículo 15bis.5 del Estatuto excluye la competencia de la Corte por remisión de este Estado cuando el delito de agresión “*sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo*”), lo que reduce las posibilidades de asunción de competencia por la Corte en estos supuestos. A su mismo, no hay que perder de vista que el crimen de agresión se puede entender que se comete, no solo en el estado “agresor” (donde se planea, prepara e inicia el acto de agresión), sino también en el estado “víctima”⁸⁶, de manera que el principio de territorialidad para la atribución de la jurisdicción podría aplicarse a los hechos que se cometan en cualquiera de estos dos estados.

Con la inclusión de un precepto que abarcara el conjunto de estas cuestiones, y con la realización de las reformas legales necesarias que esta implementación llevaría aparejada,

⁸⁶ MCDUGALL, C.: “The Crime of Aggression under the Rome Statue of the International Criminal Court”; en *Cambridge University Press*, 2021, p. 378.

España cumpliría con las directrices marcadas por las instituciones europeas y culminaría la adaptación de su legislación penal nacional a la normativa internacional, que comenzó con la reforma operada por la LO 15/2003, pero que no se completó tras la ratificación por nuestro país de las Enmiendas de Kampala.

Asimismo, no se puede olvidar que la actualidad de esta cuestión ha puesto sobre la mesa que la posibilidad de comisión de hechos de esta naturaleza no es un supuesto imposible o de laboratorio, sino del todo punto factible. Por ello, nuestro país debe estar preparado jurídicamente para hacer frente a posibles futuros problemas que pudieran constituir un ataque contra su integridad política y territorial, y no limitarse únicamente a la posible persecución de estos hechos por parte de la Corte Penal Internacional.

5. CONCLUSIONES

Los tristes acontecimientos que están teniendo lugar a las puertas de la Unión Europea a lo largo de los últimos meses han hecho tambalear los cimientos de la paz en el viejo continente, poniendo de manifiesto la importancia que tiene para los distintos estados disponer de mecanismos de respuesta jurídica eficaz ante determinadas actuaciones que, bien producidas en su territorio o fuera del mismo, tengan por objeto la alteración de su propia independencia o de su integridad territorial; despertando al mismo tiempo fantasmas del pasado y provocando una verdadera revolución, si bien incipiente, en la política exterior del conjunto de Estados miembros así como de la propia Unión Europea.

Una guerra derivada de la agresión de un Estado a otro que obliga a adoptar decisiones contundentes y valientes en diversos ámbitos con el objetivo de establecer posibles mecanismos disuasorios y de defensa ante cualquier crimen internacional; no solo a nivel internacional en su conjunto, sino también en el ámbito interior de cada uno de los estados.

Por ello, es necesario que el crimen de agresión se castigue en el mayor número de estados posibles, con la finalidad de darle visibilidad y reconocimiento internacional, además de favorecer la persecución de los actos que constituyen verdaderos crímenes que ponen en riesgo a toda la seguridad internacional.

De esta forma, sería importante que en España, dando así cumplimiento a los compromisos internacionalmente asumidos y tomando igualmente en consideración las circunstancias anteriormente estudiadas, se incorporara a un tipo relativo al crimen de agresión. Este tipo (que, por la adaptación terminológica a nuestra legislación procesal penal, habría de denominarse “delito de agresión” y no crimen), serviría para reforzar el papel complementario que ostenta la jurisdicción nacional española respecto de la ejercida por la propia Corte Penal Internacional, y conllevaría al mismo tiempo la asunción de las recomendaciones realizadas desde las propias instituciones europeas.

Con ello, se contribuiría también a la armonización del conjunto de legislaciones penales de los distintos Estados miembros.

Al mismo tiempo, con la inclusión de esta previsión expresa se culminaría la coordinación de nuestra legislación interna con las competencias asumidas por la Corte Penal Internacional a la vez que se facilitaría la persecución penal de este tipo de delitos y se evitaría la posible impunidad en España de hechos susceptibles de ser calificados como crímenes de agresión, que constituyen uno de los más graves crímenes contra la comunidad internacional porque no solo afecta a la propia soberanía de un estado sino que atenta contra el conjunto de la comunidad internacional, constituyendo una importante amenaza a las buenas relaciones de vecindad que debieran mantenerse entre estados limítrofes.

