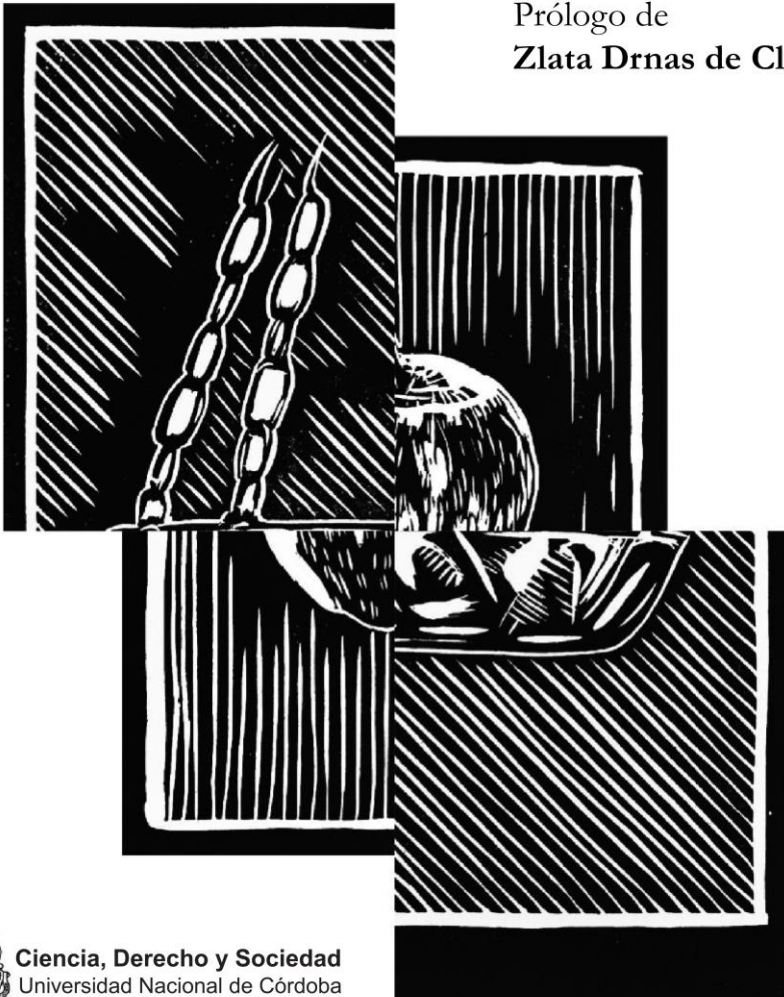


Luciano Pezzano

La relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión en el derecho internacional

Prólogo de
Zlata Drnas de Clément



Ciencia, Derecho y Sociedad
Universidad Nacional de Córdoba

Luciano Pezzano

(San Francisco, Córdoba, 1983).

Es abogado, egresado de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Sede San Francisco; Magister en Relaciones Internacionales, del Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC); y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, por la UNC.

Profesor Titular de Derechos Humanos desde la perspectiva internacional (UCES San Francisco). Profesor Asociado de Derecho Internacional Público y de la Integración (UCES San Francisco). Profesor Ayudante "A" de Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho, UNC). Docente en otros cursos de grado y de posgrado. Fue becario doctoral CONICET (2013-2018) y es becario postdoctoral CONICET (2019-2021)

Ha publicado extensamente en el campo del derecho internacional, incluyendo su libro *La Responsabilidad de Proteger en las Naciones Unidas* (CEA-UNC/Advocatus). Algunas de sus publicaciones han recibido premios en la Argentina y en el extranjero.

Es miembro titular del Instituto de Derecho Internacional Público y de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, miembro del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Católica de Córdoba y Miembro Asociado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

LA RELACIÓN ENTRE
EL ACTO DE AGRESIÓN Y EL CRIMEN DE AGRESIÓN
EN EL DERECHO INTERNACIONAL

LUCIANO PEZZANO

**LA RELACIÓN ENTRE
EL ACTO DE AGRESIÓN Y EL
CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL
DERECHO INTERNACIONAL**

**The Relationship between the Act of Aggression and
the Crime of Aggression in International Law**

**La relation entre l'acte d'agression et le crime
d'agression en droit international**

Prólogo de
Zlata Drnas de Clément



Ciencia, Derecho y Sociedad
Editorial de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Córdoba

Córdoba
2021

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial o el director de la obra, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

Pezzano, Luciano

La relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión en el Derecho Internacional / Luciano Pezzano. - 1a ed. - Córdoba : Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2021.

450 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-950-33-1644-3

1. Derecho Internacional Público. 2. Derecho Penal. I. Título.

CDD 341.04

ADVOCATUS

Obispo Trejo 181 – Córdoba

editorial@advocatus.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en Argentina

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA**

DECANO

Dr. Guillermo E. Barrera Buteler

VICEDECANO

Dr. Edgardo García Chiple

SECRETARÍA ACADÉMICA

Secretario Académico: Dr. Alejandro Freytes
Pro Secretaria Académica: Mgter. María Ruíz Juri

SECRETARÍA DE POSGRADO

Secretario de Posgrado: Dr. Edgardo García Chiple
Pro Secretaria de Posgrado: Dra. Susana Borgarello

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Secretario Legal y Técnica: Dr. Victorino F. Solá

SECRETARÍA ADMINISTRATIVA

Secretario Administrativo: Ab. Ricardo Daniel Erezzián

SECRETARÍA DE ASUNTOS ESTUDIANTILES

Secretario Asuntos Estudiantiles: Ab. Diego Agustín Agudo Solís
Pro-Secretarios Asuntos Estudiantiles:
Ab. Antonio Koguc Batiuszko / Ab. Ricardo Daniel Erezzián

SECRETARÍA DE CIENCIA Y TÉCNICA

Secretaria de Ciencia y Técnica: Dra. Amalia Uriondo de Martinoli

SECRETARIA DE EXTENSIÓN Y RELACIONES INTERNACIONALES

Secretario de Extensión y Relaciones Internacionales: Dr. Jorge E. Barbará
Pro Secretaria de Relaciones Internacionales: Ab. Laura Alejandra Calderón
Pro Secretario de Extensión: Ab. Pablo Cesar Mina Guzmán

SECRETARÍA DE GRADUADOS

Secretario de Graduados: Dr. Maximiliano Rajjman
Pro secretario de Graduados: Ab. Juan Alberto Díaz

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

Director del Centro de Investigaciones de Jurídicas y Sociales:

Dr. Esteban Federico Llamosas

Coord. Académica Centro de Investigaciones:

Dra. María Alejandra Sticca

Coord. Académica de Extensión del Centro de Investigaciones:

Dra. María Cristina Di Pietro

DEPARTAMENTO DE CONCURSOS DOCENTES

Directora Dpto. Concursos Docentes: Dra. Norma Elida Bonifacino

Coordinador Dpto. Concursos Docentes: Ab. Carlos Martín Reyna

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

Director Dpto. Derecho Civil: Dr. Juan Carlos Palmero

Coordinador Dpto. Derecho Civil: Dr. Manuel Cornet

DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

Director Dpto. Derecho Comercial: Dr. Efraín Hugo Richard

Coordinadora Dpto. Derecho Comercial: Dra. Giselle Javurek

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Directora Dpto. Derecho Penal y Criminología: Dra. María C. Barbera de Riso

Coordinador Dpto. Derecho Penal y Criminología: Ab. Eduardo Omar Caselli

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

Coordinadora: Ab. Anahí Sandiano

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

Director Dpto. Derecho Público: Dr. Lorenzo Daniel Barone

Coordinador Dpto. Derecho Público: Dr. Humberto Molina

DEPARTAMENTO DE DERECHO SOCIAL

Directora Dpto. Derecho Social: Dra. Estela Piña

Coordinadora Dpto. Derecho Social: Ab. Graciela Tronca de Pana

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS BÁSICOS

Director Dpto. Estudios Básicos: Dr. Héctor Daniel Gattás

Coordinadora Dpto. Estudios Básicos: Ab. Matías Rosso

DEPARTAMENTO DE NOTARIADO

Director Notariado: Dr. Gabriel B. Ventura

PROGRAMA DE ENSEÑANZA PARA LA PRÁCTICA JURÍDICA

Director: Dr. Manuel Antonio González Castro

PROGRAMA DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN CÁRCELES

Directoras:

Dra. Marcela Aspell

Dra. Graciela Ríos

MUSEO HISTÓRICO FACULTAD DE DERECHO

Directora: Dra. Marcela Aspell

Coordinadores:

Dra. Raquel V. Moyano

Lic Raúl Sansica

Lic. Ana Carolina Vergara

Lic. Rodrigo F. Alabart.

Ciencia, Derecho y Sociedad

Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad
Nacional de Córdoba

Secretario Administrativo

Ab. Ricardo Daniel Erezian

Consejo Editor

Marcela ASPELL. UNC/Conicet • Martha DÍAZ DE LANDA. UNC
Adriana DREYZIN DE KLOR. UNC • María Eugenia GÓMEZ DEL RÍO. UNC
M. Consuelo PARMIGIANI DE BARBARÁ. UNC • Aída TARDITTI. UNC

Comité Académico Asesor

Dr. Ernesto Abril	Dr. Francisco Junyent Bas
Dr. Julio Isidro Altamira Gigena	Dr. Carlos Lascano
Dr. Raúl Altamira Gigena	Dr. Carlos Lista
Dr. Juan Manuel Aparicio	Dr. José Fernando Márquez
Dr. Eduardo Arroyo	Dra. María Cristina Mercado de Salas
Dr. Jorge Barbará	Dra. Alicia Morales Lamberti
Dr. Guillermo Barrera Buteler	Dr. Miguel Ángel Ortiz Pellegrini
Dra. María Inés Bergoglio	Dr. Juan Carlos Palmero
Dr. José Ignacio Cafferata	Dr. Gabriel Pérez Barberá
Dr. Ricardo Caracciolo	Dr. Daniel Pizarro
Dr. Manuel Cornet	Dr. Ernesto Rey Caro
Dra. Zlata Drnas de Clément	Dr. Efraín Hugo Richard
Dr. Eduardo Ignacio Fanzolato	Dr. Horacio Roitman
Dr. Edgardo García Chiple	Dr. José Ignacio Romero
Dr. Sergio Guestrin	Dra. Amalia Uriondo de Martinoli
Dr. Ricardo Haro	Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira
Dr. Antonio María Hernández	Dr. Alberto Zarza Mensaque

Comité Académico Externo UNC

- Dr. Ricardo Alonso García – Universidad Complutense de Madrid (España)
Dr. Manlio Bellomo – Universidad de Catania (Italia)
Dr. Diego Benavidez Santos – Universidad de Costa Rica
Dra. María da Gloria Bonelli – Universidad Federal de San Carlos (Brasil)
Dr. Jordi Ferrer Beltrán – Universidad de Gerona (España)
Dr. José Carlos Fernández Rozas – Universidad Complutense de Madrid (España)
Dr. Juan Carlos Gorlier – Center for Latin and Caribbean Studies (EEUU)
Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci – Universidad Nacional de Cuyo
Dra. Marta Lorente – Universidad Autónoma de Madrid (España)
Dra. Hilda Marchiori – Facultad de Psicología, UNC
Dr. Clemente Navarro Yáñez – Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España)
Dr. Dante Negro – OEA
Dr. Joan Pagès i Galtés – Universidad de Tarragona (España)
Dr. Leonel Perezniето Castro – Universidad Nacional Autónoma (México)
Dr. Pasquale Pistone – Universidad de Salerno (Italia)
Dra. Carmen Plaza Martín – Universidad de Castilla La Mancha (España)
Dr. Carles Ramió Matas – Universidad Pompeu Fabra (España)
Dr. Clauss Roxin – Universidad de Múnich (Alemania)
Dr. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense de Madrid (España)
Dr. Ernesto Garzón Valdés – Universidad de Maguncia (Alemania)

“Si la guerra es un crimen, el primer culpable de ese crimen es el soberano que la emprende. Y de todos los actores de que la guerra se compone, debe ser culpable, en recta administración de justicia internacional, el que, la manda hacer...”

Mientras los autores principales del crimen de la guerra gocen de inmunidad y privilegios para perpetrarlo en nombre de la justicia y de la ley, la guerra no tendrá ninguna razón para dejar de existir. Ella se repetirá eternamente como los actos lícitos de la vida ordinaria”.

Juan Bautista Alberdi
El crimen de la guerra

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CDI: Comisión de Derecho Internacional

CIJ: Corte Internacional de Justicia

CPI: Corte Penal Internacional

CPJI: Corte Permanente de Justicia Internacional

Definición de la Agresión: Definición de la Agresión, aprobada por resolución 3314 (XXIX), de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Estatuto de Roma: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Proyecto de 1996: Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, aprobado en primera lectura en 1996

Proyecto de 2001: Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, aprobado en segunda lectura en 2001

Proyecto de Código de 1991: Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, aprobado en primera lectura en 1991

Proyecto de Código de 1996: Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, aprobado en segunda lectura en 1996

Resolución 2625 (XXV): Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad a la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por resolución 2625 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

SA: Sala de Apelaciones

SCP: Sala de Cuestiones Preliminares

SPI: Sala de Primera Instancia

UNCIO: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional

UNCLOT: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados

V.: Véase

Vol.: Volumen

**THE RELATIONSHIP BETWEEN
THE ACT OF AGGRESSION AND THE CRIME OF
AGGRESSION IN INTERNATIONAL LAW**

**LA RELATION ENTRE
L'ACTE D'AGRESSION ET LE CRIME
D'AGRESSION EN DROIT INTERNATIONAL**

CONTENTS/SOMMAIRE

Introduction / Introduction

First part: Aggression in international law

Première partie : L'agression en droit international

Chapter I: The long process towards a definition of aggression

Chapitre I: Le long procès pour définir l'agression

Chapter II: The so-called “gravity threshold”: are there acts of aggression without crime of aggression?

Chapitre II: Le dit «seuil de gravité»: existe-t-il des actes d'agression sans crime d'agression?

Chapter III: The legal consequences of aggression: between the breach of peace and international crime

Chapitre III: Les conséquences juridiques de l'agression : entre la rupture de la paix et le crime international

Second part: A conceptual discussion on aggression in international law.

Seconde partie: Une discussion conceptuelle sur l'agression

Chapter IV: Act? Crime? War? The terminological problem in aggression

Chapitre IV: Acte? Crime? Guerre? Le problème terminologique dans l'agression

Third part: The relationship between act of aggression and crime of aggression

Troisième partie: La relation entre l'acte d'agression et le crime d'agression

Chapter V: An integral approach to aggression

Chapitre V: Une approche globale de l'agression

Conclusions / Conclusions

AGRADECIMIENTOS

Deseo agradecer a mis padres, Luisa y Nelio, por el constante e incondicional apoyo en todas mis decisiones de vida.

A mis amigos, los de la ciencia y los de la vida. A los de la ciencia, por sus aportes, discusiones y escucha durante el proceso de investigación que concluyó en esta obra. A los de la vida, por el acompañamiento, la paciencia y la comprensión en todos estos años.

A la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, que me adoptó como uno de sus hijos, de la mano de los profesores de Derecho Internacional Público, quienes siempre me hicieron sentir uno más, y de los integrantes del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, donde esta obra pudo nacer.

A los miembros del tribunal de tesis, doctores Ernesto Rey Caro, Arturo Pagliari y Silvina González Napolitano, por la atenta dedicación a la lectura de esta investigación y sus amables comentarios, y por creer que merecía ser publicada.

Al artista plástico Pablo Beccerra, por haber engalanado esta obra con una de sus creaciones y, principalmente, por haber escuchado toda esta tesis antes de que fuera escrita.

A la Dra. María Alejandra Sticca, mi profe de Derecho Internacional, por haberme ayudado a encontrar este camino y seguir acompañándome en todos mis pasos.

Finalmente, a mi consejera de tesis, la Prof. Dra. Zlata Drnas de Clément, por sus consejos y su constante guía en la senda del derecho internacional, y por haberme dado el mayor honor de mi vida académica al poder considerarme su discípulo.

PRÓLOGO

La presente obra corresponde a la tesis doctoral presentada y defendida por Luciano Pezzano en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la antigua y afamada Universidad Nacional de Córdoba/UNC-Argentina. El resultado de su investigación ha merecido con justicia la más alta calificación: sobresaliente con publicación recomendada, a más del entusiasmo de colegas y el propio tribunal por la calidad del trabajo y la impecable defensa de sus conclusiones. En realidad, este trabajo viene a enriquecer la línea de investigaciones del autor, quien también tuvo la satisfacción de haber obtenido idéntica máxima ponderación por parte del tribunal en su Tesis de Maestría en Relaciones Internacionales presentada en el Centro de Estudios Avanzados de la UNC sobre tema conexo al del presente trabajo: “Posiciones de los actores internacionales sobre la Responsabilidad de Proteger en las Naciones Unidas”, temática que actualmente continúa en su investigación Postdoctoral.

La lucidez del autor y su entusiasmo por el Derecho Internacional no solo han sido valorados por quien escribe este prólogo sino por variados tribunales nacionales y del extranjero que han premiado en distintos concursos sus trabajos monográficos.

En esta obra se ocupa Luciano Pezzano de un tema que desde el surgimiento mismo del DI ha sido eje de su construcción, ya que la agresión es antónimo de la paz, una paz esquiva anhelada por siglos por la humanidad y buscada por distintas vías. La sola conceptualización de la “agresión” y la relación entre acto de agresión (atribuible al Estado) y crimen de agresión (atribuible al individuo) han desvelado a los doctrinarios e instituciones internacionales por más de un siglo. Pezzano en su tesis no teme ingresar en un terreno académico largamente discutido para aportar clarificaciones. Lo hace a conciencia, en profundidad, sin eludir las dificultades que se van presentando, sin silenciar voces para privilegiar preconceptos. Se trata de un trabajo extenso, pero no por falta de concisión sino por milimetrar los desarrollos necesarios e imprescindibles para alcanzar sus conclusiones.

Tal como el mismo autor lo señala, la secuencialización de la presentación sigue la lógica demostrativa, desarrollándose en cinco Capítulos.

El Capítulo 1 (*El largo proceso para definir la agresión*) -tal como el mismo autor lo señala- aborda el desarrollo histórico de las definiciones del acto de agresión y el crimen de agresión, comenzando con la referencia al primero en la Carta de las Naciones Unidas y al segundo en el Estatuto y la sentencia del Tribunal de Núremberg, para luego describir el proceso codificador emprendido en el ámbito de las Naciones Unidas, analizando en particular la definición del acto de agresión en el anexo de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General y la del crimen de agresión en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, identificando la forma en que el desarrollo del proceso influyó en ambas definiciones, finalizando con una primera aproximación a un enfoque integral de la agresión. Al presentar el cierre, destaca que el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma aporta una percepción integral: “se trate del acto o del crimen, la materialidad de la agresión es la misma”. La distinción entre acto de agresión y crimen de agresión se justifica en cuanto a la atribución y a las consecuencias jurídicas que de ellos se deriven, pero no en su contenido. Elabora una sencilla pero sólida definición general de agresión: “uso *grave* 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”.

En el Capítulo II (*El denominado “umbral de gravedad”: ¿hay actos de agresión sin crimen de agresión?*), al analizar el párrafo 1 del Art. 8 bis del Estatuto de Roma, observa que el mismo califica especialmente al acto estatal de agresión en cuanto elemento del crimen de agresión, al requerir que el mismo “*por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas*”, lo que estima lleva a pensar que no cualquier “acto de agresión” puede dar lugar a un “crimen de agresión”, sino solo aquellos actos de agresión que “por sus características, gravedad y escala” constituyan una “violación manifiesta” de la Carta. Ello le permite inferir que ciertos actos de agresión, por no cruzar ese umbral, no darían lugar a responsabilidad penal individual. Es decir, no puede haber un crimen de agresión sin un acto de agresión, pero sí podrían existir actos de agresión sin crimen de agresión. Recurriendo a penetrantes gráficos, clarifica posiciones de la jurisprudencia y doctrina al concebir a la agresión: mientras unos perciben a la agresión como especie del ataque armado, otros ven al ataque armado como especie de la agresión, también hay quienes consideran que ataque armado y agresión son sinónimos. En

este Capítulo llega a una doble conclusión: en primer lugar, la agresión *es un uso grave de la fuerza armada* y la gravedad es la característica diferenciadora de la agresión; en segundo lugar, no hay usos de la fuerza más graves que la agresión ni unos actos de agresión más graves que otros.

En el Capítulo III (*Las consecuencias jurídicas de la agresión: Entre el quebrantamiento de la paz y el crimen internacional*), el autor hace presente que tanto el acto de agresión como el crimen de agresión originan una gran cantidad y variedad de consecuencias jurídicas, muchas de ellas de gran magnitud, reflejo de la gravedad de la agresión. Las consecuencias se proyectan a diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico internacional, *vg.* al sistema de seguridad colectiva, a las normas sobre el uso de la fuerza, a las normas sobre responsabilidad internacional, al Derecho de los Tratados y al Derecho Penal Internacional, pudiendo insinuarse también ciertas consecuencias en el Derecho Internacional Humanitario y en el Derecho de los Derechos Humanos, lo que pone de manifiesto la enorme “fuerza expansiva” de la agresión y la centralidad que su prohibición tiene en el ordenamiento jurídico internacional. La agresión es tan grave que conmueve los cimientos mismos de la sociedad internacional, al destruir la base social de la comunidad humana.

En el Capítulo IV (*¿Acto? ¿Crimen? ¿Guerra? El problema terminológico en la agresión*), Luciano Pezzano demuestra que no obstante la multivocidad de la agresión, es posible identificar el sentido preciso que las normas jurídicas internacionales le asignan al término y que lo distinguen de otros conceptos similares. Entiende que la posibilidad de un uso político de la concepción de “agresión” o “acto de agresión”, y su uso en la práctica de un órgano político de la ONU, como es el Consejo de Seguridad, no empecen a su significado jurídico a la luz de la Carta de las Naciones Unidas y los instrumentos específicos. Afirma que el acto de agresión puede seguir siendo considerado un “crimen internacional”, en el sentido del Artículo 19 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos de 1996, en el entendimiento que la agresión puede ser considerada como una de las más sólidas pruebas de la subsistencia del “crimen internacional” como *nomen iuris* en el derecho internacional, a pesar de su desaparición explícita en el Proyecto de 2001. Considera que la centralidad de la prohibición de la agresión en el derecho contemporáneo y la gravedad de sus consecuencias –“responsabilidad dual”, como la llama el autor- lo ameritan.

En el Capítulo V (*Un enfoque integral de la agresión*) el autor de la obra concluye que la relación entre acto y crimen como visión integral permite describir una relación sustancial, y no meramente procesal entre ambos conceptos. Tiene en cuenta todos los elementos de ambos, así como sus consecuencias jurídicas; y comprende todos los posibles casos de actos y crímenes. De esa forma, a través de la unidad, queda salvaguardada la gravedad de la agresión. Señala que el enfoque integral también contribuye a identificar los caracteres de la agresión y las relaciones entre ellos. Gravedad, singularidad y unidad describen y distinguen a la agresión de cualquier otro hecho ilícito internacional, tanto en el ámbito de las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas/crímenes internacionales como en el de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Y aunque estos dos ámbitos marcan la principal diferencia que puede trazarse entre el acto de agresión y el crimen de agresión, la dualidad de responsabilidades -necesaria en la agresión, a diferencia de todos los demás crímenes internacionales como muestra de su carácter singular-, al reconocer un origen común -no solo en la materialidad del hecho, sino también en la existencia de una única norma primaria violada- refuerza el carácter unitario de la agresión.

El aporte de Luciano Pezzano no solo es remarcable por su rigor científico, sino también por la didáctica estructura conducente de la obra, su lenguaje claro, directo, por su contenido exhaustivo que no deja aspecto dudoso sin someterlo a análisis, contribuyendo así, con creces, al desarrollo de la disciplina en este tópico, cuestión largamente debatida pero escasamente iluminada. Echa luz a lo complejo y oscuro desde la visión integral y lo hace con una plenitud que no se encuentra en otras obras.

Zlata Drnas de Clément

INTRODUCCIÓN

“War is essentially an evil thing. Its consequences are not confined to the belligerent States alone, but affect the whole world. To initiate a war of aggression, therefore, is not only an international crime; it is the supreme international crime differing only from other war crimes in that it contains within itself the accumulated evil of the whole.”

Tribunal Militar Internacional
Núremberg, 1946

El 1 de octubre de 1946, en Núremberg, Alemania, el Tribunal Militar Internacional, creado por las potencias Aliadas luego de su victoria en Europa durante la Segunda Guerra Mundial, condenó a doce jerarcas del derrotado régimen nazi por “crímenes contra la paz”, que involucraban la planificación, preparación, iniciación y libramiento de guerras de agresión contra doce naciones. Por primera vez en la historia, se determinó la responsabilidad penal individual, en virtud del derecho internacional, por actos que hasta no hacía mucho tiempo eran considerados reservados a la soberanía de los Estados e, incluso, lícitos. La condena ratificó lo que numerosos autores y algunos Estados venían sosteniendo desde la Gran Guerra: que la agresión es un crimen, y que sus autores deben ser sancionados en virtud del derecho internacional. No obstante ese primer gran paso, la idea tardó mucho tiempo en cristalizarse en el ordenamiento jurídico.

En la medianoche del 11 de junio de 2010, en Kampala, Uganda, la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma¹ aprobó las enmiendas relativas al crimen de agresión, cumpliendo así el mandato encomendado

¹ Convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas en cumplimiento del Artículo 123 del Estatuto de Roma, y por resolución ICC-ASP/8/Res.6, de la Asamblea de Estados Partes.

al aprobarse el mismo Estatuto en la Conferencia de Roma en 1998. Finalmente, la comunidad internacional pudo contar con una definición jurídica del crimen de agresión, anclada en el derecho internacional vigente –en particular, a la Carta de las Naciones Unidas– y elaborada y discutida por todos los Estados y con participación de los más renombrados expertos en la materia, para dotar de competencia en la materia no a un tribunal creado por los vencedores para juzgar a los vencidos, sino a una verdadera organización internacional independiente, creada para poner fin a la impunidad respecto de los más graves crímenes.

Entre un suceso y el otro transcurrió un proceso que, con antecedentes en la primera posguerra, se prolongó por más de siete décadas. De inmediato surge el interrogante de por qué se extendió durante tanto tiempo, interrogante que excede los límites de la presente investigación, pero que nos obliga a conocer cómo se desarrolló ese proceso, máxime si advertimos que estuvo marcado por una notable ambivalencia: aunque nadie podía negar que la agresión fuera un crimen, era imposible llegar a un acuerdo sobre qué era la agresión. Es así como se debatieron muy diversas posturas acerca de cómo definir la agresión, o que incluso cuestionaban la conveniencia de definirla o hasta planteaban la imposibilidad jurídica de hacerlo.

Lo cierto es que las enmiendas de Kampala parecieron superar los escollos, logrando la consagración normativa del crimen de agresión en el derecho internacional. Así, el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, tal cual fue aprobado en Kampala, establece en su primer párrafo 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”* (negrita añadida). De su lectura surgen dos conceptos diferentes: por un lado, el “crimen de agresión”, que es cometido por una persona –física o natural, al tenor del Artículo 25.1 del mismo Estatuto–, es decir, por un individuo; y por el otro, el “acto de agresión”, que según lo confirmará el párrafo 2 del mismo Artículo 8 bis, es cometido por un Estado. Ninguno de estos conceptos es nuevo para el derecho internacional –aunque sí pueda considerarse novedosa la articulación de ambos en una única norma vigente–: la idea de que la agresión es un crimen data de la primera posguerra mundial², y la responsabilidad penal

² Así se lo dispone en varios instrumentos internacionales de la época: el Proyecto de Tratado de Asistencia Mutua de 1923; el Protocolo para el Arreglo Pacífico de las

individual por agresión –como parte de los “crímenes contra la paz”– fue establecida en el Estatuto del Tribunal de Núremberg en 1945³. También de ese mismo año es la utilización del concepto de “acto de agresión” en los Artículos 1.1 y 39 de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, ni el Estatuto definió qué era el crimen contra la paz de “guerra de agresión” ni la Carta definió qué era un “acto de agresión”. La ausencia de una definición de estos conceptos –y, en general de la definición de la agresión–, pero al mismo tiempo su centralidad para el sistema de seguridad colectiva creado por la Carta y el legado de Núremberg en materia de responsabilidad penal individual por los crímenes más graves, así como la convicción de que la agresión es un crimen, plantearon la necesidad para los Estados y para las Naciones Unidas de elaborar esa definición. Fue ello lo que dio comienzo al proceso antes referido, que culminó, como se dijo, con la aprobación del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma. Pero, ¿cómo fue ese proceso? ¿Cómo se definieron ambos conceptos? ¿Qué elementos comunes hay entre el acto de agresión y el crimen de agresión? ¿Cómo se vincula la agresión con la prohibición del uso de la fuerza también dispuesta en la Carta de las Naciones Unidas? ¿Es relevante el concepto de “ataque armado” del Artículo 51 de la Carta en este contexto? Por otra parte, ¿en qué se diferencian el acto y el crimen? En ese sentido, ya señalamos que, en el derecho internacional, y de acuerdo a lo que se refleja en el Artículo 8 bis, el crimen de agresión es imputable al individuo, mientras que el acto de agresión es atribuible al Estado.

Acto y crimen parecen, *a priori*, categorías jurídicas diferentes, tanto por los sujetos a quienes se imputan, como por las consecuencias jurídicas emergentes de ellas. Pero al mismo tiempo, su vinculación nos parece innegable: ¿qué relación existe, entonces, entre ellas?

De esta manera, queda delineado cuál será nuestro problema de investigación: ¿cuál es la relación que existe entre el “acto de agresión”, como hecho ilícito atribuible a un Estado, con el “crimen de agresión”, como conducta que da origen a responsabilidad penal individual, en el derecho internacional contemporáneo?

Pese a que la agresión es un tema que ha concitado la atención de numerosos especialistas durante toda la extensión del prolongado proceso

Controversias Internacionales de 1924 –que nunca entró en vigor–; la Declaración de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones de 1927; y la resolución de la Sexta Conferencia Panamericana de 1928.

³ Artículo 6, inc. a) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional.

codificador, dando lugar a una vasta producción bibliográfica⁴, la consideración de la relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión en la doctrina internacional ofrece dos aspectos aparentemente contradictorios. Por un lado, ningún autor que haya estudiado la agresión niega que exista algún tipo de relación entre la conducta individual y el comportamiento estatal. Pero, por otro lado, no hay ningún estudio que profundice sobre esta relación ni la aborde más allá de una somera descripción. El fenómeno⁵, un interrogante en sí mismo, también deberá ser investigado y nos suscitará algunas reflexiones, pero a la vez plantea la necesidad de justificar la relevancia de esta investigación para el conocimiento científico del ordenamiento jurídico internacional.

No es necesario ahondar demasiado para afirmar que la temática de la agresión en el derecho internacional reviste de una gran actualidad. Al haberse logrado el día 20 de junio de 2016 las primeras treinta ratificaciones a las enmiendas de Kampala⁶, comenzó el complejo mecanismo previsto en el Estatuto de Roma para la activación de la competencia de la Corte Penal Internacional respecto del crimen de agresión, que, tras intensas negociaciones, culminó con la aprobación, el 14 de diciembre de 2017, de la resolución ICC-ASP/16/Res.5, de la Asamblea de Estados Partes, por la cual decidió activar la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión a partir del 17 de julio de 2018⁷. Al mismo tiempo, los diferentes e intensos conflictos armados de la actualidad mantienen vivo el debate sobre el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, del que la agresión constituye su forma más grave y peligrosa⁸.

⁴ Nuestra propia revisión de la literatura, de la que se da cuenta en la Bibliografía de la presente investigación, arroja casi trescientos títulos vinculados a la temática.

⁵ La cuestión puede ser insertada en el campo más amplio de la relación entre la responsabilidad individual y estatal por la comisión de crímenes internacionales, que sí ha recibido atención de parte de algunos autores, como André Nollkaemper (NOLLKAEMPER, André: “Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, N° 3 (2002), pp. 615-640; “Systemic Effects of International Responsibility for International Crimes”, *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 8 (2010), pp. 313-352), pero que no profundiza en las particularidades de la agresión que, como se verá, la hacen única.

⁶ A la fecha –mayo de 2020– suman 39 las ratificaciones o aceptaciones de las enmiendas de Kampala relativas al crimen de agresión.

⁷ Fecha que coincide con el vigésimo aniversario de la aprobación del Estatuto de Roma.

⁸ Resolución 3314 (XXIX), Anexo, quinto párrafo del Preámbulo.

Por otra parte, la compleja definición del crimen de agresión en el Estatuto de Roma, en cuanto comprende tanto una dimensión individual como una estatal, exige una reflexión atenta desde el derecho internacional acerca de la relación entre ambas y, como se adelantó, no advertimos en la literatura que la doctrina haya profundizado sobre el particular. La determinación precisa de esta relación no es inocua, por cuanto, como se verá, la interpretación de diversas normas, en particular, la denominada “cláusula de umbral” en el primer párrafo del Artículo 8 bis, plantea ciertos interrogantes acerca de la gravedad de la agresión y puede afectar la forma en que abordemos la relación entre acto y crimen.

Es así, entonces, que podemos plantear nuestro objetivo principal de investigación en los siguientes términos: determinar la relación que existe entre el acto de agresión, como hecho ilícito atribuible a un Estado, con el crimen de agresión, como conducta que da origen a responsabilidad penal individual, en el derecho internacional contemporáneo.

Para alcanzar este objetivo, nos proponemos: describir el proceso histórico de elaboración de las normas jurídicas internacionales relativas a la agresión, advirtiendo desde ya que dicho proceso ha sido complejo, pero influyó decisivamente en la forma en que entendemos al acto de agresión y al crimen de agresión; identificar los caracteres del acto de agresión, como hecho ilícito atribuible a un Estado, y del crimen de agresión, como conducta que da origen a responsabilidad penal individual, en el derecho internacional actual, en el entendimiento de que la existencia de elementos comunes y diferencias nos permitirán precisar los contornos de la relación entre ambos conceptos; precisar el significado, sentido y alcance de los términos “agresión”, “guerra de agresión” y “acto de agresión” en el derecho internacional, lo que se hace necesario dada la multivocidad de la palabra “agresión” y los distintos sentidos que adquiere en el derecho internacional y las relaciones internacionales, en los que un mismo término no tiene el mismo significado en contextos diferentes⁹; establecer las diferencias entre la responsabilidad internacional por un acto de agresión y la responsabilidad internacional por un crimen de agresión y, de modo más amplio, en las distintas consecuencias jurídicas a las que acto y crimen dan lugar en el derecho internacional.

⁹ A la vez, se hará necesario también determinar si la noción de “crimen internacional”, tal cual fuera elaborada por la Comisión de Derecho Internacional a partir de 1976, posee alguna relevancia en materia de agresión.

Es decir, nuestra labor tiene un claro sentido de conocer cómo se definieron acto y crimen y cuáles son sus elementos, para establecer qué caracteres tienen en común y en qué se diferencian, partiendo desde la base de que estas diferencias estarán dadas principalmente por los sujetos a los que se atribuyen y las consecuencias jurídicas derivadas de esa atribución/imputación.

Pero podría pensarse que estas diferencias entre el acto de agresión y el crimen de agresión no se agotan en las consecuencias jurídicas emergentes de estos para el Estado y el individuo, respectivamente, dado que también la determinación de su existencia debe ser llevada a cabo por órganos diferentes en virtud del derecho internacional. Incluso nosotros pensamos que así era y consideramos que era importante, a los fines de la investigación, delimitar las características y alcance de las competencias de los órganos internacionales que intervienen o pueden intervenir, respectivamente, en la determinación del acto de agresión y del crimen de agresión. Así, respecto de la competencia para determinar la existencia de un acto de agresión, un repaso por la práctica¹⁰ del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General¹¹, así como de la jurisprudencia relevante de la Corte Internacional de Justicia¹², permite concluir que la competencia del Consejo de Seguridad en la materia no es exclusiva y que, siendo el acto de agresión un concepto jurídico, con consecuencias más allá de la activación del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede ser determinado por otros órganos dentro de sus propias competencias, como queda plasmado en nuestro Capítulo III. Al mismo tiempo, resulta evidente que respecto del crimen de

¹⁰ Respecto de la práctica de los órganos de las Naciones Unidas en general, v. COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1, Naciones Unidas, Nueva York, 2002, pp.178-187; GREPPI, Edoardo: “State Responsibility for Acts of Aggression Under the United Nations Charter: A Review of Cases”, en BELLELLI, Roberto (Ed.): *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate, 2010, pp. 499-518.

¹¹ V. KENNY, Cómán: “Responsibility to recommend: the role of the UN General Assembly in the maintenance of international peace and security”, *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 3, N°1 (2016), pp. 3-36.

¹² V. REDDI, Vimalen J.: “The ICC and the Crime of Aggression: A Need to Reconcile the Prerogatives of the SC, the ICC and the ICJ”, *International Criminal Law Review*, Vol. 8, N° 4 (2008), pp. 655-686; STEIN, Mark S.: “The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Security Council’s power to determine Aggression?”, *Indiana International & Comparative Law Review* Vol. 16 (2005), pp. 1-36.

agresión, el análisis de los Artículos 15 bis y 15 ter del Estatuto de Roma, y sus trabajos preparatorios, dominados por la relación que tendría la Corte Penal Internacional con el Consejo de Seguridad, nos permiten afirmar la competencia exclusiva de la Corte para determinar la responsabilidad penal individual en el derecho internacional, lo que nos suscitará algunas reflexiones en los Capítulos III y V. Sin embargo, el principal resultado que el estudio señala es que esta diferencia en cuanto a los órganos competentes para su determinación no arroja datos relevantes sobre la relación sustancial entre el acto de agresión y el crimen de agresión en el derecho internacional, objetivo general de la investigación, por lo que no se abordará en profundidad.

Íntimamente relacionado a lo anterior, está la ya señalada discusión sobre la relación entre el Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional respecto de la agresión, que marcó notablemente las discusiones sobre el crimen de agresión, tanto en la Comisión de Derecho Internacional¹³ como en el proceso preparatorio del Estatuto de Roma y de las enmiendas de Kampala, en el que se la conoció como la cuestión de las “condiciones para el ejercicio de la competencia” de la Corte respecto del crimen¹⁴. Dado que,

¹³ HOGAN-DORAN, Justin y VAN GINKEL, Bibi T.: “Aggression as a Crime under International Law and the Prosecution of Individuals by the Proposed International Criminal Court”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 43 (1996) pp 321-351, pp. 339-348; SOLERA, Oscar: *Defining the crime of aggression*, Cameron May, Londres, 2007, p. 294-334.

¹⁴ V., *i. a.*, MCDougall, Carrie: “When Law and Reality Clash - The Imperative of Compromise in the Context of the Accumulated Evil of the Whole: Conditions for the Exercise of the International Criminal Court’s Jurisdiction over the Crime of Aggression”, *International Criminal Law Review*, Vol. 7, N° 2 (2007), pp. 277-333; CLARK, Roger S.: “Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It”, *The European Journal of International Law* Vol. 20, N°4 (2010), pp. 1103-1115, p. 1111 y ss.; BARRIGA, Stefan: “Negotiating the Amendments on the Crime of Aggression”, en BARRIGA, Stefan y KREß, Claus: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 3-57, p. 30 y ss.; TRAHAN, Jennifer: “The Rome Statute’s Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference”, *International Criminal Law Review*, Vol. 11, N°1 (2011), pp. 49-104, p. 61 y ss.; BLOKKER, Niels y BARRIGA, Stefan: “Conditions for the Exercise of Jurisdiction Based on Security Council Referrals”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 646-651; BARRIGA, Stefan Y BLOKKER, Niels: “Conditions for the Exercise of Jurisdiction Based on State Referrals and *Proprio Motu* Investigations”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): *op. cit.*, pp. 652-674; AMBOS, Kai: *El crimen de agresión después de Kampala*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 55 y ss.;

como ya dijimos, esta cuestión no aporta luz sobre la relación sustancial entre el acto y el crimen, no será estudiada aquí.

Estas consideraciones nos permiten abordar aquí la cuestión de qué aspectos de la agresión no consideramos incluidos dentro de nuestro problema de investigación.

Así, en primer lugar, y teniendo en cuenta que, como se verá, la agresión se caracteriza por ser un uso de la fuerza *grave*¹⁵, cabe aclarar que no es nuestro objetivo problematizar la noción de “gravedad”. Se trata de un concepto discutido en el derecho internacional, tanto en general¹⁶ como en la agresión en particular¹⁷, y su problematización justificaría una investigación en sí misma, estando, por tanto, fuera de nuestro objeto de estudio. Así, al ser la presente una investigación descriptiva, con ese sentido se recurrirá a la noción de gravedad, al identificarla como uno de los caracteres que distinguen a la agresión tal cual es definida en el derecho internacional.

Con el mismo espíritu, y debido a la naturaleza descriptiva de la presente investigación, no buscamos criticar las definiciones de “crimen de agresión” ni “acto de agresión”¹⁸, ni pretendemos proponer nuevas definiciones, sino interpretar dichos conceptos a la luz del derecho vigente, a los fines de determinar la relación entre ambos. El objetivo que se persigue es,

ZIMMERMANN, Andreas y FREIBURG, Elisa: “Article 15 ter. Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (Security Council referral)”, en TRIFFTERER, Otto y AMBOS, Kai (Eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3ª edición, C.H. Beck, 2015, pp. 765-769; SCHABAS, William: *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 410-432.

¹⁵ Según surge de los Artículos 2 y 3, inc. g), así como del quinto párrafo del Preámbulo, de la Definición de la Agresión y del Artículo 8 bis, primer párrafo y segundo párrafo, inc. g), del Estatuto de Roma.

¹⁶ V. BONAFÈ, Beatrice I.: *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 72 y ss.; JØRGENSEN, Nina H. B.: *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 106 y ss.

¹⁷ SOLERA, Oscar: op. cit., p. 348, quien niega que la agresión sea criminal por ser grave. Para una discusión el significado de la “gravedad” en el Artículo 8 bis, v. ZIMMERMANN, Andreas y FREIBURG, Elisa: “Article 8 bis. Crime of aggression”, en TRIFFTERER, Otto y AMBOS, Kai (Eds.): op. cit., pp. 580-618, p. 594-599.

¹⁸ En ese sentido, uno de los autores que más ha abogado por una definición diferente a la adoptada, ha sido Oscar Solera (SOLERA, Oscar: “The Definition of the Crime of Aggression: Lessons Not Learned”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 42 (2010), pp. 801-823).

por tanto, netamente jurídico y, sin perjuicio de algunas reflexiones puntuales de carácter político, con ánimo de explicar algunas posiciones estatales en la práctica internacional, no se efectuarán análisis generales desde otra disciplina que no sea la dogmática jurídica.

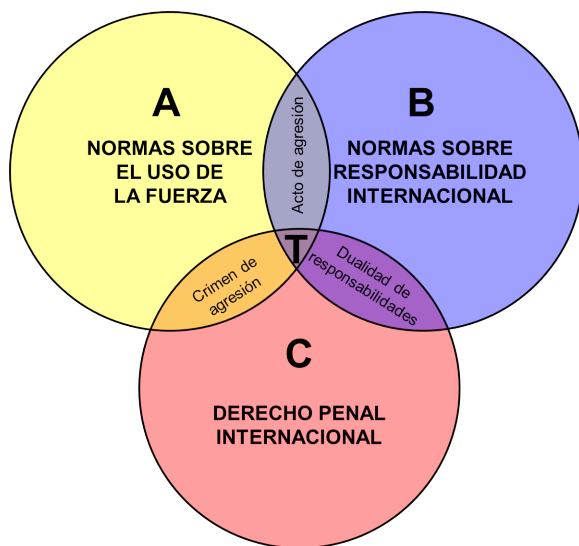


Figura 1 – El enfoque integral de la investigación en el derecho internacional

Cuando nos referimos al derecho vigente, lo hacemos en un sentido amplio, comprendiendo no solamente las normas sobre el uso de la fuerza, que aportan la definición del acto de agresión, y las normas del derecho penal internacional, que definen el crimen de agresión, sino también otros ámbitos del ordenamiento jurídico internacional, como las normas sobre responsabilidad internacional, que también contienen disposiciones relativas a la agresión. De esa forma, planteamos un enfoque integral de la agresión, que comprenda no solamente sus elementos definitorios, sino también sus consecuencias jurídicas, enfoque que no es seguido por la mayoría de la doctrina¹⁹. Podemos ilustrar este enfoque integral a través de la Figura 1.

¹⁹ La única gran excepción es la obra de Maurice Kamto, *L'agression en droit international* (A. Pedone, Paris, 2010), que plantea un enfoque similar al que abordamos, aunque sin profundizar en la relación acto-crimen.

Recurriendo a la teoría de conjuntos, la Figura 1 muestra el lugar donde se ubica la presente investigación con relación al derecho internacional, desde el enfoque integral propuesto: aparece en la triple intersección de los tres conjuntos de normas mencionados, donde “A” son las normas relativas al uso de la fuerza, contenidas en la Carta de las Naciones Unidas²⁰ y en el derecho internacional general²¹, y que también se encuentran en las resoluciones 2625 (XXV) y 3314 (XXIX) de la Asamblea General²²; “B” son las normas relativas a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos²³; y “C”, las normas del Derecho Penal Internacional²⁴.

En la intersección de “A” y “B” se encuentra el acto de agresión, por cuanto se trata de la violación más grave de la norma de abstención del uso de la fuerza (Artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y Artículo 1 de la Definición de la Agresión) y genera, como toda violación de una norma primaria, responsabilidad internacional (Artículos 1 y 2 del Proyecto de 2001 y Artículo 5 de la Definición de la Agresión). Asimismo, se trata de una violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa (Artículo 40 del Proyecto de 2001) o un “crimen internacional” (Artículo 19 del Proyecto de 1996), con consecuencias particulares en el derecho internacional (Artículo 41 del Proyecto de 2001), las que no se agotan en materia de responsabilidad, sino que también incluyen la legítima defensa (Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas) y la activación del sistema de seguridad colectiva (Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas).

En la intersección de “A” y “C” se encuentra el crimen de agresión, por cuanto es una conducta individual, punida por el derecho internacional, que consiste en planificar, organizar, hacer o realizar un acto de agresión, es decir, el uso de la fuerza armada de un Estado contra la soberanía, la independencia política o la integridad territorial de otro Estado (Artículo 8 bis del Estatuto de Roma), que genera la responsabilidad individual de su autor (Artículo 25.2 del Estatuto de Roma).

²⁰ En particular, en los Artículos 1.1, 2.4, 39 y 51.

²¹ CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 188.

²² Sin perjuicio de la naturaleza que quepa asignarles a estas en cuanto fuentes de derecho.

²³ En especial, las contenidas en el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional aprobado en 2001 –el “Proyecto de 2001”–, aunque también se pueda recurrir al Proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 1996.

²⁴ En particular, las contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con las enmiendas aprobadas en la Conferencia de Revisión de Kampala de 2010.

Finalmente, en la intersección de “B” y “C” se encuentra la llamada “dualidad de responsabilidades” o “responsabilidad dual”, que oportunamente señalara la Corte Internacional de Justicia con relación al genocidio²⁵, y que está contemplada, respectivamente, en el Artículo 58 del Proyecto de 2001, y en el Artículo 25.4 del Estatuto de Roma. Tal dualidad implica la posibilidad de que un mismo hecho ilícito internacional, en este caso, la agresión, genere tanto responsabilidad del Estado como responsabilidad penal individual.

Dado que el objetivo general de la investigación es describir la relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión, relación que se proyecta sus elementos definitorios y sus consecuencias jurídicas, las que se manifiestan, entre otros aspectos, en la dualidad de responsabilidades, se puede advertir que el objetivo (“T”) se encuentra en la triple intersección de los conjuntos señalados, y solo a través de un enfoque integral como el propuesto se puede hallar esta triple intersección.

Pero incluso nuestro enfoque no se limita a estos tres ámbitos normativos –los que, no obstante, ocuparán la mayor parte de nuestro análisis–: también el Derecho de los Tratados contiene disposiciones aplicables a casos de agresión y, aunque no forman parte de nuestro *corpus* de estudio, también el derecho internacional de los derechos humanos²⁶ y el derecho internacional humanitario²⁷ pueden verse afectados por la agresión²⁸.

²⁵ CIJ: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, párr. 173.

²⁶ SCHABAS, William: “Aggression and International Human Rights Law”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 351-372; y “The Human Right to Peace”, *Harvard International Law Journal (Online Journal)*, Vol. 58 (2017), pp. 28-32.

²⁷ El impacto de la prohibición de la agresión en el Derecho Internacional Humanitario despertó un largo debate en torno a si sus normas deben ser aplicadas en todo caso también al agresor o si podría admitirse alguna excepción. A favor de esta última posibilidad, v. i. a., ORAKHELASHVILI, Alexander: “Overlap and Convergence: The Interaction Between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*”, *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 12 (2007), pp. 157-196; WRIGHT, Quincy: “The Outlawry of War and the Law of War”, *American Journal of International Law*, Vol. 47 (1953), pp. 365-376. En contra, v. i. a., BUGNION, François: “Just wars, wars of aggression and international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, N°849, pp. 3-26 (2003); KAMTO, Maurice: op. cit., pp. 369-390.

²⁸ Por nuestra parte, abordamos la cuestión en PEZZANO, Luciano: “La Agresión como Punto de Contacto entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Dere-

Dicho esto, es necesario precisar que enmarcamos nuestro problema en un contexto normativo preciso: en los esfuerzos de las Naciones Unidas y en el derecho internacional general, a partir de la creación del Tribunal de Núremberg y la adopción de la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y hasta la adopción de la decisión de activación de competencia de la Corte Penal Internacional respecto del crimen de agresión, el 14 de diciembre de 2017²⁹. Quedan fuera de nuestro marco de análisis, entonces, tanto los esfuerzos anteriores a 1945 en la materia –principalmente bajo la órbita de la Sociedad de las Naciones³⁰–, como los desarrollos al amparo de algunas organizaciones regionales, como la OEA³¹ o la Unión Africana³², o la tipi-

cho Internacional Humanitario”, *American University International Law Review*, Vol. 33 (2017-2018), pp. 545-570.

- ²⁹ La discusión sobre la activación de la competencia, no obstante, no revela cuestiones sustanciales respecto de la relación, por lo que tampoco es abordada. Al respecto, v. WENAWESER, *Christian* y ALAVI, Sina: “From Nuremberg to New York: The Final Stretch in the Campaign to Activate the ICC’s Jurisdiction over the Crime of Aggression”, *Harvard International Law Journal (Online Journal)*, Vol. 58 (2017), pp. 20-23.
- ³⁰ V. i. a., FERENCZ, Benjamin B.: *Defining International Aggression. The Search for World Peace. A Documentary History and Analysis*, Vol. 1, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 1975, pp. 3-284; SOLERA, Oscar: op. cit., pp. 17-38; SAYAPIN, Sergey: *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, Springer, La Haya, 2014, pp. 3-27. Por nuestra parte, exploramos el tema en PEZZANO, Luciano: “La Primera Guerra Mundial y la prohibición de la agresión”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Vol. XVI (2015), pp. 229-258.
- ³¹ En ese sentido, cabe destacar que el Protocolo de Reformas al TIAR ([http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-29\(1\).html](http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-29(1).html), al 31 de diciembre de 2020) –que no está en vigor– abrevó notablemente en la Definición de la Agresión, adoptada por la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- ³² El Pacto de no agresión y defensa común de la Unión Africana (https://au.int/sites/default/files/treaties/7788-treaty-0031_-_african_union_non-aggression_and_common_defence_pact_e.pdf, al 1 de junio de 2018) contiene una definición que, basada en la adoptada por la resolución 3314 (XXIX), la amplía notablemente; v. KAMTO, Maurice: op. cit., pp. 62- 65). Por su parte, el Protocolo de Malabo (https://au.int/sites/default/files/treaties/7804-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e-compressed.pdf, al 1 de junio de 2018), que, una vez que entre en vigor fusionará la Corte Africana de Justicia con la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, dota al tribunal de competencia en materia de crimen de agresión, y lo define en el Artículo 28M del Estatuto anexo; v. KEMP, Gerhard: *Individual Criminal Liability for the International Crime of Aggression*, 2ª edición, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 251-256.

ficación de la agresión como delito en los derechos internos³³, los que han aportado alguna limitada jurisprudencia en la materia³⁴.

Teniendo en cuenta este recorte témporo-espacial, el *corpus* documental sobre el que se ha basado la investigación está integrado por los documentos previos al Acuerdo de Londres de 1945, y la sentencia del Tribunal de Núremberg y sus tribunales sucesores; los informes de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, así como los relativos al proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados; los informes de los diversos comités y comisiones encargados de la definición de la agresión en la Asamblea General; los documentos relativos a la Corte Penal Internacional, en especial del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión; y las resoluciones pertinentes de los órganos de las Naciones Unidas, en particular, del Consejo de Seguridad.

Respecto de consideraciones metodológicas, con relación al tipo de investigación³⁵ que utilizamos, la primera parte es de *tipo descriptivo*, en tanto buscó describir y especificar las distintas posiciones asumidas

³³ REISINGER CORACINI, Astrid: “National Legislation on Individual Responsibility for Conduct Amounting to Aggression”, en BELLELLI, Roberto (Ed.): *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate, 2010, pp. 547-578; y las diferentes contribuciones a la Parte IV en KREß, Claus y BAR-RIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 863-1078. Por nuestra parte, exploramos parcialmente el tema en PEZZANO, Luciano: “La República Argentina frente al crimen de agresión”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XXIII (2014), pp. 55-74.

³⁴ Se trata del caso *R. v. Jones*, fallado por la Cámara de los Lores del Reino Unido el 29 de marzo de 2006 (<https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060329/jones.pdf>, al 31 de diciembre de 2020), v. ORAKHELASHVILI, Alexander: “The High Court and the crime of aggression”, *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 5, N°1 (2018), pp. 3-7; el caso fallado por la Corte Administrativa Federal alemana el 21 de junio de 2005 (<http://www.bverwg.de/de/210605U2WD12.04.0>, al 1 de junio de 2018), v. SCHULTZ, Nikolaus: “Was the War on Iraq Illegal? - The German Federal Administrative Court’s Judgement of 21st June 2005”, *German Law Journal*, Vol. 7, N° 1 (2005), pp. 25-44; y el caso *Alexandrov y Yerofeyev*, fallado por una corte distrital de Kiev, Ucrania, el 18 de abril de 2016, v. SAYAPIN, Sergey: “A Curious Aggression Trial in Ukraine: Some Reflections on the *Alexandrov and Yerofeyev* Case”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, N°5 (2018), pp. 1093-1104.

³⁵ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y LUCIO, Pilar Baptista: *Metodología de la investigación*, McGraw-Hill, México, 1996; CAZAU, Pablo: *Introducción a la investigación en ciencias sociales*. 3ª edición, Buenos Aires, 2006, disponible en: <http://tecnoeduca.110mb.com/documentos/investigalibros/cazau%20-%20metodologia.pdf>, al 31 de diciembre de 2017.

durante el proceso codificador en los diferentes órganos y por los teóricos en materia de agresión, evaluando qué aspectos y dimensiones tomaron en consideración en oportunidad de determinar cuál es la relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión.

La segunda parte es un estudio de *tipo correlacional*, toda vez que se pretende determinar cuál es la relación entre dos conceptos o categorías jurídicas: el acto de agresión y el crimen de agresión.

Dado que trabajaremos con estas dos categorías jurídicas, así como con otros conceptos del Derecho, se recurrirá a los métodos y técnicas de la dogmática jurídica³⁶, buscándo una clasificación de los enunciados jurídicos del conjunto bajo análisis, asignar significados, identificar categorías y definiciones, describir el contenido de las normas regulativas, así como de la existencia de normas de competencia, y ordenarlas y clasificarlas a partir de distinciones o semejanzas³⁷.

La técnica utilizada, propia de la dogmática jurídica, es documental. Se busca precisar, en cada documento analizado, el sentido en que los términos “acto de agresión” y “crimen de agresión” son utilizados, para luego identificar y sistematizar los argumentos planteados durante el proceso codificador en los diversos órganos acerca de la relación existente entre las dos categorías. Conforme a las consideraciones ya expuestas, dicha relación se pondrá de manifiesto a través de los planos: conceptual, de autoría/imputabilidad, de las consecuencias jurídicas en materia de responsabilidad (sancionatorias/reparatorias) y del sistema de seguridad colectiva, las que funcionarán como indicadores de dicha relación.

También se ha procurado hallar indicadores de la relación, así como su caracterización, en la doctrina de los autores. La investigación bibliográfica se hizo con la mayor extensión y profundidad posible, relevando las opiniones de los más importantes autores en la materia, pero también recurriendo a otros aportes.

Caracterizadas las dos categorías de análisis, acto de agresión, y crimen de agresión, así como su vinculación en los distintos planos señalados,

³⁶ ÁLVAREZ UNDURRAGA, Gabriel: *Metodología de la investigación jurídica*, Universidad Central de Chile. Santiago, 2002, p. 33.

³⁷ SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel: “La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 14 (2011), pp. 317-358, p. 343.

se puede determinar la relación entre ambas en el derecho internacional contemporáneo.

*
* *
* *

El presente estudio se estructura en tres partes, siguiendo en gran medida el diseño de la investigación.

La primera parte, que comprende los Capítulos I a III, es, siguiendo el tipo de investigación adoptado, principalmente descriptiva. En el Capítulo I, se explora el proceso codificador del acto de agresión y el crimen de agresión, caracterizándolo como un proceso dual, destacándose como principales hitos, luego de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y la Sentencia de Núremberg en 1946, la aprobación de la Definición de la Agresión en 1974 y las enmiendas de Kampala en 2010.

En el Capítulo II se analiza con detenimiento la denominada “cláusula de umbral” del párrafo 1 del Artículo 8 bis, para determinar si implica o no una distinción entre los actos de agresión de acuerdo a su gravedad, a los fines de establecer la responsabilidad penal individual por un crimen de agresión.

El Capítulo III estudia las numerosas y diferentes consecuencias jurídicas del acto de agresión y del crimen de agresión, respectivamente, destacando aquellas que son exclusivas de la agresión y la diferencian de otros ilícitos internacionales, con el objeto de, por un lado, identificar caracteres comunes al acto y al crimen de agresión, y por el otro, establecer la relación entre las distintas consecuencias, que aparecen en muchos casos interconectadas, y ponen de manifiesto el fenómeno ya mencionado de la llamada “dualidad de responsabilidades”.

La segunda parte es de tipo analítico, integrada por el Capítulo IV, que tiene por objeto, de acuerdo al objetivo antes expresado de precisar el significado de ciertos conceptos asociados a la agresión –cuya determinación se hace necesaria a la luz de nuevos problemas surgidos en los capítulos anteriores–, aclarar cuestiones terminológicas vinculadas a la agresión.

La tercera parte, siguiendo también parte del diseño de investigación adoptado, es de carácter correlacional, y está integrada por el Capítulo V, en el que se aborda la relación entre acto y crimen: en primer lugar, cómo ha sido su tratamiento en la práctica internacional y en la

doctrina, para luego pasar a nuestra posición, a partir del enfoque integral aquí propuesto, que busca identificar los caracteres comunes al acto y al crimen, y sus diferencias en materia de consecuencias jurídicas, a través de la dualidad de responsabilidades, que también arroja luz sobre la relación entre ambos conceptos.

PRIMERA PARTE

LA AGRESIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

EL LARGO PROCESO PARA DEFINIR LA AGRESIÓN

“Between the victory in Europe and the final victory, in this most destructive of all wars, you have won a victory against war itself.”

Harry S. Truman

Conferencia de San Francisco, 1945

A los fines de determinar la relación entre el acto de agresión, en cuanto hecho atribuible al Estado, y el crimen de agresión, en cuanto conducta individual, en el derecho internacional, debemos comenzar necesariamente con el abordaje de la definición de ambos conceptos en el ordenamiento jurídico. Dicha definición —o definiciones, como se verá¹— fue el resultado de un largo proceso cuyos antecedentes mediatos son tan remotos² como la historia misma de la guerra y la necesidad de limitarla³, y sus antecedentes inmediatos pueden identificarse en la primera posguerra mundial, particularmente en los esfuerzos de la Sociedad de las Naciones⁴.

¹ La opción por el plural o el singular no es inocua y revela la posición del autor respecto de la relación entre ambos conceptos. Aquí se aborda una visión integral de la agresión, y en esta posición, como se verá, la definición del contenido material de la agresión es la misma para ambos.

² Algunas traducciones del texto hitita del Tratado de Paz entre Ramsés II y Hattusil III (conocido como Tratado de Kadesh), de 1259 a. C. incluyen una explícita prohibición recíproca de atacar el territorio de la otra parte (V. <http://www.reshafim.org.il/ad/egypt/rams-es-hattusili-treaty.htm>, al 31 de diciembre de 2017).

³ Para una referencia histórica sobre la prohibición de la agresión v. SAYAPIN, Sergey: *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, Springer, La Haya, 2014, pp. 3-27.

⁴ Abordamos la cuestión en PEZZANO, Luciano: “La Primera Guerra Mundial y la prohibición de la agresión”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Vol. XVI (2015), pp. 229-258.

No obstante tales antecedentes, a los fines de esta investigación, consideraremos que el proceso definitivo para lograr la definición de la agresión tiene su momento normativo inicial en 1945. O mejor dicho, *sus momentos*, ya que dos procesos diferentes, pero vinculados a la agresión, comenzaron casi simultáneamente y, no obstante algún intento inicial de unirlos, se mantendrían separados durante décadas, aumentando las dificultades para alcanzar una definición.

Estos dos momentos son la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas y la adopción del Estatuto del Tribunal Militar Internacional en la Carta de Londres. Ambos hechos históricos no solamente constituyeron el punto de partida de un proceso que culminaría con una definición de la agresión en el derecho internacional, sino que también marcaron el comienzo del difícil problema de cómo articular el acto estatal con el crimen individual.

Así, mientras la Carta de las Naciones Unidas, construida en torno a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, solamente menciona –mas no define– el acto de agresión, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional califica como crimen contra la paz “planificar, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión”. Es decir, por un lado, un acto de responsabilidad estatal y, por el otro, un crimen de responsabilidad individual, cuya relación entre sí no aparece clara en estos instrumentos y tampoco se resolverá en el proceso ulterior por lograr una definición de estos conceptos, ya que, precisamente por esta doble fuente normativa, en lugar de buscar una definición única de la agresión, la comunidad internacional concentrará los esfuerzos en definir, por un lado, el acto estatal y, por el otro, el crimen individual.

Así, en este capítulo abordaremos el desarrollo histórico de las definiciones del acto de agresión y el crimen de agresión, comenzando con la mención al primero en la Carta de las Naciones Unidas y al segundo en el Estatuto y la sentencia del Tribunal de Núremberg, para luego describir el proceso codificador emprendido en el ámbito de las Naciones Unidas, analizando en particular la definición del acto de agresión en el anexo de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General y la del crimen de agresión en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, identificando la forma en que el desarrollo del proceso influyó en ambas definiciones, finalizando con una primera aproximación a un enfoque integral de la agresión.

1. El acto de agresión en la Carta de las Naciones Unidas

La Carta de las Naciones Unidas contiene tres disposiciones⁵ que hacen referencia a la agresión: el Artículo 1.1, el Artículo 39 y el Artículo 53.1⁶.

El Artículo 39, primero del Capítulo VII, titulado “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”, establece: *“El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”* (negrita añadida). Además de mencionar al “acto de agresión”, junto con la “amenaza a la paz” y el “quebrantamiento de la paz”, la norma atribuye competencias al Consejo de Seguridad en la materia, pero aquí nos preguntamos: ¿qué diferencias existen entre el “acto de agresión” y las otras dos categorías mencionadas en el Artículo 39?, ¿hay

⁵ Asimismo, la versión francesa del Artículo 51 reconoce la legítima defensa en caso de “agression armée” (“agresión armada”), a diferencia de la versión española, que dice “ataque armado”, al igual que la inglesa, con “armed attack”. Volveremos sobre esta cuestión.

⁶ Este artículo, que se encuentra en el Capítulo VIII, “Acuerdos regionales”, dispone: *“El Consejo de Seguridad utilizará dichos acuerdos u organismos regionales, si a ello hubiere lugar, para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad. Sin embargo, no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad, salvo que contra **Estados enemigos**, según se les define en el párrafo 2 de este Artículo, se tomen las medidas dispuestas en virtud del Artículo 107 o en acuerdos regionales dirigidos contra la renovación de una **política de agresión de parte de dichos Estados**, hasta tanto que a solicitud de los gobiernos interesados quede a cargo de la Organización la responsabilidad de **prevenir nuevas agresiones de parte de aquellos Estados**”* (negrita añadida). El anacronismo de la disposición se hace evidente por cuanto se refiere a “Estados enemigos”, que el párrafo 2 del mismo artículo define como “todo Estado que durante la Segunda Guerra Mundial haya sido enemigo de cualquiera de los signatarios”, término que no solamente el desarrollo de las relaciones internacionales, sino también la admisión de Italia, Japón y Alemania como Miembros de las Naciones Unidas dejó en desuso. Sin embargo, pensamos que la norma posee un valor histórico relevante para nuestro estudio, toda vez que nos da un indicador acerca de qué entendían los redactores de la Carta por “agresión”: es un acto estatal, puede formar parte de una política, y está ejemplificada por los actos de los Estados enemigos durante la Segunda Guerra Mundial. Es decir que, para los redactores de la Carta, era indudable que las acciones de Alemania y Japón durante la guerra involucraron agresiones.

alguna relación entre estas categorías y la prohibición del uso de la fuerza del Artículo 2.4 de la Carta?⁷

Para empezar, pensamos que no puede considerarse inocua la distinción entre tres categorías diferentes⁸ en el Artículo 39, que también se encuentra en el acápite del Capítulo VII. De hecho, puede verse una suerte de escala en la enumeración, tanto desde el punto de vista de la precisión⁹, como de la gravedad¹⁰, desde la categoría menos grave y más amplia –la amenaza– a la de mayor gravedad y más precisa –la agresión–¹¹.

La distinción basada en la gravedad ha llevado a parte de la doctrina a caracterizar las tres categorías como tres tipos de violación de la obligación de la abstención de la amenaza y el uso de la fuerza del Artículo 2.4 de la Carta: mientras que los actos de agresión son los más graves, las amenazas a la paz y los quebrantamientos de la paz, aunque violan el Artículo 2.4, no cruzarían cierto umbral de gravedad¹². No podemos compartir estas afirmaciones; aunque la idea de que la gravedad pueda ser un criterio distintivo entre las categorías del Artículo 39, en particular, como una característica definitoria de la agresión –como veremos– es atractiva, una estricta vinculación entre tales categorías y las violaciones a la prohibición del uso de la fuerza niega una realidad fácilmente constatable en la práctica del Consejo de Seguridad: que la mayoría de los casos en que se ha calificado una situación como “amenaza a la paz” no se trata de violaciones del Artículo 2.4 de

⁷ Que dispone: “*Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas*”.

⁸ DE WET, Erika: *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, Portland, 2004, p. 137.

⁹ D’ARGENT, Pierre *et al.*: “Article 39”, en COT, Jean Pierre y PELLET, Alain (Dir.): *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Tercera edición, Tomo I, Economica, Paris, 2005, pp. 1131-1170, p. 1145.

¹⁰ KOLB, Robert: *Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2009, p. 90.

¹¹ Remiro Brotóns sugiere que la importancia y gravedad de la agresión está implícita en el Artículo 39, donde se la menciona a continuación del quebrantamiento de la paz (REMIRO BROTONS, Antonio: “Crimen de agresión. Crimen sin castigo”, en RAMÓN CHORNET, Consuelo (Ed.): *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 91-129, p. 120).

¹² SAYAPIN, Sergey: *op. cit.*, p. 92.

la Carta¹³. En todo caso, la vinculación del Artículo 39 con el Artículo 2.4 se puede predicar con mayor claridad respecto del quebrantamiento de la paz y del acto de agresión, como veremos.

Entendemos que la distinción entre las categorías también aparece confirmada por la utilización de dos verbos diferentes en el mismo artículo: “mantener” y “restablecer” la paz y la seguridad internacionales. Es evidente que solo pueden adoptarse decisiones para “mantener” la paz que se ve “amenazada”, mientras que si es “quebrantada”, tendrá que ser “restablecida”. Lo mismo debe valer para el caso de la agresión, por cuanto esta implica, por definición, una ruptura de la paz y no solamente una amenaza¹⁴. Por lo tanto, cabe emparentar a la agresión más con el “quebrantamiento” que con la “amenaza”¹⁵.

La Carta no define ninguno de los dos conceptos. Respecto del quebrantamiento de la paz, Jiménez de Aréchaga sostuvo que existe en el caso de hostilidades en las cuales ninguna de las partes alega que la otra ha incurrido en acto de agresión¹⁶. Krisch, por su parte, considera que está típicamente caracterizado por hostilidades entre unidades armadas de dos Estados, pero que el término es suficientemente amplio como para abarcar todas las situaciones en las que una “amenaza a la paz” ya no sea una mera amenaza, sino que se haya materializado realmente¹⁷. De Wet señala que el término denota el estallido de hostilidades, pero que no es tan grave como para constituir un acto de agresión¹⁸.

Como se advierte, los autores están de acuerdo en que el quebrantamiento de la paz involucra la ruptura de hostilidades entre Estados, pero no pueden precisar sus contornos si no es en referencia al acto de agresión. Ello es, como se dijo, porque ambas nociones están muy vinculadas, y se refieren a situaciones en las que la paz se ha roto, en principio, como conse-

¹³ V. i. a., KRISCH, Nico: “Article 39”, en SIMMA, Bruno *et al.* (Eds.): *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Volumen II, 3ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1278-1293.

¹⁴ D’ARGENT, Pierre *et al.*: op. cit., p. 1153.

¹⁵ DINSTEIN, Yoram: *War, Aggression and Self-Defence*, Quinta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 305.

¹⁶ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo: *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, 1958, p. 374.

¹⁷ KRISCH, Nico: op. cit., p. 1293.

¹⁸ DE WET, Erika: op. cit., p. 144.

cuencia de un empleo de la fuerza armada¹⁹. Pero, ¿cuál es este vínculo entre quebrantamiento y agresión? ¿Cómo diferenciar una de otra categoría?

La resolución de dichos interrogantes puede venir del análisis de la restante norma de la Carta que hace referencia a la agresión, el Artículo 1.1, que dispone: “*Los propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz...*” (negrita añadida). La norma expresamente se refiere a la supresión de “actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz” (énfasis añadido), indicando así una relación de género a especie entre el quebrantamiento y la agresión²⁰. La agresión es, por tanto, una de las formas posibles de quebrantamientos de la paz y se ha dicho que es un caso particular –el más grave– de estos, que implican de manera más general todo uso de la fuerza²¹.

Aunque nos parezca atractivo fundar la distinción entre la agresión y el quebrantamiento de la paz en la mayor gravedad del uso de la fuerza en aquella frente a este, para ello tenemos que aceptar dos premisas básicas: a) que efectivamente ambos son casos de violaciones del principio de la prohibición del uso de la fuerza, es decir, que son categorías jurídicas; y b) que un quebrantamiento de la paz es de menor gravedad que un acto de agresión. Encontramos dificultades en ambas. Por un lado, la segunda premisa no surge de la –escasa– práctica del Consejo de Seguridad al respecto. Solamente en cuatro ocasiones ha determinado²² la existencia de un quebrantamiento de la paz –y nunca lo ha hecho, explícitamente, respecto de un acto de agresión²³–: en el caso de la invasión de Corea del Norte a Corea del Sur en 1950, en virtud de la resolución 82 (1950)²⁴; en el caso de

¹⁹ D’ARGENT, Pierre *et al.*: op. cit., p. 1150.

²⁰ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Sentido y alcance de la determinación por parte del Consejo de Seguridad de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, *XXX Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano*, Secretaría General de la OEA, Washington, 2004, pp. 77-134, pp. 82-83.

²¹ D’ARGENT, Pierre *et al.*: op. cit., p. 1151.

²² Analizamos los poderes de determinación del Consejo de Seguridad en el Capítulo IV, Sección 2.2

²³ Sobre las resoluciones del Consejo de Seguridad que se refieren a “actos de agresión”, v. Capítulo III, Sección 1.1.2.

²⁴ En la resolución, el Consejo de Seguridad decidió que “*el ataque armado dirigido contra la República de Corea por fuerzas venidas de Corea del Norte*” constituía “*un quebrantamiento de la paz*”.

la Guerra de Malvinas, en virtud de la resolución 502 (1982)²⁵; en el caso de la Guerra Irán-Iraq de 1980-1988, en virtud de la resolución 598 (1987)²⁶; y en el caso de la Guerra del Golfo, en virtud de la resolución 660 (1990)²⁷. Los cuatro casos refieren a situaciones de uso de la fuerza entre Estados, pero no podemos sostener que son todos de la misma –menor, según la teoría que analizamos– gravedad: tanto el caso de Corea como del Iraq involucraron una invasión total, con la ocupación de gran parte del territorio de la víctima, y en el caso del Iraq, implicó la total anexión del Estado víctima. Es decir, se trata probablemente de la forma más grave de uso de la fuerza que pueda imaginarse y aun así no fue calificada –explícitamente²⁸– como acto de agresión. Si la gravedad fuera el criterio de distinción, sería un absurdo su calificación como quebrantamiento de la paz, de allí que necesariamente debemos admitir que el quebrantamiento no es de menor gravedad que la agresión. Por otro lado, y sin perjuicio de la determinación de la relación entre la prohibición del uso de la fuerza y la agresión, que efectuaremos más adelante, no parece que tampoco se satisfaga la primera premisa, porque, si bien en los cuatro casos existió el recurso a la fuerza armada, no surge claramente en todos ellos que el Consejo estuviera realizando una valoración jurídica de la cuestión ni determinando si se había violado o no una disposición de la Carta²⁹.

Ello, creemos, nos da un indicio importante para determinar la relación entre acto de agresión y quebrantamiento de la paz, que no ha de buscarse en la gravedad, sino en la diferente naturaleza y efectos de ambos conceptos. Así, mientras el quebrantamiento de la paz consiste en una constatación objetiva de una situación de hostilidades entre Estados, un recurso a la fuerza armada, pero del cual no se responsabiliza a ninguna de las partes, un

²⁵ En la resolución, el Consejo de Seguridad determinó que existía “*un quebrantamiento de la paz en la región de las Islas Malvinas*”.

²⁶ En la resolución, el Consejo de Seguridad declaró que existía “*un quebrantamiento de la paz en lo concerniente al conflicto entre el Irán y el Iraq*”.

²⁷ En la resolución, el Consejo de Seguridad determinó que “*a causa de la invasión de Kuwait por el Iraq, existe un quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales*”.

²⁸ Pensamos que en los casos de Corea y del Iraq podría existir una calificación implícita. Volveremos sobre ello en el Capítulo III, Sección 1.1.2.1 y 1.1.2.2.

²⁹ Los casos de Corea y del Iraq son claramente excepcionales en este sentido, por cuanto, si bien no se invocan normas, claramente se señala que el quebrantamiento queda constituido por el “ataque armado” de fuerzas de Corea del Norte, y que existe “a causa de la invasión de Kuwait por el Iraq”, respectivamente, lo que implica, en nuestra opinión, la atribución de un ilícito. V. nota anterior.

acto de agresión es una categoría jurídica³⁰, un hecho ilícito, determinado por el derecho internacional y que tiene un autor y una víctima.

Así, mientras las consecuencias de la determinación por el Consejo de Seguridad de la existencia de un quebrantamiento de la paz se limitan a la activación del sistema de seguridad colectiva del Capítulo VII de la Carta; la determinación de la existencia de un acto de agresión conlleva, además de ello, claras consecuencias en virtud del derecho internacional, entre otras, en materia de responsabilidad internacional y ejercicio de la legítima defensa, según veremos en el Capítulo III. Como se ha sostenido, el término “quebrantamiento de la paz” tiene una connotación más “neutra”, siendo susceptible de vincularse a *situaciones* más que exclusivamente a *actos*, cuyo autor está determinado³¹. La calificación de un quebrantamiento de la paz es puramente objetiva: el Consejo de Seguridad constata un hecho sin tomar posición sobre las responsabilidades³².

En ese respecto, podemos señalar que, si bien el acto de agresión, como especie del género “quebrantamientos de la paz”, es sin duda el más grave de ellos, no es la gravedad lo que lo diferencia en su sentido según el Artículo 39, sino su naturaleza de categoría jurídica, con consecuencias en virtud del derecho internacional, que implican, entre otras cosas, la atribución de responsabilidad. Sin embargo, ello no resuelve *per se* su relación con la prohibición del uso de la fuerza, cuestión que abordaremos más adelante.

Debemos señalar que en la Conferencia de San Francisco se presentaron tres propuestas de definición de la agresión por Checoslovaquia, Bolivia y Filipinas³³, que consistían en una enumeración de actos cuya comisión por un Estado implicaría su calificación como agresor³⁴, es decir, no contenían una definición general de agresión³⁵. Las propuestas se discutieron en el Comité 3 de la Comisión III de la Conferencia, que decidió “*adherir al texto redactado en Dumbarton Oaks y dejar al Consejo la completa dis-*

³⁰ KOLB, Robert: op. cit., p. 90.

³¹ D'ARGENT, Pierre *et al.*: op. cit., p. 1152.

³² KOLB, Robert: op. cit., p. 91.

³³ NYIRI, Nicolas: *The United Nations' Search for a Definition of Aggression*, Peter Lang Publishing, New York, 1989, pp. 36-38.

³⁴ SOLERA, Oscar: *Defining the Crime of Aggression*, Cameron May, Londres, 2007, pp. 57-59.

³⁵ *Ibidem*, p. 62.

creción de qué constituye una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión”³⁶.

En conclusión, la Carta de las Naciones Unidas contiene referencias a los actos de agresión, como especie de los quebrantamientos de la paz, mas no los definió ni determinó su relación con la prohibición del uso de la fuerza.

2. La guerra de agresión como “crimen contra la paz”

El mismo día que se firmó la Carta, el 26 de junio de 1945, poniendo fin a la Conferencia de San Francisco, otra conferencia comenzaba en Londres con el objeto de redactar el estatuto que constituiría el Tribunal Militar Internacional encargado de juzgar a los principales jefes del régimen nazi. Finalmente, el 8 de agosto se aprobó el Acuerdo de Londres, que incluía entre los crímenes de competencia del Tribunal Militar Internacional, a tenor del Artículo 6, inciso a) del Estatuto anexo –la Carta de Londres–, los “*Crímenes contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados*”³⁷.

La definición de los crímenes contra la paz³⁸ fue una solución de compromiso³⁹ entre dos posiciones de principio incompatibles: la de los Estados Unidos –cuya delegación estaba encabezada por Robert Jackson, quien más insistió en la criminalización de la agresión–, que quería una definición clara de la agresión, y la de la Unión Soviética que no pretendía una ti-

³⁶ “The Committee therefore decided to adhere to the text drawn up at Dumbarton Oaks and to leave to the Council the entire decision as to what constitutes a threat to peace, a breach of the peace, or an act of aggression” (UNCIO, Doc. 881, III/3/46, cit. en FERENCZ, Benjamin B.: *Defining International Aggression. The Search for World Peace. A Documentary History and Analysis*, Vol. 1, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 1975, pp. 349-361, p. 352).

³⁷ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Documento de referencia sobre el crimen de agresión, preparado por la Secretaría*. Documento PCNICC/2000/WGCA/INF/1, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 1.

³⁸ Sobre la historia de la tipificación de los crímenes contra la paz en el Estatuto, v. BUSH, Jonathan: “‘The Supreme... Crime’ and Its Origins: The Lost Legislative History of the Crime of Aggressive War”, *Columbia Law Review*, Vol. 102, N°8 (2002), pp. 2324-2424.

³⁹ NYIRI, Nicolas: op. cit., p. 52.

pificación que trascendiera el propósito concreto de enjuiciar a los jerarcas nazis. A ello debe sumarse la inicial oposición francesa a considerar que la agresión fuera un crimen en virtud del derecho internacional vigente. Así, fue una cuestión ampliamente discutida durante la Conferencia de Londres, que devino en la fórmula adoptada, que menciona a la “guerra de agresión” y a la “guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales”, sin definir ninguna ni establecer cuáles son sus diferencias⁴⁰.

La sentencia del Tribunal Militar Internacional en Núremberg tampoco definió la guerra de agresión ni la distinguió de la “guerra en violación de tratados”. Solera considera que el Tribunal no tuvo la intención de ingresar en la delicada cuestión de la definición⁴¹. No obstante, sí dedicó varios pasajes del fallo para analizar el derecho aplicable en materia de agresión. Así, el Tribunal consideró en primer lugar su propio Estatuto, al que describió como una expresión del derecho internacional existente y no como un ejercicio arbitrario del poder por parte de las naciones victoriosas⁴². En esas condiciones, el Tribunal consideró que el Estatuto hace de la preparación o libramiento de una guerra de agresión un crimen, y que por lo tanto no era estrictamente necesario si y en qué medida una guerra agresiva era un crimen antes de la ejecución de la Carta de Londres⁴³.

En respuesta a algunos argumentos formulados por la fiscalía y la defensa, el Tribunal consideró la cuestión de si la guerra de agresión constituía un crimen antes de la adopción de su Estatuto. El Tribunal concluyó que la guerra como instrumento de política nacional ya constituía un crimen fundándose en el Tratado General de Renuncia a la Guerra de 1928 (el Pacto Briand-Kellogg): “... *la solemne renuncia a la guerra como instrumento de política nacional necesariamente involucra la proposición de que una guerra de esa índole es ilícita en el derecho internacional, y de que quienes planean y libran una guerra de esa índole, con sus inevitables y terribles consecuencias, están cometiendo un crimen al actuar de tal manera. La guerra para la solución de controversias internacionales emprendida como instrumento de política nacional ciertamente incluye una*

⁴⁰ Al respecto, V. SOLERA, Oscar: op. cit., pp. 228-230.

⁴¹ SOLERA, Oscar: op. cit., p. 247.

⁴² TMI: *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. I, International Military Tribunal, Núremberg, 1947, p. 218.

⁴³ *Ibidem*, p. 219.

guerra de agresión, y una guerra de tal índole está por lo tanto prohibida por el Pacto”⁴⁴.

En apoyo de su interpretación del Pacto, el Tribunal consideró⁴⁵ diferentes instrumentos que le precedieron: el proyecto de Tratado de Asistencia Mutua patrocinado por la Sociedad de las Naciones de 1923; el Protocolo para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales de la Sociedad de las Naciones de 1924 (nunca ratificado); la declaración aprobada en 1927 por unanimidad por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones; y la resolución adoptada por unanimidad en la Conferencia Panamericana de 1928; todos los cuales califican a la guerra de agresión como “crimen internacional”. Así, el Tribunal concluyó: “*Todas estas expresiones de opinión, y otras que podrían citarse, hechas en forma tan solemne, refuerzan la interpretación que el Tribunal realizó del Pacto de París, de que el recurso a una guerra de agresión no es meramente ilícito, sino que es criminal. La prohibición de la guerra agresiva demandada por la conciencia del mundo, encuentra su expresión en una serie de pactos y tratados a los que el Tribunal se ha referido*”⁴⁶.

La interpretación del tribunal ha sido⁴⁷ y es⁴⁸ objeto de críticas en cuanto a su consideración acerca del derecho internacional vigente al momento de los hechos que tenía ante sí, particularmente al carácter criminal de la

⁴⁴ Traducción propia; “... *the solemn renunciation of war as an instrument of national policy necessarily involves the proposition that such a war is illegal in international law; and that those who plan and wage such a war, with its inevitable and terrible consequences, are committing a crime in so doing. War for the solution of international controversies undertaken as an instrument of national policy certainly includes a war of aggression, and such a war is therefore outlawed by the Pact*” (Ibidem, p. 220).

⁴⁵ Ibidem, pp. 221-222.

⁴⁶ Traducción propia; “*All these expressions of opinion, and others that could be cited, so solemnly made, reinforce the construction which the Tribunal placed upon the Pact of Paris, that resort to a war of aggression is not merely illegal, but is criminal. The prohibition of aggressive war demanded by the conscience of the world, finds its expression in the series of pacts and treaties to which the Tribunal has just referred*” (Ibidem, p. 222).

⁴⁷ KELSEN, Hans: “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, *The International Law Quarterly* Vol. 1, N°2 (1947), pp. 153-171.

⁴⁸ MCDUGALL, Carrie: “The Crimes Against Peace Precedent”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 49-112, p. 51.

guerra de agresión, agresión que –como dijimos–, no define⁴⁹, partiendo en su lugar de la proscripción de la guerra como instrumento de política nacional, lo que le permite concluir que librar una guerra proscrita es un crimen⁵⁰. De esa forma, el Tribunal vinculó más el crimen contra la paz de planificar, preparar, iniciar o librar una guerra de agresión con el concepto de “guerra”⁵¹ que con el de “agresión” y ello trae consecuencias al momento de analizar el valor de la sentencia en el derecho internacional contemporáneo.

Esto es así, porque el concepto de “guerra de agresión” –aunque acuñado normativamente en 1945– refleja el derecho internacional anterior a la Carta –como no podía ser de otra manera atento a la competencia del Tribunal–. Ello queda evidenciado en las normas que el Tribunal identificó para dar sustento a la criminalización de la agresión, entre las que destacó el Pacto Briand-Kellogg. El objeto del tratado es la renuncia a la guerra como instrumento de política nacional⁵², de allí que la “guerra” sea el concepto jurídico relevante a partir del cual se construye la “guerra de agresión”. Pero si, como veremos en el Capítulo IV, la guerra en cuanto concepto jurídico ya no tiene relevancia en el derecho internacional post-Carta, el concepto de “guerra de agresión” queda vaciado de contenido y ya no puede seguir siendo pertinente en la discusión sobre la criminalización de la agresión.