Con la inclusión de este delito, no habría que recurrir a un organismo internacional para su investigación y ulterior sanción, pues serían los propios Tribunales nacionales los que podrían asumir esta función, y podrían aplicar para ello la propia legislación penal nacional, que, a su vez, estaría inspirada en la normativa internacional. Así, se facilitarían la instrucción de este tipo de procesos penales, cuya competencia correspondería a órganos judiciales nacionales, que dispondrían de una mayor facilidad y proximidad a la hora de recabar todos los elementos de prueba necesarios y de garantizar la presencia de los inculcados en el proceso.

Por último, no hay que olvidar que la regulación expresa de este delito de agresión en nuestro Código Penal sería un fiel reflejo del efectivo compromiso asumido por el Estado español no solo en la defensa de los Derechos Humanos sino también con la propia labor desarrollada por la Corte Penal Internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K.: "The crime of aggression after Kampala", en *German Yearbook of International Law*, 53, 2010. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1972173>
- BURNEO LABRÍN, J.A.: "El crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en *Agenda Internacional*, año XXV N.º 36, 2018, ISSN 1027-6750. <https://doi.org/10.18800/agenda.201801.014>
- CARRO PITARCH, M.: "El crimen de agresión en el Siglo XXI: un breve análisis de su evolución, articulación y mecanismos de persecución", en *Los desafíos de la globalización: respuestas desde América Latina y la Unión Europea*, ISSN 2695-8597, 2020.
- CARRO PITARCH, M.: "El crimen de agresión. ¿Es posible su persecución judicial internacional?", en *Rev. Boliv. De Derecho* N.º 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157.
- CORREDOR CARVAJAL, I.F.: *El crimen de agresión en Derecho Penal Internacional. Responsabilidad del individuo por actos de Estado*, en Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.
- DÍAZ SOTO, J. M.: "Una aproximación al crimen internacional de agresión", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, volumen XXXV, número 99, julio-diciembre 2014. <https://doi.org/10.18601/01210483.v35n99.02>
- DURANGO ÁLVAREZ, G. A.: "Análisis sobre el crimen de agresión en la Corte Penal Internacional a partir de la Conferencia de Revisión (Kampala). Retos y perspectivas", en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 24, enero-junio 2014. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.IL14-24.acac>
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: "Crimen de agresión", en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N.º 13, octubre 2017- marzo 2018.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: "Corte Penal Internacional y Crimen de Agresión: el levantamiento de inmunidades mediante la remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad", *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Estudios, Vol. 71/2, julio-diciembre 2019, Madrid

- FERNÁNDEZ PACHECO, C., VIANA BALLESTER, C.: “Consecuencias de la ratificación de las enmiendas de Kampala. A propósito de la implementación del delito de agresión en España”, en *Revista general de Derecho Penal*, número 22. Iustel. 2014.
- GUERRA ESPINOZA, R.A.: “El crimen de agresión: nuevas perspectivas para la doctrina penal chilena”, en *Revista de Derecho*; n.º 19, Universidad de San Sebastián (Chile), ISSN 0718-302X, 2013.
- HERNÁNDEZ CAMPOS, A.: “La Corte Penal Internacional: Hacia una definición del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte”, Lima, Perú, 2010.
- KREB, C., BARRIGA, S.: “The Crime of Aggression: A Commentary”, en *Cambridge University Press*, 2017. <https://doi.org/10.1017/9781316694220>
- MCDOUGALL, C.: “The Crime of Aggression under the Rome Statue of the International Criminal Court”, en *Cambridge University Press*, 2021. <https://doi.org/10.1017/9781108769143>
- QUESADA ALCALÁ, Carmen. “El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global”, en *Cuadernos de estrategia*, 2013, n.º 160.
- REMIRO BROTONS, A.: “Crimen de agresión, crimen sin castigo”, en *Agenda Internacional*, año XII, n.º 23, 2006.
- SALMÓN, E., BAZAY, L.: *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*; 2011.
- SCHEFFER, D.: “El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Política criminal*, 7(13). <https://doi.org/10.4067/S0718-33992012000100006>