Es por ello que, en este aspecto, el valor del precedente de Núremberg debe ser acotado, no solamente porque no aporta una definición acerca de qué constituye agresión, sino también porque todo el concepto de “guerra

⁴⁹ Según Nyiri, la Conferencia de Londres y el Juicio de Nuremberg proveyeron, a falta de una definición, la identificación de tres elementos conceptuales de la agresión: búsqueda de dominación, primer recurso a la fuerza y ataque contra la integridad y la independencia política de un Estado (NYIRI: Nicolas: op. cit., p.75). Sobre algunos rasgos de definición en las sentencias posteriores del Tribunal de Tokio y de los tribunales creados por la Ley N°10 del Consejo de Control, v. MCDougall, Carrie: op. cit. en nota 48, pp. 63-78.

⁵⁰ SOLERA, Oscar: op. cit., p. 250.

⁵¹ Prueba de ello es que el Tribunal utilizó indistintamente las expresiones “guerra de agresión” (*war of aggression*) y “guerra agresiva” (*aggressive war*). Volveremos sobre el punto en el Capítulo IV, Sección 4.

⁵² El Artículo I del Tratado dispone expresamente: “*Las Altas Partes Contratantes, en nombre de sus pueblos respectivos, declaran solemnemente que condenan el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales y que renuncian a él como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas*”.

de agresión” refleja una concepción de las normas relativas al uso de la fuerza diferente a la del derecho internacional contemporáneo.

No obstante ello, el Tribunal aportó una calificación de la guerra de agresión en un célebre pasaje en el que expresó: “*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*”⁵³.

Esta caracterización que el Tribunal hace de la agresión como el “supremo crimen internacional”, aunque no la fundamenta⁵⁴, constituyó, a lo largo del proceso codificador, uno de los más reiterados argumentos⁵⁵ en favor de la criminalización de la agresión en el derecho internacional. Por nuestra parte, pensamos que ayuda a considerar a la agresión como un crimen *grave y diferente* de los demás crímenes internacionales, según veremos más adelante.

En definitiva, no obstante sus críticas, y aunque no haya aportado ninguna definición de la agresión y haya estado vinculada al concepto de “guerra” —lo que dificulta su valor como precedente—, de la labor del Tribunal de Núremberg pueden predicarse dos importantes conclusiones: a)

⁵³ Traducción propia; “*The charges in the Indictment that the defendants planned and waged aggressive wars are charges of the utmost gravity. War is essentially an evil thing. Its consequences are not confined to the belligerent States alone, but affect the whole world. To initiate a war of aggression, therefore, is not only an international crime; it is the supreme international crime differing only from other war crimes in that it contains within itself the accumulated evil of the whole*” (Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Vol. I, International Military Tribunal, Núremberg, 1947, p. 186).

⁵⁴ De hecho, la referencia a conceptos como la “maldad” hace pensar en una fundamentación en términos más morales que jurídicos (SOLERA, Oscar: op. cit., p. 247).

⁵⁵ Como sostuvo la CDI: “*parecería regresivo excluir la responsabilidad penal individual respecto de la agresión (en particular los actos directamente relacionados con la iniciación de una guerra de agresión) cincuenta años después de Nuremberg*” (CDI: Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1994, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1997, p. 41, párr. 6).

que la agresión es un crimen según el derecho internacional; y b) que los individuos pueden ser declarados responsables por tal crimen⁵⁶.

3. La agresión en las Naciones Unidas

El camino hacia la definición de la agresión en la Asamblea General fue arduo y complejo. Arduo por los desacuerdos políticos que impidieron durante años lograr una definición aceptable para todos los Estados y complejo por la aparición de una “doble vía” de codificación del derecho relativo a la agresión: la definición del acto de agresión y el crimen de agresión, obedeciendo a su origen normativo separado en 1945, siguió por vías distintas durante más de medio siglo.

Así, podemos dividir la historia del proceso codificador en tres grandes períodos: un período inicial, en el que se intentó buscar una definición integral que comprendiera tanto el acto estatal como el crimen individual, que fue encabezado por la CDI, siguiendo el mandato de la Asamblea General; un segundo período en que los esfuerzos de la Asamblea General, a través de varias Comisiones y Comités Especiales, se concentraron en la definición del acto de agresión; y un tercer período en el que, luego de definido el acto estatal, se buscó la tipificación del crimen individual, que fue liderado en un primer momento por la CDI y luego por órganos creados al efecto en el contexto de la Corte Penal Internacional.

3.1. *El período inicial: en busca de una definición integral*

En 1946, la Asamblea General reafirmó los principios del Estatuto y de la sentencia del Tribunal de Nuremberg⁵⁷ y encomendó a la CDI que formulara dichos principios⁵⁸ y que preparara un proyecto de código en materia de crímenes⁵⁹ contra la paz y la seguridad de la humanidad.

⁵⁶ KEMP, Gerhard: *Individual Criminal Liability for the International Crime of Aggression*, 2ª edición, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 99.

⁵⁷ Resolución 95 (I).

⁵⁸ Resolución 177 (II).

⁵⁹ Preferimos el término “crimen” al de “delito”, utilizado en la versión oficial en español del texto de la resolución, porque lo entendemos mucho más ajustado a la terminología desarrollada ulteriormente por las Naciones Unidas respecto de la agresión, tanto en materia de responsabilidad internacional como en derecho penal internacional. Asi-

En su segundo período de sesiones (1950), la CDI aprobó una formulación de los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg y los presentó a la Asamblea General; en el inc. a) del Principio VI, la “guerra de agresión” se incluía como crimen contra la paz en los siguientes términos: “*Los crímenes enunciados a continuación son punibles, como crímenes en derecho internacional: a. Crímenes contra la paz: i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales, ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i)*”⁶⁰. En su comentario, la CDI menciona los ya citados antecedentes en los que se basó el Tribunal para sostener que la guerra de agresión era un crimen según el derecho internacional vigente⁶¹ y, si bien reconoce que ni el Estatuto ni Tribunal dieron una definición de la “guerra de agresión”⁶², no problematiza la cuestión ni intenta definirla.

En suma, en su primer aporte la CDI no agregó nada a lo sostenido por el Tribunal en materia de definición, pero sí es relevante en cuanto ratifica que la guerra de agresión es un crimen contra la paz también según el derecho internacional. La Asamblea General, no obstante su reafirmación de 1946, se limitó a invitar a los Estados a formular observaciones sobre la labor de la CDI y le pidió que tuviera en cuenta dichas observaciones en su labor sobre el proyecto de Código⁶³.

En ese mismo año de 1950, dos episodios de la Guerra Fría renovaron la discusión sobre la agresión en las Naciones Unidas. Mientras transcurría la Guerra de Corea, y a raíz de la ruptura entre Tito y Stalin, con las consiguientes amenazas soviéticas que se cernían sobre los Balcanes, Yugoslavia⁶⁴ presentó un proyecto de resolución a la Asamblea General sobre los “Deberes de los Estados en caso de ruptura de hostilidades”. La URSS

mismo, mientras la versión inglesa de la resolución utiliza el término “*offences*”, la francesa emplea el término “*crimes*”.

⁶⁰ CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. Segundo Período de Sesiones*, Documento A/1316, Naciones Unidas, Nueva York, 1950, p. 13.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 111-112.

⁶² *Ibidem*, párr. 113.

⁶³ Resolución 488 (V).

⁶⁴ SOLERA, Oscar: *op. cit.*, pp. 81-83; NYIRI, Nicolas: *op. cit.*, pp. 86-90; STONE, Julius: *Aggression and world order: a critique of United Nations theories of aggression*, The Lawbook Exchange, Clark, 2006, pp. 34-36.

aprovechó la ocasión para introducir un proyecto de resolución⁶⁵ sobre la definición de la agresión. Dicho proyecto no contenía una definición general, sino una enumeración de actos que permitirían calificar a un Estado como agresor⁶⁶.

El debate generado a raíz del proyecto derivó en la aprobación, por un lado, del proyecto original de Yugoslavia como resolución 378 A (V), que no contenía referencia alguna a la agresión, y, por el otro, de la resolución 378 B (V), por la que se remitió el proyecto de la URSS y las actas y documentos relativos a su discusión en la Primera Comisión de la Asamblea General a la CDI.

Luego de la remisión, pero antes de que la CDI comenzara su labor, la Asamblea General aprobó la resolución 380 (V), “La paz por los hechos”, en la que reafirmó “*solemnemente que, cualesquiera que sean las armas utilizadas, toda agresión, tanto si se la comete abiertamente como si se la lleva a cabo fomentando la guerra civil en beneficio de una Potencia extranjera, o de cualquier otra manera, constituye el más grave de los delitos contra la paz y la seguridad del mundo entero*” y determinó “*que para lograr una paz y una seguridad duraderas es indispensable: 1) Que se emprenda una acción conjunta y rápida para hacer frente a la agresión, dondequiera que se produzca*”. Esta resolución, que influiría en los trabajos de la CDI, es relevante por cuanto la Asamblea General ya en esta etapa inicial está subrayando que la agresión no solo es un crimen⁶⁷ contra la paz y la seguridad de la humanidad, sino que es *el más grave* de todos ellos.

⁶⁵ ASAMBLEA GENERAL: *Draft resolution on the definition of aggression*, Documento A/C.1/608, Naciones Unidas, Nueva York, 1950.

⁶⁶ Dichos actos eran: a) la declaración de guerra contra otro Estado; b) la invasión por sus fuerzas armadas, incluso sin declaración de guerra, del territorio de otro Estado; c) el bombardeo por sus fuerzas terrestres, navales o aéreas del territorio de otro Estado o llevar a cabo un ataque deliberado sobre los buques o aeronaves de otro Estado; d) el desembarco o despliegue de sus fuerzas terrestres, navales o aéreas dentro de los límites de otro Estado sin el permiso del Gobierno de este último, o la violación de las condiciones de tal permiso, particularmente en lo que respecta a la duración de su estadía o la extensión del área en la que puede estar; e) el bloqueo naval o de las costas o puertos de otro Estado. Estos ya se encontraban en un proyecto que la URSS había presentado en 1933 a la Conferencia de Desarme convocada bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones (v. su texto en ASAMBLEA GENERAL: *Question of defining aggression. Report by the Secretary-General*, Documento A/2211, Naciones Unidas, Nueva York, 1952, pp. 18-19).

⁶⁷ Tanto la versión inglesa como francesa de la resolución utilizan el término “crimes”. V. nota 59.

La CDI incluyó la cuestión en el marco de su mandato de redactar el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, y encargó al Relator Especial, J. Spiropoulos, el estudio del tema. Este presentó un informe⁶⁸, en el que señaló que en el derecho internacional no existía una definición de la agresión, y que los Estados se conducían de acuerdo a lo que denominaba una noción “natural” de la agresión, que dicha noción natural no era posible de definir y que, por lo tanto, una definición jurídica de la agresión sería una construcción artificial.

La mayoría de los miembros de la CDI entendió, a diferencia del Relator Especial, que la agresión sí podía definirse⁶⁹, aunque diferían en el enfoque a seguir para una definición, presentándose diferentes propuestas⁷⁰. Basándose en la presentada por Alfaro, se redactó un proyecto de definición en los siguientes términos: “*La agresión es la amenaza o el uso de la fuerza por un Estado o gobierno contra otro Estado, en cualquier forma, cualesquiera que sean las armas utilizadas y tanto si se hace abiertamente como si se realiza de otra manera, por cualquier motivo o para cualquier propósito que no sea la legítima defensa individual o colectiva, o la aplicación de una decisión o recomendación por un órgano competente de las Naciones Unidas*”⁷¹. Sometida a votación final, la definición fue rechazada por siete votos contra tres⁷².

El asunto fue reconsiderado a solicitud de Georges Scelle, quien presentó un memorándum con una definición general de la agresión y propuso que fuera declarada explícitamente como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. La propuesta fue discutida en conexión con el Proyecto de Código, en el cual se decidió insertar unos párrafos en el Artículo 2⁷³, como veremos a continuación.

Dicho artículo establecía: “*Los actos siguientes son crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad: 1) Cualquier acto de agresión, incluyendo el empleo por las autoridades de un Estado de la fuerza arma-*

⁶⁸ CDI: *Second Report on a Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind*, Documento A/CN.4/44, en CDI: *Yearbook of the International Law Commission 1951*, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York, 1957, pp. 43-69.

⁶⁹ SOLERA, Oscar: op. cit., p. 85.

⁷⁰ Amado, Alfaro, Yepes, Hsu y Cordova.

⁷¹ CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su tercer período de sesiones*. Documento A/1858, Naciones Unidas, Nueva York, 1951, p. 12.

⁷² *Ibidem*, párr. 51.

⁷³ *Ibidem*, párr. 53.

da contra otro Estado por cualquier propósito que no sea la legítima defensa nacional o colectiva, o en cumplimiento de una decisión o recomendación por un órgano competente de las Naciones Unidas. 2) Cualquier amenaza por las autoridades de un Estado de recurrir a un acto de agresión contra otro Estado. 3) La preparación por las autoridades de un Estado del empleo de la fuerza armada contra otro Estado para cualquier propósito que no sea la legítima defensa nacional o colectiva o la aplicación de una decisión o recomendación de un órgano competente de las Naciones Unidas”⁷⁴.

En su comentario al párrafo 1, la CDI sostuvo: “*Al establecer que todo acto de agresión es un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, este párrafo concuerda con la resolución 380 (V)*”⁷⁵. También lo vinculó con las conductas de “iniciar y hacer una guerra de agresión” en el Artículo 6, inc. a) del Estatuto del Tribunal de Núremberg y agregó: “*Aunque todo acto de agresión constituye un crimen con arreglo al párrafo 1), no se ha intentado hacer una enumeración exhaustiva de tales actos. Se establece expresamente que el empleo de la fuerza armada en las circunstancias especificadas en el párrafo es un acto de agresión. Sin embargo, es posible que se cometa agresión mediante otros actos, inclusive algunos de los definidos en otros párrafos del artículo 2*”⁷⁶. Luego de mencionar otras fuentes normativas, la CDI recuerda que “*El uso de la fuerza está prohibido por el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas*”⁷⁷, vinculando así el contenido de la agresión con el principio de la abstención de la amenaza y uso de la fuerza. La vinculación fue tan cercana que la propia CDI incluyó la amenaza de agresión en el párrafo 2 como un crimen,

⁷⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁷⁵ *Ídem*.

⁷⁶ *Ídem*. Estos actos son: “4) *La incursión en el territorio de un Estado, efectuada desde el territorio de otro Estado por bandas armadas que actúen con propósitos políticos.* 5) *El hecho de que las autoridades de un Estado emprendan o estimulen actividades encaminadas a fomentar luchas civiles en el territorio de otro Estado, o la tolerancia por las autoridades de un Estado de actividades organizadas encaminadas a fomentar luchas civiles en el territorio de otro Estado.* 6) *El hecho de que las autoridades de un Estado emprendan o estimulen actividades terroristas en otro Estado, o la tolerancia por las autoridades de un Estado de actividades organizadas, encaminadas a realizar actos terroristas en otro Estado [...]* 8) *Los actos de las autoridades de un Estado que den por resultado la anexión, en forma contraria al derecho internacional, de un territorio perteneciente a otro Estado o de un territorio colocado bajo un régimen internacional*”.

⁷⁷ *Ídem*.

así como la preparación para el empleo de la fuerza, según el párrafo 3⁷⁸. También en el comentario, la CDI afirmó que los crímenes definidos en los tres párrafos solo podían ser cometidos por las autoridades de un Estado, en consonancia con la jurisprudencia de Núremberg.

Esta labor inicial de la CDI ratifica el principio de que la agresión es un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que genera responsabilidad individual solamente para las autoridades de un Estado. Por otra parte, al incluir la cuestión de la definición de la agresión en el contexto de la discusión del Proyecto de Código, la CDI pareció entender que la agresión que daba origen a responsabilidad estatal —y que la Asamblea General le había encargado definir— era la misma que constituía un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad (dando así lugar a responsabilidad penal individual). Como adelantamos, este enfoque integral de la agresión no volvería a verse por mucho tiempo en el proceso codificador.

Sin embargo, tropezó también al momento de intentar una definición. En ese sentido, las propuestas de definición discutidas por la CDI, no obstante su casi nulo resultado, tienen al menos dos rasgos importantes de señalarse: el primero es que por primera vez asistimos a un intento de definición general, y no basada en una enumeración de actos⁷⁹; por el otro, se asocia por primera vez la definición con el uso de la fuerza. Como señala Solera, toda definición de la agresión necesita hacer referencia a la violación de la prohibición del uso de la fuerza⁸⁰. Sin embargo, como el mismo autor señala, la CDI no fue clara respecto de la cuestión de si todas las violaciones del Artículo 2.4 de la Carta equivalen a la determinación de agresión y, de esa forma, dejó la cuestión de la relación entre la norma y la definición sin resolver⁸¹.

Elevada la cuestión a la Asamblea General, los debates respecto a la definición de la agresión dieron lugar a la aprobación de la resolución 599 (VI) en enero de 1952, por la que se encargó al Secretario General que

⁷⁸ En su comentario, la CDI vincula este delito con las conductas de “planificar y preparar” una guerra de agresión en el Artículo 6, inc. a) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Como veremos, en la actualidad tales conductas son punibles solamente si el acto de agresión se ha cometido efectivamente y no como meras acciones preparatorias.

⁷⁹ NYIRI, Nicolas: op. cit., p. 95.

⁸⁰ SOLERA, Oscar: op. cit., p. 93.

⁸¹ *Ibidem*, p. 97.

presentara un informe detallado sobre la cuestión. Dicho informe⁸² fue ampliamente discutido en la Sexta Comisión, donde finalmente pudo acordarse la creación de una Comisión Especial, en virtud de la resolución 688 (VII), con un mandato doble: por un lado, estudiar un amplio número de cuestiones relacionadas con la agresión y, por el otro, presentar a la Asamblea General, en su noveno período de sesiones, proyectos de textos de definición de la agresión o proyectos de exposición de la noción de agresión.

La Comisión Especial presentó su informe⁸³ sin haber elaborado una propuesta de definición, limitándose a anexas todas las propuestas que se le presentaron. Así, como señala la doctrina⁸⁴, la labor de la Comisión Especial no implicó ningún avance significativo en la búsqueda por la definición de la agresión, aunque sí ayudó a identificar cuáles eran los principales problemas en dicha búsqueda.

En 1954, la CDI aprobó una versión revisada de su Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad⁸⁵, que en lo que respecta a los tres primeros párrafos del Artículo 2, no había variado del proyecto de 1951.

Discutidos ambos informes en la Sexta Comisión, se resolvió la aprobación de dos resoluciones. Por la resolución 895 (IX), la Asamblea General creó una nueva Comisión Especial con el mandato de presentarle, en su undécimo período de sesiones, un informe detallado, acompañado de un proyecto de definición de la agresión. Por la resolución 897 (IX), considerando que el Proyecto de Código preparado por la CDI planteaba problemas íntimamente relacionados con la definición de la agresión y que había encomendado a una comisión especial dicha tarea, la Asamblea General decidió aplazar el examen del proyecto hasta que la Comisión Especial hubiese presentado su informe.

A partir de este momento, no se volverá a discutir la cuestión del crimen de agresión más que incidentalmente por casi tres décadas, centrán-

⁸² ASAMBLEA GENERAL: *Question de la définition de l'agression. Rapport du Secrétaire Général*, Documento A/2211, Naciones Unidas, Nueva York, 1952.

⁸³ ASAMBLEA GENERAL: *Report of the Special Committee on the Question of Defining Aggression*, Documento A/2638, Naciones Unidas, Nueva York, 1953, pp. 4-5.

⁸⁴ SOLERA, Oscar: op. cit., pp. 125-134; NYIRI, Nicolas: op. cit., pp. 156-187; STONE, Julius: op. cit., pp. 55-57.

⁸⁵ CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su sexto período de sesiones*, Documento A/2693, Naciones Unidas, Nueva York, 1954, pp. 11-12.

dose los esfuerzos por lograr una definición políticamente aceptable del acto de agresión.

3.2. La definición del acto de agresión

3.2.1. Las Comisiones Especiales de la Asamblea General

La Comisión Especial de 1956 discutió ampliamente la cuestión de la definición de la agresión, y si bien recibió varios proyectos en ese sentido, no adoptó ninguna medida con relación a ellos y los agregó a todos como anexos a su informe⁸⁶, que elevó a la Asamblea General.

La labor de la Comisión Especial de 1956 recibió valoraciones mixtas de parte de la doctrina. Stone, un contemporáneo, fue particularmente crítico⁸⁷, mientras que Nyiri valoró que la mayoría de los miembros –pero no todos– considerara que la definición de la agresión era posible y deseable, y aunque recordó que hubo sustanciales diferencias de cómo debía ser definida, señaló que se advirtió una mayor preferencia por una definición general o combinada⁸⁸. Solera, en cambio, destaca dos aspectos en los que la Comisión Especial contribuyó: por un lado, los aportes de las delegaciones relativos a los tipos de actividades a cubrir por la definición contribuyeron a clarificar el entendimiento de los diferentes elementos que una definición de la agresión debería incluir; por el otro, el análisis de los diferentes proyectos presentados no se realizaba con tal profundidad desde la discusión de la CDI en 1950⁸⁹.

Sin embargo, la mayor precisión de las cuestiones debatidas también profundizó las diferencias entre los Estados respecto del asunto, por lo que, presentado el informe de la Comisión Especial a la Asamblea General, los debates de la Sexta Comisión giraron en torno a la forma de suspender el tratamiento de la cuestión⁹⁰.

⁸⁶ ASAMBLEA GENERAL: *Informe de la Comisión Especial para la Cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/3574, Naciones Unidas, Nueva York, 1957, párr. 51.

⁸⁷ STONE, Julius: op. cit., pp. 62-76.

⁸⁸ NYIRI, Nicolas: op. cit., pp. 187-200.

⁸⁹ SOLERA, Oscar: op. cit., p. 134.

⁹⁰ TORRES BERNARDEZ, Santiago: “Examen de la définition de l’agression. Troisième session du Comité créé en application de la résolution 1181 (XII) de l’Assem-

Así, se aprobó un proyecto de resolución que, elevado a la Asamblea General, se convirtió en resolución 1181 (XII), por la que resolvió: tomar nota del informe de la Comisión Especial; pedir al Secretario General que solicitara de los nuevos Estados Miembros⁹¹ su opinión sobre la materia y que reitera a los Estados Miembros la solicitud de formular observaciones; pedir al Secretario General que remitiera las respuestas de los Estados Miembros a una comisión, que debía estudiar dichas respuestas con el fin de determinar cuándo sería conveniente que la Asamblea General examinara de nuevo la cuestión de la definición de la agresión.

De esa forma transcurrieron diez años, varios de ellos sin reuniones⁹² y sin avances significativos, marcados por una escalada de tensión en la Guerra Fría⁹³ y creciente intensificación de otros conflictos⁹⁴, en los que los Estados no parecían querer verse envueltos en una discusión sobre la agresión que implicara la calificación de sus propias acciones como tal⁹⁵.

Semejante bloqueo llevó a que, en 1967, la URSS instara a la Asamblea General a retomar la cuestión de la definición de la agresión⁹⁶. Ello provocó un debate que desembocó en la aprobación de la resolución 2330 (XXII), que creó el Comité Especial que, después de tantos años, sería el encargado –no sin pasar en sí mismo un arduo proceso– de producir la Definición de la Agresión.

La resolución 2330 (XXII) reconoció que existía un convencimiento general de la necesidad de acelerar la elaboración de una definición de la agresión; creó un Comité Especial de treinta y cinco miembros, que debían ser elegidos teniendo en cuenta la distribución geográfica equitativa y la representación de los principales sistemas jurídicos del mundo; y le dio como mandato que estudie todos los aspectos de la cuestión con

blée Générale (New York, 1965)”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 11 (1965), pp. 528-545, p. 534.

⁹¹ Teniendo en cuenta que desde la aprobación de la resolución 895 (IX), habían sido admitidos 22 Estados Miembros a las Naciones Unidas.

⁹² La Comisión celebró cuatro períodos de sesiones: en 1959, 1962, 1965 y 1967.

⁹³ Por ejemplo, con la Crisis de los Misiles en Cuba de 1962.

⁹⁴ Por ejemplo, la erupción de la violencia en Chipre en 1963-1964, la intervención británica en Yemen en 1964, el incidente del Golfo de Tonkín en 1964, que daría lugar al aumento de la participación de los Estados Unidos en la Guerra de Vietnam, la intervención de los Estados Unidos en la República Dominicana en 1965, la guerra entre India y Pakistán en 1965-1966, y la Guerra de los Seis Días de 1967, entre otros.

⁹⁵ NYIRI, Nicolas: op. cit., pp. 201-210.

⁹⁶ FERENCZ, Benjamin B.: op. cit., Vol. II, p. 8.

el fin de que pueda prepararse una definición adecuada de la agresión y le presente un informe en que se recojan todas las opiniones expresadas y propuestas formuladas.

El Comité Especial se reunió anualmente en siete períodos de sesiones, entre 1967 y 1974. Las negociaciones comenzaron con una reiteración de posiciones en principio inconciliables y la presentación de tres propuestas de definición que reflejaban la división política propia de la Guerra Fría: un proyecto de la URSS⁹⁷, apoyado por los países socialistas; un proyecto de seis Estados occidentales; y un proyecto de Estados latinoamericanos, que contaba con el apoyo de países del tercer mundo –el proyecto de las trece potencias–. Los avances en las negociaciones, facilitadas desde lo institucional por la adopción de un mecanismo informal a través de un Grupo de Trabajo y grupos de contacto, y desde lo político por el período de distensión en la Guerra Fría, llevaron a la adopción por consenso de un texto cuidadosamente redactado en orden a asegurar una coherencia lógica mínima al tiempo que otorgaba suficiente flexibilidad y ambigüedad para que cada parte pudiera considerarse victoriosa. Fue un esfuerzo tremendo para traer al sistema jurídico una noción que era considerada esencialmente un concepto político⁹⁸.

Un texto así logrado, fruto de un delicado equilibrio político, da lugar a al menos dos lecturas generales contrapuestas: una que le resta valor jurídico, atento a los compromisos y acuerdos políticos que llevaron a su elaboración; y otra que le asigna el valor de una expresión de la *opinio iuris* acerca de lo que los Estados entienden como agresión. Desde ya adelantamos nuestra posición en el sentido de enrolarnos en la segunda de estas lecturas, aunque no desconocemos que el proceso de elaboración de la Definición y los compromisos que debieron alcanzarse dificultan su interpretación, particularmente en la poco feliz referencia a la “guerra de agresión” en el Artículo 5.2, como veremos en el Capítulo IV.

Sobre la base del proyecto preparado por el Comité Especial, y tras una amplia discusión en la Sexta Comisión que no modificó su texto, la Asamblea General aprobó por consenso la Definición de la Agresión el 14 de diciembre de 1974, como anexo de la resolución 3314 (XXIX)⁹⁹, cuyo

⁹⁷ El proyecto soviético fue una reelaboración de los anteriores, cuyos antecedentes, como mencionamos, se remontan a 1933.

⁹⁸ SOLERA, Oscar: op. cit., p. 192-193.

⁹⁹ Es común ver en la literatura y en la práctica internacional la referencia a la Definición de la Agresión y a la resolución 3314 (XXIX) de manera indistinta. En rigor de ver-

texto principal sí fue elaborado por la Sexta Comisión. En las declaraciones luego de su adopción, varios Estados señalaron que la Definición no era perfecta, pero era la solución de compromiso a la que se había podido llegar, y confiaban en que sería de utilidad para el Consejo de Seguridad en el desempeño de sus funciones de conformidad con la Carta¹⁰⁰.

3.2.2. Principales cuestiones surgidas durante el proceso

Antes de pasar al estudio detenido de la Definición de la Agresión, consideramos oportuno sistematizar las que consideramos fueron las principales cuestiones surgidas durante el proceso para elaborar dicha Definición. Solamente nos concentramos en aquellos aspectos estrictamente relacionados con la definición y caracterización de la agresión, y no con otras cuestiones que igualmente fueron muy discutidas¹⁰¹.

Así, las cuestiones debatidas que consideramos esenciales a los efectos de definir y caracterizar la agresión son: la forma que debía adoptar la Definición, es decir, el enfoque general, el enumerativo o el mixto; el contenido de la Definición y su vinculación con la prohibición del uso de la fuerza; el criterio para determinar la existencia de la agresión, o el enfrentamiento entre el principio de anterioridad y el *animus aggressionis*; y el problema de la agresión indirecta.

3.2.2.1. La forma de la definición: general, enumerativa o mixta.

La discusión respecto a la forma que debía adoptar la definición de la agresión predata a la propia Carta de las Naciones Unidas. Las primeras

dad, la Definición es el *anexo* de la resolución y no su texto, por lo que preferiríamos referirnos de manera diferente a ambos textos. Sin embargo, y dado que como se verá, el proceso de redacción del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma también los trata de manera indistinta, en dicho contexto utilizamos los términos de forma intercambiable.

¹⁰⁰ ASAMBLEA GENERAL: *Documentos Oficiales. 2319ª sesión plenaria*, Documento A/PV.2319, Naciones Unidas, Nueva York, 1974.

¹⁰¹ Entre ellas, las entidades políticas a las que debía aplicarse la Definición, las consecuencias jurídicas de la agresión, los casos en que es lícito el uso de la fuerza –tanto el caso de legítima defensa como las medidas decididas por el Consejo de Seguridad– y la debatida cuestión del recurso a la lucha armada para la libre determinación de los pueblos.

propuestas¹⁰², incluso las presentadas en la Conferencia de San Francisco, se orientaban hacia el enfoque enumerativo¹⁰³.

Consideramos que la principal crítica que cabe hacer a las definiciones enumerativas no es el argumento reiterado por sus opositores de que pueden dejar aspectos de la agresión sin cubrir y corren el riesgo de quedar obsoletas ante el rápido desarrollo de los métodos de hacer la guerra. En realidad, lo más cuestionable de estos enfoques es que no aseguran una vinculación estrecha con el principio de la prohibición del uso de la fuerza consagrado en el Artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁰⁴. En un contexto jurídico en que el uso de la fuerza en las relaciones internacionales está prohibido, una definición de la agresión necesariamente debe hacer referencia a esa prohibición. De otro modo, ¿qué centralidad cabría asignar a dicho principio en el derecho internacional contemporáneo si una definición de la agresión no refiriera a él?

La falta de relación entre el enfoque enumerativo y la prohibición del uso de la fuerza tiene raíces históricas concretas: las propuestas de este tipo estuvieron notoriamente influenciadas por las propuestas elaboradas en los tiempos de la Sociedad de las Naciones, principalmente el proyecto soviético de 1933 y el elaborado en el informe Politis¹⁰⁵, que son anteriores a la elaboración del principio de la abstención de la amenaza y el uso de la fuerza y, por lo tanto, mal podrían hacer referencia a dicho principio.

De tal modo, una definición completamente enumerativa habría resultado incoherente con el derecho internacional contemporáneo y, en particular, con la propia Carta de las Naciones Unidas.

¹⁰² Que incluyen no solamente el proyecto soviético de 1933 y el informe Politis, al que se hace referencia en el texto, sino también, entre otros, la reserva formulada por el representante de Colombia al suscribir tanto el Pacto Antibélico Saavedra Lamas de 1933 (disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-18.html>, al 31 de diciembre de 2020) como la Convención para Coordinar, Ampliar y Asegurar el Cumplimiento de los Tratados Existentes entre los Estados Americanos, de 1936 (disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-18.html>, al 31 de diciembre de 2020), que tuvo una recepción parcial en el ámbito del sistema interamericano al ser incluida la invasión como forma de agresión en el párrafo 3º del Acta de Chapultepec.

¹⁰³ V. ASAMBLEA GENERAL: op. cit. en nota 82, pp. 44-64; op. cit. en nota 83, pp. 4-5; op. cit. en nota 86, párr. 130-133.

¹⁰⁴ Por nuestra parte, estudiamos la relación entre el principio y la agresión en PEZZANO, Luciano: “El principio de la abstención del uso de la fuerza y la agresión”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, N°VIII (2013), pp. 105-134.

¹⁰⁵ Comentamos ambos en PEZZANO, Luciano: op. cit. en nota 4, pp. 248-252.

Como vimos, fue recién en la CDI en que empieza a tomar forma la idea de una definición general unida, sí, a la prohibición del uso de la fuerza. El problema de una definición general es, precisamente, su generalidad. Al estar redactada en los términos más amplios posibles, podría desdibujar la noción de agresión e identificarla completamente con el contenido del principio de la abstención y de la amenaza y el uso de la fuerza; la propia CDI y los primeros intentos de definición en los órganos creados por la Asamblea General mostraron debates sobre la inclusión de la amenaza de la fuerza en el concepto de agresión¹⁰⁶. Ello llevó a que prácticamente desde un inicio se planteara la necesidad de asegurar que los usos menores de la fuerza, o los incidentes de menor importancia, quedaran excluidos de la definición, por no constituir agresión, incluso cuando fueran usos de la fuerza en contravención del principio del Artículo 2.4 de la Carta¹⁰⁷.

Es así que emerge el tipo de definición mixta, como una forma de superar las críticas de los otros enfoques. Aunque la forma en sí misma no asegura una definición adecuada de la agresión, sí puede permitir caracterizar todos sus elementos, en la medida en que se asegure, por un lado, la vinculación con el uso de la fuerza prohibido por el Artículo 2.4 de la Carta, y a la vez incluya los caracteres que la distinguen de los usos menores de la fuerza. Este fue el camino finalmente adoptado y el que veremos en la Definición de la Agresión

3.2.2.2. El contenido: uso de la fuerza

El análisis de los debates a lo largo de todo el proceso muestra que, tras las dudas iniciales acerca de dotar a la agresión de un contenido tan amplio que la desdibujara, incorporando conceptos como la “agresión económica” o la “agresión ideológica”¹⁰⁸, los esfuerzos de los negociadores se concentraron en acercar posiciones respecto del uso de la fuerza.

¹⁰⁶ Recién en el Comité Especial se abandonó la idea de incluir la amenaza del uso de la fuerza dentro el concepto de agresión.

¹⁰⁷ ASAMBLEA GENERAL: op. cit. en nota 83, párr. 57; op. cit. en nota 86, párr. 51, 151 y 153; *Report of the Special Committee on the Question of Defining Aggression*, Documento A/7185/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1968, párr. 81; *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/8419, Naciones Unidas, Nueva York, 1971, párr. 32.

¹⁰⁸ ASAMBLEA GENERAL: op. cit. en nota 83, párr. 70-82; op. cit. en nota 86, párr. 62-64; *Report of the Special Committee on the Question of Defining Aggression*, Documento A/7185/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1968, párr. 51-52.

En ese sentido, destacamos dos elementos que a nuestro juicio son fundamentales para el análisis. Por un lado, la vinculación de la agresión con la prohibición del uso de la fuerza. Señalada a partir de la discusión inicial en la CDI, surgió en los debates, en particular del Comité Especial¹⁰⁹, que se entendía que la vinculación era muy estrecha, pero que el principio abarca más supuestos que la agresión; dicho en otros términos, la agresión se encuentra dentro de los usos de la fuerza prohibidos por el principio, pero hay otros usos, igualmente ilícitos, que no constituyen agresión. Por el otro lado, la vinculación que muchas delegaciones hicieron entre la noción de agresión de los Artículos 1.1 y 39 de la Carta con el concepto de ataque armado del Artículo 51¹¹⁰, a los fines de destacar la gravedad de la agresión introduce la necesidad de estudiar ambos conceptos para determinar si existe o no identidad entre ellos.

3.2.2.3. El elemento subjetivo y el objetivo: *animus aggressionis* vs. principio de anterioridad

Si se determina que la agresión es el uso de la fuerza armada, cabe preguntarse, entonces, si cualquier violación al principio de la prohibición del uso de la fuerza constituye agresión o si, por el contrario, pueden existir usos de la fuerza ilícita que no constituyen agresión. En ese caso, ¿qué los diferencia?

La discusión entre la aplicación del principio de anterioridad o “primer uso” –defendido por la URSS– y el *animus aggressionis* –sostenido principalmente por las potencias occidentales– revela, por un lado, el entendimiento de que no todo uso ilícito de la fuerza equivale a agresión y, por el otro, la necesidad de encontrar el criterio que la diferencie.

¹⁰⁹ ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/7620, Naciones Unidas, Nueva York, 1969, párr. 25-26.

¹¹⁰ ASAMBLEA GENERAL: *Question of Defining Aggression. Comments received from Governments*, Documento A/2689, Naciones Unidas, Nueva York, 1954, p. 8; *Question of Defining Aggression. Report of the Sixth Committee*, Documento A/2806, Naciones Unidas, Nueva York, 1954, párr. 20; op. cit. en nota 86, párr. 122-125; *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/8019, Naciones Unidas, Nueva York, 1970, párr. 28; *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/8419, Naciones Unidas, Nueva York, 1971, párr. 27.

El principio de anterioridad tiene el valor de constituir un esfuerzo por brindar un criterio objetivo para la diferenciación de la agresión de otros usos de la fuerza, pero, entendido en el sentido estricto del “primer uso de la fuerza”, adolece de una insuficiencia para caracterizar la agresión. Es decir, no basta en sí mismo para permitir considerar que se está en presencia de un acto de agresión, toda vez que no tiene en cuenta la magnitud o gravedad del uso de la fuerza empleado en primer lugar.

Así una aplicación estricta del principio de anterioridad permitiría considerar como agresor al Estado cuyas fuerzas disparan unos pocos proyectiles a través de una frontera, incluso cuando este uso de la fuerza no revista de suficiente gravedad.

Por su parte, la pretendida introducción del *animus aggressionis* constituyó un meritorio esfuerzo por distinguir la esencia de la agresión: esta no podría existir sin la intención agresiva¹¹¹. Sin embargo, es verdad que, como se planteó durante el proceso¹¹², su prueba resultaría en extremo dificultosa y quedaría en cabeza de la víctima de la agresión demostrarla.

Asimismo, y como señala la doctrina, es necesario distinguir la *intención* de los *motivos*¹¹³. La intención implica el conocimiento y la voluntad de usar la fuerza armada contra la integridad territorial y la independencia política de otro Estado, mientras que los motivos son las razones que pueden subyacer a esa intención, y que pueden ser explícitos o permanecer ocultos. Exigir la demostración de estos últimos constituiría un caso de *probatio diabolica* que privaría de sentido a la definición de la agresión. Un análisis de la forma en que el *animus aggressionis* pretendía estar receptado en el proyecto que seis potencias occidentales presentaron en el Comité Especial¹¹⁴ demuestra que se trata de motivos o finalidades, y no de una verdadera intención agresiva.

¹¹¹ Del mismo modo que varios autores sostienen que un requisito de la legítima defensa es el *animus defendendi* (PINTORE, Eduardo José: *La Legítima Defensa en el Derecho Internacional*. Ciencia Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba, 2012, p. 225 y ss.).

¹¹² ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/8019, Naciones Unidas, Nueva York, 1970, párr. 36.

¹¹³ SOLERA, Oscar: op. cit., p. 171.

¹¹⁴ Que disponía: “Los usos de la fuerza que pueden constituir agresión incluyen, aunque no estarán limitados a él necesariamente, el uso de la fuerza por un Estado, según los términos del párrafo II, A. Para: 1) disminuir el territorio o modificar las fronteras de otro Estado; 2) modificar líneas de demarcación internacionalmente convenidas; 3) perturbar la administración de los asuntos de otro Estado o injerirse en ella; 4) obte-

Pero incluso aceptando la intención, en los términos en que la hemos formulado, ¿cómo ella soluciona en sí misma el problema de distinguir a la agresión de otros usos de la fuerza? Ciertamente puede ayudar a distinguir la agresión de la legítima defensa –pero el mismo efecto es logrado por el principio de anterioridad– o de una medida coercitiva decidida por el Consejo de Seguridad en virtud del Artículo 42 de la Carta, pero no parece ser de utilidad para distinguirla de otros usos ilícitos de la fuerza.

En el transcurso de los debates¹¹⁵ se advierte que los defensores de ambas posturas tuvieron que reconocer que la gravedad era una característica inherente de la agresión. Es decir, que la agresión es un uso de la fuerza *grave*, y que los criterios propuestos se formulaban para determinar esa gravedad. Sin embargo, no resulta tan claro cómo cualquiera de los criterios pueda, en sí mismo, ayudar a determinar la gravedad. En ese sentido, nos acercamos más a la postura¹¹⁶ de los críticos de la inclusión del *animus aggressionis* por cuanto sostienen que la gravedad se determina por elementos materiales, por la magnitud de la fuerza empleada y de sus consecuencias contra la integridad territorial y la independencia política de otro Estado, pero ello no implica que adhiramos a una aplicación absoluta del principio de anterioridad, toda vez que, como dijimos, aunque esté basado en un parámetro objetivo, no resuelve la cuestión de la gravedad de la agresión.

La solución de compromiso del Artículo 2 de la Definición, creemos, concilia ambas posiciones, reconociendo primacía a la anterioridad atento el dato objetivo de la realidad, pero permitiendo a la vez la incorporación del *animus aggressionis* en la evaluación del Consejo de Seguridad, como opinaron varias delegaciones e incluso reconoció la propia URSS¹¹⁷, principal defensora de la anterioridad. Asimismo, al establecer la presunción, como sostuvieron algunas delegaciones durante el proceso¹¹⁸, la solución mueve la carga de la prueba sobre la intención de la víctima al agresor.

Al mismo tiempo, el Artículo 2 también constituye la inclusión del elemento de gravedad de la agresión en el juicio del Consejo de Seguridad.

ner cambios en el gobierno de otro Estado; o 5) infligir daños u obtener concesiones de cualquier tipo” (ASAMBLEA GENERAL: op. cit. en nota 109, párr. 11).

¹¹⁵ ASAMBLEA GENERAL: op. cit. en nota 112, párr. 86-87.

¹¹⁶ *Ibidem*, párr. 87.

¹¹⁷ ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/9619, Naciones Unidas, Nueva York, 1974, p. 40.

¹¹⁸ ASAMBLEA GENERAL: op. cit. en nota 112, párr. 31.

Adviértase que la mención a la gravedad no existía en el texto consolidado de 1973 del Comité Especial¹¹⁹, y fue producto de las últimas rondas de negociaciones en dicho órgano, sin que haya quedado constancia documental de su autoría. Ello contribuyó notablemente a subrayar la gravedad como elemento característico de la agresión.

3.2.2.4. El problema de la agresión indirecta

El problema de la agresión indirecta, es decir, la ejercida por un Estado a través de grupos irregulares o bandas armadas, fue una de las cuestiones más discutidas¹²⁰. Pero esa larga discusión en torno a su inclusión en la Definición aporta elementos para la caracterización de la agresión, toda vez que para la asimilación de tales casos a la agresión directa se hizo hincapié en la necesidad de superar cierto umbral de gravedad.

Es decir, se sostenía que para que la agresión indirecta calificara como agresión —además de ser atribuible a un Estado, cuestión ajena a nuestro análisis—, debía, por un lado, consistir en un uso ilícito de la fuerza y, por el otro, este uso de la fuerza debía ser de gravedad¹²¹. Pero como esa gravedad debía ser equiparable a los actos de agresión directa, pensamos que ello no puede ser sino la afirmación de que para que *cualquier* uso de la fuerza pueda ser calificado como agresión, este debe ser grave.

Así, la discusión sobre la agresión indirecta ratifica que la gravedad es una característica inherente de la agresión, y que para calificar como tal, un uso de la fuerza debe ser *grave*.

¹¹⁹ ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/9019, Naciones Unidas, Nueva York, 1973, p. 15.

¹²⁰ ASAMBLEA GENERAL: op. cit. en nota 83, párr. 83-86; op. cit. en nota 86, párr. 61; *Report of the Special Committee on the Question of Defining Aggression*, Documento A/7185/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1968, párr. 48; op. cit. en nota 109, párr. 28-30; op. cit. en nota 112, 1970, párr. 27-28 y 51-54; *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/8419, Naciones Unidas, Nueva York, 1971, párr. 27-28.

¹²¹ ASAMBLEA GENERAL: *Special Committee on the Question on Defining Aggression. Sixth session. Summary records of the one hundredth to one hundred and ninth meetings*, Naciones Unidas, Ginebra, 1973, p. 22.

4. La Definición de la Agresión

En nuestro análisis de la Definición de la Agresión nos concentraremos, en primer lugar, en su naturaleza y función, para pasar luego a su contenido –es decir, la definición propiamente dicha, que se encuentra en sus Artículos 1 a 4¹²².

4.1. Naturaleza y función de la Definición

La naturaleza jurídica de la Definición puede ser discutible; en primer lugar, está contenida en una resolución de la Asamblea General, que no es en sí misma obligatoria; aunque fue aprobada por consenso, tal circunstancia no le otorga *per se* el carácter de norma jurídica vinculante.

En ese sentido, no falta quien sostiene que la Definición solamente tiene un valor meramente exhortativo, como el resultado de un compromiso político¹²³ y que, por lo tanto, la Definición carece de efecto jurídico.

Al respecto, no está de más recordar que uno de sus objetivos primigenios fue servir al Consejo de Seguridad “*como orientación para determinar, de conformidad con la Carta, la existencia de un acto de agresión*”¹²⁴, según lo dispone la propia resolución 3314 (XXIX), y no necesariamente servir como regla de derecho¹²⁵. De hecho, aunque se discutió en los trabajos preparatorios que ese era su objetivo, en ninguna de sus disposiciones se explicita que la “agresión” que define es la misma mencionada en los Artículos 1.1 y 39 de la Carta.

Dicho objetivo primigenio no pudo cumplirse, puesto que el Consejo de Seguridad nunca recurrió a la Definición para determinar que una situación dada constituía agresión¹²⁶ y, según veremos, nunca efectuó una determinación explícita en ese sentido.

En favor de su fuerza normativa, Zourek considera que la resolución, por ser la definición de un término contenido en la Carta, es una inter-

¹²² Analizaremos el Artículo 5 en el Capítulo III y volveremos sobre él en el Capítulo IV.

¹²³ V. i. a., SOLERA, Oscar: op. cit., p. 203.

¹²⁴ Resolución 3314 (XXIX), párrafo 4.

¹²⁵ BRUHA, Thomas: “The General Assembly’s Definition of the Act of Aggression”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 142-177, p. 172.

¹²⁶ BASSIOUNI, M. Cherif y FERENCZ, Benjamin B.: “The Crime Against Peace and Aggression: From Its Origins to the ICC”, en BASSIOUNI, M. Cherif: *International Criminal Law*, Vol. I, Tercera Edición, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, p. 227.

pretación auténtica de esta, y es la propia Carta la que le otorga su valor jurídico¹²⁷. Aunque el argumento pueda parecer atractivo¹²⁸, responde a una postura en extremo minoritaria y nos resulta insuficiente.

En todo caso, debemos considerar si la Definición refleja o no el derecho consuetudinario. Así, aunque pueda considerarse su aprobación por consenso como presunción de una *opinio iuris*, es necesario determinar si existe una práctica en ese sentido. Así, suele destacarse¹²⁹ el ya mencionado hecho de que el Consejo de Seguridad nunca haya recurrido a la Definición, y que la Asamblea General lo haya hecho solamente en contadas ocasiones¹³⁰, para señalar la inexistencia de una práctica a este respecto.

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado respecto del valor jurídico de la Definición de la Agresión, al sostener: *“puede considerarse que hay acuerdo respecto de que un ataque armado debe ser entendido no solo como incluyendo la acción de fuerzas armadas regulares a través de una frontera internacional, sino también “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” (entre otros) un ataque armado actual conducido por fuerzas regulares, “o su sustancial participación en dichos actos”*. ***Esta descripción, contenida en el Artículo 3, párrafo g), de la Definición de la Agresión anexa a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, puede ser considerada como la expresión del derecho internacional consuetudinario***¹³¹ (negrita añadida).

¹²⁷ ZOUREK, Jaroslav: “Enfin une définition de l’agression”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 20 (1974), pp. 9-30, p. 28.

¹²⁸ De hecho, es el que compartimos al analizar el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en PEZZANO, Luciano: “Fuentes de las obligaciones generales de los Estados en el sistema universal de protección de los derechos humanos”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XXI (2012), pp. 67-106.

¹²⁹ SOLERA, Oscar: op. cit., p. 202.

¹³⁰ V. resoluciones 37/233 A, 38/36 A, 39/50 A, 40/97 A, 41/39 A, 42/14 A y 43/26 A, sobre la cuestión de Namibia; y resoluciones ES-9/1, 37/123 A, 38/180 A, 39/146 B, 40/168 B, 41/162 B, 42/209 C, 43/54 B, 44/40 y 45/83 B, sobre las Alturas del Golán.

¹³¹ Traducción propia; “... *it may be considered to be agreed that an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also “the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to” (inter alia) an actual armed attack conducted by regular forces, “or its substantial involvement therein”*. *This description, contained in Article 3, paragraph (g), of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolu-*

Si la Corte reconoce que el inc. g) del Artículo 3 de la Definición expresa el derecho consuetudinario, ¿qué sucede con el resto de los supuestos enumerados en dicho artículo? Dinstein opinó que el hecho de que dicho inciso haya sido pronunciado por la Corte como declaratorio del derecho internacional consuetudinario es posiblemente indicativo de que otras porciones del Artículo 3 podrían ser igualmente consideradas como parte de una codificación del derecho consuetudinario¹³². Por otro lado, Sayapin piensa que la ausencia de jurisprudencia de la Corte sobre los inc. a) a f) del Artículo 3 no debería ser interpretada como una actitud inequívocamente reprobatoria o dubitativa de la Corte respecto de su sustancia, sino simplemente como el hecho de que la Corte aún no tuvo la oportunidad de escrutar su fuerza jurídica a la luz del derecho internacional consuetudinario¹³³.

No podemos dejar de mencionar que la Corte volvió a hacer referencia al inc. g) del Artículo 3 de la Definición en su fallo sobre las *Actividades armadas en el territorio del Congo*. Al rechazar el argumento de Uganda de que sus acciones habían sido tomadas en legítima defensa frente los ataques de grupos armados, la Corte sostuvo: “*Los ataques no emanaron de bandas armadas o irregulares enviadas por la RDC o en nombre de la RDC, dentro del sentido del Artículo 3 g) de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General sobre la definición de la agresión, adoptada el 14 de diciembre de 1974*”¹³⁴. En este caso, la Corte directamente aplica la disposición sin necesidad de pronunciarse sobre su carácter ni citar su precedente, pero es evidente que lo hizo teniendo en cuenta su anterior afirmación sobre la naturaleza consuetudinaria de la disposición dado que, de otra forma, no habría podido aplicarla.

Por nuestra parte, consideramos que es razonable suponer que si el caso de la agresión indirecta del Artículo 3, inc. g) de la Definición de la

tion 3314 (XXIX), may be taken to reflect customary international law” (CIJ: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 195).

¹³² DINSTEIN, Yoram: *War, Aggression and Self-Defence*, Cuarta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 129. Significativamente, el autor omite el comentario en la quinta edición de su obra.

¹³³ SAYAPIN, Sergey: op. cit., p. 107.

¹³⁴ Traducción propia; “*The attacks did not emanate from armed bands or irregulars sent by the DRC or on behalf of the DRC, within the sense of Article 3 (g) of General Assembly resolution 3314 (XXIX) on the definition of aggression, adopted on 14 December 1974*” (CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, párr. 146).

Agresión –que no está exento de controversias para su interpretación¹³⁵– refleja el derecho consuetudinario, *a fortiori* lo reflejarán disposiciones como las de los inc. a) o b) del mismo artículo, que representan los casos más paradigmáticos de empleo de la fuerza armada directa.

Asimismo, el solo hecho de que la Corte recurra a la resolución 3314 (XXIX) como expresión del derecho consuetudinario demuestra que no puede reducirse su función solamente a servir de guía al Consejo de Seguridad –función que, como dijimos, no ha podido cumplir–, sino que contiene efectivamente reglas de derecho internacional aplicables por fuera del sistema de seguridad colectiva.

Por otra parte, si no aceptamos que la Definición de la Agresión refleja el derecho consuetudinario, ¿existe una definición diferente de agresión determinada por la costumbre internacional? En ese caso, ¿cuál es? Dado que no parece existir una práctica ni una *opinio iuris* en ese sentido, forzosamente deberíamos concluir que no existe definición jurídica alguna de la agresión en el derecho internacional y que, por lo tanto, los esfuerzos de la comunidad internacional durante los últimos ochenta años han sido en vano.

Por el contrario, pensamos que con la recepción de los Artículos 1 y 3 de la Definición en el párrafo 2 del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, puede considerarse –al menos en lo que respecta a la competencia de la Corte Penal Internacional, Artículo 10 del Estatuto de Roma– como reflejo de una *opinio iuris*¹³⁶ acerca del carácter jurídico de la Definición de la Agresión, máxime cuando el propio Artículo 8 bis nombra expresamente a la resolución 3314 (XXIX).

Sin perjuicio de que volveremos sobre el significado de la Definición en el Estatuto, aquí planteamos la cuestión en sentido inverso, es decir, el significado del Estatuto para la Definición. Parte de la doctrina reconoce que, al momento de redactar el Artículo 8 bis, sus autores recurrieron a la Definición por ser la definición del acto de agresión con más autoridad y

¹³⁵ V., por ejemplo, PINTORE, Eduardo: “La caracterización del concepto de ataque armado del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas a través de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, N° VI (2012), pp. 49-76, p. 55 y ss.

¹³⁶ GROVER, Leena: “Interpreting the Crime of Aggression”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 275-411, p. 399, aunque considera que podría no haber una práctica.

aceptación en la comunidad internacional¹³⁷. Sayapin, por su parte, piensa que si en lugar de referir a la resolución, el Estatuto hubiese solamente reproducido textualmente los Artículos 1 y 3 de la Definición, habría elevado dichas disposiciones del rango de *soft law* a derecho convencional¹³⁸. No vemos por qué el mismo razonamiento no puede ser aplicable con la referencia expresa de la resolución: insistimos, la mención de la resolución en un tratado internacional que incluye algunas de sus disposiciones no solamente eleva estas últimas al rango convencional, sino también implica reconocer a la resolución misma cierto valor normativo.

En suma, no obstante estar contenida en un instrumento no vinculante, que fue aprobado como fruto de un delicado compromiso político, tanto por su reconocimiento jurisprudencial –aunque parcial– como derecho consuetudinario, como por su incorporación convencional al Estatuto de Roma, la Definición de la Agresión es la expresión normativa más completa y acabada que la comunidad internacional tiene sobre el acto de agresión.

4.2. Contenido de la Definición

Al momento de analizar la definición propiamente dicha, tenemos que preguntarnos qué “agresión” se está definiendo. ¿Es el “acto de agresión” de los Artículos 1.1 y 39 de la Carta de las Naciones Unidas? Por un lado, como se dijo, la parte operativa de la Definición en ningún momento menciona tales disposiciones; además, el Artículo 1 de la Definición define a “la agresión”, mientras que el Artículo 3 enumera “actos de agresión”, sin que quede precisado cuál es la diferencia entre ambos conceptos. Por otro lado, los dos primeros párrafos del Preámbulo constituyen sendas paráfrasis de los mencionados artículos de la Carta¹³⁹, de lo que se deriva que la relación

¹³⁷ HEINSCH, Robert: “The Crime of Aggression after Kampala: Success or Burden for the Future”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, Nº2 (2010), pp. 713-743, p. 726; KOSTIC, Drew: “Whose Crime is it Anyway? The International Criminal Court and the Crime of Aggression”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22 (2011), pp. 109-141, p. 118; GILLET, Matthew: “The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court”, *International Criminal Law Review*, Vol. 13, Nº4 (2013), pp. 829-864, p. 837.

¹³⁸ SAYAPIN, Sergey: op. cit., p. 265.

¹³⁹ El primero expresa: “Basándose en el hecho de que uno de los propósitos fundamentales de las Naciones Unidas es mantener la paz y la seguridad internacionales y adoptar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz y para suprimir actos de agresión y otros quebrantamientos de la paz”, mientras que el

es incuestionable; además, cuando la resolución 3314 (XXIX) señala la Definición a la atención del Consejo de Seguridad, le recomienda que la tenga en cuenta como orientación para determinar la existencia de un acto de agresión “de conformidad con la Carta”, lo cual implica que se trata de la definición del acto de agresión de la propia Carta. Por lo tanto, la Definición de la Agresión debe considerarse como la definición del concepto de “acto de agresión” que está contenido en la Carta de las Naciones Unidas.

Así, el Artículo 1 de la Definición dispone: *“La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición”*. De su sola lectura, se advierte una notable similitud con la formulación del principio de la abstención del uso de la fuerza en el Artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁴⁰, a punto tal que podría decirse que existe una identidad de contenido entre el principio y la agresión, constituyendo la agresión el uso de la fuerza prohibido por el principio. Dicho en otros términos, podría sostenerse que la agresión constituye la violación del principio, en lo que al uso de la fuerza se refiere.

Dinstein se esfuerza en señalar las diferencias entre el Artículo 1 de la Definición y la formulación del principio en el Artículo 2.4 de la Carta: i) se excluye la mera amenaza de la fuerza; ii) el adjetivo “armada” se coloca luego del sustantivo “fuerza”; iii) “la soberanía” es mencionada junto con la integridad territorial y la independencia política del Estado víctima; iv) la víctima es descripta como “otro” (en lugar de “cualquier”) Estado; v) el uso de la fuerza está prohibido cuando sea incompatible con la Carta de las Naciones Unidas en su totalidad, y no solo con los Propósitos de las Naciones Unidas; vi) se crea un vínculo con el resto de la Definición. Algunos de estos puntos son de significación periférica, si no nominal. Otros son de gran consecuencia. Así, la alusión a la inconsistencia con la Carta en su totalidad (en lugar de solo con los Propósitos de las Naciones Unidas) puede implicar que incluso las disposiciones técnicas de la Carta tienen que ser observadas, de modo tal que la violación de los procedimientos detallados

segundo recuerda *“que el Consejo de Seguridad, en conformidad con el Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”*.

¹⁴⁰ V. nota 7.

en la Carta puede volver el uso de la fuerza armada en una agresión ilegítima. La diferencia cardinal con el Artículo 2.4 es, sin embargo, la primera; la amenaza de la fuerza *per se* no califica como agresión, dado que se requiere de modo absoluto un uso actual de la fuerza armada¹⁴¹.

En los trabajos preparatorios de la Definición se advierte que todas estas diferencias fueron producto de compromisos alcanzados en las negociaciones. En particular, el calificativo de “armada” tuvo como propósito destacar que la agresión que se definía no comprendía otras formas propuestas, como la económica o ideológica, mientras que la amenaza de la fuerza, tras algunas dudas y discusiones también fue finalmente excluida.

Sin embargo, pensamos que afirmar una total identidad de contenido entre la agresión y la prohibición del uso de la fuerza no sería correcto, puesto que de esa manera –y es lo que parece surgir de la lectura aislada del Artículo 1 de la Definición–, toda violación de la prohibición del uso de la fuerza constituiría un acto de agresión, y no es eso lo que surge de otras disposiciones de la misma Definición, de la resolución que la aprobó y de los trabajos preparatorios.

En primer lugar, el quinto párrafo del Preámbulo expresa que “*la agresión constituye la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza*”, lo cual señala a la “gravedad” como elemento característico y diferenciador de la agresión frente a los otros usos ilícitos de la fuerza, lo que Kamto llama la “particularidad” (*particularité*) de la agresión¹⁴². Ello es un indicador de que no todo uso de la fuerza en contravención con la Carta de las Naciones Unidas constituye *per se* un acto de agresión.

Este requisito de gravedad de la agresión también se reitera en el Artículo 2 de la Definición cuando dispone: “*El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que **los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad***” (negrita añadida). Además de constituir la fórmula de acercamiento entre quienes defendían el principio de anterioridad y quienes sostenían la inclusión del *animus aggressionis*, la mención de la gravedad –agregada a último momento en

¹⁴¹ DINSTEN, Yoram: op. cit. en nota 132, pp. 127-128.

¹⁴² KAMTO, Maurice: *L'agression en droit international*, A. Pedone, Paris, 2010, p. 17.

los grupos de contacto del Comité Especial—, refuerza la intención, como comenta Broms, de destacar que puede haber casos en que un acto que podría clasificarse como agresión no debería ser considerado como tal cuando la acción tiene un efecto muy limitado. Esta cláusula *de minimis*, sostiene el autor, da al Consejo de Seguridad la oportunidad de no condenar a un Estado por la comisión de un acto de agresión cuando la acción o sus consecuencias no son lo suficientemente graves. No hay necesidad de crear una situación en la que incluso un puñado de balas cruzando una frontera constituiría un acto de agresión con todas sus consecuencias¹⁴³.

Por otra parte, el Artículo 3, inc. g), de la Definición caracteriza como acto de agresión “*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*” (negrita añadida). Esta recepción de la agresión indirecta en la Definición se hizo en el entendimiento de que, para ser calificados como actos de agresión, los actos de fuerza armada de bandas armadas deben ser graves, pero de una gravedad equiparable a los demás actos enumerados en el Artículo 3, lo cual nos indica que tales actos son *en sí mismos* graves.

En la misma línea, la resolución 3314 (XXIX) insta en su párrafo 3 a “*todos los Estados a que se abstengan de todo acto de agresión y de cualquier otro uso de la fuerza contrario a la Carta...*”, lo que implica que existen usos de la fuerza contrarios a la Carta —es decir, en violación de su Artículo 2.4— que no constituyen agresión¹⁴⁴.

A mayor abundamiento, los trabajos preparatorios refuerzan la idea de que la agresión, para ser tal, debe ser grave¹⁴⁵, y que cualquier uso de la fuerza que no revista de esta gravedad no constituirá agresión.

Es decir que para que quede constituida la agresión no basta con el mero uso de la fuerza armada contra la soberanía, la integridad territorial

¹⁴³ BROMS, Bengt Baltzar: “The Definition of Aggression”, *RCADI* (1977), pp. 299-400, p. 346.

¹⁴⁴ O’CONNELL, Mary Ellen y NIYAZMATOV, Mirakmal: “What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, N°1 (2012), pp. 189-207, pp. 193-194.

¹⁴⁵ ASAMBLEA GENERAL: op. cit. en nota 86, párr. 51, 153 y 185; op. cit. en nota 112, párr. 40; *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/8419, Naciones Unidas, Nueva York, 1971, párr. 27; op. cit. en nota 117, p. 25.

o la independencia política de otro Estado o en cualquier otra forma incompatible con la Carta, sino que tal uso de la fuerza, además, debe ser *grave*. Dicho de otra manera, si el uso de la fuerza de que se trate no es lo suficientemente grave, no obstante caer materialmente en la definición general del Artículo 1, no será agresión, precisamente por carecer de esa característica fundamental.

No obstante esta conclusión, el análisis nos demuestra que la definición general del Artículo 1 es insuficiente para caracterizar a la agresión, puesto que su aparente identidad de contenido con el principio de la prohibición del uso de la fuerza nos puede inducir a confusión. Es por ello que el Artículo 1 culmina con los términos “tal como se enuncia en la presente Definición”, de manera tal que no pueda ser leído aisladamente del resto de las disposiciones, tal como lo refuerza el Artículo 8, que ya comentaremos.

Habiéndose optado por un criterio mixto, la definición general del Artículo 1 se complementa con una enumeración en el Artículo 3: “*Con sujeción a las disposiciones del Artículo 2 y de conformidad con ellas, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:*

- a) *La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun 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”.*

No realizaremos aquí un análisis detenido de cada uno de los supuestos del Artículo 3, por cuanto ello excede los límites del presente estudio¹⁴⁶, pero sí nos permitiremos algunas consideraciones generales sobre el sentido y alcance del artículo. Así, ¿cuál es la relación de la enumeración del Artículo 3 con la definición general del Artículo 1? ¿Son los actos enumerados ejemplos del uso de la fuerza armada al que se refiere la definición, o deben ser considerados actos de agresión independientemente de la reunión de los elementos del Artículo 1? Los trabajos preparatorios parecen inclinar la opinión por la segunda alternativa, máxime si advertimos que en el texto consolidado de 1973, en lugar de decir “se caracterizará como acto de agresión”, decía “constituirá acto de agresión”¹⁴⁷, cambio criticado por algunas delegaciones en el Comité Especial¹⁴⁸, pero que se produjo para dar mayor flexibilidad al Consejo de Seguridad atento a sus poderes reconocidos en el Artículo 2; de allí que se agregara también al encabezado del Artículo 3 la frase “*Con sujeción a las disposiciones del Artículo 2 y de conformidad con ellas*”. Es decir, la caracterización de los actos de agresión enumerados en el listado del Artículo 3 está sujeto al Artículo 2, y no al Artículo 1, pero ello no puede llevarnos a pensar en una total independencia de la enumeración de los actos de agresión respecto de la definición general, toda vez que para ser calificados como tal deben, necesariamente, ser usos de la fuerza armada¹⁴⁹ en contravención de la Carta —lo cual, de todos modos, está explícito en el Artículo 2 al cual la enumeración del Artículo 3 sí está expresamente sujeta— y, al mismo tiempo, ser graves —no solamente conforme al Artículo 2, sino también como surge implícitamente del inc. g), según hemos visto—.

¹⁴⁶ V., al respecto, KAMTO: Maurice: op. cit., pp. 21-55.

¹⁴⁷ ASAMBLEA GENERAL: op. cit. en nota 119, p. 15.

¹⁴⁸ Por ejemplo, Madagascar y Rumania (ASAMBLEA GENERAL: op. cit. en nota 117, p. 16 y 18).

¹⁴⁹ Si bien algunos supuestos del Artículo 3 constituyen claramente usos de la fuerza armada, podría haber algunos casos donde el empleo de la fuerza no estuviera demasiado claro, como el caso del inc. e), que da lugar a diferentes interpretaciones (v. KREß, Claus: “The State Conduct Element”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 412-564, p. 445).

Asimismo, la enumeración es ejemplificativa, ya que el Artículo 4 dispone: “*La enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta*”. Al respecto, pensamos que, toda vez que la enumeración del Artículo 3 reconoce una conexión con la definición general del Artículo 1, toda inclusión de un acto no enumerado no podría apartarse de dicha definición general.

La interconexión que se advierte entre los Artículos 1 a 4 demuestra la importancia que reviste el Artículo 8 en la estructura de la Definición, al disponer: “*Por lo que respecta a su interpretación y aplicación, las disposiciones que anteceden están relacionadas entre sí y cada una de ellas debe interpretarse en el contexto de las restantes*”. Su texto está tomado de la “Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, aprobada por la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General –en adelante, “la resolución 2625 (XXV)”– y debe entenderse que comprende tanto la parte dispositiva como el Preámbulo¹⁵⁰ y su pertinencia ha quedado demostrada en el análisis que precede, dado que una lectura aislada de cualquiera de las disposiciones de la Definición puede llevar a una interpretación errónea que la prive de sentido. En particular, aunque a los efectos expositivos mencionemos que el Artículo 1 contiene una definición general de la agresión, ello no es estrictamente correcto: la definición de la agresión propiamente dicha está contenida en los Artículos 1 a 4, más las disposiciones pertinentes del Preámbulo, en especial el quinto párrafo, y solo así podemos tener una idea acabada de qué ha entendido por “agresión” la comunidad internacional organizada

5. La búsqueda por definir el crimen de agresión

5.1. La Comisión de Derecho Internacional – Segunda etapa

Siete años después de la aprobación de la Definición de la Agresión, la Asamblea General invitó a la CDI, por la resolución 36/106¹⁵¹, a que re-

¹⁵⁰ BROMS, Bengt: op. cit., p. 361.

¹⁵¹ La resolución 36/106 fue una consecuencia de la resolución 33/97, a la que menciona, y en la que expresamente se recuerda que la labor sobre el Proyecto de Código se había

anudara su labor con miras a elaborar el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

Luego de examinar la cuestión desde 1983, en 1991 la CDI aprobó provisionalmente en primera lectura¹⁵² el proyecto de artículos sobre la materia (en adelante, el “Proyecto de Código de 1991”); el Artículo 15 del Proyecto se refiere a la agresión, y el Artículo 16 a la amenaza de agresión¹⁵³.

El Artículo 15 comienza estableciendo “1. *El que en calidad de dirigente o de organizador proyecte o ejecute un acto de agresión, u ordene que sea ejecutado, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...]*”. Los párrafos 2 y 3 reproducen los Artículos 1 y 2 de la Definición de la Agresión, mientras que el párrafo 4 reitera la enumeración del Artículo 3 de la Definición, al que agrega: “*h) cualesquiera otros actos que el Consejo de Seguridad determine que, con arreglo a las disposiciones de la Carta, constituyen actos de agresión*”. El párrafo 5 dispone: “5. *Cualquier decisión del Consejo de Seguridad sobre la existencia de un acto de agresión vinculará a los tribunales nacionales*”. Los párrafos 6 y 7 reproducen los Artículos 6 y 7 de la Definición. La propia CDI en su comentario al artículo reconoce que abrevó en la Definición de la Agresión, a la que sin embargo, no menciona explícitamente “*para tener en cuenta la posición de algunos miembros de la Comisión que entienden que un instrumento destinado a servir de guía a un órgano de carácter político como el Consejo de Seguridad no puede servir de fundamento a la incoación de un proceso penal ante un órgano judicial*”¹⁵⁴. Sin embargo, no podemos dejar de sostener que, al recurrir al contenido de la Definición, la CDI implícitamente reconoció que es la definición más aceptada de agresión de la comunidad internacional.

aplazado hasta lograr una definición de la agresión y se tiene presente la aprobación de la Definición de la Agresión por la resolución 3314 (XXXIX).

¹⁵² El artículo relativo a la agresión había sido aprobado en primera lectura, bajo el número 12, en 1988.

¹⁵³ El artículo, aprobado en primera lectura en 1989, disponía: “1. *El que en calidad de dirigente o de organizador ejecute una amenaza de agresión, u ordene que sea ejecutada, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...]*. 2. *La amenaza de agresión consiste en declaraciones, comunicaciones, demostraciones de fuerza o cualquier otra medida que puedan dar al gobierno de un Estado razones suficientes para creer que se contempla seriamente una agresión contra ese Estado*”.

¹⁵⁴ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1988*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1991, p. 78.

En opinión de la CDI, el párrafo 1 del artículo “*traduce el interés de la Comisión en establecer un vínculo entre el acto de agresión, que no puede ser cometido más que por un Estado, y los individuos que pueden ser juzgados y castigados por actos de agresión*”¹⁵⁵. La CDI abordó también el interrogante que nos planteamos en la presente investigación, acerca de cómo establecer dicho vínculo, y subrayando que el acto de agresión solo puede ser cometido por un Estado.

Pese a las críticas por tener una naturaleza demasiado vaga o política¹⁵⁶ para determinar la responsabilidad penal individual, el Artículo 15 fue la descripción más comprensiva de la agresión que la CDI pudo completar como parte del proceso¹⁵⁷.

Entre 1992 y 1994, la CDI estudió la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, que culminó con la aprobación de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, que presentó a la Asamblea General con la recomendación de que convocara a una conferencia internacional de plenipotenciarios para que examinase el proyecto de estatuto y concertase una convención sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional; la agresión estaba incluida dentro de los crímenes de la competencia del tribunal, en el Artículo 20, inc. b), del proyecto¹⁵⁸.

Finalmente, la CDI aprobó en 1996 el texto definitivo del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (en adelante, el “Proyecto de Código de 1996”); el crimen de agresión está tipificado en el Artículo 16, que dispone: “*El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión*”.

El artículo merece un detenido análisis. En primer lugar, se trata del primer antecedente relevante en utilizar el concepto de “crimen de agresión” para denominar al ilícito individual. En segundo lugar, reitera el requisito de liderazgo –“dirigente u organizador”– que ya estaba presente en

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ MURPHY, John F: “Crimes Against Peace at the Nuremberg Trial”, en GINSBURGS, George y KUDRIAVTSEV, Vladimir N. (Eds.): *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1990, pp. 141-153.

¹⁵⁷ BASSIOUNI, M. Cherif y FERENCZ, Benjamin B.: op. cit., p. 236.

¹⁵⁸ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1994*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1997, p. 40,

el Proyecto de Código de 1991 y que es consonante con la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg, según lo reconoce la propia CDI en su comentario¹⁵⁹. En tercer lugar, y a diferencia del Proyecto de Código de 1991, que establecía como conductas típicas “proyectar” y “ejecutar” un acto de agresión, se refiere a “participar activamente” y “ordenar” la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento –estas últimas cuatro acciones que ya se encontraban en el Estatuto del Tribunal de Núremberg– de una agresión.

Pero lo que más llama la atención del artículo es el hecho material al que da lugar la conducta. Así, mientras en el Proyecto de Código de 1991 se trataba de un “acto de agresión”, el Artículo 16 se refiere a una “guerra de agresión”, y aquí se impone una necesaria aclaración idiomática, toda vez que los textos inglés y francés del proyecto solamente mencionan “*aggression*” y “*agression*”, respectivamente, sin incluir la noción de “guerra”. La diferencia no es menor, y en aras a una interpretación armónica de la norma, debemos concluir que la traducción al español contiene un error y la palabra “guerra” no debe ser tenida en cuenta¹⁶⁰. De todos modos, ¿cuál es esta “agresión” a la que la norma se refiere? A diferencia del proyecto aprobado en primera lectura, el artículo no contiene ninguna definición, agregando el comentario que dicha cuestión “*queda fuera del ámbito del código*”¹⁶¹. En consonancia, no hay ninguna referencia a la resolución 3314 (XXIX), aunque la CDI sí se detiene en su comentario a mencionar las características que debe reunir la agresión en cuanto comportamiento estatal: “*La acción del Estado solo entraña responsabilidad individual por el crimen de agresión si el comportamiento del Estado constituye una violación suficientemente grave de la prohibición enunciada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. A este respecto, puede ocurrir que el tribunal competente tenga que examinar dos puntos estrechamente vinculados entre sí, a saber: en primer término, si el comportamiento del Estado constituye una violación del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta y, en segundo término, si ese comportamiento constituye una violación suficientemente grave de una obligación internacional para ser considerada como una agresión que entraña la responsabilidad penal de las*

¹⁵⁹ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 47.

¹⁶⁰ Volveremos sobre la cuestión en el Capítulo IV.

¹⁶¹ CDI: op. cit. en nota 159, p. 47.

personas”¹⁶². En otros términos, aunque el proyecto no define la agresión, la CDI da dos indicadores para su configuración: 1) debe tratarse de un uso de la fuerza en violación del Artículo 2.4 de la Carta; y 2) dicha violación debe ser lo suficientemente *grave*. Ambos indicadores son coincidentes con los elementos que en nuestra opinión caracterizan a la agresión, como hemos señalado, y nos permiten apreciar que, no obstante el retroceso¹⁶³ en el plano normativo que la segunda lectura del proyecto significó, al compararla con la primera, desde lo conceptual la posición de la CDI pareció no haber cambiado.

5.2. *El camino hacia Roma*

En 1994, habiendo recibido y examinado el proyecto de la CDI de un Estatuto de una Corte Penal Internacional, la Asamblea General decidió crear¹⁶⁴ un Comité Especial para el establecimiento de una Corte Penal Internacional. En las deliberaciones de dicho Comité, la cuestión sobre si la agresión debía o no incluirse dentro de los crímenes de competencia de la Corte y cómo definirla fue una de las más discutidas¹⁶⁵. Tras la presentación del informe del Comité Especial, la Asamblea General resolvió¹⁶⁶ crear un Comité Preparatorio para seguir examinando las principales cuestiones suscitadas por el proyecto de estatuto y para redactar textos con miras a preparar una convención sobre el establecimiento de una corte penal internacional para su examen por una conferencia de plenipotenciarios. El Comité Preparatorio¹⁶⁷ celebró sesiones en 1996¹⁶⁸, 1997 y 1998, en las que se consideró la posible competencia de la Corte sobre el crimen de agresión, así como su definición.

¹⁶² Ídem.

¹⁶³ KEMP, Gerhard: op. cit., p. 113.

¹⁶⁴ Por resolución 49/53.

¹⁶⁵ ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, Documento A/50/22, Naciones Unidas, Nueva York, 1995, párr. 63-71.

¹⁶⁶ Por resolución 50/46.

¹⁶⁷ Sobre la labor del Comité Preparatorio, v. CASSESE, Antonio, GAETA, Paola y JONES, John R. W. D.: *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 35 y ss.

¹⁶⁸ ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, Documento A/51/22(Vol.I), Naciones Unidas, Nueva York, 1996, párr. 65-73.

La Asamblea General resolvió convocar a una Conferencia de Plenipotenciarios para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional para 1998¹⁶⁹ en Roma¹⁷⁰, y le pidió al Comité Preparatorio que presentara a la Conferencia un proyecto de convención sobre el establecimiento de la corte. Respecto del crimen de agresión, el proyecto contemplaba tres variantes de definición, todas con numerosos corchetes —lo que en el lenguaje de las organizaciones internacionales revela la falta de acuerdo en la redacción—¹⁷¹. Cada una de estas variantes reflejó los tres tipos de enfoque que dominaron la definición del crimen de agresión, como veremos más adelante.

En Roma, la discusión en torno a la definición del crimen y, particularmente, a las competencias del Consejo de Seguridad en la materia y su relación con la Corte —que exceden el alcance de este capítulo—, impidió llegar a un consenso, adoptándose como solución de compromiso el Artículo 5, que establecía: “1. *La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión. 2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas*”.

No obstante la imposibilidad de llegar a una definición en Roma, la inclusión del crimen de agresión dentro de la competencia material de la Corte Penal Internacional puede considerarse como un éxito diplomático. La agresión, entonces, quedó reconocida como uno de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, como un eco de la calificación del Tribunal de Núremberg como el “supremo crimen internacional”. Por su parte, el párrafo 2 del artículo abrió el

¹⁶⁹ Por resolución 51/207.

¹⁷⁰ Por resolución 52/160.

¹⁷¹ CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE PLENIPOTENCIARIOS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, Documento A/CONF.183/2/Add.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1998, pp. 11-13.

camino para que se lograra finalmente la definición, pero a la vez, su última disposición, aunque habitualmente interpretada como una referencia a los poderes del Consejo de Seguridad en virtud del Artículo 39 de la Carta¹⁷², en nuestra opinión ayuda a confirmar que la intención de los redactores del Estatuto fue que la definición del crimen de agresión se ajustara a las normas de la Carta, en particular, a la prohibición del uso de la fuerza del Artículo 2.4, y a que toda referencia que la definición del crimen de agresión tuviera al “acto de agresión”, debería entenderse al mismo “acto de agresión” mencionado en los Artículos 1.1 y 39.

5.3. De Roma a Kampala

Como explica Barriga¹⁷³, la historia de la negociación post-Roma puede dividirse en cuatro fases.

En la primera, de 1999 a 2002, y cumpliendo el mandato del Artículo 5.2 del Estatuto y de la resolución F del Acta Final de la Conferencia, la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional estableció un grupo de trabajo sobre el crimen de agresión, que examinó todas las propuestas que se habían presentado a la Conferencia y las que se presentaron con posterioridad. Las negociaciones en el grupo de trabajo llevaron a la elaboración de tres documentos de trabajo sucesivos sobre el crimen de agresión¹⁷⁴, que abundaban en corchetes, indicando así la falta de consenso en torno a la definición del crimen y de las condiciones para el ejercicio de la competencia por la Corte. El progreso de esta fase estuvo en proveer una mejor estructura para las negociaciones, notablemente a través del Docu-

¹⁷² MCDUGALL, Carrie: “When Law and Reality Clash - The Imperative of Compromise in the Context of the Accumulated Evil of the Whole: Conditions for the Exercise of the International Criminal Court’s Jurisdiction over the Crime of Aggression”, *International Criminal Law Review*, Vol. 7, N° 2 (2007), pp. 277-333, p. 279 y ss.

¹⁷³ BARRIGA, Stefan: “Negotiating the Amedments on the Crime of Aggression”, en BARRIGA, Stefan y KREß, Claus: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 3-57, p. 5.

¹⁷⁴ Uno en 1999 y dos en 2002 (abril y julio).

mento de la Coordinadora de julio de 2002¹⁷⁵, así como una lista temática de cuestiones a ser discutidas¹⁷⁶.

Luego de la entrada en vigor del Estatuto, el 1 de julio de 2002, y constituida la Asamblea de Estados Partes, esta decidió crear un Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión. Dio así comienzo la segunda fase, de 2003 a 2009, en la que el Grupo de Trabajo Especial logró un gran progreso sobre numerosas cuestiones técnicas y preparó propuestas que permitieron la integración de las disposiciones sobre el crimen de agresión en el Estatuto de Roma. Y, lo más importante, el Grupo de Trabajo Especial alcanzó un acuerdo sobre la definición del crimen de agresión que, no sin algunas dificultades, se convertiría en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma¹⁷⁷.

En la tercera fase, de la primavera (boreal) de 2009 a la primavera (boreal) de 2010, la Asamblea de Estados Partes consolidó el apoyo político para las propuestas del Grupo de Trabajo Especial, dio más precisión a la discusión sobre las principales cuestiones y completó la redacción técnica de las enmiendas a los Elementos de los Crímenes, importante fuente para la interpretación y aplicación de los artículos del Estatuto referentes a los crímenes, de conformidad a los Artículos 9 y 21.1, inc. a)¹⁷⁸.

Estos esfuerzos prepararon el campo para el compromiso alcanzado en la cuarta fase, la Conferencia de Revisión¹⁷⁹ misma, que tuvo lugar en Kampala, Uganda, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010. La cuestión más

¹⁷⁵ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Documento de debate propuesto por el Coordinador*, Documento PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2, Naciones Unidas, Nueva York, 2002.

¹⁷⁶ Sobre la labor del Grupo de Trabajo Especial, v. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A.: "An insider's view", en POLITI, Mauro y NESI, Giuseppe (Eds.): *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Ashgate, Aldershot, 2004, pp. 175-188.

¹⁷⁷ Sobre el mecanismo de negociación en el Grupo de Trabajo, v. BARRIGA, Stefan: op. cit., pp. 14-41.

¹⁷⁸ Sobre la redacción de los Elementos del crimen de agresión, v. ANGGADI, Frances, FRENCH, Greg y POTTER, James: "Negotiating the Elements of the Crime of Aggression", en BARRIGA, Stefan y KREß, Claus: op. cit., pp. 58-80.

¹⁷⁹ Sobre la Conferencia de Kampala, v. TRAHAN, Jennifer: "The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference", *International Criminal Law Review*, Vol. 11, N°1 (2011), pp. 49-104; KREß, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: "The Kampala compromise on the crime of aggression", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, N°5 (2010), pp. 1179-1217; SCHEFFER, David: "El significado y la activación del crimen de agresión bajo

discutida en Kampala estuvo vinculada a las condiciones de ejercicio de la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión, en especial, a la relación con el Consejo de Seguridad, tema sobre el cual el Grupo de Trabajo Especial no había podido llegar a un acuerdo, mientras que la definición del crimen que se adoptó, como se dijo, fue la elaborada por este, a la que, no obstante, le fueron agregados –a iniciativa de los Estados Unidos– ciertos “Entendimientos”, de naturaleza discutida, y que presentan ciertas cuestiones a los fines de interpretación, las que desarrollaremos más adelante.

Así, el 11 de junio de 2010, la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma adoptó la resolución 6, por la que adoptó las enmiendas relativas al crimen de agresión, incorporando los Artículos 8 bis (definición del crimen de agresión), 15 bis (ejercicio de la competencia sobre el crimen de agresión por remisión por un Estado o *proprio motu*) y 15 ter (ejercicio de la competencia sobre el crimen de agresión por remisión del Consejo de Seguridad), modificando los Artículos 9 (para incorporar la referencia al Artículo 8 bis) y 25 (incorporando un párrafo 3 bis sobre limitación de la responsabilidad por el crimen de agresión a los líderes de un Estado), y suprimiendo el párrafo 2 del Artículo 5 (al haberse cumplido su objeto); también aprobó los Elementos del crimen de agresión y los ya mencionados “Entendimientos”.

Finalmente, y tras un proceso de décadas, la comunidad internacional tuvo una definición del crimen de agresión en un instrumento jurídico vinculante.

5.4. Las principales cuestiones surgidas durante el proceso

Así como lo hicimos con el acto de agresión, y antes de pasar al análisis detenido del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, corresponde que estudiemos las principales cuestiones que surgieron durante el proceso codificador del crimen de agresión¹⁸⁰, en el entendimiento de que pueden ayudar a precisar más la relación entre la conducta individual y el acto estatal.

el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Política criminal*, Vol. 7, N°13 (2012), pp. 209-229.

¹⁸⁰ Nos limitamos a las cuestiones relativas a la definición del crimen y no a las condiciones de ejercicio de competencia de la Corte, incluida la relación con el Consejo de Seguridad.

En ese sentido, el proceso muestra que si bien hubo un consenso generalizado acerca de las conclusiones básicas de Núremberg (que la agresión es un crimen y que genera responsabilidad individual), hubo debates en torno a las formas de participación y a las condiciones de los autores, pero, principalmente en torno a dos cuestiones: a) la forma de definir el comportamiento estatal; y b) cómo articular la conducta individual con el comportamiento estatal.

5.4.1. La definición del comportamiento estatal

Respecto de la primera, se pudieron advertir tres diferentes posiciones¹⁸¹: por un lado, la de quienes optaron por tipificar el crimen con referencia a la (guerra de) agresión, en línea con el Estatuto y la sentencia del Tribunal de Núremberg, pero sin definirla; por otro lado, la de quienes optaron por una definición autónoma, sin referencia al acto de agresión y la resolución 3314 (XXIX), llamada también “enfoque genérico”¹⁸²; y, finalmente, la de quienes optaron por una definición que hiciera referencia al acto de agresión tal cual está definido en la resolución 3314 (XXIX) —una definición general y una enumeración de actos—, conocida como “enfoque específico”¹⁸³.

Con relación a la primera postura, podemos mencionar el ya citado Artículo 16 del Proyecto de Código de 1996, que solamente hace referencia a la agresión, dejando su definición fuera del ámbito del Código, y tam-

¹⁸¹ SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel: “Uso de la fuerza, Consejo de Seguridad y Corte Penal Internacional: la represión penal del crimen de agresión”, en HUESA VINAIXA, Rosario (Coord.): *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva. Intersección de sistemas. Estudios en homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 219-259, p. 228.

¹⁸² El término también fue usado dentro del proceso codificador: “*Se entiende por definición genérica la que no incluye una lista de actos que constituirían actos de agresión*” (ASP: *Documentos oficiales, Cuarto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/4/32, Anexo II. D, Corte Penal Internacional, La Haya, 2005, p. 419).

¹⁸³ Fernández de Gurmendi lo llama enfoque “de lista” (*List approach*) (FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A.: “The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 25 (2002), pp. 589-605, p. 596). En el proceso codificador, “*se entiende por definición específica la que contiene [una lista de actos que constituirían actos de agresión] o se refiere a una que ya existe, como la contenida en la resolución 3314/74 de la Asamblea General*” (ASP: op. cit. en nota 182, p. 419).

bién la propuesta de Rusia presentada a la Comisión Preparatoria en 1999, que, en lo pertinente, establecía: “*se entenderá por crimen de agresión cualquiera de los actos siguientes: planificar, preparar, iniciar o llevar a cabo una guerra de agresión*”¹⁸⁴. Quienes sostienen esta postura se basan en la relevancia del Estatuto del Tribunal de Núremberg, al que consideran la única fuente con autoridad en el derecho internacional¹⁸⁵. Sin embargo, como señalamos, el concepto de “guerra de agresión” al que se refieren el Estatuto y la sentencia no tiene un adecuado reflejo en el derecho internacional contemporáneo, lo cual, sumado a que no aportaron una definición de “guerra de agresión”, dejaría el crimen sin definir.

En la postura del enfoque genérico, destaca la propuesta presentada por Alemania, por primera vez en el tercer período de sesiones del Comité Preparatorio¹⁸⁶, y que reiteró en otras ocasiones¹⁸⁷, la que, en lo pertinente, establecía: “*A los fines del presente Estatuto, se entenderá por crimen de agresión cualquiera de los actos siguientes cometidos por una persona que esté en posición de ejercer el control o que pueda dirigir la acción política o militar de un Estado: a) iniciar o b) ejecutar un ataque armado dirigido por un Estado contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, cuando dicho ataque armado se haya emprendido en violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas y que resulte en la ocupación efectiva por las fuerzas armadas del Estado atacante, o la anexión mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de este*”. Los elementos de esta propuesta son: el “ataque armado” –se prescinde de la noción de “acto de agresión”–, la calificación de “violación manifiesta” de la Carta, y el resultado de la ocupación efectiva o anexión del territorio del Estado víctima. El enfoque genérico, que estaba presente en la Variante 3 del proyecto de Estatuto del Comité Preparatorio¹⁸⁸, también se recoge en las Variantes 1 y 2 de la Opción 1 en el Documento del

¹⁸⁴ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Recopilación de las propuestas relativas al crimen de agresión*, Documento PCNICC/1999/INF/2, Naciones Unidas, Nueva York, 1999, p. 23.

¹⁸⁵ FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia: op. cit. en nota 183, p. 595.

¹⁸⁶ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: op. cit. en nota 184, p. 9.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 11 y 24.

¹⁸⁸ CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE PLENIPOTENCIARIOS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL: op. cit. en nota 171, pp. 11-12.

Coordinador de la Comisión Preparatoria de 1999¹⁸⁹ (en la primera, con muchos corchetes, se recopilaban distintas iniciativas de definición, mientras que en la segunda se receptaba la propuesta alemana).

El enfoque específico reconoce dos variantes, según se cite o no expresamente la resolución 3314 (XXIX), pero en todo caso incluye, o bien una enumeración de actos de agresión idéntica o similar a la del Artículo 3 de la Definición de la Agresión o una remisión a ella. Este era, como vimos, el modelo que seguía el Artículo 15 del Proyecto de 1991 de la CDI, y que en el proceso preparatorio del Estatuto de Roma comenzó con la propuesta de Egipto e Italia al tercer período de sesiones del Comité Preparatorio¹⁹⁰, que fue la base de la Variante 2 del proyecto de Estatuto del Comité Preparatorio¹⁹¹, y de la Variante 3 de la Opción 1 en el Documento del Coordinador de la Comisión Preparatoria de 1999¹⁹², todos sin mención expresa de la resolución 3314 (XXIX). Esta recién aparecerá en el Documento del Coordinador de abril de 2002, que por primera vez contiene una definición sin tantas variantes ni corchetes: “1. *A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por acto de agresión un acto cometido por un Estado y comprendido en la definición que figura en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, a reserva de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se pronuncie previamente al respecto.* 2. *A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por crimen de agresión un acto cometido por una persona que, estando en condiciones de controlar o dirigir la acción política o militar de un Estado, intencionalmente y a sabiendas ordene la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión que:* **Variante 1:** *Por sus características y su gravedad equivalga a una guerra de agresión.* **Variante 2:** *Tenga por objeto o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado.* **Variante 3:** *Constituya una violación manifiesta*

¹⁸⁹ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Actuaciones de la Comisión Preparatoria en sus períodos de sesiones primero, segundo y tercero*, Documento PCNICC/1999/L.5/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1999, p. 21.

¹⁹⁰ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: op. cit. en nota 184, p. 1.

¹⁹¹ CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE PLENIPOTENCIARIOS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL: op. cit. en nota 171, pp. 12-13.

¹⁹² COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: op. cit. en nota 189, p. 21.

de la Carta de las Naciones Unidas o participe activamente en la planificación, preparación, iniciación o realización de tal acto”¹⁹³ (negrita en el original). En esta definición ya se perfilan algunas características que luego estarán presentes en el Artículo 8 bis: en primer lugar, la clara separación entre el “acto de agresión” y el “crimen de agresión” en dos párrafos –sobre lo que volveremos luego–; la mención expresa a la resolución 3314 (XXIX), a la cual remite, en lugar de enumerar los actos, y la incorporación de una cláusula de umbral, que, al tener tres variantes, demostró ser una de las cuestiones más discutidas en esa etapa del proceso, como analizaremos en el Capítulo II.

Sobre esta base se llegó a la elaboración de una nueva propuesta (que también podemos enmarcar en el enfoque específico), en el Documento de la Coordinadora de julio de 2002, con similares discusiones y variantes en torno a la incorporación de una cláusula de umbral, pero invirtiendo el orden de los párrafos, dedicando el primero al crimen de agresión (donde se incorporaría la cláusula de umbral) y el segundo al acto de agresión, el que se definía de la siguiente manera: “*A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá un acto comprendido en la definición dada en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, que ha sido cometido por el Estado de que se trate...*”¹⁹⁴. El Documento de 2002 fue el último logro en materia de definición de la Comisión Preparatoria, y constituyó la base de la labor inicial del Grupo de Trabajo Especial.

Recién en 2007, el presidente del Grupo distribuyó un nuevo documento de debate en el que se mantenía la estructura de dos párrafos, el primero dedicado al crimen, donde la conducta individual se vinculaba a un “acto de agresión” o un “ataque armado”¹⁹⁵, calificado por una cláusula de umbral sobre la que no había consenso¹⁹⁶, y el segundo al acto, que se

¹⁹³ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su noveno período de sesiones*, Documento PCNICC/2002/L.1/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 2002, p. 18.

¹⁹⁴ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: op. cit. en nota 175, p. 1.

¹⁹⁵ El documento incluía una nota donde se aclaraba que los partidarios de la opción “ataque armado” proponían la supresión del párrafo 2, es decir, se trataba de un resurgimiento del enfoque genérico.

¹⁹⁶ El documento incluía los siguientes textos entre corchetes: “[que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas] [como, en particular, una guerra de agresión o un acto que tenga por objetivo

definía de la siguiente manera: “2. *A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá un acto comprendido en [los artículos 1 y 3 de] la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974*”¹⁹⁷. Las negociaciones continuaron y en 2008 el presidente preparó un nuevo documento de debate¹⁹⁸, cuya definición del crimen de agresión sería la que finalmente sería adoptada en la Conferencia de Revisión como Artículo 8 bis.

Como señala la doctrina¹⁹⁹, para los partidarios del enfoque específico –principalmente los Estados árabes y los países en desarrollo²⁰⁰–, el listado contenido en la resolución 3314 (XXIX) gozaba de aceptación generalizada, al haber sido adoptada por consenso, a lo que se sumaba la circunstancia de que los autores no prescindan de esa enumeración a la hora de abordar la agresión y el reconocimiento por la Corte Internacional de Justicia de la naturaleza consuetudinaria de uno de sus apartados, como vimos. Por ello, puesto que se trataba de definir el crimen de agresión y no de redefinir el acto de agresión, no solo la definición, sino también la enumeración de supuestos incluidos en la resolución debía ser el referente en lo que respecta al elemento estatal.

Por su parte, los defensores del enfoque genérico esgrimían que la resolución 3314 (XXIX) fue adoptada para servir de guía al Consejo de Seguridad; que, según surgiría del Artículo 5.2 de la Definición, se establece una distinción entre el acto de agresión y la guerra de agresión, constituyendo solamente esta última un crimen contra la paz internacional; que el carácter no exhaustivo de la enumeración, a tenor del Artículo 4, sería incompatible con el principio de legalidad penal; que la naturaleza consuetudinaria reconocida por la Corte Internacional de Justicia solamente se limita al Artículo 3 inc. g); que una definición de carácter general sería más flexible, pudiendo adaptarse a las cambiantes circunstancias internacionales; y que una definición genérica no privaría de virtualidad a la resolución 3314

o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado]”.

¹⁹⁷ ASP-SGWCA: *Documento de debate propuesto por el Presidente sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/5/SWGCA/2, Naciones Unidas, Nueva York, 2007, p. 3

¹⁹⁸ ASP: *Documentos oficiales, Continuación del sexto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/6/20/Add.1, Anexo II, Apéndice, Corte Penal Internacional, La Haya, 2008.

¹⁹⁹ SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel: op. cit., p. 229.

²⁰⁰ BARRIGA, Stefan: op. cit., p. 11.

(XXIX), a las que recurrirían los órganos encargados de la determinación de un acto de agresión²⁰¹.

El enfoque específico fue el que finalmente prevaleció, pero no podemos dejar de señalar que el requisito de la cláusula de umbral, como veremos, reconoce su origen en el enfoque genérico y puede ser visto como una concesión a los Estados que sostenían dicho enfoque, como parte del proceso negociador que dio lugar a la aprobación de la definición del crimen de agresión en Kampala. Así lo comparte Barriga²⁰², al señalar que las discusiones en el encuentro de Princeton de junio de 2006 y las sesiones del Grupo de Trabajo Especial de 2007 revelaron una fuerte mayoría en favor del enfoque específico basado en la resolución 3314 (XXIX)²⁰³. En el encuentro de Princeton de 2007, la tendencia por el enfoque específico se consolidó cuando los defensores del enfoque genérico indicaron su flexibilidad, pero con la clara condición de que una definición específica fuera acompañada de una cláusula con un umbral elevado²⁰⁴. Esto hizo que la discusión se concentrara en el alcance de la referencia a la resolución 3314 (XXIX) y en la cláusula de umbral, ambas cuestiones de interés para nuestro objeto de investigación y que analizaremos más adelante.

5.4.2. *La articulación de la conducta individual con el comportamiento estatal*

Respecto de nuestra segunda cuestión, cómo articular la conducta individual con el acto estatal, se advierte que en el proceso negociador fue apareciendo un entendimiento común de que encontrar una solución al

²⁰¹ SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel: op. cit., p. 230.

²⁰² BARRIGA, Stefan: op. cit., p. 25.

²⁰³ ASP-SGWCA: *Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2006, párr. 9-12; *Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/5/SWGCA/1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2006, párr. 8; ASP: *Documentos oficiales, Continuación del quinto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/5/35, Anexo II, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007, párr. 14-15.

²⁰⁴ ASP-SGWCA: *Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007, párr. 37; *Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/6/SWGCA/1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007, párr. 14-15.

problema de la definición requería tener en cuenta los dos tipos diferentes de responsabilidades, la del Estado por la comisión de un acto de agresión y la del individuo por cometer un crimen de agresión²⁰⁵. Ello se resolvió técnicamente definiendo el crimen de agresión en un párrafo y el acto de agresión en otro, como se advierte a partir del Documento del Coordinador de abril de 2002, primera oportunidad en la que no solamente se encuentran claramente separadas ambas conductas (la individual y la estatal), sino que también se utiliza la denominación de “acto de agresión” para el comportamiento del Estado, dado que hasta entonces (incluso dentro de las propuestas del enfoque específico) se utilizaban conceptos como “agresión”, “uso de la fuerza” o “ataque armado”.

La opción de denominar al comportamiento estatal como “acto de agresión” implica, en nuestra opinión, una vinculación con el “acto de agresión” de la Carta de las Naciones Unidas y, por lo tanto, con la Definición de la Agresión. Esta interpretación es confirmada por los trabajos preparatorios, dado que uno de los principales argumentos a favor del enfoque específico en el Grupo de Trabajo Especial fue *“que la noción de “acto de agresión” se empleaba en el Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas y se había definido en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, lo cual podría orientar la definición del crimen de agresión”*²⁰⁶.

De esa forma, tanto el enfoque específico como la referencia a la Definición nos parecen derivaciones ineludibles de definir el comportamiento estatal como un “acto de agresión”. En el mismo proceso, esto es lo que se adelantaba en el documento de debate 3 de 2005: *“‘Acto de agresión’ casaría con una definición “específica” puesto que puede considerarse una referencia implícita al artículo 3 del Anexo de la resolución 3314”*²⁰⁷ y se sostuvo durante los debates del Grupo de Trabajo Especial: *“El uso de la expresión “acto de agresión” también era necesario para poner en relación esta parte del proyecto con la referencia que se hace en el párrafo 2 a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General”*²⁰⁸.

Esta división en dos párrafos, acompañada del enfoque específico adoptado para la definición del acto estatal, constituye, en nuestra opinión, la mejor manera de articular la conducta individual con el comportamiento

²⁰⁵ FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia: op. cit. en nota 183, p. 597.

²⁰⁶ ASP: *Documentos oficiales, Continuación del quinto período de sesiones, Documento ICC-ASP/5/35, Anexo II, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007, párr. 14.*

²⁰⁷ ASP: op. cit. en nota 182, p. 420.

²⁰⁸ ASP: op. cit. en nota 206, párr. 14.

estatal al definirlo como un “acto de agresión”, ya que lo vincula con la Carta de las Naciones Unidas y la Definición de la Agresión. Sin embargo, el hecho de que uno de los párrafos esté dedicado al “crimen” y el otro al “acto”, plantea, como veremos, algunas cuestiones de interpretación que pueden llevar a soluciones confusas al intentar ver ambos párrafos como materias completamente separadas.

Sin perjuicio de profundizar sobre la cuestión más adelante, desde ya adelantamos nuestro rechazo a esta forma de abordar el Artículo 8 bis. La referencia en ambos párrafos al acto de agresión, su vinculación con la Carta de las Naciones Unidas y la Definición de la Agresión nos habla de la *unidad* de la agresión, no de su separación. El contenido material del crimen y del acto de agresión es el *mismo*, y así se refleja normativamente. Que ambos se encuentren regulados en diferentes párrafos del Artículo 8 bis contribuye a aprehender sus diferencias en cuanto a la atribución, toda vez que el primero es un hecho individual y el segundo es estatal, y a sus consecuencias jurídicas, de las que emanan responsabilidades diferentes, pero eso no modifica su contenido ni lo diferencia.

Pensamos que esta forma de ver tan diferentes ambos párrafos tiene un origen concreto. Si aceptamos, como se hizo en el proceso codificador, que las fuentes normativas más aceptadas y reconocidas acerca del acto de agresión y el crimen de agresión son, respectivamente, la resolución 3314 (XXIX) y el Estatuto del Tribunal de Núremberg, el desafío que se presenta para cualquier intérprete –y que se presentó en el proceso– es cómo articular ambas fuentes; con el aditamento de que, como se sostuvo, los conceptos que refieren son *distintos*, y no solamente porque difieren en materia de atribución y responsabilidad, sino porque su contenido material también es diferente²⁰⁹; así, en la resolución 3314 (XXIX) es el *acto* de agresión y en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, la *guerra* de agresión. Las dificultades para articular ambos conceptos es lo que explica los diferentes enfoques para la definición y la solución finalmente adoptada, que incluye una cláusula de umbral para intentar acercar el “acto de agresión” de la resolución 3314 (XXIX) a la “guerra de agresión” del Estatuto del Tribunal de Núremberg, sin tener en cuenta que ambos conceptos reflejan concepciones diferentes del derecho internacional. Así entendido, la “guerra de agresión” *no es* más grave que el “acto de agresión”, sino que son

²⁰⁹ Esto contrasta notablemente con la interpretación que realizamos del crimen y el acto tal cual están definidos en el Artículo 8 bis, en cuanto a la identidad de su contenido material.

ideas diferentes. Volveremos sobre ello en los Capítulos II y IV, pero no dejamos de señalar una vez más, como lo venimos advirtiendo desde el comienzo de este capítulo, que ello es una consecuencia del desarrollo de dos procesos codificadores paralelos a partir de orígenes normativos diferentes.

6. El crimen de agresión en el Estatuto de Roma

6.1. La definición del crimen de agresión en la Conferencia de Revisión

Después de más de una década de labor, en primer término, por la Comisión Preparatoria, y luego por el Grupo de Trabajo Especial, la Conferencia de Revisión aprobó el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, que establece:

“1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, 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.

2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

- 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”.*

El Artículo 8 bis del Estatuto de Roma representa no solamente la primera tipificación internacional del crimen de agresión desde el Estatuto del Tribunal de Núremberg, sino también el logro más acabado de la comunidad internacional en su búsqueda de articular la conducta individual con el hecho estatal en la agresión. Así, su primer párrafo está destinado a tipificar el crimen de agresión, mientras que en el segundo, define el acto de agresión²¹⁰ en términos que inequívocamente surgen de la Definición de la Agresión, con mención expresa de la resolución 3314 (XXIX). No es exagerado afirmar, entonces, que el Artículo 8 bis representa una amalgama entre la definición del crimen contra la paz del Artículo 6 inc. a) del Estatuto del Tribunal de Núremberg con la Definición de la Agresión²¹¹ (con todas las dificultades que, como señalamos, ello conlleva), aunque con notables diferencias, debidas tanto al desarrollo del derecho internacional como a la necesidad política de lograr una definición aceptable para todos los actores que intervinieron en el proceso codificador, como ya veremos.

6.2. El crimen individual de agresión (párrafo 1 del Artículo 8 bis)

El crimen de agresión, de acuerdo a la forma en que se ha tipificado en el párrafo 1, tiene cuatro elementos de interés para el análisis: a) las conductas individuales; b) la cláusula de liderazgo; c) el acto estatal de agresión; y d) la denominada “cláusula de umbral”. Analizaremos

²¹⁰ SAYAPIN, Sergey: op. cit., 256-257.

²¹¹ GILLETT, Matthew: op. cit., p. 837.

a continuación los primeros tres, dejando el cuarto elemento para el capítulo siguiente.

6.2.1. *Las conductas individuales*

Las cuatro conductas individuales, expresadas a través de los verbos “planifica, prepara, inicia o realiza” tienen su evidente origen en el Artículo 6, inc. a) del Estatuto del Tribunal de Núremberg, con una diferencia en la última conducta, que en este último era “hace”, mientras que en el Artículo 8 bis es “realiza”²¹². La modificación data del Documento de Trabajo de la Coordinadora de 2002, y no consta en los trabajos preparatorios las causas de la elección de “realiza” (en la versión inglesa, “*execution*”) sobre “hace/libra” (en la versión inglesa, “*waging*”), aunque, como señala Clark, parece que “realiza” (*execute*) funciona mejor con “acto de agresión”, mientras “hace/libra” (*wage*) funcionaba mejor con “guerra de agresión”²¹³. Ambos considera que este es solo un cambio de palabras que no implica una diferencia sustancial: en ambos casos se exige el llevar a cabo efectivamente un acto de agresión²¹⁴.

Aun cuando conductas de un claro carácter preparatorio como la planificación y la preparación del acto de agresión sean criminalizadas, en todo caso se requerirá que el acto de agresión haya sido cometido, a tenor de lo dispuesto por el Elemento 3 de los Elementos del Crimen de agresión, que requiere “*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*”.

²¹² En la versión inglesa del Estatuto las conductas son enumeradas como “*planning, preparation, initiation or execution*”, presentando también la última una diferencia con el Estatuto del Tribunal de Núremberg, que se refería a “*waging*”, cuya traducción más correcta estaría asociada al verbo “librar” –en cuanto se vincula con una “guerra de agresión”– y no “hacer”, como figura en los documentos oficiales de las Naciones Unidas que aquí citamos.

²¹³ CLARK, Roger S.: “*Individual conduct*”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): *op. cit.*, pp. 565-589, p. 574.

²¹⁴ AMBOS, Kai: *El crimen de agresión después de Kampala*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 23.

6.2.2. La cláusula de liderazgo

Los siguientes elementos son dos características²¹⁵ que diferencian notablemente al crimen de agresión de los demás crímenes recogidos en el Estatuto de Roma.

Así, el crimen de agresión es el único²¹⁶ crimen respecto del cual se impone una condición especial de autoría: solamente puede cometerlo quien está en condiciones de dirigir o controlar efectivamente la acción política o militar de un Estado. Esta condición no es requerida para ninguno de los demás crímenes de competencia de la Corte: la agresión es un “crimen de liderazgo” (*leadership crime*²¹⁷) y solamente puede ser cometida por los líderes de un Estado. Ello explica que en Kampala también se haya enmendado el Artículo 25 del Estatuto, relativo a la responsabilidad penal individual y a las formas de participación, agregando un párrafo 3 bis que ratifica esta característica al disponer: “*Por lo que respecta al crimen de agresión, 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*”.

La cláusula reconoce sus antecedentes en la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg y sus sucesores, lo que fue reconocido por los proyectos de la CDI, aunque formulado en el Estatuto de Roma con mayor precisión²¹⁸ de modo tal de abarcar solamente²¹⁹ a los individuos que estén en condiciones de *controlar o dirigir* la acción política o militar de un Estado, es decir, un alcance reducido²²⁰ solamente a la máxima cúpula del poder. Adviértase

²¹⁵ Clark también considera dos características especiales del crimen de agresión que en su opinión hacen dificultoso articular el elemento de conducta. La primera es que es “*el acto colectivo como tal lo que constituye el punto de referencia de toda definición de lo que realmente hace el principal autor individual*” (“Documento de Debate 1: El crimen de agresión y el párrafo 3 del artículo 25 del Estatuto”, en ASP: *Documentos oficiales, Cuarto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/4/32, Anexo II. B, Corte Penal Internacional, La Haya, 2005, p. 408), mientras que la otra es la característica de liderazgo (CLARK, Roger S.: op. cit., pp. 577-578).

²¹⁶ HEINSCH, Robert: op. cit., p. 722.

²¹⁷ KREß, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: op. cit., p. 1189.

²¹⁸ AMBOS, Kai: op. cit., p. 47.

²¹⁹ Distein considera que la fórmula adoptada es más restrictiva que sus antecedentes (DINSTEIN, Yoram: op. cit. en nota 15, p. 143).

²²⁰ HELLER, Kevin Jon: “Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression”, *European Journal of International Law*, Vol. 18, N°3 (2007), pp. 477-497.

además que el control o dirección debe ser *efectivo*²²¹, y no nominal, de lo que se deriva que es irrelevante el cargo formal que la persona revista, y lo esencial debe ser el ejercicio real y actual de dicha dirección o control²²².

6.2.3. *El acto estatal como elemento del crimen*

Otra característica propia del crimen de agresión es que es el único de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional que requiere para su configuración la existencia de un acto estatal (o colectivo, como sostienen algunos autores²²³).

Esta característica no está presente ni en el crimen de genocidio (Artículo 6 del Estatuto) ni en los crímenes de guerra (Artículo 8 del Estatuto), y si bien es verdad que los crímenes de lesa humanidad requieren para la configuración de su elemento de contexto –el ataque generalizado o sistemático contra una población civil– de la existencia de una política, esa política no necesariamente debe ser de un Estado, puesto que también se admite que sea de “una organización” (Artículo 7.2.a) del Estatuto). Solamente el crimen de agresión contiene como uno de sus elementos un acto estatal.

El carácter de elemento viene ratificado por el ya citado Elemento 3 de los Elementos del Crimen de agresión; es al respecto interesante preguntarse cuál es su naturaleza. De acuerdo a la Introducción general de los Elementos de los Crímenes, los elementos pueden ser de conducta, circunstancias, consecuencias o contexto, y por lo general aparecen en ese orden en la enumeración²²⁴. Señalan Anggadi, French y Potter que durante el retiro de Montreux de abril de 2009 en el que un conjunto de expertos discutieron los elementos del crimen de agresión se expresaron diversas opiniones acerca de si el acto estatal era una consecuencia, circunstancia o elemento de contexto; algunos comentaron que aspectos de cada uno de estos tipos de elementos se aplicaban al acto estatal y que podría ser más apropiado tomar un enfoque pragmático y simplemente especificar el elemento mental requerido²²⁵. En el documento de debate adoptado en

²²¹ Sobre la problematización del requisito del control efectivo, v. KOSTIC, Drew: op. cit., p. 121-123.

²²² SAYAPIN, Sergey: op. cit., p. 260.

²²³ WEISBORD, Noah: “Conceptualizing aggression”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 20, N°1 (2009), pp. 1-68, p. 21 y ss.

²²⁴ Elementos de los Crímenes, Introducción general.

²²⁵ ANGGADI, Frances, FRENCH, Greg y POTTER, James: op. cit., p. 69.

Montreux se menciona que el acto estatal puede caracterizarse tanto como un elemento de circunstancia (en la que la conducta del autor tiene lugar), consecuencias (un resultado de la conducta del autor) o ambos²²⁶.

Aunque volveremos más adelante sobre esta cuestión, no podemos dejar de señalar que la caracterización del acto de agresión como elemento del crimen de agresión en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma ha tenido un notorio efecto sobre la opinión de muchos autores respecto de la relación entre ambos conceptos (en el sentido de que el acto es meramente un *elemento* del crimen), generando así una visión que, en nuestra concepción, resulta parcial e insuficiente para describir dicha relación.

Por su parte, la discusión sobre la naturaleza del acto estatal como elemento del crimen de agresión (en el contexto de los Elementos de los Crímenes), aunque no resuelta oficialmente en aras del pragmatismo, también afecta el debate sobre la relación entre el acto y el crimen. Así, sin perjuicio de profundizar la cuestión en el Capítulo V, podemos señalar *a priori* que, si pensamos en el acto estatal como un elemento de circunstancia, entonces el crimen *integra* el acto (toda vez que la conducta tiene lugar en el acto estatal), pero si lo pensamos como un elemento de consecuencia, entonces el crimen *causa* al acto.

Pero tal vez lo más importante de señalar aquí sea que vemos una relación lógica entre las dos características particulares del crimen de agresión ya reseñadas: si la materialidad del crimen de agresión coincide con el acto estatal de agresión, es lógico que solo podrá cometer el crimen quien esté en condiciones de impulsar el accionar de ese Estado. Como sostiene Ambos, se trata “*de una consecuencia de la naturaleza colectiva del crimen de agresión en cuanto a crimen estatal que solo puede ser llevado a cabo, en todo caso, por el/los líder/es del Estado agresor actuando de manera colectiva*”²²⁷. Sayapin va más allá en esta coincidencia, al sostener que el Artículo 8 bis definió el crimen individual de agresión como una función individual en el mecanismo de comisión de un acto de agresión (del cual el Estado era previamente reconocido como el único sujeto), que es directamente ejercido por personas naturales. Es decir, que en su opinión las personas naturales son los sujetos del crimen individual, pero también son, al mismo tiempo, los sujetos primarios del acto de agresión, mientras que el Estado sería el sujeto secundario. Un acto de agresión, en este sentido, debe

²²⁶ “2009 Montreux Draft Elements of Crimes”, en BARRIGA, Stefan y KREß, Claus: op. cit., p. 671.

²²⁷ AMBOS, Kai: op. cit., p. 46.

ser considerado como el resultado directo de la conducta criminal de los autores y no meramente como un “subproducto” logrado a través de la intermediación de un Estado. Los autores del crimen, así, son capaces como tales de planear, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión, y el uso de la fuerza armada resulta inmediatamente de actos criminales individuales, volviéndose el Estado que usa la fuerza una “herramienta” en manos del autor o autores²²⁸.

Visto de esta manera, pensamos, se ratifica la idea de unidad en la definición misma de la agresión, por cuanto el contenido material (determinado por el presupuesto normativo) es exactamente *el mismo* para el acto y el crimen de agresión.

6.3. El acto estatal de agresión (párrafo 2 del Artículo 8 bis)

El párrafo 2 del Artículo 8 bis contiene una definición del acto de agresión que fusiona los Artículos 1 y 3 de la Definición de la Agresión, es decir, una definición de carácter general complementada por una enumeración de actos de agresión.

6.3.1. Diferencias con la Definición de la Agresión

No obstante su evidente similitud, hay diferencias notorias entre el párrafo 2 y la Definición de la Agresión que no pueden pasar inadvertidas. La primera es respecto de la definición general, que está tomada del Artículo 1 de la Definición, del que se han omitido sus últimos términos “*tal como se enuncia en la presente definición*”. Dichos términos, como lo señalamos *supra*, no son inocuos, y permiten –junto con el Artículo 8 de la Definición– interpretar todas sus disposiciones de manera armónica y subrayar la gravedad como característica definitoria de la agresión en cuanto uso ilícito de la fuerza. Barriga justifica la omisión al sostener que no podía mantenerse en el Artículo 8 bis sin cambiar su significado²²⁹.

La segunda diferencia es respecto de la enumeración, tomada del Artículo 3 de la Definición, del que se reemplazó su introducción “*Con sujeción a las disposiciones del Artículo 2 y de conformidad con ellas*”

²²⁸ SAYAPIN, Sergey: op. cit., p. 258-261.

²²⁹ BARRIGA, Stefan: op. cit., p. 26.

por “*De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974*”. La diferencia tampoco es menor en su literalidad, por cuanto, como vimos, la sujeción de la enumeración del Artículo 3 al Artículo 2 tiene como función asegurar la unidad de la definición, en particular al ratificar la característica de gravedad inherente a la agresión, y su omisión en el párrafo 2 del Artículo 8 bis –debida, naturalmente, a la inexistencia de una mención expresa al Artículo 2 de la Definición– podría debilitar dicha unidad. Barriga sostiene que mantener la referencia expresa al Artículo 2 de la Definición habría sido problemático, pues, al reconocerle el poder al Consejo de Seguridad para determinar que un acto no equivale a agresión, la referencia a dicho poder no parecía aceptable para muchas delegaciones en el seno del Grupo de Trabajo Especial²³⁰.

Así, y según se advierte de las dos modificaciones, parecen, si las interpretamos literalmente, dejar fuera de la definición del acto estatal de agresión a la gravedad, característica que, insistimos, consideramos inherente a la noción misma de agresión en el derecho internacional. Ello nos llevaría a sostener que el acto de agresión del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma no reúne las mismas características del acto de agresión de la Carta de las Naciones Unidas definido en la resolución 3314 (XXIX)²³¹. Sin embargo, pensamos que dicha conclusión sería errónea, tanto a la luz de la denominada “cláusula de umbral” en el párrafo 1 del Artículo 8 bis, en la que la gravedad de la agresión aparece ratificada, como de la referencia a la propia resolución 3314 (XXIX) que se encuentra en el mismo párrafo 2 de la norma bajo análisis. Profundizaremos sobre esta cuestión en el capítulo siguiente.

6.3.2. *Carácter taxativo de la enumeración*

Un gran motivo de discrepancia entre los autores, y que se reveló durante el proceso codificador, fue el carácter taxativo o ejemplificativo de la enumeración contenida en el párrafo 2. Quienes sostienen la segunda postura se basan principalmente en el Artículo 4 de la Definición, que como vimos, establece que la enumeración del Artículo 3 no es exhaustiva,

²³⁰ *Ibidem*, p. 27.

²³¹ Como lo sostienen algunos autores, según veremos en el capítulo siguiente.

y que el Consejo de Seguridad podrá incluir otros actos²³². Dicha línea de pensamiento había sido seguida por la CDI en su proyecto de 1991, como vimos. Kreß, por su parte, mantiene la interpretación del carácter no taxativo de la lista basado en que ello no surge del propio Artículo 8 bis ni de los Elementos de los Crímenes, y que los trabajos preparatorios no contradicen esta interpretación literal²³³.

Frente a ello, se alza la posición de quienes sostienen que, a diferencia de la resolución 3314 (XXIX), el Artículo 8 bis es una norma de naturaleza penal que debe guiarse por el principio de legalidad –reconocido expresamente en el Artículo 22 del Estatuto de Roma– y que dicho principio no admite un tipo penal tan abierto²³⁴, por lo que su interpretación debe ser en forma restrictiva²³⁵. Si bien desde el estricto punto de vista penal la posición es acertada, hay otras disposiciones del propio Estatuto que podrían merecer el mismo cuestionamiento, como el caso de los “otros actos inhumanos” que integran el listado de crímenes de lesa humanidad, a tenor del Artículo 7.1 k) del Estatuto. Asimismo, y como se señaló durante los trabajos preparatorios, el principio de legalidad permite una cierta flexibilidad de conformidad con el párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³⁶, que fue redactado teniendo en cuenta los crímenes de Núremberg, incluido el crimen de agresión²³⁷.

Compartimos la posición de que la enumeración no es taxativa; aunque vemos difícil que un acto de agresión no pueda estar comprendido dentro de los amplios supuestos del párrafo 2, en la medida en que el uso de la fuerza armada satisfaga los requisitos de la definición general del párrafo (y del Artículo 1 de la Definición de la Agresión) y sea grave, podrá ser considerado como un “acto de agresión” en el sentido del Artículo 8 bis.

²³² V. KOSTIC, Drew: op. cit., pp. 127-130.

²³³ KREß, Claus: op. cit. en nota 149, p. 435-436.

²³⁴ AMBOS, Kai: op. cit., p. 44.

²³⁵ SAYAPIN, Sergey: op. cit., p. 272.

²³⁶ Que dispone: “*Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”.

²³⁷ ASP-SGWCA: *Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2006, párr. 12.

6.3.3. *La referencia a la resolución 3314 (XXIX)*

¿Qué sentido y alcance tiene la referencia a la resolución 3314 (XXIX) en el segundo párrafo del Artículo 8 bis? ¿Implica la recepción a la totalidad de la resolución o tan solo a los Artículos 1 y 3, que son la fuente de la definición de acto de agresión adoptada por el Estatuto?

Al referirse a esta cuestión, los autores se preocupan, en general, por las facultades que otorga al Consejo de Seguridad el Artículo 4 de la Definición y que podría redundar en una ampliación del listado del párrafo 2 del Artículo 8 bis²³⁸.

En este aspecto, los trabajos preparatorios son poco claros, pero sí revelan que la cuestión fue debatida en el seno del Grupo de Trabajo Especial. De todas formas, consideramos que puede resultar indicativo en la cuestión la reformulación que tuvo el párrafo 2, que hasta el Documento de Debate de 2007, disponía: “*A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá un acto comprendido en [los artículos 1 y 3 de] la resolución 3314 (XXIX)...*”²³⁹, y a partir del Documento de Debate de 2008 tuvo su redacción actual, aclarándose que la modificación, “*que ahora hace referencia a la resolución 3314 en su totalidad [...], podría servir como fórmula de avenencia*”²⁴⁰.

No podemos dejar de advertir que la referencia a la resolución en el párrafo 2 se encuentra antes de la enumeración de los actos de agresión —no antes de la definición general—, lo que bien podría interpretarse como una referencia solo al Artículo 3 de la Definición. Pero incluso si fuera así, creemos, que la enumeración fuera “de conformidad” con dicho artículo implicaría tener en cuenta lo que dispone, incluyendo la “*sujeción a las disposiciones del Artículo 2*” de la misma Definición²⁴¹.

Barriga sostiene que la referencia debe entenderse a la resolución en su conjunto, en orden a reflejar el fuerte deseo expresado por muchas delegaciones en el Grupo de Trabajo Especial de respetar la integridad de la resolución. Por lo tanto, sostiene, la definición del acto de agresión debe leerse en conjunción con otras partes de la resolución que contienen cuestiones

²³⁸ V., *i. a.*, KOSTIC, Drew: op. cit., p. 128; SOLERA, Oscar: “The Definition of the Crime of Aggression: Lessons Not Learned”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 42 (2010), pp. 801-823, p. 810; AMBOS, Kai: op. cit., p. 44.

²³⁹ ASP-SGWCA: op. cit. en nota 197, p. 3.

²⁴⁰ ASP: op. cit. en nota 198, p. 13.

²⁴¹ DINSTEIN, Yoram: op. cit. en nota 15, pp. 139-140.

relevantes, como por ejemplo, el principio de que las disposiciones de la resolución están interrelacionadas y deben leerse en conjunto (Artículo 8 de la Definición)²⁴².

Kreß, por su parte, admite que la referencia a la resolución 3314 es de carácter general, pero que no debe interpretarse como un reconocimiento a los poderes del Consejo de Seguridad en virtud de los Artículos 2 y 4 de la Definición²⁴³. Adviértase que, como lo señala el autor alemán, el Artículo 2 no es relevante solo en cuanto se refiere a los poderes del Consejo, a tenor de las claras disposiciones de los Artículos 15 bis, párrafo 9 y 15 ter, párrafo 4 del Estatuto de Roma (que establecen que la determinación de la existencia de un acto de agresión por un órgano ajeno a la Corte no será vinculante para esta), pero ello no puede significar, pensamos al igual que Dinstein, que el resto de las disposiciones del Artículo 2 de la Definición carezcan de valor interpretativo para la Corte, como lo referente al primer uso de la fuerza y, en particular, a la gravedad como característica inherente a la agresión²⁴⁴.

En definitiva, consideramos que la incorporación de la totalidad de la resolución es posible en la medida en que sus disposiciones no sea incompatibles con la naturaleza del Estatuto de Roma y la función de la Corte Penal Internacional como órgano judicial independiente, y nos resulta claro que la cláusula *de minimis* del Artículo 2 no lo es, toda vez que es, como veremos, acorde al umbral de gravedad del párrafo 1 del Artículo 8 bis y, a la vez, coincide en gran parte, como se verá, con el entendimiento 6 aprobado por la Conferencia de Revisión. Esta conclusión se aplicaría incluso si se acepta que la referencia se limita al Artículo 3 de la Definición. Comparten esta postura O'Connell y Niyazmatov²⁴⁵, cuando señalan que la referencia a la resolución 3314 (XXIX) puede ayudar a preservar para el *ius ad bellum* el entendimiento de que la agresión es una violación grave de la Carta.

7. Hacia una visión integral de la agresión

La recepción del crimen de agresión en el Estatuto de Roma no solamente ratificó los principios que venían firmemente establecidos desde Nú-

²⁴² BARRIGA, Stefan: op. cit., p. 27.

²⁴³ KREß, Claus: op. cit., p. 436.

²⁴⁴ DINSTEIN, Yoram: op. cit. en nota 15, p. 140.

²⁴⁵ O'CONNELL, Mary Ellen y NIYAZMATOV, Mirakmal: op. cit., p. 200.

remberg: que la agresión es un crimen según el derecho internacional y que genera responsabilidad penal individual, sino que representó la articulación definitiva de la conducta individual con el hecho estatal.

Dicha articulación no fue fácil, no solamente por el sinnúmero de factores extrajurídicos que imposibilitaron durante años una definición aceptable de la agresión, sino también porque –ya en el plano normativo– se siguieron dos procesos diferentes, con orígenes distintos, que solamente hacia el final, y ya en el marco del Estatuto de Roma, convergieron en una única vía, notoriamente influenciada por ese pasado dual.

Pero tal vez lo más importante de destacar del resultado de este proceso, expresado en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, es que, se trate del acto o del crimen, la materialidad de la agresión es la misma.

Es por ello que, en un sentido más amplio, podemos definir a la agresión como el uso grave 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.

Pero el Estado es una entidad abstracta, y por lo tanto, para que ese uso de la fuerza pueda tener lugar debe ser llevado a cabo²⁴⁶ por individuos, y dado que solamente algunos individuos están en condiciones de movilizar un aparato estatal para el empleo de la fuerza, la responsabilidad penal, según el derecho internacional, estará limitada a aquellos individuos que controlen o dirijan efectivamente la acción política o militar de un Estado y que preparen, planifiquen, inicien o realicen dicho uso grave de la fuerza armada.

Materialmente, entonces, el acto de agresión y el crimen de agresión coinciden. Pero a la vez, será ese uso grave de la fuerza armada el que dará lugar a dos tipos de responsabilidad: una estatal y otra individual.

La distinción entre acto de agresión y crimen de agresión, entonces, se justifica en cuanto a la atribución y a las consecuencias jurídicas, pero no en su contenido, contenido que, tal como ilustró –no sin dificultades– el largo proceso codificador, y se materializó en la Definición de la Agresión y en el Artículo 8 bis, implica, por un lado, el uso de la fuerza armada y por el otro, la gravedad, como requisitos esenciales para su configuración.

De esta forma, podemos empezar a pensar en la agresión como una categoría jurídica única, cualidad esta que también tuvo algún rasgo en el

²⁴⁶ Utilizamos el verbo *ex profeso*, por cuanto no coincide con ninguna de las conductas típicas en el Estatuto de Roma, y su inclusión fue discutida en los trabajos preparatorios (CLARK, Roger S.: op. cit., p. 573, nota 44.)

mismo proceso codificador, no obstante su complejidad y dualidad de orígenes. La propia decisión de la Asamblea General de suspender la labor de la CDI sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad hasta contar con una definición de la agresión muestra una intención en ese sentido, ratificada por la reanudación de los trabajos luego de la aprobación de la resolución 3314 (XXIX). Que la propia Definición haya recorrido todo el camino hasta encontrarse mencionada expresamente en el párrafo 2 del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma confirma dicha apreciación: para que exista un crimen de agresión debe existir necesariamente un acto de agresión, y ese acto de agresión no es otro que el mencionado en la Carta de las Naciones Unidas y definido en el anexo de la resolución 3314 (XXIX).

Dicho en otros términos, no puede haber crimen de agresión sin acto de agresión. Subsiste, no obstante, y esto será crucial para determinar la relación entre ambos conceptos, el interrogante de si puede o no existir un acto de agresión sin un crimen de agresión. Ello es lo que desarrollaremos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II

EL DENOMINADO “UMBRAL DE GRAVEDAD”: ¿HAY ACTOS DE AGRESIÓN SIN CRIMEN DE AGRESIÓN?

“Los hechos graves están fuera del tiempo, ya porque en ellos el pasado inmediato queda como tronchado del porvenir, ya porque no parecen consecutivas las partes que los forman”.

Jorge Luis Borges

Emma Zunz, El Aleph, 1949

Como vimos en el capítulo anterior, el párrafo 1 del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma introduce una cláusula que parece calificar especialmente al acto estatal de agresión en cuanto elemento del crimen de agresión, al establecer que *“por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”*. La interpretación literal de los términos del párrafo 1 podría inducirnos a pensar que no cualquier “acto de agresión” puede dar lugar a un “crimen de agresión”, sino solo aquellos actos de agresión que “por sus características, gravedad y escala” constituyan una “violación manifiesta” de la Carta.

Esa interpretación implicaría que ciertos actos de agresión, por no cruzar tal umbral, no darían lugar a responsabilidad penal individual. Es decir, mientras –como vimos– no puede haber un crimen de agresión sin un acto de agresión, sí podrían existir actos de agresión sin crimen de agresión.

Nos preguntamos, entonces, si esta alternativa es posible a la luz del derecho internacional. Para ello deberemos analizar las normas relativas al uso de la fuerza y la posición que la agresión ocupa con relación a ellas¹,

¹ Planteamos inicialmente esta cuestión en PEZZANO, Luciano: “El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza?”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Vol. 4 (2015), pp. 86-104.

para luego identificar cómo la cláusula de umbral podría afectar esta posición. A partir de allí, analizaremos en profundidad la cláusula de umbral y su interpretación a la luz de las normas del propio Estatuto y en el contexto de las normas del *ius ad bellum*.

La conclusión a la que arribemos influirá notoriamente en nuestro objeto de estudio, toda vez que, habiendo insinuado la unidad de la agresión como una de sus características, según afirmamos en el Capítulo I, la existencia de actos de agresión que no dan lugar a crímenes de agresión redundaría en la falsedad de nuestra afirmación y afectaría la relación entre acto y crimen. El estudio de la cuestión, entonces, es crucial.

1. La agresión en el contexto de las normas sobre el uso de la fuerza

Tanto nuestra interpretación de las normas pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas, como el repaso histórico y el análisis de la Definición de la Agresión que efectuamos en el Capítulo I, se han orientado a señalar la atención sobre tres aspectos esenciales de la agresión: a) la agresión es un uso de la fuerza armada en contravención de la Carta de las Naciones Unidas; b) no todo uso de la fuerza armada en contravención de la Carta constituye agresión; y c) la agresión es un uso de la fuerza armada que reviste especial gravedad.

Ahora bien, ¿qué distingue a la agresión de los otros usos ilícitos de la fuerza? ¿Tiene la gravedad alguna relevancia en la distinción? ¿Qué efectos tiene esa distinción sobre la posición que ocupa la agresión entre los usos ilícitos de la fuerza? Al mismo tiempo, la Carta de las Naciones Unidas no se limita a mencionar el “uso de la fuerza” (Artículo 2.4) y el “acto de agresión” (Artículos 1.1 y 39), sino que también hace referencia al “ataque armado” (Artículo 51): ¿cómo se relaciona, entonces, la agresión con el concepto de “ataque armado”? Procuraremos dar respuesta a estos interrogantes.

1.1. La agresión y los usos menos graves de la fuerza

Según hemos visto en el Capítulo I², y no obstante la aparente identidad de contenido entre la formulación del principio de la prohibición del

² Capítulo I, Sección 4.2.

uso de la fuerza en el Artículo 2.4 de la Carta y el Artículo 1 de la Definición de la Agresión, surge claramente de sus restantes disposiciones que la agresión constituye solamente una forma posible de violación del principio de la prohibición del uso de la fuerza. De esa manera, la agresión no cubre todas las posibles formas de violación de dicho principio, sino que es solamente *la más grave*, lo cual ha sido confirmado por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

Así, en su sentencia en el fondo del asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia realizó una distinción entre las distintas formas de uso de la fuerza en los siguientes términos: “*En lo que respecta a ciertos aspectos particulares del principio en cuestión, será necesario distinguir las formas más graves del uso de la fuerza (aquellas que constituyen un ataque armado) de otras formas menos graves. Al determinar la norma jurídica que se aplica a estas últimas formas, la Corte puede nuevamente recurrir a las formulaciones contenidas en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional relativos a las relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General [...]). Como ya ha sido observado, la adopción por los Estados de este texto equivale a una indicación de su opinio iuris como el derecho internacional consuetudinario sobre la cuestión. Junto a ciertas descripciones que pueden referirse a la agresión, este texto incluye otras que se refieren solamente a las formas menos graves del uso de la fuerza*”³.

El pasaje citado reviste una gran importancia para nuestro estudio, por dos razones principales. En primer lugar, la Corte distingue claramente entre “las formas más graves del uso de la fuerza”, que son las que consti-

³ Traducción propia; “*As regards certain particular aspects of the principle in question, it will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms. In determining the legal rule which applies to these latter forms, the Court can again draw on the formulations contained in the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (General Assembly resolution 2625 (XXV) [...]). As already observed, the adoption by States of this text affords an indication of their opinio iuris as to customary international law on the question. Alongside certain descriptions which may refer to aggression, this text includes others which refer only to less grave forms of the use of force*” (CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 191).

tuyen un ataque armado o agresión, de “las formas menos graves”, cuyos ejemplos la Corte encuentra recurriendo a la resolución 2625 (XXV)⁴. Parte de la doctrina nota que las conductas descritas por la resolución y no citadas por la Corte, tales como la ocupación militar o la adquisición del territorio de un Estado por otro, ambas derivadas del uso de la fuerza, pueden ser tomadas como casos de ataque armado⁵ o, agregamos, como actos de agresión. Otro sector doctrinario, en cambio, se concentra en criticar⁶ la solución adoptada por la Corte, ya sea por considerar que la Corte no aporta muchos criterios acerca de qué es “grave”⁷ o, directamente, cuestionando el enfoque de la Corte, particularmente la exclusión que realiza de los incidentes fronterizos⁸. Podemos señalar que respecto de estos, la Corte utilizó como criterios a fines de determinar su gravedad “la escala y efectos”⁹ de una operación para saber si califica o no como ataque armado. Gray considera que puede compararse esta formulación con el requisito de “suficiente gravedad” del Artículo 2 de la Definición de

⁴ Son: la violación de las fronteras internacionales o la solución de controversias internacionales, incluidas las cuestiones territoriales, a través de la amenaza o uso de la fuerza; las represalias que incluyen el uso de la fuerza; la utilización de la fuerza para privar a un pueblo del ejercicio del derecho a la libre determinación o quebrantar el principio de igualdad de derechos; la organización o fomento de fuerzas irregulares o bandas armadas para realizar incursiones en el territorio de otro Estado; la organización, instigación, ayuda o participación en actos de guerra civil o de terrorismo en otro Estado, o el consentimiento a la organización de dichos actos en su propio territorio.

⁵ PINTORE, Eduardo: “La caracterización del concepto de ataque armado del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas a través de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, N° VI (2012), pp. 49-76, p. 55.

⁶ Para un resumen de las críticas, v. RUYS, Tom: *‘Armed Attack’ and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 143 y ss.

⁷ GREENE, James A.: *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2009, p. 32.

⁸ DINSTEIN, Yoram: *War, Aggression and Self-Defence*, Quinta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 210 y ss.

⁹ “The Court sees no reason to deny that, in customary law, the prohibition of armed attacks may apply to the sending by a State of armed bands to the territory of another State, if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular armed forces” (CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 195).

la Agresión y parecerían cubrir tanto la escala de lugar y tiempo como la escala del impacto del ataque¹⁰.

De todas formas, y sin perjuicio de nuestra segunda razón, que expon-dremos a continuación, la Corte ratifica que no todos los usos ilícitos de la fuerza son iguales, que cabe una distinción entre los que constituyen “ata-que armado” o “agresión” y las formas “menos graves”, y que tal distinción debe hacerse en función de su gravedad.

1.2. La agresión y el ataque armado

Ello nos lleva a la segunda razón por la cual el pasaje reviste de im-portancia para nuestro estudio, que es la equiparación que la Corte realiza entre las nociones de “agresión” y “ataque armado”. ¿Significa ello que el “acto de agresión” de los Artículos 1.1 y 39 de la Carta es el mismo “ataque armado” del Artículo 51? La doctrina aparece muy dividida en torno a la cuestión, ya sea al analizar el pasaje del fallo de la Corte, como al tratar la cuestión de manera general.

Así, comentando el pasaje, Stein considera que la Corte utiliza ambas nociones de forma intercambiable¹¹, pero Kreß piensa que la Corte no declaró que los conceptos tuvieran el mismo significado y que se abstuvo de establecer cualquier relación conceptual entre ambos¹². Por su parte, Akande y Tzanakopoulos, aunque reconocen que la Corte no declaró explícitamente que significaran lo mismo, sí pareció presumir algún tipo de relación conceptual entre ellos¹³. De la misma manera, McDougall piensa que pese a la falta de precisión de la Corte, puede concluirse que consideró que la agresión está constituida por las violaciones más

¹⁰ GRAY, Christine: *International Law and the Use of Force*, 3ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 178.

¹¹ STEIN, Mark S.: “The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Security Council’s power to determine Aggression?”, *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 16 (2005), pp. 1-36, p. 21.

¹² KREß, Claus: “The International Court of Justice and the ‘Principle of Non-Use of Force’”, en WELLER, Marc (Ed.): *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 561-602, p. 581.

¹³ AKANDE, Dapo y TZANAKOPOULOS, Antonios: “The International Court of Justice and the Concept of Aggression”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 214-232, p. 222.

graves de la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, quizás incluso análogas a un ataque armado¹⁴.

Pensamos que si bien es verdad que no hay un pronunciamiento explícito de la Corte sobre la identidad de ambos conceptos, resulta claro del pasaje citado que divide los usos ilícitos de la fuerza entre las “formas más graves”, las que constituyen ataque armado, y las “formas menos graves”. Para ello se basa en la resolución 2625 (XXV), cuyas disposiciones también divide entre las que se refieren a la “agresión” y a las “formas menos graves del uso de la fuerza”. Es evidente que estas últimas coinciden con las “formas menos graves” a las que hizo referencia en primer lugar, de lo que puede deducirse que las restantes, es decir, las que en la resolución se refieren a la agresión, son las formas más graves, esto es, las que la Corte identificó con el ataque armado. Abona esta interpretación el hecho de que, como vimos en el Capítulo I¹⁵, la Corte recurriera a la Definición de la Agresión a los fines de determinar algunos de los actos que constituyen un ataque armado¹⁶.

En términos generales, como dijimos, la doctrina tampoco es pacífica. Por la distinción, Randelzhofer y Nolte, luego de repasar los trabajos preparatorios de la Definición de la Agresión, sostienen que no se pretendió definir el “ataque armado” del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, que ambas nociones no son plenamente coincidentes y que “ataque armado” es el concepto más estrecho de los dos¹⁷. En un sentido diametralmente opuesto, Ruys sostiene que, aunque en principio las nociones podrían coincidir, y la Definición de la Agresión resulta en ese caso de utilidad para identificar un ataque armado, no cabría descartar la posibilidad teórica de que el supuesto de ataque armado fuera en realidad más amplio que el definido en la resolución 3314 (XXIX)¹⁸. McDougall va un poco más allá en esta línea al sostener que más que un término idéntico o más estrecho que “acto de agresión”, el “ataque armado” debe referirse, en pri-

¹⁴ MCDUGALL, Carrie: *The Crime of Aggression Under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 90.

¹⁵ Capítulo I, Sección 4.1.

¹⁶ CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, párr. 195.

¹⁷ RANDELZHOFFER, Albrecht y NOLTE, Georg: “Article 51”, en SIMMA, Bruno et al. (Eds.): *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Volumen II, 3ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1397-1428, pp. 1407-1408.

¹⁸ RUYS, Tom: op. cit., p. 139.

mer lugar, solamente a usos actuales de la fuerza armada y, en segundo lugar, a casi todos dichos usos, exceptuando solamente la fuerza armada empleada en legítima defensa y violaciones de la prohibición, como incidentes fronterizos, que no puedan ser descritas como un “ataque”¹⁹. Las posiciones por la distinción, entonces, están divididas en cuando a si el ataque armado es más grave que el acto de agresión o viceversa. Visualmente, podemos apreciar gráficamente la primera posición en la Figura 2 y la segunda en la Figura 3.

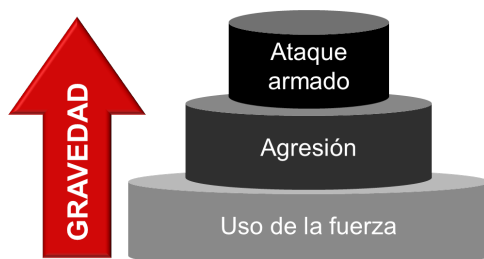


Fig. 2 - El ataque armado como especie de la agresión

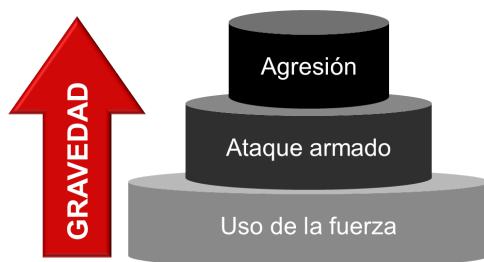


Fig. 3 - La agresión como especie del ataque armado

Por la identidad de los conceptos, en cambio, Zourek afirma que la definición de la Agresión dota de contenido a la noción del Artículo 51²⁰, mientras que Vallarta Marrón sostiene que, en el contexto de la

¹⁹ MCDUGALL, Carrie: op. cit., p. 69

²⁰ ZOUREK, Jaroslav: “Enfin une définition de l’agression”. *Annuaire français de droit international*, Vol. 20 (1974), pp. 9-30, p. 28. Debe tenerse presente que, como se men-

Carta, “agresión” y “ataque armado” son sinónimos²¹. Asimismo, la CDI, en sus comentarios a los Artículos 19 y 34 (este último sobre legítima defensa como causa de exclusión de ilicitud) de su Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, aprobado en primera lectura en 1996 (en adelante, el “Proyecto de 1996”), se ha referido a la agresión como la precondition del ejercicio de la legítima defensa sin efectuar disquisiciones al respecto²².

Es verdad que los trabajos preparatorios de la Definición de la Agresión no son explícitos en el sentido de la identidad entre ambas nociones. Randelzhofer y Nolte mencionan una propuesta presentada por un grupo de Estados no alineados –el proyecto de las trece potencias–, que en su preámbulo expresaba que “*el ataque armado (agresión armada) es la forma de agresión más seria y peligrosa*”²³. Esta propuesta se transformó en el quinto párrafo del preámbulo del texto consolidado de 1973, y disponía que “*la agresión armada constituye la forma más grave y peligrosa de agresión*”²⁴. Sin embargo, debemos recordar –una vez más– que la forma definitiva que tuvo ese párrafo en la Definición expresa que “*la agresión es la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza*”, sin hacer distinción alguna entre la “agresión” y la “agresión armada” o “ataque armado”.

Además, según hemos visto en el Capítulo I²⁵, no solo en la labor del Comité Especial, sino también durante todo el proceso, en muchas oportunidades se hizo referencia a la identidad entre agresión y ataque armado, sin que se esgrimieran argumentos de peso en contra del planteo²⁶. Recuérdese que, en varios Estados, detrás de la opinión de que la agresión no es equivalente al ataque armado subyace la posición que sostiene que la agresión

cionó, la versión francesa del Artículo 51 se refiere a una “agresion armée”, de allí que la doctrina francesa tienda a igualar los conceptos de agresión y ataque armado.

21 VALLARTA MARRÓN, José Luis: “La incorporación del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI (2011), pp. 435-461, p. 438.

22 CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1977, p. 103 y ss.; CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1980*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1981, p. 50 y ss.

23 ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*. Documento A/9019, Naciones Unidas, Nueva York, 1973, p. 8.

24 *Ibidem*, p. 14.

25 Capítulo I, Sección 3.2.2.2.

26 En contra, v. RUYSS, Tom: op. cit., p. 134.

comprende casos más allá del uso de la fuerza. Respecto de esta discusión, Solera reconoce que no todo uso de la fuerza equivale a un ataque armado, pero que los ataques armados son parte de la categoría general de usos de la fuerza. Aunque ve como problemática la inclusión del “ataque armado” como un elemento de la agresión, considera que, dado que la agresión es vista como el crimen de Estado más grave, la gravedad del ataque armado necesitaría ser sustancial²⁷.

En nuestra opinión, y partiendo de la base –como se ha planteado aquí– que la agresión es, en efecto, la forma más grave y peligrosa de uso ilícito de la fuerza, y el ataque armado por definición implica el uso de la fuerza, afirmar que este es solo una forma posible de agresión implicaría sostener que, por sus propias consecuencias, es *más grave* que “la forma más grave”, lo cual bordea el absurdo. Nuestro planteo no debe interpretarse en un sentido favorable al debilitamiento de la noción de “ataque armado” del Artículo 51 de la Carta, sino a favor del fortalecimiento de la noción de agresión. Compartimos las posturas que consideran a la intensidad²⁸ y la gravedad²⁹ una característica esencial del ataque armado, y en ese sentido, cabe recordar que la Comisión de Reclamaciones de Etiopía-Eritrea sostuvo que “*encuentros fronterizos localizados entre pequeñas unidades de infantería, incluso aquellos que involucran la pérdida de vidas, no constituyen un ataque armado a los fines de la Carta*”³⁰, y que los “*incidentes relativamente menores no fueron de una magnitud que constituya un ataque armado por parte de un Estado contra el otro en el sentido del Artículo 51 de la Carta de la ONU*”³¹. Creemos que estas ideas también son aplicables a la gravedad de la agresión.

²⁷ SOLERA, Oscar: *Defining the Crime of Aggression*, Cameron May, Londres, 2007, p. 69.

²⁸ PINTORE, Eduardo José: *La Legítima Defensa en el Derecho Internacional*, Ciencia Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba, 2012, p. 127 y ss. y los autores allí citados.

²⁹ GREEN, James: op. cit., pp. 31-42. También el *Institut de Droit International*, en su sesión de Santiago, en 2007, aprobó una resolución sobre legítima defensa en la que sostuvo que el ataque armado que active el derecho de legítima defensa debe tener cierto grado de gravedad (*Annuaire de l’Institut de droit international - Session de Santiago du Chili*, Vol. 72 (2007), p. 233).

³⁰ Traducción propia; “*Localized border encounters between small infantry units, even those involving the loss of life, do not constitute an armed attack for purposes of the Charter*” (ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION: *Partial Award, Jus Ad Bellum*, 19 de diciembre de 2005, p. 4, párr. 11).

³¹ Traducción propia; “*... relatively minor incidents were not of a magnitude to constitute an armed attack by either State against the other within the meaning of Article 51 of the UN*

De esa forma, tampoco podemos aceptar que el ataque armado constituya un uso de la fuerza *menos grave* que la agresión, toda vez que la propia Corte Internacional de Justicia declaró que el ataque armado está constituido por “las formas más graves del uso de la fuerza”³². Volveremos sobre este punto más adelante.

En definitiva, y como ya se mencionó, si el uso de la fuerza de que se trate no es lo suficientemente grave, no obstante caer materialmente en alguno de los supuestos del Artículo 3 de la Definición de la Agresión, no será agresión, ni ataque armado, y por lo tanto, no habilitará para el ejercicio de la legítima defensa de parte del Estado víctima.

Estamos de acuerdo, por lo tanto, con la equiparación entre la “agresión” y el “ataque armado”, y consideramos que ello se refleja en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Señalamos aquí que la Corte volvió sobre el particular en su fallo en el asunto de las *Plataformas petrolíferas*, al reiterar: “*Como la Corte observó en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, es necesario distinguir ‘las formas más graves del uso de la fuerza (aquellas que constituyen un ataque armado) de otras formas menos graves’*”³³, aunque en dicho fallo no hizo mención alguna a la agresión.

1.3. La gravedad como carácter inherente de la agresión

De esa forma, la agresión (y su equivalente, el ataque armado) se diferencia de otros usos de la fuerza en violación a la Carta de las Naciones Unidas por su gravedad³⁴. Ello surge de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y es aceptado de manera casi unánime por la doctrina, incluso aquella que la diferencia del ataque armado.

Charter” (Ibidem, párr 12).

³² CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, párr. 191.

³³ Traducción propia; “*As the Court observed in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, it is necessary to distinguish “the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms”*” (CIJ: *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, *I. C. J. Reports 2003*, p. 161, párr. 51).

³⁴ CORTEN, Olivier: *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 200.

Como hemos visto, las disposiciones de la Definición de la Agresión ratifican esta postura, al poner a la gravedad como una cualidad relevante de la agresión³⁵. Así, cabe recordar que el quinto párrafo del Preámbulo de la Definición reconoce que “*la agresión constituye la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza*”, es decir, admite la existencia de otros usos ilícitos de la fuerza que no constituyen agresión –lo que es reforzado por el párrafo 3 de la propia resolución 3314 (XXIX), en el que la Asamblea General instó a todos los Estados “*a que se abstengan de todo acto de agresión y de cualquier otro uso de la fuerza contrario a la Carta de las Naciones Unidas*”–, al mismo tiempo que declara que la agresión es la forma más grave de dicho uso³⁶. Por otra parte, la gravedad como criterio diferenciador de la agresión no solamente está planteada en el citado párrafo quinto del Preámbulo, sino también surge de los ya mencionados Artículos 2, *in fine*, y 3, inc. g) de la Definición.

En otra visión, McDougall, partiendo de un rechazo a que la Definición de la Agresión refleje el derecho consuetudinario, considera que la práctica internacional no especifica lo que caracteriza a los actos de agresión como opuestos a meras violaciones de la prohibición del uso de la fuerza, o incluso, quebrantamientos de la paz, por lo que solamente puede concluirse que tales actos deben considerarse “graves”, sea porque son cometidos a gran escala, entrañan graves consecuencias, o son parte de un patrón de actos perpetrados por el Estado agresor³⁷. Más allá de que no compartamos su premisa –en cuanto, como señalamos en el Capítulo I³⁸, sí reconocemos valor jurídico a la Definición de la Agresión–, sí aceptamos su conclusión, en cuanto a que la gravedad aparece como elemento diferenciador de la agresión.

³⁵ CASSIN, Vernon *et al.*: “The Definition of Aggression”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 16 (1975), pp. 589-613, p. 607 y ss.

³⁶ McDougall critica que lo dispuesto en el quinto párrafo no se refleja en la parte operativa de la Definición, y que si bien existe un umbral de gravedad en el Artículo 2, no se define la altura de dicho umbral (MCDUGALL, Carrie: *op. cit.*, p. 78). No compartimos la crítica. Es evidente que el umbral de “suficiente gravedad” se conecta con el quinto párrafo del Preámbulo, a la vez la disposición del Artículo 3, inc. g) –conforme a la interpretación que efectuamos en el Capítulo I, compatible con los trabajos preparatorios– subraya que la gravedad es una característica no solamente de la agresión indirecta, sino también de todos los actos de agresión directa listados en el Artículo 3 –que a su vez, está sujeto a las disposiciones del Artículo 2, esto es al umbral de “suficiente gravedad”–.

³⁷ MCDUGALL, Carrie: *op. cit.*, p. 96.

³⁸ Capítulo I, Sección 4.1.

Por lo tanto, es la “suficiente gravedad”, en los términos del Artículo 2 de la Definición³⁹, la que no solamente diferencia a la agresión de los otros usos ilícitos de la fuerza⁴⁰ (que son denominados, precisamente en función a ella, como “menos graves”), sino que aparece como una característica que define a la agresión como tal⁴¹.

2. El problema: el umbral de gravedad del Artículo 8 bis y la agresión en el derecho internacional

Lo expuesto nos permite afirmar que en materia de usos ilícitos de la fuerza podemos establecer una distinción entre las “formas menos graves” y los actos de agresión (o formas más graves, o ataques armados). Tenemos así dos categorías diferentes de usos de la fuerza, ambos ilícitos, pero con consecuencias diferentes, particularmente, como vimos, en materia de legítima defensa (dado que solamente las formas de la segunda categoría la habilitarían) y, como veremos, también en materia de responsabilidad internacional del Estado.

Ahora bien, la interpretación antes esbozada sobre la cláusula de umbral en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, en cuanto distinguiría entre los actos de agresión según constituyan o no una “violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas” por sus “características, gravedad y escala”, nos podría llevar a sostener que se abre de este modo una nueva categoría de usos ilícitos de la fuerza. De esa forma, tendríamos: a) los usos menos graves de la fuerza, que solo dan lugar a responsabilidad del Estado; b) los “simples” actos de agresión, mencionados en el Artículo 39 de la Carta y que equivalen a la noción de “ataque armado” del Artículo 51, que dan lugar a responsabilidad estatal y al ejercicio de la legítima defensa; y c) los actos de agresión

³⁹ Zourek recurre a la gravedad inherente de la agresión para rechazar el *animus aggressionis* como elemento diferenciador de la agresión: “*Les actes d’agression armée sont d’une telle gravité qu’aucun Etat ne saurait échapper à la responsabilité pour ses actes, sans qu’il soit nécessaire d’examiner si une intention formelle a présidé à ces actes*” (ZOUREK, Jaroslav: op. cit., p. 26).

⁴⁰ O’CONNELL, Mary: “The prohibition of the use of force”, en WHITE, Nigel D. y HENDERSON, Christian: *Research Handbook on International Conflict and Security Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 89-119, p. 110.

⁴¹ KAMTO, Maurice: *L’agression en droit international*, A. Pedone, Paris, 2010, p. 19.

que constituyen una violación manifiesta de la Carta, que dan lugar a responsabilidad penal individual y son así crímenes de agresión.

Al respecto, cabe recordar que Remiro Brotóns, analizando las disposiciones de la Carta y la resolución 3314 (XXIX), así como la citada jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, y recordando que la competencia de la Corte Penal Internacional está limitada a “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*”⁴², se pregunta: “¿Se pretende ahora sugerir que solo los actos más graves del más grave de los crímenes más graves deben someterse a la jurisdicción de la Corte? ¿o más bien, lo que va de suyo, que hay usos de la fuerza prohibidos por el Derecho Internacional que solo cuando traspasan un determinado umbral de gravedad son calificables de agresión, como ya en su día declaró la Corte Internacional de Justicia...?”⁴³.

El problema que se plantea es, entonces, determinar si el umbral de gravedad introduce una tercera categoría de usos ilícitos de la fuerza como la interpretación literal apuntada *supra* pareciera indicar, o bien, solo ratifica la distinción vigente en el derecho internacional entre los actos de agresión y las formas menos graves de uso de la fuerza. Su respuesta es de fundamental importancia para nuestro análisis, toda vez que aparece como un factor relevante en la determinación de la relación entre acto de agresión y crimen de agresión: como vimos en el Capítulo I⁴⁴, la definición del crimen de agresión, tal como ha sido receptada por el Estatuto de Roma, requiere en todo caso la configuración de un acto estatal de agresión. Sin embargo, ello no lleva de suyo que todo acto de agresión implique la comisión de un crimen de agresión, precisamente por las implicancias que al respecto pueda tener la cláusula de umbral.

Para responder nuestro problema, investigaremos el origen, los fundamentos y alcance de la cláusula de umbral en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, el alcance de la referencia a la resolución 3314 (XXIX) en lo que respecta a la gravedad de la agresión, los “entendimientos” respecto de las enmiendas que aprobó la Conferencia de Revisión, y su interpretación a la

⁴² Según se afirma en el cuarto párrafo del Preámbulo y los Artículos 1 y 5 del Estatuto de Roma.

⁴³ REMIRO BROTONS, Antonio: “Crimen de agresión. Crimen sin castigo”, en RAMÓN CHORNET, Consuelo (Ed.): *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 91-129, pp. 120-121.

⁴⁴ Capítulo I, Sección 6.2.3.

luz de las normas jurídicas que rigen el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, recurriendo para ello a los trabajos preparatorios y a las opiniones de los principales autores en la materia.

3. Origen, fundamentos y alcance de la cláusula de umbral

¿Cuál es el propósito de la cláusula de umbral? ¿Cómo fue redactada en esos términos? ¿Qué efectos tiene sobre la agresión? Para responder a esos interrogantes, consideramos que se hace necesario un repaso de los antecedentes en materia de crimen de agresión, los trabajos preparatorios de las enmiendas al Estatuto de Roma, así como de las principales opiniones doctrinarias vertidas al respecto.

3.1. Antecedentes

El reconocimiento de la gravedad como requisito del crimen de agresión antecede a la redacción de las enmiendas del Estatuto de Roma y al Estatuto mismo, como lo atestiguan las discusiones de la CDI durante la segunda lectura del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad⁴⁵. Así, y como vimos, la CDI expresó en su comentario al Artículo 16 del Proyecto: “*La acción del Estado solo entraña responsabilidad individual por el crimen de agresión si el comportamiento del Estado constituye una violación suficientemente grave de la prohibición enunciada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas*”⁴⁶. Aunque no incluyó ningún tipo de umbral en el texto del artículo –recordemos que tampoco definió la agresión–, ni aportó criterios para determinar esa gravedad, dejó en claro que la agresión es una violación “suficientemente grave”⁴⁷ de la prohibición del uso de la fuerza, sin hacer distinción alguna entre “acto” y “crimen”⁴⁸.

⁴⁵ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1995*, Vol. II, (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1998, párr. 63-66.

⁴⁶ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, Vol. II, (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 47.

⁴⁷ La CDI parece hacerse eco de la “suficiente gravedad” del Artículo 2 *in fine* de la Definición de la Agresión, a la que deliberadamente omitió referir, a diferencia de lo que sucedía, como vimos, en el Proyecto de Código de 1991.

⁴⁸ Así, no obstante mencionar al “crimen de agresión” en el texto del artículo, como vimos, en el comentario afirma que “*El estatuto y las sentencias del Tribunal de Nurem-*

3.2. Los trabajos preparatorios

Los trabajos preparatorios muestran que la existencia de una cláusula de umbral en el crimen de agresión se remonta a las propuestas presentadas desde antes de la Conferencia de Roma y la subsiguiente Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional⁴⁹.

Dicha cláusula se encuentra tanto en propuestas que constituían una paráfrasis de los términos de la Definición de la Agresión (el enfoque específico), como las que presentaban una definición autónoma (el enfoque genérico). En el primer caso, podemos citar la presentada por Egipto e Italia en el segundo período de sesiones del Comité Preparatorio de la Conferencia, en la que antes de la enumeración aclaraba: “*Siempre que los actos pertinentes o sus consecuencias tengan gravedad suficiente*”⁵⁰. Dada la posición que la aclaración ocupa en la redacción del párrafo, con anterioridad a la enumeración, es posible sostener que cumplía una función similar a la referencia al Artículo 2 que se encuentra en el Artículo 3 de la Definición, es decir, sujetando la lista de actos a las condiciones de gravedad y de primer uso de la fuerza de esa norma.

En el segundo caso, se destaca la propuesta de Alemania, también en el segundo período de sesiones del Comité Preparatorio, que acompañó un documento de debate en el que abordaba diversas cuestiones relativas al crimen de agresión, y en la que definía la conducta estatal como “*un ataque armado dirigido por un Estado contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, cuando dicho ataque armado se haya emprendido en violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas y que resulte en la ocupación efectiva por las fuerzas armadas del Estado atacante, o la anexión mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de este*”⁵¹. La propuesta alemana, firmemente enrolada en el enfoque genérico, ya que buscaba una definición autónoma del crimen de agresión sin hacer referencia a la resolución 3314 (XXIX), utiliza

berg son las principales fuentes autorizadas en materia de responsabilidad individual por actos de agresión” (CDI: op. cit. en nota 46, p. 47).

⁴⁹ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Recopilación de las propuestas relativas al crimen de agresión*, Documento PCNICC/1999/INF/2, Naciones Unidas, Nueva York, 1999.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 3.

⁵¹ *Ibidem*, p. 9. Alemania presentó una propuesta ligeramente reformada en el tercer período de sesiones del Comité Preparatorio (*Ibidem*, p. 11) y luego en el primer período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (*Ibidem*, p. 24).

la noción de “ataque armado” (en lugar de “uso de la fuerza”), sujeto a una doble calificación: i) la “violación manifiesta” de la Carta; y ii) el resultado de ocupación efectiva o anexión del territorio del Estado víctima, que en las versiones modificadas de su propuesta se consideró como “objetivo o resultado”⁵² del ataque armado, que permite subrayar que dicho resultado existe objetivamente, con prescindencia de los propósitos perseguidos por el agresor. En la propuesta, aunque no se aclara la primera calificación, en el sentido de no indicarse cuándo una violación de la Carta es “manifiesta”, sí se justifica la calificación de resultado, de la siguiente manera: *“La incorporación de este elemento adicional estaría en consonancia con la opinión expresada por muchas delegaciones de que el ataque armado deliberado contra la integridad territorial de otro Estado en violación de la Carta de las Naciones Unidas constituye a todas luces la esencia del crimen de agresión. El requisito de que el ataque armado de que se trate debe haber resultado en la ocupación efectiva o anexión parece, por lo tanto, apropiado y conforme a los precedentes históricos del crimen de agresión”*⁵³.

Ambas alternativas se encontraban en el primer documento de debate propuesto por el Coordinador del Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión de la Comisión Preparatoria, en 1999. El primero, como frase inicial de la Variante 3, y el segundo, como Variante 2, ambas de la Opción 1⁵⁴.

Estas ideas siguieron siendo debatidas en el Grupo de Trabajo y aparecieron, ya en la forma de una cláusula de umbral, como tres variantes en la definición contenida en el primer documento de debate propuesto por el Coordinador de abril de 2002⁵⁵, las tres calificando a un acto de agresión

⁵² La fórmula parece tomada del Artículo 1 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, cuando define “discriminación racial” como *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”* (negrita añadida).

⁵³ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: op. cit. en nota 49, p. 9.

⁵⁴ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Actuaciones de la Comisión Preparatoria en sus períodos de sesiones primero, segundo y tercero*, Documento PCNICC/1999/L.5/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1999, pp. 21-22.

⁵⁵ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Documento de debate propuesto por el Coordinador*, PCNICC/2002/WGCA/RT.1, Nacio-

que: 1) “*por sus características y su gravedad equivalga a una guerra de agresión*”; 2) “*tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado*”; o 3) “*constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas*”.

Pronto las variantes 1 y 3 de la cláusula de umbral se fusionaron en su forma actual –aunque quitando la referencia a la “guerra de agresión”–, que aparece por primera vez en el documento de debate propuesto por la Coordinadora de julio de 2002⁵⁶, pero con la posibilidad o no de añadir una calificación de resultado (la anterior variante 2), de acuerdo a tres variantes: 1) “*como, en particular, una guerra de agresión o un acto que tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado*”; 2) “*y equivalga a una guerra de agresión o constituya un acto que tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado*”; y 3) ninguna de las anteriores.

En dicho momento, y de acuerdo a la opinión de la propia Coordinadora, se consideró que los usos de la fuerza de menor magnitud, como escaramuzas fronterizas, disparos de artillería que cruzan fronteras, incursiones armadas y situaciones similares no caerían bajo la definición de agresión⁵⁷. Sin embargo, también se planteó la opinión contraria, en el sentido de que en virtud de esta calificación, no todas las agresiones son iguales: aunque todas darían lugar a responsabilidad estatal, solamente las “manifiestas” darían lugar a responsabilidad penal individual⁵⁸.

De todos modos, de la forma de redacción de la definición en el documento de debate, parece surgir que había más acuerdo entre las delegaciones respecto de lo que identificamos como la primera califi-

nes Unidas, Nueva York, 2002, p. 1.

⁵⁶ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Documento de debate propuesto por el Coordinador*, PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2, Naciones Unidas, Nueva York, 2002, p. 1.

⁵⁷ FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A.: “The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court”, *Fordham International Law Journal* Vol. 25 (2002), pp. 589-605, p. 597.

⁵⁸ CLARK, Roger S.: “The Crime of Aggression and the International Criminal Court”, en BASSIOUNI, M. Cherif: *International Criminal Law*, Vol. I. Tercera Edición, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, pp. 243-265, p. 251.

cación de la propuesta alemana, es decir, el requisito de la “violación manifiesta”, que de la calificación de resultado, que, como sabemos, no llegó a incluirse en el Artículo 8 bis. Es por ello que nos centraremos en las discusiones sobre la primera.

Las actuaciones del posterior Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión creado por la Asamblea de Estados Partes aportan bastante información sobre el fundamento y alcance de esta cláusula de umbral. Así, en el documento de debate referido a la definición de la agresión distribuido en 2005 se expresaba: “*El requisito de que haya una violación flagrante y manifiesta pretende ofrecer un umbral en relación o bien con la magnitud o gravedad de la acción (por ejemplo, exclúyanse las escaramuzas fronterizas) o bien posiblemente con otras consideraciones en que pueda haber cierta incertidumbre (legalidad de la acción)*”⁵⁹.

En las discusiones del Grupo de Trabajo Especial se advierten al menos dos posiciones sobre la cuestión. Por un lado, algunos participantes se mostraron favorables a la introducción de un umbral, ya que serviría para excluir de la competencia de la Corte Penal Internacional los casos dudosos⁶⁰ y que dicho umbral era compatible con las referencias del Estatuto de Roma a los “crímenes más graves”⁶¹. Así, se limitaría convenientemente la competencia de la Corte a los actos de agresión más graves a tenor del derecho internacional consuetudinario, quedando excluidos de este modo los casos de insuficiente gravedad y pertenecientes a un área gris⁶². Esta postura fue la que más amplio apoyo obtuvo⁶³.

Por otro lado, algunos participantes consideraban que no era necesario un calificativo adicional al término “violación de la Carta”, argumentando

⁵⁹ ASP: *Documentos oficiales, Cuarto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/4/32, Anexo II. D, Corte Penal Internacional, La Haya, 2005, p. 420.

⁶⁰ ASP: *Documentos oficiales, Continuación del séptimo período de sesiones*, Documento ICC-ASP/7/20/Add.1, Anexo II, Corte Penal Internacional, La Haya, 2009, p. 22.

⁶¹ ASP-SWGCA: *Reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2006, p. 7.

⁶² ASP: *Documentos oficiales, Continuación del sexto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/6/20/Add.1, Anexo II, Corte Penal Internacional, La Haya, 2008, p. 4.

⁶³ ASP: *Documentos oficiales, Continuación del quinto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/5/35, Anexo II, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007, p. 11; ASP-SWGCA: *Reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007, p. 12.

que un acto de agresión típicamente suponía un ataque contra la “soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado”, la cual era suficientemente grave para no justificar otras calificaciones⁶⁴ y así, cualquier acto de agresión constituía una violación manifiesta de la Carta; por tanto, no era consistente excluir determinados actos de agresión de la competencia de la Corte Penal Internacional por motivo de falta de gravedad o magnitud insuficiente⁶⁵. Además, ya quedaba implícito un umbral en la limitación de la competencia de la Corte a “los crímenes más graves” conforme al Estatuto de Roma⁶⁶, en el uso restrictivo del término “agresión” que se hacía en la Carta⁶⁷, y en que la agresión se consideraba como el crimen máximo⁶⁸.

De los trabajos preparatorios se advierten claramente dos tendencias: por un lado, la necesidad de conciliar la mayor parte de intereses en juego, en particular, y como vimos en el Capítulo I⁶⁹, las inquietudes de los partidarios del enfoque genérico ante el “triunfo” del enfoque específico. Para ello debe tenerse presente que la cláusula de umbral está, como se vio, íntimamente ligada a las propuestas del enfoque genérico (en particular, a la propuesta alemana). Pero, al mismo tiempo, la ausencia de una cláusula de umbral en el enfoque específico no puede ser vista como una negativa a reconocer la gravedad de la agresión, sino todo lo contrario: se trata de la reafirmación de que *todos* los actos de agresión son graves, y que la propia resolución 3314 (XXIX) reconoce esa gravedad, de allí que no se considerara necesario para este enfoque incluir expresamente un requisito que es inherente a la agresión.

La segunda tendencia, por otro lado, es la abrumadora mayoría de delegaciones (tanto a favor del enfoque genérico como del específico) que sostenía que los usos menos graves de la fuerza debían quedar fuera de la competencia de la Corte Penal Internacional. En ese sentido, solamente se ratifica la gravedad de la agresión, puesto que no se puede afirmar que

⁶⁴ ASP-SWGCA: op. cit. en nota 61, p. 7.

⁶⁵ ASP: op. cit. en nota 62, p. 4; ASP: op. cit. en nota 60, p. 22.

⁶⁶ ASP: op. cit. en nota 62, p. 4.

⁶⁷ ASP: *Documentos oficiales, Continuación del quinto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/5/35, Anexo II, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007, p. 11.

⁶⁸ ASP-SWGCA: *Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007, p. 12.

⁶⁹ Capítulo I, Sección 5.4.1.

quienes apoyaron la idea de un umbral pretendieran efectuar una distinción entre diferentes *actos de agresión* –como era la preocupación de quienes se oponían al umbral–, sino que lo que pretendían era excluir de la competencia de la Corte Penal Internacional los casos “dudosos”, “de insuficiente gravedad” o que pertenecieran a un “área gris”, es decir, casos en los que no se puede predicar la existencia misma de un acto de agresión, y que pueden constituir, en todo caso, violaciones menos graves de la prohibición del uso de la fuerza.

Ninguna de las dos tendencias, entonces, implica necesariamente que deban existir actos de agresión sin crimen de agresión, sino solamente que los usos de la fuerza de menor gravedad no constituirían agresión y debían quedar, por tanto, excluidos de la competencia de la Corte.

Barriga no se opone a esta idea, insistiendo, como ya vimos, en que la cláusula de umbral fue un importante factor que contribuyó a la solución de compromiso en la discusión “genérica vs. específica”, y que su formulación fue una alternativa a la cláusula de umbral originalmente propuesta por Alemania, que muchas delegaciones consideraron demasiado restrictiva⁷⁰, dado que requería que el acto tuviera un objeto o resultado preciso. Es decir, como señalamos, se aceptó –aunque con alguna reformulación– la primera calificación de la propuesta alemana (la “violación manifiesta”), pero se rechazó la segunda (el resultado de ocupación efectiva o anexión). Al respecto, los trabajos preparatorios muestran que la mayoría de los participantes en la reunión de Princeton de 2006 –donde más se discutió la cuestión– manifestó la preferencia de no incluir el objetivo o resultado en la definición. Entre las razones para no hacerlo figuraban: el hecho de que el objetivo se extendía hasta el *ius in bello*, mientras que el crimen de agresión correspondía al *ius ad bellum*; las dificultades para hacer una enumeración exhaustiva de los objetivos o resultados; y el hecho de que los Artículos 3 y 5 de la Definición de la Agresión solo incluían la ocupación o anexión militares como *ejemplos* de agresión⁷¹.

Pero si, como vimos, podemos trazar el origen de la cláusula de umbral hasta la propuesta alemana, debemos analizar sus fundamentos en aras de determinar si su finalidad fue la de excluir ciertos actos de agresión del contenido del crimen de agresión y, en tal caso, la solidez de tales fundamentos

⁷⁰ BARRIGA, Stefan: “Negotiating the Amendments on the Crime of Aggression”, en BARRIGA, Stefan y KREß, Claus: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 3-57, p. 28.

⁷¹ ASP-SWGCA: op. cit. en nota 61, p. 7.

a la luz del derecho internacional aplicable. En ese sentido, el documento más relevante es la propuesta presentada en el año 2000⁷², que contenía un documento oficioso de debate. Allí, entre otras cosas, la delegación alemana se esforzó por mantener una argumentación basada en dos ideas principales: por un lado, las características del crimen de agresión y, por el otro, los instrumentos internacionales aplicables.

Con relación a la primera idea, considera que la esencia de la agresión es el ataque armado en gran escala contra la integridad territorial de un Estado claramente sin justificación en el derecho internacional y reúne las características siguientes: “*Una magnitud y dimensiones especiales y una gravedad e intensidad aterradoras. Sistemáticamente dan lugar a consecuencias sumamente graves, como la pérdida de numerosas vidas, la destrucción masiva y el sometimiento y la explotación de la población durante un largo período de tiempo. Habitualmente persiguen objetivos inaceptables para toda la comunidad internacional, como la anexión, destrucción en masa, la aniquilación, la deportación o el traslado forzoso de la población del Estado atacado o de partes de ella o el expolio del Estado atacado, incluido sus recursos naturales*”⁷³. En virtud de tales características, sostiene, tales ataques armados constituyen “*una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas*”⁷⁴. La última característica, que integra la que señalamos como segunda calificación en su propuesta, parece ser un resurgimiento del *animus aggressionis*, aunque no se lo mencione expresamente como tal. También Solera –un férreo defensor de la intención agresiva como requisito de la agresión– lo reconoce, elogiando que se trate de la primera propuesta en medio siglo que incluye una tímida referencia a la intención o propósito⁷⁵. No obstante, como vimos, la calificación por resultado fue rechazada en las discusiones del Grupo de Trabajo y no se incluyó en la cláusula de umbral. Pero con excepción de ella, pensamos que las otras dos características son perfectamente compatibles con la noción de agresión que aquí planteamos: la agresión es grave y también son graves sus consecuencias.

⁷² COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Propuesta presentada por Alemania*, Documento PCNICC/2000/WGCA/DP.4, Naciones Unidas, Nueva York, 2000.

⁷³ *Ibidem*, párr. 10.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 11.

⁷⁵ SOLERA, Oscar: “The Definition of the Crime of Aggression: Lessons Not Learned”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 42 (2010), pp. 801-823, p. 808.

Las dificultades de interpretación vienen, pensamos, con la segunda idea. Luego de repasar los antecedentes respecto de la agresión, el documento sostiene que *“la característica común más destacada desde hace decenios es la reaparición del concepto “guerra de agresión”. Es muy significativo que se utilice el término “guerra” –y no “acto”– de “agresión”. Ello da claramente la idea de que el recurso al uso de la fuerza armada ha de ser de la máxima gravedad para entrañar responsabilidad penal individual con arreglo al derecho internacional”*⁷⁶. Agrega que *“Ese mismo criterio fue adoptado en la definición de la agresión que figura en el anexo de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General. Habida cuenta de que los Estados oponían una gran resistencia a considerar crímenes con arreglo al derecho internacional a todos los actos de agresión indicados en el artículo 3 de ese documento, en la primera oración del párrafo 2 de artículo 5 de la definición de la agresión se restringe deliberadamente el alcance del crimen al caso de la guerra de agresión. De ello se infiere que sería absolutamente erróneo limitarse a reproducir en una definición del crimen de agresión la lista de actos de agresión de los apartados a) a g) del artículo 3 del anexo de la resolución 3314 (XXIX)”*⁷⁷. Así, concluye: *“la existencia de un concepto restringido del crimen de agresión, totalmente en consonancia con lo que, en esencia, se ha identificado como una agresión armada en gran escala contra la integridad territorial de otro Estado, claramente sin justificación en el derecho internacional”*⁷⁸, como la contenida en su propuesta.

Los pasajes citados del documento son interesantes, por cuanto contienen la justificación que subyace a la idea misma de un umbral de gravedad en la perspectiva alemana: no todo acto de agresión, sino solamente una “guerra de agresión” genera responsabilidad individual. El propio documento aclara que *“la palabra “guerra” no abarca el antiguo concepto de ‘declaración oficial de guerra’”*⁷⁹, sino un uso de la fuerza de “máxima gravedad” y a “gran escala”. Es evidente que para ello se basan en una interpretación literal del Artículo 5.2 de la Definición de la Agresión, y en la distinción entre “guerra de agresión” y “acto de agresión”, siendo criminal solamente la primera, presuntamente por ser de mayor gravedad.

⁷⁶ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: op. cit. en nota 72, párr. 20.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Ibídem, párr. 22.

⁷⁹ Ibídem, nota 9.

Así, el argumento nos parece criticable, por dos motivos. En primer lugar, y sin perjuicio de nuestra propia interpretación de dicha norma, que ya hemos adelantado en el Capítulo I⁸⁰ y que profundizaremos en el Capítulo IV, diremos aquí que la propuesta alemana, habiendo afirmado correctamente que es la gravedad lo que caracteriza a la agresión y la distingue de otros usos ilícitos de la fuerza, omite sistemáticamente⁸¹ hacer referencia las disposiciones de la resolución 3314 (XXIX) que mencionan a la gravedad como característica de la agresión (no del “crimen de agresión” ni de la “guerra de agresión”). De esa forma no tiene en cuenta que los actos de agresión son *graves en sí mismos* (arg. Artículo 3, inc. g), que la agresión es la forma *más grave* del uso ilegítimo de la fuerza (quinto párrafo del Preámbulo) y que si el empleo de la fuerza no reviste de suficiente gravedad no es agresión (arg. Artículo 2, *in fine*). Ante la carencia de análisis de estas disposiciones (todas ellas, se insiste, en línea con su posición inicial sobre las características de la agresión), no se explica si la “guerra de agresión” es la única que reviste de gravedad o si en realidad es *más grave* que los actos de agresión (que ya son *graves per se*)⁸².

En segundo lugar, pero íntimamente relacionado con lo anterior, decimos que “presuntamente” la “guerra de agresión” sería más grave que los “actos de agresión”, porque ello no surge del tan mentado Artículo 5.2 de la Definición, que expresamente dispone: “*La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional*”. Por las razones que comentaremos en el Capítulo IV, dicha lectura del concepto de “guerra de agresión” no se condice con la evolución del derecho internacional contemporáneo y, por lo tanto, no puede derivarse de ella una diferencia de gravedad entre distintos tipos de agresión.

⁸⁰ Capítulo I, Sección 2.

⁸¹ Es evidente que la ausencia de análisis de las disposiciones de la resolución 3314 (XXIX) no obedeció un error o un descuido de la delegación alemana. Por el contrario, surge claramente de la propuesta que era necesario “deshacerse” de la Definición de la Agresión y no tenerla en cuenta los fines de la definición del crimen de agresión. Por lo tanto, una interpretación que favoreciera la utilización de la Definición iba en contra de sus propios intereses, aun cuando apoyara su primera idea. Eso no hace más que destacar que el enfoque específico era el más adecuado en aras de lograr la unidad del orden jurídico internacional y también del concepto mismo de agresión.

⁸² Lo cual, por otro lado, chocaría con el citado párrafo quinto del Preámbulo de la Definición cuando dice que la agresión (sin distinguir entre acto, crimen o guerra) es la forma más grave de uso ilegítimo de la fuerza.

Viéndolo así, no podemos más que sostener que la segunda idea de la propuesta alemana, y que subyace al concepto mismo de la cláusula de umbral, es pasible de suficientes críticas como para desecharla como fundamento válido de la cláusula, pudiendo entonces mantener, solamente, la primera idea, que sostiene la particular gravedad de los actos y sus consecuencias como característica esencial de la agresión. Dicha idea es plenamente compatible con las discusiones que surgen de los trabajos preparatorios y solamente ratifica la gravedad de la agresión en el derecho internacional, conforme a la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas, la resolución 3314 (XXIX) y la jurisprudencia pertinente de la Corte Internacional de Justicia.

En conclusión, nada en los trabajos preparatorios permite sostener que el objetivo de la cláusula de umbral sea distinguir entre actos de agresión más graves que otros. Así fue claramente afirmado por el representante del Irán al finalizar la Conferencia de Revisión de Kampala: *“Todo acto de agresión es grave por su misma naturaleza, y sean cuales sean sus consecuencias. No cabría apoyarse en la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la que se define la agresión para distinguir entre los distintos actos de agresión según sus consecuencias”*⁸³. Por el contrario, claramente se advierte que el propósito de los redactores del Artículo 8 bis fue excluir de la competencia de la Corte Penal Internacional ciertos usos de la fuerza que, por no ser de suficiente gravedad no solamente no pueden constituir crímenes de agresión, sino que, en nuestra opinión, tampoco pueden ser considerados actos de agresión.

⁸³ CONFERENCIA DE REVISIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Documentos oficiales*, Documento RC/11, Corte Penal Internacional, La Haya, 2010, p. 141.

3.3. Las opiniones doctrinarias

Un repaso por la doctrina nos muestra una abierta división en torno a esta cuestión. Autores como Clark⁸⁴, Weisbord⁸⁵, Kostic⁸⁶, Schabas⁸⁷, Trahan⁸⁸ o Kestenbaum⁸⁹ sostienen que no todo acto de agresión es fundamento de responsabilidad penal individual, sino que el umbral incluye solo una estrecha categoría de los más graves actos de agresión, sin abundar en mayores fundamentos al respecto ni tampoco problematizar esta cuestión. Zimmermann y Freiburg, en cambio, basándose en la opinión de Ambos⁹⁰, consideran que la cláusula de umbral captura la “diferencia cualitativa” entre un acto de agresión y el crimen individual⁹¹, al disponer el párrafo 1 que ciertos actos de agresión –los que cruzan el umbral– entrañan responsabilidad penal individual en virtud del Estatuto⁹². Aunque no lo hacen de una manera muy explícita, sí reconocen que no todos los actos de agresión dan lugar a responsabilidad penal individual. En la misma línea, aunque más explícito, Kemp sostiene que el acto estatal/colectivo de agresión listado en el Artículo 8 bis, segundo párrafo, no implica responsabilidad individual por el crimen de agresión, ya que es la cláusula de umbral lo que habilita la posibilidad de responsabilidad penal individual. Sin el umbral de gravedad,

⁸⁴ CLARK, Roger S.: “Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, N°2 (2010), pp. 689-711, p. 697.

⁸⁵ WEISBORD, Noah: “Judging Aggression”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 50 (2011), pp. 82-168, p. 166.

⁸⁶ KOSTIC, Drew: “Whose Crime is it Anyway? The International Criminal Court and the Crime of Aggression”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22 (2011), pp. 109-141, p. 123.

⁸⁷ SCHABAS, William: *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 310.

⁸⁸ TRAHAN, Jennifer: “The Rome Statute’s Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference”, *International Criminal Law Review*, Vol. 11, N°1 (2011), pp. 49-104, pp. 58-59.

⁸⁹ KESTENBAUM, Jocelyn Getgen: “Closing Impunity Gaps for the Crime of Aggression”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17, N°1 (2016), pp. 51-79, p. 62.

⁹⁰ AMBOS, Kai: *El crimen de agresión después de Kampala*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 39-40.

⁹¹ ZIMMERMANN, Andreas y FREIBURG, Elisa: “Article 8 bis. Crime of aggression”, en TRIFFTERER, Otto y AMBOS, Kai (Eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3ª edición, C.H. Beck, 2015, pp. 580-618, p. 594.

⁹² *Ibidem*, p. 587.

el acto de agresión del segundo párrafo podría considerarse una conducta estatal ilícita en virtud del derecho internacional, pero no apta para generar responsabilidad penal individual⁹³.

Por su parte, Murphy⁹⁴, a pesar de que asume esta misma posición, concede que hay poca claridad en la línea que divide los actos que son criminales de los que no lo son, adoptando así una visión crítica: dado que la Carta parece ubicar a la agresión al final de la conducta coercitiva, considera asombroso que un acto de agresión pueda no ser una violación manifiesta de sus disposiciones.

Otros autores mantienen una postura ambigua y algo contradictoria al respecto. Así, Paulus⁹⁵ parece seguir la línea comentada al afirmar que el umbral sugiere que ciertos actos de agresión son más graves que otros y por ello están sujetos a persecución. Sin embargo, a continuación agrega que los miembros del Grupo de Trabajo Especial pretendieron hacer más precisa la aplicación del crimen de agresión y distinguir un crimen de una violación ordinaria de la prohibición del uso de la fuerza, con lo cual parece indicar que los actos que no crucen el umbral no son actos de agresión. Del mismo modo, Lavers⁹⁶ interpreta que para que un acto califique como acto de agresión, debe cruzar el umbral y que este probablemente eliminará las posibles persecuciones de incidentes menores o breves, pero a la vez sostiene que la definición de crimen de agresión no incluye “cualquier” acto de agresión, sino solo aquellos que cruzan el umbral.

Más compleja es la postura de los autores que, además, critican⁹⁷ la definición del “acto de agresión” en el Estatuto de Roma. Así, para Sche-

⁹³ KEMP, Gerhard: *Individual Criminal Liability for the International Crime of Aggression*, 2ª edición, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 186.

⁹⁴ MURPHY, Sean D.: “Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court”, *European Journal of International Law* Vol. 20, N°4 (2009), pp. 1147-1156, pp. 1150-1151.

⁹⁵ PAULUS, Andreas: “Second thoughts on the crime of aggression”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, N°4 (2009), pp. 1117-1128, p. 1121.

⁹⁶ LAVERS, Troy: “The New Crime of Aggression: A Triumph for Powerful States”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 18, N°3 (2013), pp. 499-522, p. 505.

⁹⁷ Hay otros autores que critican el propio umbral de gravedad, ya que aumenta “*innecesariamente el grado de dificultad en la concreción típico-conceptual del crimen de agresión*” (OROZCO TORRES, Luis Ernesto: *Crimen de agresión: problemas actuales*, Universidad Internacional de Andalucía, 2012, p. 272), en razón de la “*naturaleza eminentemente política de la determinación de tal gravedad*” (MARQUÉS RUEDA, Efrén Gustavo: “El acto y crimen de agresión en el derecho internacional público y su

ffer⁹⁸, la definición de “acto de agresión” es igualada con cualquier uso de la fuerza en violación de la Carta, ya que el segundo párrafo del Artículo 8 bis no establece un criterio de magnitud o gravedad para el uso de la fuerza que constituye un acto de agresión. Así, agrega Van Schaack⁹⁹, el mero cruce de una frontera internacional por fuerzas armadas sin el consentimiento del Estado vecino, por ejemplo, podría ser condenado como un acto de agresión, sin tener en cuenta las circunstancias, las consecuencias de las acciones del Estado o el motivo o intención detrás de la operación. En su crítica, la autora señala acertadamente que la resolución 3314 (XXIX) y la Carta plantean un *continuum* de usos ilícitos de la fuerza, de los que solo algunos alcanzan el nivel de la agresión, refiriéndose al ya citado Preámbulo de la resolución. Pero considera que el Artículo 8 bis, leído aisladamente, plantea que cualquier violación del Artículo 2.4 de la Carta constituye un acto de agresión, y que no todo acto de agresión dará lugar a un crimen de agresión, sino solo los que crucen el umbral de la “violación manifiesta”. En similar línea, Mancini plantea que la cláusula de umbral sirve para limitar el alcance el crimen de agresión, que de otra forma habría sido excesivamente amplio, debido a la extensión de la definición del acto de agresión, ya que cualquier uso de la fuerza armada en violación del Artículo 2.4 de la Carta caería en esa definición¹⁰⁰. Koran¹⁰¹ va más allá, al afirmar que la definición del párrafo 2 del Artículo 8 bis no estipula un requisito de ilegalidad¹⁰², pero reconoce que –como veremos– la referencia

repercusión en las relaciones políticas internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 9 (2009), pp. 323-372, p. 364.

⁹⁸ SCHEFFER, David: “El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Política criminal*, Vol. 7, N°13 (2012), pp. 209-229, pp. 212-213.

⁹⁹ VAN SCHAACK, Beth: “The Grass That Gets Trampled When Elephants Fight: Will the Codification of the Crime of Aggression Protect Women?”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 15 (2010), pp. 327-368, p. 340.

¹⁰⁰ MANCINI, Marina: “A Brand New Definition for the Crime of Aggression: The Kampala Outcome”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 81 (2012), pp. 227-248, p. 235.

¹⁰¹ KORAN, Surendran: “The International Criminal Court and Crimes of Aggression: Beyond the Kampala Convention”, *Houston Journal of International Law*, Vol. 34, N°2 (2011), pp. 231-288, pp. 252-254.

¹⁰² También Glennon critica esta presunta falta del requisito de ilegalidad en el segundo párrafo (GLENNON, Michael J.: “The Blank-Prose Crime of Aggression”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 35 (2010), pp. 71-114, p. 89). Kreß considera que el requisito de ilegalidad es inherente en el concepto de agresión (KREß, Claus: *The State Conduct Element*, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 412-564,

a la resolución 3314 (XXIX) impone algún tipo de limitación al respecto. Considera que esta definición elimina los usos de la fuerza armada menos graves y menos significativos de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, pero de inmediato agrega que desde esta perspectiva, no todo acto de agresión puede caracterizarse como un crimen de agresión, sino solo cuando es una “violación manifiesta”.

Finalmente, encontramos un grupo de autores que, en línea con lo que venimos planteando, sostienen que el objeto del umbral de gravedad es excluir los usos de la fuerza menos graves o de legalidad discutible que no pueden ser considerados en sí mismos “actos de agresión”. Así, Kreß y Holtzendorff¹⁰³ sostienen que el umbral satisface a los Estados que demandaban que el uso de la fuerza debía ser lo suficientemente grave y que la ilegalidad debía ser razonablemente incontrovertida. Antes de la Conferencia de Revisión, Kreß¹⁰⁴ –sin perjuicio de su otra postura que analizaremos más adelante– había adelantado que la definición del crimen era estrecha: no habrá responsabilidad penal individual por agresión a menos que se haya completado un acto estatal de agresión y el uso de la fuerza armada del Estado –no el acto de agresión, aclaramos– debe pasar cierto umbral cuantitativo y cualitativo, subrayando la existencia de un amplio acuerdo de que el crimen de agresión en virtud del derecho internacional consuetudinario abarca solo el *noyau dur* de la prohibición del uso de la fuerza. Heinsch¹⁰⁵ comparte varios de estos argumentos, y a la vez recuerda que algunos comentaristas ya han cuestionado si las violaciones menores del uso de la fuerza caen bajo la definición original de agresión. En el mismo sentido, Barriga y Grover sostienen que la definición limita el crimen de agresión a los casos más graves y más claros de uso ilícito de la fuerza por un Estado

pp. 453-454), lo que compartimos, y en nuestra opinión se pone de manifiesto en la incompatibilidad del uso de la fuerza con la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁰³ KREß, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: “The Kampala compromise on the crime of aggression”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, N°5 (2010), pp. 1179-1217, pp. 1192-1193.

¹⁰⁴ KREß, Claus: “Time for decision: Some thoughts on the immediate future of the crime of aggression: A reply to Andreas Paulus”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, N°4 (2009), pp. 1129-1146, p. 1135.

¹⁰⁵ HEINSCH, Robert: “The Crime of Aggression after Kampala: Success or Burden for the Future”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, N°2 (2010), pp. 713-743, pp. 730-731.

contra otro¹⁰⁶. Gillett¹⁰⁷ especifica que el umbral fue una adición necesaria en orden a impedir la criminalización de usos de la fuerza considerados menores, como escaramuzas fronterizas o menos graves, como destrucción mínima de propiedad que no resulte en daños físicos a personas, los que no tienen un carácter patentemente ilegal y que, agregamos nosotros, no constituyen actos de agresión. Es la misma posición de Petty¹⁰⁸ cuando sostiene que el umbral deja en claro que el acto debe ser más que una mera aplicación ilícita de fuerza, línea que comparte Salmón al afirmar que la Corte “*tendrá un mandato para iniciar un procedimiento por actos de agresión y no por cualquier utilización de la fuerza que no cumpla con los elementos aquí planteados. En consecuencia, no toda utilización de la fuerza constituirá un acto de agresión...*”¹⁰⁹. Incluso antes de la finalización de las tareas del Grupo de Trabajo Especial, Sánchez Legido¹¹⁰ opinó que parecía haber acuerdo en cuanto a que no todo uso ilícito de la fuerza por parte de un Estado puede constituir un acto de agresión, habiéndose mencionado como casos de “usos menores de la fuerza” sin connotaciones criminales las escaramuzas o incidentes fronterizos aislados, entre otros.

Refiriéndose a la aparente identidad de contenido entre el párrafo 2 del Artículo 8 bis y el Artículo 2.4 de la Carta, Solera¹¹¹ indica que podría pensarse que todos los usos de la fuerza contrarios a la Carta son actos de agresión. Sin embargo, sostiene que la historia demuestra que tal enfoque encuentra poco apoyo en la práctica estatal y en la *opinio iuris*. Si la agresión es considerada el crimen supremo, debe ser distinguida de usos de la

¹⁰⁶ BARRIGA, Stefan y GROVER, Leena: “A Historic Breakthrough on the Crime of Aggression”, *American Journal of International Law*, Vol. 105, N°3 (2011), pp. 517-533, p. 532.

¹⁰⁷ GILLETT, Matthew: “The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court”, *International Criminal Law Review*, Vol. 13, N°4 (2013), pp. 829-864, p. 852.

¹⁰⁸ PETTY, Keith A.: “Criminalizing force: resolving the threshold question for the crime of aggression in the context of modern conflict”, *Seattle University Law Review*, Vol. 33 (2009), pp. 105-150, p. 116.

¹⁰⁹ SALMÓN, Elizabeth (Coord.): *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*, IDEHPUCP, Lima, 2011, p. 48.

¹¹⁰ SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel: “Uso de la fuerza, Consejo de Seguridad y Corte Penal Internacional: la represión penal del crimen de agresión”, en HUESA VINAIXA, Rosario (Coord.): *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva. Intersección de sistemas. Estudios en homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 219-259, p. 231.

¹¹¹ SOLERA, Oscar: op. cit. en nota 75, pp. 806-808.

fuerza de menor magnitud. Es en este contexto de precisar una distinción entre las diferentes formas de fuerza que surge la idea de establecer un umbral para determinar qué magnitud de fuerza sería agresiva.

Por su parte, McDougall considera que la pregunta clave no es si era apropiado excluir ciertos usos de la fuerza sino si la definición del crimen de agresión en virtud del Estatuto de hecho restringe la competencia de la Corte a los crímenes más graves de preocupación para la comunidad internacional. En su opinión, esto requeriría, al menos, un reconocimiento del hecho de que no todas las violaciones del Artículo 2.4 de la Carta, o de la prohibición consuetudinaria, equivalen al elemento del acto estatal del crimen de agresión. El Entendimiento 6, y particularmente el umbral, están dirigidos a limitar la definición del elemento del acto estatal del crimen de agresión a las violaciones más graves de la Carta (medidas en términos de gravedad, escala y consecuencias)¹¹². Es significativo que, no obstante su amplio estudio de la cuestión —ya que dedica todo un capítulo de su libro a la cláusula de umbral— McDougall no plantea qué sucede con los usos de la fuerza que no cruzan el umbral de gravedad, en particular, si deben o no ser considerados actos de agresión.

De esa forma, la doctrina, con más o menos críticas, concuerda en que el objeto y fundamento de la cláusula de umbral es excluir de la competencia de la Corte Penal Internacional los usos de la fuerza menos graves o de legalidad dudosa. Tales usos de la fuerza, en nuestra opinión y en la de parte de los autores, no califican siquiera como actos de agresión¹¹³. Reconocemos, no obstante, que la doctrina está dividida en cuanto a esta calificación, pero nos resulta significativo que incluso quienes consideran que existen, de acuerdo a la letra del Artículo 8 bis, actos de agresión que no dan lugar a crímenes de agresión, recurran, como se vio, a ejemplos de usos de la fuerza (como escaramuzas o incidentes fronterizos) que encuadran en las ya referidas “formas menos graves” y que no cabe considerar como actos de agresión. También resulta destacable que, más allá de la posición asumida al respecto —en algunos casos, no muy firme—, en general los autores no problematizan la cuestión de qué su-

¹¹² MCDUGALL, Carrie: op. cit., p. 136.

¹¹³ O’CONNELL, Mary Ellen & NIYAZMATOV, Mirakmal: “What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, N°1 (2012), pp. 189-207, p. 201; PELLET, Alain: “Response to Koh and Buchwald’s Article: Don Quixote and Sancho Panza Tilt at Windmills”, *American Journal of International Law*, Vol. 109, N°3 (2015), pp. 557-569, p. 559.

cedería con la eventual existencia de actos de agresión que no dan lugar a responsabilidad penal individual.

En definitiva, no hallamos en la doctrina argumentos que permitan desvirtuar nuestra afirmación en el sentido de que los usos de la fuerza armada que no alcancen el umbral del Artículo 8 bis, no pueden ser considerados actos de agresión a los efectos del Estatuto de Roma¹¹⁴.

3.4. Nuestra posición

Sostenemos que tanto de los trabajos preparatorios de las enmiendas de Kampala, como de las principales opiniones doctrinarias, el fundamento de la cláusula de umbral es excluir de la competencia de la Corte Penal Internacional casos de uso de la fuerza dudosos o sin gravedad y no establecer una distinción entre los actos de agresión.

No se nos escapa, no obstante, una importante crítica que puede hacerse a nuestro razonamiento –que no se encuentra en general en la literatura especializada–, y es que la interpretación que proponemos choca con la literalidad de la cláusula de umbral, que expresamente se refiere a “un acto de agresión que por cuyas características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”, dando a entender, *a contrario*, que pueden existir actos de agresión que no constituyan tal tipo de violación, por faltarle alguno de los tres requisitos. Nuestra posición sostiene que un acto de agresión *siempre* reúne tales requisitos, por lo que en todo caso se tratará de una violación manifiesta de la Carta; pero a ello se puede responder que ello privaría de sentido a la cláusula de umbral, toda vez que resultaría innecesaria por redundante, y que la única forma de asegurar una interpretación que asegure un *effet utile* de la disposición, sería reconocer que existe la distinción entre los actos de agresión según crucen o no el umbral.

Sin embargo, no debemos dejar de tener presente –y para ello los trabajos preparatorios son particularmente ilustrativos– que la cláusula de umbral fue el resultado de un compromiso entre el enfoque genérico y el enfoque específico, y fue incluida por la impresión que los partidarios del enfoque genérico tenían de que la definición y listado de actos de agresión, tomados de los Artículos 1 y 3 de la Definición de la Agresión no asegura-

¹¹⁴ SAYAPIN, Sergey: *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, Springer, La Haya, 2014, p. 262.

ban ningún requisito de gravedad, máxime atento a la discusión respecto del alcance de la referencia a la resolución 3314 (XXIX).

Así entendida, la cláusula de umbral puede ser interpretada –a la luz del objeto y fin del Estatuto– como la forma más explícita de asegurar que la competencia de la Corte Penal Internacional se limite a los “*crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*”¹¹⁵, requiriendo así que un uso de la fuerza deba reunir requisitos de características, gravedad y escala, constituyendo así una violación manifiesta de la Carta, para ser considerado como el elemento estatal del crimen de agresión, pero que en el contexto de las normas que regulan el uso de la fuerza es simplemente una reafirmación de la gravedad de la agresión.

4. La referencia a la resolución 3314 (XXIX)

Hemos señalado en el Capítulo I¹¹⁶ que entendemos, junto con un sector de la doctrina, que la referencia a la resolución 3314 (XXIX) en el segundo párrafo del Artículo 8 bis implica la recepción a la *totalidad* de la Definición de la Agresión contenida en su anexo, incluyendo en particular su Preámbulo y su Artículo 2, que, junto con su Artículo 3, inc. g) –reproducido en el párrafo 2, inc. g) del Artículo 8 bis– son las disposiciones que –según hemos visto– se refieren a la *gravedad* como característica de la agresión.

Como hemos dicho, al referirse a esta cuestión los autores se preocupan, en general, por las facultades que otorga al Consejo de Seguridad el Artículo 4 de la Definición y que podrían redundar en una ampliación del listado del párrafo 2 del Artículo 8 bis en desmedro del principio de legalidad¹¹⁷. Otros, en cambio, lo hacen en términos generales, acerca del valor de la resolución como elemento de interpretación del Artículo 8 bis¹¹⁸.

Pero lo que aquí nos concierne, en cambio, es si la cláusula *de minimis* del Artículo 2, y su acento en la “suficiente gravedad” como elemento característico del acto de agresión, así como el quinto párrafo del Preámbulo

¹¹⁵ Según lo dispuesto por el cuarto párrafo del Preámbulo y los Artículos 1 y 5 del Estatuto de Roma.

¹¹⁶ Capítulo I, Sección 6.3.3.

¹¹⁷ V., *i. a.*, KOSTIC, Drew: op. cit., 128; SOLERA, Oscar: op. cit. en nota 75, p. 810; AMBOS, Kai: op. cit., p. 44.

¹¹⁸ BARRIGA, Stefan: op. cit., p. 27.

de la Definición, cuando expresa que la agresión es “la forma más grave” de uso de la fuerza, pueden tener alguna relevancia en la interpretación del “acto de agresión” según el Artículo 8 bis, atento al alcance apuntado de la referencia del párrafo 2 a la resolución 3314 (XXIX), y cómo se relacionan estas disposiciones con la cláusula de umbral del párrafo 1.

En ese respecto, las opiniones doctrinarias son más reducidas y tanto más variadas. Koran se formula un interrogante como el nuestro¹¹⁹, aunque solo insinúa la posibilidad de recurrir al Artículo 2 de la Definición. Para Kreß, en cambio, los Artículos 2 y 4 de la Definición no son aplicables por la Corte Penal Internacional¹²⁰, aunque, como vimos en el Capítulo I¹²¹, parece limitar su exclusión a las competencias del Consejo de Seguridad¹²² y no al requisito de gravedad, aunque no es explícito en ello. Por su parte, Petty¹²³ considera que aunque el Artículo 8 bis no incluye al Artículo 2 de la Definición, esta exclusión podría justificarse debido a que la consideración de la gravedad de la ofensa está contemplada en otras disposiciones del Estatuto de Roma, en particular, en el Artículo 17.1, inc. d)¹²⁴. Como vimos, Dinstein reconoce expresamente que el Artículo 2 está incluido dentro de la referencia, pero hace hincapié en el valor *prima facie* del primer uso de la fuerza, al sostener que el requisito de “suficiente gravedad” está ahora integrado en la cláusula de umbral¹²⁵.

Una consecuencia, que vemos inevitable, de considerar que la referencia a la resolución 3314 (XXIX) solo comprende los Artículos 1 y 3 de la Definición, es que el requisito de gravedad no aparece explícito (aunque, como vimos en el Capítulo I, podría ser considerado implícitamente incluso bajo la interpretación restrictiva) y, por lo tanto, cualquier uso de la fuerza contrario a la Carta podría ser considerado como agresión. En esta postura, McDougall opina que la exclusión de los Artículos 2 y 4 a 8 no es

¹¹⁹ KORAN, Surendran: op. cit., p. 253.

¹²⁰ KREß, Claus: “Time for decision: Some thoughts on the immediate future of the crime of aggression: A reply to Andreas Paulus”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, N°4 (2009), pp. 1129-1146, 1137.

¹²¹ Capítulo I, Sección 6.3.3.

¹²² KREß, Claus: op. cit. en nota 102, p. 436.

¹²³ PETTY, Keith A.: “Criminalizing force: resolving the threshold question for the crime of aggression in the context of modern conflict”, *Seattle University Law Review*, Vol. 33 (2009), pp. 105-150, p. 117.

¹²⁴ Que establece como causal de inadmisibilidad de un asunto cuando el mismo “no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”.

¹²⁵ DINSTEIN, Yoram: op. cit., pp. 139-140.

algo bueno. De ello resulta que, en su opinión, la definición del párrafo 2 tenga vacíos críticos: el Artículo 1 de la Definición de la Agresión, replicado en el párrafo 2 del Artículo 8 bis, cubre todos los posibles tipos de uso de la fuerza armada y, de esa forma, la definición no distingue entre los actos de agresión y las violaciones menores de la prohibición del uso de la fuerza contemplada por los diferentes términos usados para describir la violencia armada en la Carta. En la Definición de la Agresión, sostiene, esto es en parte purgado por el Artículo 2¹²⁶.

La mejor manera de superar este “vacío” –que, insistimos, no es más que una consecuencia de la postura asumida por la autora– es interpretar la referencia a la resolución 3314 (XXIX) en su totalidad. De esa manera, el requisito de gravedad del Artículo 2 de la Definición –y también el valor interpretativo del quinto párrafo del Preámbulo– estará contenido en la definición de “acto de agresión” del párrafo 2 del Artículo 8 bis y no dejará lugar a dudas acerca de la exclusión de dicha definición de las formas menos graves de uso de la fuerza.

Al mismo tiempo, no podemos dejar de advertir que sostener la postura que criticamos equivale a afirmar que el “acto de agresión” del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma no es el mismo “acto de agresión” de la resolución 3314 (XXIX)¹²⁷ y, en consecuencia, tampoco es el mismo de la Carta de las Naciones Unidas. Podría sostenerse que, a tenor de lo dispuesto por el Artículo 10 del Estatuto de Roma y por las frases iniciales de ambos párrafos del Artículo 8 bis (“A los efectos del presente Estatuto...” y “A los efectos del párrafo 1...”), y ratificado por el Entendimiento 4, la definición de la agresión del Estatuto solo es pertinente para la Corte Penal Internacional y no tiene que guardar necesariamente relación con el resto del derecho internacional. Aunque en principio ello sea así, no debemos olvidar que las enmiendas de Kampala se adoptaron en cumplimiento del citado párrafo 2 del Artículo 5 del Estatuto –como lo reconoce expresamente la Resolución 6 de la Conferencia de Revisión–, que claramente disponía que las enmiendas debían ser compatibles “*con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas*”. De dicho requisito de compatibilidad se desprende, entendemos, que el “acto de agresión” del Estatuto deba ser el mismo de la Carta.

¹²⁶ MCDUGALL, Carrie: op. cit., p. 100.

¹²⁷ Es la opinión de MORELLO, Romina: “Crime of Aggression: is the ICC limited to investigating only the gravest of the already grave acts of aggression?”, *Monitoring Peace Processes*, N°4 (2016-2017), pp. 1-35, p. 34.

Por lo tanto, podría pensarse que la interpretación que mantenemos, en el sentido de considerar que la referencia a la resolución 3314 (XXIX) en el segundo párrafo del Artículo 8 bis debe entenderse con relación a la totalidad de la Definición, no solamente evita las mencionadas críticas, sino que también basta para considerar al requisito de gravedad como incluido dentro de la definición de “acto de agresión”. Sin embargo, ello no resuelve por sí mismo el problema que motiva el presente capítulo, esto es, la interpretación de la cláusula de umbral, ya que algunos autores, partiendo de la misma posición, llegan a soluciones diferentes.

Es el caso de Kreß, quien si bien como vimos reconoce que la referencia a la resolución es general y puede ser utilizada por la Corte para interpretar las disposiciones del párrafo 2 del Artículo 8 bis¹²⁸, no es claro acerca de la recepción del requisito de gravedad y, como veremos, parece incluirlo –vía el Entendimiento 6– dentro de un presunto umbral de gravedad que se encuentra en dicho párrafo, distinto y más bajo de la cláusula de umbral del párrafo 1¹²⁹. Es decir, si es que reconoce –al menos, indirectamente– el valor del Artículo 2, lo hace para introducir –artificialmente, como veremos– un nuevo umbral de gravedad, dando lugar, entonces, a tres escalones diferentes de usos de la fuerza, según su gravedad.

Más compleja es la posición de Dinstein, quien como también vimos, reconoce la referencia como general y explícitamente menciona el Artículo 2, pero considera que el requisito de gravedad integra la cláusula de umbral, a la vez que sostiene que existen ciertos actos de agresión más graves que otros, puesto que satisfacen la cláusula de umbral y equivalen a la noción de “guerra de agresión” del Artículo 5.2 de la Definición¹³⁰. Pero al mismo tiempo, reconoce que el listado de actos de agresión en el párrafo 2 del Artículo 8 bis, tomado del Artículo 3 de la Definición, está sujeto a las disposiciones del Artículo 2 de dicho instrumento y, como vimos en el Capítulo I¹³¹, el propósito del Artículo 2 es permitir que existan ciertos actos que, aunque materialmente puedan caer dentro del listado del Artículo 3, no serán actos de agresión si carecen de suficiente gravedad. Ahora bien, si, como dice Dinstein, el requisito de gravedad del Artículo 2 ahora integra la cláusula de umbral del párrafo 1 del Artículo 8 bis, de ello debería derivarse que los usos de la fuerza armada que, aun estando incluidos en el listado

¹²⁸ KREß, Claus: op. cit. en nota 102, p. 436.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 426-427.

¹³⁰ DINSTEIN, Yoram: op. cit., pp. 135-136.

¹³¹ Capítulo I, Sección 4.2.

del párrafo 2, no constituyan “una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas” no solamente no darán lugar a crímenes de agresión, sino que *tampoco serán actos de agresión*. De allí que no pueda explicarse cómo puede sostener una distinción entre actos de agresión si sus propios argumentos llevan a la conclusión contraria.

Así, y sin perjuicio de los matices de cada posición, el repaso doctrinario que antecede nos muestra dos corrientes principales enfrentadas entre sí. Por un lado, la mayoría de los autores que sostienen que la referencia a la Definición de la Agresión en el Artículo 8 bis se limita a los Artículos 1 y 3, consideran –en lo que para nosotros es una inevitable conclusión de su postura– que el párrafo 2 no introduce ningún umbral de gravedad para el acto de agresión. La gravedad, por lo tanto, solamente estaría dada por la cláusula de umbral del párrafo 1.

En el otro extremo, se encuentran los autores que, partiendo en general de un alcance amplio a la referencia a la resolución 3314 (XXIX) sí reconocen que el acto de agresión del párrafo 2 tiene cierto umbral de gravedad, pero sostienen que el umbral del párrafo 1 es *más alto*, por lo que, en tal caso, deberían satisfacerse *dos* umbrales de gravedad.

No podemos más que rechazar ambas posiciones, aunque sí tomemos algunas de sus premisas: por un lado, aceptamos que el acto de agresión es *en sí mismo* grave, y ello es lo que surge del párrafo 2 del Artículo 8 bis leído en el contexto de las normas pertinentes de la resolución 3314 (XXIX), en especial, el quinto párrafo del Preámbulo y el Artículo 2, *in fine*, de la Definición; en ese sentido, una interpretación que reconozca que la referencia a la resolución 3314 (XXIX) incluye la totalidad de la Definición de la Agresión resuelve el problema de reconocer que los actos de agresión son graves, respondiendo así a las críticas de los autores que sostienen que, en virtud de la redacción del párrafo 2, cualquier uso de la fuerza podría ser considerado como un acto de agresión. Sin embargo, no debemos dejar de advertir en este punto que el solo hecho de que existan tales críticas refuerza nuestro entendimiento acerca del fundamento mismo de la cláusula de umbral: no se trata de distinguir entre actos de agresión, sino de asegurar que el elemento estatal del crimen de agresión sea grave.

¿Significa ello que aceptamos que hay un umbral de gravedad en el párrafo 2, distinto de la cláusula de umbral del párrafo 1? En absoluto. No encontramos en las normas aplicables ni en los trabajos preparatorios, motivo alguno para distinguir el requisito de gravedad inherente a la agresión, cubierto por la referencia a la resolución 3314 (XXIX), de los requisitos de “carácter, gravedad y escala” que hacen a la “violación manifiesta de

la Carta de las Naciones Unidas”. Así, el umbral del párrafo 1 es el *único* que se encuentra en el Artículo 8 bis, y su función es *ratificar* el requisito de gravedad inherente a la agresión de conformidad a la totalidad de las normas aplicables.

Entendemos que ello es así porque, a diferencia de las posturas reseñadas, vemos a los dos párrafos del Artículo 8 bis como *una unidad*, y no como dos cosas diferentes y completamente separadas. No advertimos por qué el acto de agresión definido en el párrafo 2, de conformidad a la resolución 3314 (XXIX) y a la Carta de las Naciones Unidas, en consonancia con la jurisprudencia internacional relevante, sería diferente del acto estatal como elemento del crimen de agresión mencionado en el párrafo 1. Esa es la gran dificultad interpretativa que presentan posturas como las comentadas, que, por razones que escapan a nuestro análisis, se esfuerzan en distinciones y construcciones artificiales, y no parecen ver que la agresión *es una y es grave*.

5. Los Entendimientos

Sabemos que la Conferencia de Revisión aprobó –a iniciativa de los Estados Unidos, que no habían participado de las actividades del Grupo de Trabajo¹³²– una serie de “entendimientos” sobre las enmiendas relativas al crimen de agresión, de naturaleza discutida¹³³, pero que algunos de los cuales pueden tener relevancia en este análisis de la gravedad de la agresión y el alcance de la cláusula de umbral.

Así, de acuerdo al Entendimiento 6, “*Se entiende que la agresión es la forma más grave y peligrosa del uso ilegal de la fuerza, y que una determinación sobre si un acto de agresión ha sido cometido requiere el examen de todas las circunstancias de cada caso particular, incluyendo la gravedad de los actos correspondientes y de sus consecuencias, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*”.

Se advierte a primera vista que el texto es una combinación¹³⁴ de las tantas veces citadas disposiciones del quinto párrafo del Preámbulo y del

¹³² TRAHAN, Jennifer: op. cit., p. 73-78.

¹³³ HELLER, Kevin Jon: “The uncertain legal status of the aggression understandings”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, N°1 (2012), pp. 229-248.

¹³⁴ TRAHAN, Jennifer: op. cit., p. 73-78; VAN SCHAACK, Beth: op. cit., p. 364.

Artículo 2 de la Definición de la Agresión¹³⁵, y aunque pareciera destacarse la “gravedad”, junto a las “consecuencias” –que no aparecen mencionadas en el Artículo 8 bis¹³⁶– por encima de los demás componentes del umbral, el Entendimiento 7, como se verá, ubica los tres componentes en pie de igualdad (puesto que, de otra forma, los entendimientos estarían modificando al Artículo 8 bis).

El propósito de la delegación de los Estados Unidos con la propuesta de entendimiento era tratar con ciertas “debilidades” en la definición del acto de agresión¹³⁷ en el Artículo 8 bis. Kreß considera que el problema con esta intención es que puede privar de sentido independiente a la cláusula de umbral del primer párrafo, y aborda dos posibles interpretaciones para “salvaguardar” la sustancia del Entendimiento 6¹³⁸.

Según la primera, el Entendimiento podría conectarse solamente con la cláusula de umbral del párrafo 1 del Artículo 8 bis. Por la segunda, el Entendimiento podría tomarse como un umbral de gravedad distinto en el concepto mismo del acto de agresión a los fines del Artículo 8 bis, párrafo 2. Kreß considera que la primera está más en armonía con el texto del Artículo 8 bis, y la segunda refleja la intención de la delegación estadounidense de calificar el concepto mismo de acto de agresión más en línea con el significado del Artículo 39 de la Carta. Pero para preservar un significado independiente de la cláusula de umbral del párrafo 1, piensa, el umbral de intensidad del párrafo 2 no puede ser alto¹³⁹.

Pensamos que la existencia de dos vías de interpretación diferentes proviene de insistir –erróneamente, en nuestra opinión– en una tajante división entre el párrafo 1 y el párrafo 2 del Artículo 8 bis como si la agresión fuera distinta en cada uno de ellos. Insistimos: en materia conceptual, no pueden leerse los dos párrafos de forma aislada sin arriesgar la integridad normativa de la agresión.

¹³⁵ El entendimiento se asemeja al Artículo 2 de la Definición a propuesta de Irán, lo que fue aceptado por los Estados Unidos (KREß, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: op. cit., p. 1206).

¹³⁶ HEINSCH, Robert: op. cit., p. 729.

¹³⁷ KOH, Harold Hongju y BUCHWALD, Todd F.: “The Crime of Aggression: The United States Perspective”, *American Journal of International Law*, Vol. 109 (2015), pp. 257-295, p. 272.

¹³⁸ KREß, Claus: op. cit. en nota 102, pp. 426-427.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 427.

Subyace a esta cuestión la idea de Kreß de que el reconocimiento de un requisito de intensidad para el concepto mismo de acto de agresión a los fines del Artículo 8 bis acercaría ese concepto al del Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, pero ello no aseguraría una completa congruencia, debido a la flexibilidad que el Consejo de Seguridad posee en la aplicación de dicha norma¹⁴⁰. De esa forma, parece sostener que el “acto de agresión” del Artículo 8 bis no es el mismo “acto de agresión” del Artículo 39 de la Carta. No podemos compartir esta opinión. Si el acto de agresión se define de conformidad a la resolución 3314 (XXIX), y de la propia resolución, según vimos en el Capítulo I¹⁴¹, surge que la “agresión” que se define no es otra que la de los Artículos 1.1 y 39 de la Carta, se hace evidente al menos una vinculación de las nociones o, en nuestra opinión, una identidad conceptual. Además, el propio Entendimiento 6 menciona la conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, por lo que mal podría pensarse en una noción de “acto de agresión” diferente a la mencionada en la Carta.

Al mismo tiempo, se advierte el esfuerzo de Kreß por asignar un significado independiente a la propia cláusula de umbral, alejándola del fundamento que vimos al analizar los trabajos preparatorios, y llevando a la aparición –o, mejor dicho, a la *creación*– de un segundo umbral de intensidad más bajo. Pero aun si aceptáramos esto, ¿a cuál umbral se refiere el Entendimiento? Si se refiere al del párrafo 2, y declara que la agresión es la forma “más grave” de uso de la fuerza, la cláusula de umbral, al establecer un nuevo requisito de “gravedad”, estaría haciendo referencia a una forma de uso de la fuerza más grave que la “forma más grave”. De tal modo, habría una contradicción entre el Entendimiento 6 y la cláusula de umbral.

En una línea similar a la de Kreß, Zimmermann y Freiburg sostienen que en virtud de la fórmula de Kampala, la gravedad del acto sirve para un propósito doble: según el Entendimiento 6, contribuye a determinar si ha tenido lugar un acto de agresión. Una vez que este primer umbral se cumpla, tal acto (que será un acto de agresión) debe ser juzgado una vez más a la luz de su gravedad en orden a determinar si equivale a una violación manifiesta de la Carta y constituye así un crimen de agresión. Es, sin embargo, algo dificultoso, plantean estos autores, ver qué factores pueden ser tenidos en cuenta en orden a determinar la gravedad de tal acto en el segundo análisis de gravedad. Además, el Entendimiento 6 se refiere a la gravedad del acto y sus consecuencias, mientras que el Artículo 8 bis, pá-

¹⁴⁰ Ibidem, p. 428.

¹⁴¹ Capítulo I, Sección 4.1.

rafo 1, simplemente se refiere a la gravedad como tal. Esto parece implicar que, a los fines del segundo análisis, las consecuencias del acto no deberían ser tenidas en cuenta. Ello se debe al hecho de que tales consecuencias no parecen formar parte *ipso iure* del concepto de “gravedad”, como se confirma con el texto del Entendimiento 6, donde la noción de “gravedad” y las “consecuencias” de un acto se ponen una al lado de la otra¹⁴². Una vez más, vemos una intrincada elaboración –que los mismos autores reconocen que es dificultosa– producto de interpretar los dos párrafos del Artículo 8 bis de manera aislada. ¿Cómo podrían existir dos análisis de gravedad diferentes, uno para el acto y otro para el crimen? Adviértase que la cuestión es mucho más simple si entendemos que el Entendimiento 6 ratifica la unidad de la agresión como una forma de reforzar el umbral del párrafo 1, en lugar de introducir un nuevo umbral dentro del párrafo 2.

Desde otra posición, McDougall considera que dado que, en su opinión, la gravedad de las consecuencias del empleo de la fuerza debe ser tenida en cuenta al determinar si un uso de la fuerza equivale a un acto de agresión en virtud del *ius ad bellum*, el sentido corriente del Entendimiento 6 debería leerse como instruyendo a la Corte Penal Internacional para enfocar de la misma manera las consecuencias de un uso de la fuerza. De esa forma, y considerando que critica el modo en que el Artículo 8 bis ha receptado la definición del acto de agresión (en particular, por recurrir a la resolución 3314 (XXIX)), piensa que el Entendimiento 6 es una adición útil a las enmiendas sobre agresión, y que podría contrarrestar la mayoría de las críticas, al ayudar a acercar al derecho penal internacional al *ius ad bellum*¹⁴³. Aunque no compartamos las premisas de la autora, sí apoyamos su conclusión, en el sentido de que el Entendimiento 6 acerca las normas del Estatuto al *ius ad bellum*, explicitando su vinculación con las disposiciones de la Definición de la Agresión relativas a la gravedad. Es verdad que podríamos preguntarnos si ello era necesario a tenor de la interpretación que propiciamos relativa al alcance de la referencia a la resolución 3314 (XXIX), pero considerando las dudas que tanto delegaciones como autores tenían y tienen al respecto, su utilidad se justifica.

En conclusión, la importancia del Entendimiento 6 radica en que –acercando una vez más el texto y el espíritu de la resolución 3314 (XXIX) al Estatuto de Roma– ratifica la relevancia de la gravedad como elemento característico del acto de agresión. A la vez, el Entendimiento refleja que

¹⁴² ZIMMERMANN, Andreas y FREIBURG, Elisa: op. cit., p. 596.

¹⁴³ MCDUGALL, Carrie: op. cit., p. 121.

las investigaciones de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de agresión no se justificarán en todas las instancias de uso ilegítimo de la fuerza, sino que se limitarán a las intervenciones armadas más graves y peligrosas¹⁴⁴, en plena consonancia con nuestra conclusión respecto de los trabajos preparatorios del Artículo 8 bis.

Respecto de su relación con la cláusula de umbral, pensamos que confirma el sentido que apuntamos, al reforzar la gravedad como característica inherente de la agresión. Nada en su texto permite interpretar que justifique la existencia de un umbral de gravedad más bajo en el párrafo 2 del Artículo 8 bis. Al contrario, al referirse, al igual que el quinto párrafo del Preámbulo de la Definición de la Agresión, a “la agresión”, supera la distinción entre acto y crimen –o entre los párrafos del Artículo 8 bis, como cierto sector doctrinario realiza– y ratifica la unidad conceptual de la agresión.

Por su parte, el Entendimiento 7 puede dar lugar a confusión al disponer: *“Se entiende que al determinar si un acto de agresión constituye o no una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, los tres elementos de características, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente para justificar una determinación de violación “manifiesta”. Ninguno de los elementos puede bastar por sí solo para satisfacer el criterio de violación manifiesta”*. La confusión es doble: en primer lugar, pareciera dar a entender, en contra de lo que proponemos, que un acto de agresión podría no constituir una violación manifiesta de la Carta; en segundo lugar, su última frase parece significar que con solo dos de los componentes bastaría para configurar la violación manifiesta.

Es significativo que solamente la segunda de estas cuestiones haya sido advertida por la doctrina, llevando a algunos autores a sostener dicha interpretación literal¹⁴⁵, mientras que otros, abrevando particularmente en el resto del Entendimiento, y en particular del uso de la conjunción “y” en el Artículo 8 bis, surge que se deben reunir los tres componentes¹⁴⁶ de características, gravedad y escala.

¹⁴⁴ VAN DER VYVER, Johan D.: “Prosecuting the Crime of Aggression in the International Criminal Court”, *University of Miami National Security & Armed Conflict Law Review*, Vol.1 (2011), pp. 1-52, p. 26.

¹⁴⁵ HEINSCH, Robert: op. cit., p. 729; KOSTIC, Drew: op. cit., p. 124; GILLET, Matthew: op. cit., p. 854.

¹⁴⁶ TRAHAN, Jennifer: op. cit., p. 78; KREß, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: op. cit., p. 1207; WEISBORD, Noah: op. cit., p. 90; KORAN, Surendran: op. cit., p. 254.

Es la primera cuestión, no obstante, la que más nos preocupa. No hallamos en la doctrina, ni en los textos relevantes de la Conferencia de Kampala¹⁴⁷, ninguna discusión al respecto¹⁴⁸. Sostenemos que interpretar que existen actos de agresión que no constituyen violaciones manifiestas de la Carta sería contrario al Entendimiento 6 –toda vez que un acto no puede ser “la forma más grave de uso de la fuerza” y a la vez no ser una violación manifiesta de la Carta–, a la interpretación de la cláusula de umbral tal cual la apuntamos *supra*, y al alcance de la referencia de la resolución 3314 (XXIX). El propósito del Entendimiento 7, entonces, no es distinguir entre actos de agresión, sino orientar a la Corte acerca de cómo evaluar los requisitos de la cláusula de umbral en un caso concreto¹⁴⁹.

Los entendimientos, en definitiva, confirman nuestra interpretación de la cláusula de umbral: la agresión es siempre grave, y no hay nada en ellos que permita sostener una diferenciación entre los actos de agresión.

6. ¿Es el crimen de agresión un *tertium genus*?

Como se advierte del análisis que antecede, la doctrina dista de ser unánime en sus apreciaciones, aunque pareciera existir cierto consenso en lo que respecta a excluir de la competencia de la Corte los usos de la fuerza de menor gravedad. En ese sentido, no difiere de la conclusión que extraemos de los trabajos preparatorios, pero no resuelve la cuestión de si pueden o no existir actos de agresión que no den lugar a responsabilidad individual. Incluso los autores que sostienen que no todos los actos de agresión dan lugar a crímenes de agresión parecen no advertir el problema que se deriva de esa opinión y por ello no aportan mayores argumentos para el debate.

¹⁴⁷ KREß, Claus: op. cit. en nota 102, pp. 95-97.

¹⁴⁸ La carencia de discusión probablemente se deba a que la versión inglesa del Entendimiento 7 dispone: “*It is understood that in establishing whether an act of aggression constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations...*”; es decir, solamente expresa “si un acto de agresión constituye...”, mas no agrega “o no”, como el texto español. Aunque el sentido sea el mismo, la forma de redacción no incentiva a problematizar la cuestión.

¹⁴⁹ Tal fue la preocupación de la delegación de Canadá, que fue la que más abogó por la adopción del Entendimiento 7 (KREß, Claus *et al.*: “Negotiating the Understandings on the crime of aggression”, en BARRIGA, Stefan y KREß, Claus: op. cit., pp. 81-97, p. 96).

La más notoria excepción la da Claus Kieß¹⁵⁰, cuya opinión, por ser una de las mayores autoridades mundiales en materia del crimen de agresión y por haber participado directamente del proceso codificador, no puede ser soslayada. Es por ello que analizaremos con detenimiento su posición, y los argumentos a los que acude para sostenerla.

Kieß considera que la cláusula de umbral cumple dos funciones: en su dimensión cualitativa, articulada por los términos “violación manifiesta” por “sus características”, excluye de la definición aquellos usos de la fuerza que caerían en un “área legal gris” en torno a la prohibición del uso de la fuerza. En su dimensión cuantitativa, articulada por los términos “violación manifiesta” por su “gravedad y escala”, requiere un uso de la fuerza de cierta intensidad¹⁵¹.

Hasta aquí, coincide con la mayoría de la doctrina y con los trabajos preparatorios, pero será al momento de analizar la dimensión cuantitativa en que desarrolle su posición.

Es así como Kieß considera, basándose expresamente en Akande y Tzanakopoulos¹⁵², que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia deja lugar a la posibilidad conceptual de una graduación de tres escalones del uso de la fuerza, y que el análisis de la cláusula de umbral del Artículo 8 bis está alineado con la idea de tal graduación. Así, de acuerdo a este marco: 1) el uso de la fuerza en el sentido del Artículo 2.4 de la Carta estaría ubicado en el más bajo; 2) el ataque armado y el acto de agresión en el sentido los Artículos 51 y 39 de la Carta, respectivamente, estarían en el segundo escalón; y 3) la agresión en virtud del derecho consuetudinario de la responsabilidad internacional (como está articulado en el Artículo 40 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado en segunda lectura en 2001 –en adelante, el “Proyecto de 2001”–) y el elemento de la conducta estatal del crimen de agresión en virtud del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma y el derecho internacional consuetudinario estaría en el escalón superior¹⁵³.

¹⁵⁰ Aunque hemos citado diferentes trabajos del autor alemán, recurriremos para este análisis principalmente a su capítulo “The State Conduct Element”, en la obra colectiva *The Crime of Aggression*, de la cual fue uno de sus editores, por ser la obra definitiva en la materia.

¹⁵¹ KIEß, Claus: op. cit. en nota 102, pp. 510-511.

¹⁵² AKANDE, Dapo y TZANAKOPOULOS, Antonios: op. cit., pp. 228-229.

¹⁵³ KIEß, Claus: op. cit. en nota 102, pp. 428, 519-520.

Para una mejor comprensión de esta estructura de tres escalones, la ilustramos en la Figura 4.

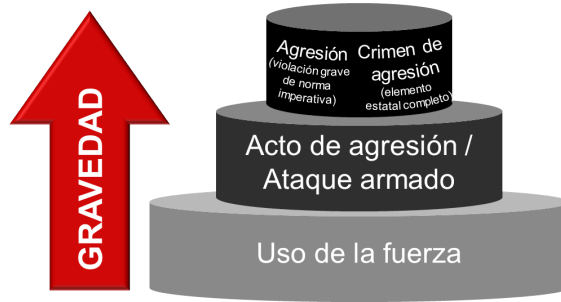


Figura 4 – Esquema de tres niveles de uso de la fuerza según Kreß

En realidad, Akande y Tzanakopoulos proponen una estructura más compleja que la que señala Kreß: ellos identifican dos conjuntos de conceptos que permiten una graduación, a través de una evaluación de la gravedad, del uso de la fuerza. Uno es el que progresa desde un mero uso de la fuerza (Artículo 2.4 de la Carta), a un ataque armado (Artículo 51 de la Carta) y a una violación de una norma imperativa de derecho internacional general (Artículo 40 del Proyecto de 2001). El otro conjunto es el que se desplaza desde un mero uso de la fuerza a un acto de agresión y luego a un crimen de agresión. El primer conjunto es usado exclusivamente en el campo de la responsabilidad estatal, mientras el segundo puede servir tanto a los fines de la responsabilidad estatal como a los de la responsabilidad penal individual. Los autores plantean que aunque los dos conjuntos tengan una estructura similar de tres niveles basada en diferentes grados de gravedad, no necesariamente se corresponden unos con otros, más allá de reconocer que puede haber una equivalencia entre los conceptos de “ataque armado” y “acto de agresión”¹⁵⁴. Exponemos gráficamente esta compleja estructura en la Figura 5.

¹⁵⁴ AKANDE, Dapo y TZANAKOPOULOS, Antonios: op. cit., pp. 228-229.

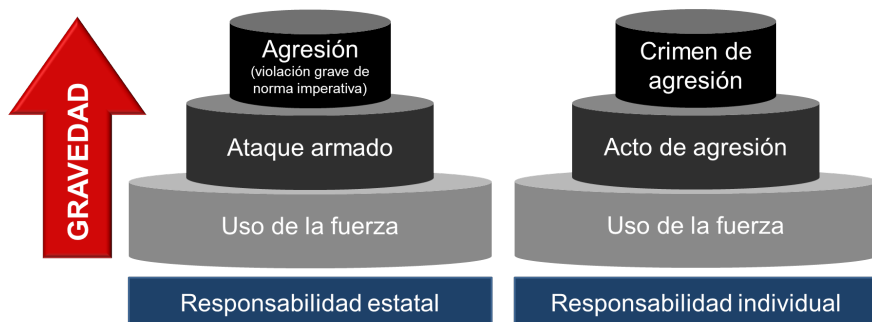


Figura 5 – Doble esquema de tres niveles de uso de la fuerza según Akande y Tzanakopoulos

Sin perjuicio de esta aclaración, que entendemos necesaria a los fines de ilustrar la complejidad de la cuestión, utilizaremos como base de la discusión la estructura de Kreß, no solo por ser más sintética, sino que esencialmente comparte con Akande y Tzanakopoulos la idea de una construcción tripartita de usos de la fuerza, escalonados según su gravedad. Por ello es que nos preguntamos: ¿qué argumentos llevan a Kreß a sostener este esquema de tres niveles de gravedad en los usos de la fuerza? Procuraremos identificarlos y analizarlos a la luz de las normas internacionales aplicables, según las hemos comentado *supra*.

6.1. El umbral de gravedad, el ataque armado y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

Kreß considera que el umbral de intensidad (en la dimensión cuantitativa de la cláusula de umbral) es más alto que el de un ataque armado en el sentido del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Recuerda la distinción que hizo la Corte en el caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* y, si bien reconoce que la formulación “los más graves” puede tomarse como indicador de un umbral elevado, la

referencia en el mismo fallo a un “incidente fronterizo”¹⁵⁵ como ejemplo de un caso donde no se alcanza el umbral de gravedad permite una lectura diferente. Refiriéndose al caso *Plataformas petroleras*, citó la sentencia cuando expresa: “La Corte no excluye la posibilidad de que el minado de un solo buque militar pueda ser suficiente para hacer jugar el ‘derecho inmanente de legítima defensa’”¹⁵⁶, para concluir que existe una brecha relativamente baja entre los umbrales de intensidad de los Artículos 2.4 y 51 de la Carta¹⁵⁷.

Para poder compartir este razonamiento, deberíamos también aceptar que, cuando la Corte se refiere a “las formas más graves” está reconociendo que esas formas tienen una gran amplitud o que —lo que nos parece un absurdo— que podría haber formas *más graves* que “las formas más graves” de uso de la fuerza. Es obvio que Kreß se enrola en la primera interpretación, apoyándose principalmente en la afirmación de la Corte en *Plataformas petroleras*. Sin embargo, no vemos cómo dicho pasaje del fallo puede verse como una modificación de la posición de la Corte; al contrario, al dejar en claro esa posibilidad, pensamos que la Corte indicó que podría configurarse un ataque armado si la operación de minado de un buque tuviera la gravedad suficiente¹⁵⁸. Es más, ello es lo que surge del Artículo 3, inc. d) de la Definición de la Agresión —y reproducido en el inc. d) del segundo párrafo del Artículo 8 bis—, que considera como acto de agresión “*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*”, siempre sujeto a las disposiciones del Artículo 2, es decir, incluyendo la suficiente gravedad¹⁵⁹.

¹⁵⁵ CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 195.

¹⁵⁶ Traducción propia; “*The Court does not exclude the possibility that the mining of a single military vessel might be sufficient to bring into play the ‘inherent right of self-defence’*” (CIJ: *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 161, párr. 72).

¹⁵⁷ KREß, Claus: op. cit. en nota 102, p. 513.

¹⁵⁸ Además del recuerdo de sus propias consideraciones en el caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, que ya hemos citado, la Corte vuelve a considerar la gravedad como requisito del ataque armado en al menos una oportunidad más (CIJ: *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 161, párr. 64).

¹⁵⁹ Incluso Akande y Tzanakopoulos, que mantienen la misma posición de Kreß, siguen este mismo razonamiento (AKANDE, Dapo y TZANAKOPOULOS, Antonios: op. cit., p. 222).

De allí que no encontremos fundamentos suficientes para pensar que la Corte haya establecido un bajo umbral de gravedad para el ataque armado. Este, que por las razones que ya vimos –incluyendo la propia interpretación de la Corte– podemos equiparar a la agresión, es la forma más grave de uso de la fuerza.

6.2. La herencia de Núremberg y un crimen que no es guerra

Kreß considera que la adopción de un umbral de alta intensidad asegura una interpretación de la cláusula de umbral de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. Abrevando en las fuentes vinculadas a los Tribunales de Núremberg y Tokio, considera que el elemento de conducta estatal es descrito por referencia al concepto de “guerra”, y que es imposible determinar que el desarrollo ulterior del derecho penal internacional consuetudinario se haya apartado de ese estándar. Menciona varios ejemplos, entre ellos, la resolución 2625 (XXV) y el Artículo 5.2 de la Definición de la Agresión, y agrega que el análisis del curso de las negociaciones sobre el crimen de agresión no apoya una conclusión diferente, citando en particular las posiciones de los Estados Unidos y el Reino Unido, quienes hicieron referencias explícitas al concepto de “guerra de agresión”, a la vez que, si bien reconoce que la abrumadora mayoría de las delegaciones no apoyó una referencia al término “guerra”, ello no implica que todas esas delegaciones favorecieran la ausencia de un umbral de intensidad para el uso ilícito de la fuerza o la formulación de un umbral más bien bajo¹⁶⁰.

Sabiendo que el recurso al concepto de “guerra” puede dar lugar a críticas, como las que de hecho nosotros formularemos en el Capítulo IV, resignifica el concepto a la luz del derecho internacional, valiéndose de la distinción que realiza Dinstein entre la guerra en sentido técnico y la guerra en sentido material¹⁶¹, y considera que en el contexto del crimen de agresión, solo el concepto de guerra en sentido material tiene sentido, y no hay indicación que los tribunales de Núremberg o Tokio construyeran su

¹⁶⁰ KREß, Claus: op. cit. en nota 102, pp. 514-516.

¹⁶¹ La guerra en sentido técnico es la que comienza con una declaración de guerra y termina con un tratado de paz u otro paso formal. La guerra en sentido material es contingente a la erupción de hostilidades amplias entre las partes beligerantes, incluso en ausencia de una declaración de guerra u otra formalidad (DINSTEIN, Yoram: op. cit., p. 9).

jurisprudencia sobre el concepto de “guerra de agresión” sobre la emisión de declaraciones de guerra¹⁶².

Pasa luego a la cuestión de determinar qué umbral de intensidad está implícito en la noción de “guerra de agresión”, para concluir que están comprendidos tanto el nivel de “hostilidades a gran escala” como el concepto de “guerra limitada”, receptado por el Tribunal de Tokio, y que la intensidad es *más alta* que la del concepto de ataque armado en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia¹⁶³. No explica, sin embargo, por qué la intensidad es más alta.

Así, parece decir que la referencia a la “guerra de agresión” no tiene que significar necesariamente que se otorgue un valor jurídico al concepto de “guerra”, sino que debe ser reinterpretado, recurriendo para ello a la noción de “guerra” en sentido material, como justificación de un umbral de intensidad elevado. El argumento parece estar construido en oposición de quienes sostienen, como nosotros, que cualquier acto de agresión da lugar a un crimen de agresión, con lo que no puede estar de acuerdo porque piensa –de acuerdo a su propia construcción teórica– que el umbral de gravedad del acto de agresión es demasiado bajo. De esta forma, pensamos, es víctima de su propio razonamiento: al pensar que el acto de agresión tiene un umbral de gravedad bajo, y el crimen de agresión debe tener un umbral alto, recurre al concepto de “guerra de agresión” para justificar no solamente la necesidad de un umbral elevado, sino la existencia de dos umbrales.

Ya hemos señalado en el Capítulo I¹⁶⁴ por qué entendemos que el precedente de Núremberg debe ser tenido en cuenta con ciertos matices al momento de interpretarlo a la luz del derecho internacional contemporáneo. Pero, sin perjuicio de nuestra propia interpretación acerca de la relevancia actual del concepto de “guerra de agresión” y su mención en el Artículo 5.2 de la Definición, que efectuaremos en el Capítulo IV, no advertimos cómo este razonamiento puede ayudar en la identificación de un doble umbral de gravedad, sobre todo porque el autor alemán no explica por qué este umbral –el de la “guerra”– sería más elevado que el otro.

Ello no debe inducir a pensar que neguemos que el umbral de gravedad en la agresión sea elevado, sino todo lo contrario: compartimos y apoyamos esa idea, porque la encontramos avalada por la normativa inter-

¹⁶² KREß, Claus: op. cit. en nota 102, p. 517.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 519.

¹⁶⁴ Capítulo I, Sección 2.

nacional aplicable. Lo que simplemente agregamos es que ese umbral es uno solo, propio de toda agresión, porque sin la gravedad no podría ser tal.

Kreß también recurre a la labor de la CDI en materia del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, y cita el pasaje del comentario del Artículo 16 del Proyecto de Código de 1996 en el que la CDI consideró que el crimen de agresión requería una “*violación suficientemente grave*” de la prohibición del uso de la fuerza¹⁶⁵. No vemos cómo ello puede sustentar la existencia de actos de agresión *más graves* que otros, sobre todo si pensamos –como lo hacemos más arriba– que dicha consideración de la CDI en nada se diferencia de la “suficiente gravedad” del Artículo 2 de la Definición de la Agresión. Además, el mismo Kreß, aunque reconoce que la CDI no utiliza el término “guerra”¹⁶⁶ omite significativamente mencionar que el comentario sí hace referencia a la responsabilidad individual por “actos de agresión”¹⁶⁷.

6.3. La “agresión” como violación grave de una norma imperativa

Abrevando en el trabajo de Akande y Tzanakopoulos, Kreß mantiene la escala de tres niveles de gravedad en el uso de la fuerza sosteniendo, además, que en el nivel más alto está la “agresión” en virtud del derecho internacional consuetudinario de la responsabilidad estatal, según se articula en el Artículo 40.1 del Proyecto de 2001, que equipara al elemento estatal (completo, es decir, incluyendo la cláusula de umbral) del crimen de agresión en virtud del Artículo 8 bis y el derecho consuetudinario¹⁶⁸.

Ante semejante afirmación, de inmediato surge el interrogante: ¿cómo es posible trazar una relación entre el crimen de agresión del Artículo 8 bis y la “agresión” mencionada en el comentario al Artículo 40 del Proyecto de 2001 en cuanto violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa? Sin perjuicio de nuestro análisis de la cuestión en los Capítulos III y IV, podemos señalar aquí que la CDI no distingue en ningún momento entre la “agresión” y el “acto de agresión”. Tal distinción, que de acuerdo a Kreß estaría basada en la gravedad, no tendría en cuenta que cualquier acto

¹⁶⁵ CDI: op. cit. en nota 46, p. 47.

¹⁶⁶ KREß, Claus: op. cit. en nota 102, p. 516.

¹⁶⁷ V. nota 48.

¹⁶⁸ KREß, Claus: op. cit. en nota 102, p. 520.

de agresión es en sí mismo grave, y que, por lo tanto, no hay agresiones más graves que otras.

Una interpretación de esa naturaleza, que es debida a Akande y Tzanakopoulos¹⁶⁹ (quienes, no obstante, no aportan fundamento alguno para semejante afirmación), no se halla en ninguno de los trabajos de la CDI sobre responsabilidad internacional y, de hecho, es contraria a la propia idea de considerar a la agresión como una “violación grave”. El propio comentario de la CDI (que Kreß cita¹⁷⁰) dice “*algunas de las normas imperativas de que se trata, muy especialmente las prohibiciones de la agresión y del genocidio, requieren por su propia naturaleza una violación intencional en gran escala*”¹⁷¹. Con ello, como veremos en el Capítulo III, la CDI nos está diciendo que la gravedad es inherente a la agresión, y tal consideración devendría sin sentido si introdujéramos una distinción entre “la agresión” y los “actos de agresión”, basada precisamente en la gravedad.

En definitiva, el Proyecto de 2001 –y, en realidad, todos los trabajos de la CDI sobre responsabilidad internacional, según veremos en el Capítulo III– no solamente no apoyan la idea de una distinción entre formas de agresión basadas en su gravedad, sino que ratifican que la agresión –cualquiera sea su forma– es, en sí misma, grave, y graves son sus consecuencias.

6.4. La Definición de la Agresión: esa gran desconocida¹⁷²

Un dato significativo de la construcción argumental de Kreß es que parece dejar de lado por completo a las disposiciones de la resolución 3314 (XXIX), incluso las que apoyan su premisa más fundamental, esto es, la gravedad de la agresión.

Aunque cita el quinto párrafo del Preámbulo¹⁷³, omite el pasaje relativo a la gravedad, y si bien reconoce la vinculación de dicho párrafo y el Artículo 2 con el Entendimiento 6¹⁷⁴, solamente lo hace con relación a lo que

¹⁶⁹ AKANDE, Dapo y TZANAKOPOULOS, Antonios: op. cit., p. 226.

¹⁷⁰ KREß, Claus: op. cit. en nota 102, nota 590.

¹⁷¹ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007, p. 121.

¹⁷² Tomamos prestado el título de nuestro apartado de un artículo de Sayapin (SAYAPIN, Sergey: “A great unknown: the Definition of Aggression revisited”, *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 17, N°2 (2008), pp. 377-400).

¹⁷³ KREß, Claus: op. cit. en nota 102, p. 420.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 426.

denomina como “el primer requisito de intensidad”, según hemos visto¹⁷⁵, pero no con la cláusula de umbral.

Con relación al inc. g) del Artículo 8 bis, segundo párrafo –que reproduce textualmente el Artículo 3, inc. g) de la Definición–, sostiene que la calificación respecto de la “gravedad” de la fuerza armada es ambigua, ya que considera que las descripciones de los actos de agresión listados en los inc. a) a f) no implican invariablemente la necesidad de cierta gravedad¹⁷⁶. No obstante, reconoce que el énfasis en la “gravedad” en el inc. g) no debe ser ignorado y debería entenderse como excluyendo los incidentes relativamente menores¹⁷⁷.

Significativamente, ninguna de estas menciones se encuentra dentro de su análisis de la cláusula de umbral. Podría pensarse, atento a que parece incluir el Artículo 2 en lo que denomina como “primer requisito de intensidad”, que entiende a todas estas disposiciones como parte de ese pretendido umbral más bajo de gravedad que se encontraría en el párrafo 2 del Artículo 8 bis, que ya mencionamos.

Sin embargo, dicha interpretación no sería coherente con su posición de que “la agresión” es más grave que los “actos de agresión”, a juzgar por la interpretación que efectúa de los comentarios de la CDI al Artículo 16 del Proyecto de Código de 1996 y al Artículo 40 del Proyecto de 2001. Dado que el párrafo quinto del Preámbulo de la Definición expresa que “la agresión” (no “los actos” ni “la guerra”) es la forma más grave y peligrosa de uso ilícito de la fuerza, sorprende que no lo utilice en su análisis.

Tanto su profundo conocimiento de la cuestión como su recurso a otras disposiciones de la Definición, como el Artículo 5.2, nos obligan a descartar de plano la opción de un equívoco u olvido. La explicación, entonces, debe buscarse en que un análisis detenido de estas disposiciones, como el que efectuamos aquí, lo habría llevado a nuestras mismas conclusiones: que la agresión siempre es grave, que este es su requisito esencial, y que no hay diferencias entre los actos de agresión.

¹⁷⁵ Menciona al Artículo 2 (mas no así al quinto párrafo del Preámbulo) como fuente del Entendimiento 6 en dos oportunidades más (Ibídem, p. 520 –nota 593– y 528), y también con relación a los poderes del Consejo de Seguridad (Ibídem, p. 436).

¹⁷⁶ No podemos compartir esa afirmación. Como vimos en el Capítulo I, no basta con que el hecho se encuentre listado en el Artículo 3, sino que, además, debe tratarse de un uso de la fuerza y debe ser grave, para ser considerado como un acto de agresión, toda vez que el listado está sujeto a las disposiciones del Artículo 2.

¹⁷⁷ KREß, Claus: op. cit. en nota 102, p. 449.

6.5. *Conclusión: tertium non datur*

Del análisis que antecede –tanto de lo que Kreß dice como de lo que *no dice*–, no hallamos argumentos sólidos que nos permitan aceptar una estructura de tres niveles de gravedad en los usos de la fuerza. Ello no quiere decir que no compartamos con el autor alemán lo que consideramos el núcleo de su postura: que solamente los actos de suma gravedad podrán constituir el elemento estatal del crimen de agresión. Lo que sostenemos, en cambio, es que todos los actos de agresión satisfacen ese requisito, puesto que, de no hacerlo, y no obstante ser usos ilícitos de la fuerza, no constituirán agresión.

Ello significa que Kreß acierta en considerar al elemento estatal del crimen de agresión, así como a la agresión entendida como violación grave de una norma imperativa, en el escalón más alto del esquema. En lo que pensamos falla es en considerar que existe un umbral de gravedad más bajo donde se encuentran los conceptos de “acto de agresión” y “ataque armado”: hay un umbral de gravedad, pero es el mismo que para el nivel superior, puesto que nada hay que permita diferenciar distintas formas de agresión. Dicho de otra forma, no es el escalón superior el que sobra en esta estructura, sino el medio, producto de una creación artificial que no se condice con las normas aplicables ni la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Es, por tanto, dicho escalón el tercero que cabe excluir en este razonamiento.

Por ello es que, en consonancia con lo que venimos planteando desde el inicio del capítulo, proponemos una estructura simplificada, de solo dos escalones¹⁷⁸ de acuerdo a la gravedad¹⁷⁹: en el más bajo y amplio se encuentran los usos de la fuerza “menos graves”¹⁸⁰, según la Corte Internacional

¹⁷⁸ También Ruys considera que existen solamente dos niveles de usos de la fuerza, pero criticando la noción misma de “acto de agresión” por entenderla carente de significado jurídico. En su opinión, solo existen la violación del Artículo 2.4 de la Carta y el crimen de agresión, que comprende dicha violación más la cláusula de umbral (RUYS, Tom: “The impact of the Kampala definition of aggression on the law on the use of force”, *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 3, N°2 (2016), pp. 187-193).

¹⁷⁹ En el mismo sentido, v. O’CONNELL, Mary: op. cit., p. 110.

¹⁸⁰ Orakhelashvili considera que hay tres tipos de violaciones el uso de la fuerza: la intervención en un conflicto armado interno; los usos de la fuerza que son menos graves que un ataque armado; y el ataque armado, que es la única circunstancia que permite la legítima defensa (ORAKHELASHVILI, Alexander: “Undesired, Yet omnipresent: Jus ad Bellum in its relation to other areas of international law”, *Journal on the Use of*

de Justicia, violaciones del Artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas que solamente implican responsabilidad internacional del Estado infractor; en el más alto y reducido se encuentra la agresión, uso de la fuerza de “suficiente gravedad” definido en la resolución 3314 (XXIX), que constituye el ataque armado del Artículo 51 de la Carta, el “acto de agresión” de los Artículos 1.1 y 39, que, por constituir una violación grave de una norma imperativa genera responsabilidad internacional del Estado, y que es el elemento estatal del crimen de agresión de conformidad al Artículo 8 bis del Estatuto de Roma.



Figura 6 – Esquema simplificado de usos de la fuerza

7. Consideraciones finales

El análisis que antecede nos permite afirmar que la cláusula de umbral en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma no introduce una nueva categoría de usos ilícitos de la fuerza que distinga entre actos de agresión que dan lugar a responsabilidad estatal y responsabilidad penal individual –y que así constituyan un crimen de agresión– de aquellos que solo implican la responsabilidad estatal, sino que ratifica la naturaleza de la agresión, como forma más grave de uso ilícito de la fuerza, frente a las formas menos graves.

Así, y apartándonos de visiones críticas respecto a los efectos de la adopción del crimen de agresión en el Estatuto de Roma en el *ius ad be-*

Force and International Law, Vol. 2, N°2 (2015), pp. 238-256, p. 243), pero equipara a este último con la agresión (Ibídem, p. 244 y 251), de manera tal que solamente difiere de nuestra posición en introducir una división en la categoría inferior, pero no en cuanto a la gravedad de la agresión.

*llum*¹⁸¹, compartimos una visión más positiva, en el sentido que el Artículo 8 bis ratifica que el crimen de agresión es *per se* grave, y que los usos de la fuerza prohibidos por el derecho internacional serán competencia de la Corte Penal Internacional solo cuando alcancen el umbral pertinente¹⁸².

Nuestra conclusión, entonces, es doble: en primer lugar, queda reforzada la idea de que la agresión *es grave*, y que la gravedad es la característica diferenciadora de la agresión. En segundo lugar, no hay usos de la fuerza más graves que la agresión ni actos de agresión más graves que otros. Nada en las normas aplicables, particularmente la Carta de las Naciones Unidas y la Definición de la Agresión, ni en la jurisprudencia internacional relevante, parece apoyar la distinción entre los actos de agresión. Por el contrario, siendo la agresión grave en sí misma, tal distinción restaría mucho sentido al concepto.

Así, la cláusula de umbral en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, leída en el contexto de las normas internacionales sobre el uso de la fuerza, y a la luz de los trabajos preparatorios, solamente puede confirmar nuestra primera conclusión, a la vez que no modifica la segunda: la agresión siempre es grave y dará lugar a responsabilidad estatal e individual. Estas consecuencias de la agresión, en las que también se manifiesta su gravedad, serán analizadas en el capítulo siguiente.

El repaso efectuado a las opiniones doctrinarias muestra, no obstante, la existencia de una corriente que le otorga relevancia jurídica al concepto de “guerra de agresión”, mencionado en el Artículo 5.2 de la Definición de la Agresión y con varios antecedentes. Aunque sostenemos que ello no impide nuestra anterior conclusión, consideramos pertinente analizar la cuestión, en el sentido de determinar cuál es el valor jurídico, si es que tiene alguno, del concepto de “guerra de agresión”, en el derecho internacional contemporáneo y si es posible considerarla como una suerte de subespecie de agresión que pudiese ser más grave que los actos de agresión. Ello será materia de estudio, junto con otros problemas terminológicos que rodean a la agresión, en el Capítulo IV.

¹⁸¹ O’CONNELL, Mary Ellen & NIYAZMATOV, Mirakmal: op. cit., p. 201.

¹⁸² QUESADA ALCALÁ, Carmen: “El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global”, *Cuadernos de estrategia*, N°160 (2013), pp. 77-116, pp. 90-91.

CAPÍTULO III

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA AGRESIÓN: ENTRE EL QUEBRANTAMIENTO DE LA PAZ Y EL CRIMEN INTERNACIONAL

“An aggressive war is the great crime against everything good in the world. A defensive war, which must necessarily turn to aggressive at the earliest moment, is the necessary great counter-crime. But never think that war, no matter how necessary, nor how justified, is not a crime”.

Ernest Hemingway

Introducción a *Treasury of the Free World*, 1946

Un estudio sobre las consecuencias jurídicas de la agresión contribuirá a identificar sus características a la luz del derecho internacional y así, precisar más los contornos de la relación entre el acto estatal y el crimen individual.

La agresión conmueve de tal forma los fundamentos mismos de la comunidad internacional que genera una multiplicidad de consecuencias, las que se proyectan sobre diferentes ramas del ordenamiento jurídico, de un modo que no es similar a ningún otro hecho ilícito internacional.

Entendemos por “consecuencias jurídicas”¹ aquellas prescritas o autorizadas² por el derecho internacional ante el acaecimiento de determinado hecho, en este caso, la agresión. Comprende no solamente las consecuencias en sentido estricto, es decir, las prescritas en las normas secundarias de responsabilidad, sino todo otro efecto que el derecho internacional contemple, como puede ser la legítima defensa³ o la activación del sistema de seguridad colectiva. Se trata entonces, de efectos *jurídicos*, sin que pueda interpretarse que lo planteemos como una relación causal de índole fáctica.

Siguiendo la construcción normativa que a lo largo de la mayor parte de su historia han experimentado el acto de agresión y el crimen de agresión –y sin perjuicio de lo que hemos denominado en los capítulos anteriores como su unidad conceptual–, sus diferentes consecuencias pueden ser estudiadas por separado. Así, comenzaremos en primer lugar por las consecuencias del acto de agresión, para luego estudiar las consecuencias del crimen de agresión y, finalmente, hacer algunas consideraciones de carácter general.

¹ El término no es novedoso, y constituyó el objeto de tres opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia, en ninguna de las cuales se problematizó su significado, pero en las que la Corte identificó consecuencias no solamente para los Estados autores de los respectivos hechos ilícitos, sino también para los demás Estados y para las Naciones Unidas (CIJ: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, párr. 133; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, párr. 163; y *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019*, p. 95).

² Reconocemos una innegable inspiración kelseniana en nuestra definición, aunque no se trata de una total identidad conceptual, dado que Kelsen utiliza este lenguaje al plantear su teoría de la imputación, que es la vinculación entre un acto ilícito y una sanción, prescrita o autorizada por el derecho ante la comisión de tal ilícito (KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 4ª edición, 9ª reimpresión, 2009, p. 21), y aquí utilizamos la noción de “consecuencia” en un sentido mucho más amplio que el de “sanción”.

³ Kamto considera a la legítima defensa como una “reacción” a la agresión (KAMTO, Maurice: *L’agression en droit international*, A. Pedone, Paris, 2010, p. 189), y en ese sentido, lo mismo cabría predicar de la activación del sistema de seguridad colectiva. Sin embargo, pensamos que ambas pueden ser consideradas como “consecuencias” en el sentido amplio que aquí adoptamos, desde el momento en que son actos prescritos o autorizados por el derecho internacional frente a la existencia de la agresión.

1. Consecuencias jurídicas del acto de agresión

El acto estatal de agresión desata consecuencias jurídicas para el propio agresor, para la víctima de la agresión y para la comunidad internacional en su conjunto. Ellas son: a) la activación del sistema de seguridad colectiva; b) el ejercicio de la legítima defensa; c) la responsabilidad internacional del agresor; y d) los efectos particulares en el Derecho de los Tratados. Estudiaremos a continuación cada una de ellas.

1.1. La activación del sistema de seguridad colectiva

1.1.1. Consideraciones generales

Como señalamos en el Capítulo I⁴, el acto de agresión es una de las categorías mencionadas en el Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, y la determinación de su existencia implica la activación de su Capítulo VII. Ello es así por cuanto la agresión es, como también se dijo, una especie del género “quebrantamiento de la paz”⁵ –según claramente surge del Artículo 1.1 de la Carta–, y como tal, genera el deber de la comunidad internacional, a través del Consejo de Seguridad –investido de la responsabilidad primordial del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales– de restablecer la paz que ha sido quebrantada.

Así, también de conformidad al Artículo 1.1, con el fin de mantener la paz y seguridad internacionales, el primer propósito de la Organización incluye “*tomar medidas colectivas eficaces [...] para suprimir actos de agresión*”, medidas que están previstas en el Capítulo VII de la Carta, titulado precisamente “*Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz y actos de agresión*”. Recordemos para ello el tantas veces citado Artículo 39: “*El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*”.

⁴ Capítulo I, Sección 1.

⁵ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Sentido y alcance de la determinación por parte del Consejo de Seguridad de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, *XXX Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano*, Secretaría General de la OEA, Washington, 2004, pp. 77-134.

Así, en virtud del Artículo 39 de la Carta, el Consejo de Seguridad debe, en primer lugar, determinar la existencia de un acto de agresión, luego hacer recomendaciones o tomar decisiones para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales; y, finalmente, adoptar las medidas que no implican el uso de la fuerza en virtud del Artículo 41, y/o adoptar la acción a la que se refiere el Artículo 42⁶.

Las medidas que el Consejo de Seguridad puede adoptar en virtud del Capítulo VII en caso de un acto de agresión son múltiples. Dado que no es el propósito del presente trabajo un estudio pormenorizado del sistema de seguridad colectiva, no analizaremos en profundidad dichas medidas⁷, pero sí nos permitiremos algunas precisiones.

En primer lugar, debemos tener presente, como ha sido señalado por la doctrina⁸, que los poderes del Consejo de Seguridad son los mismos, cualquiera sea la categoría de actos cuya existencia haya determinado en virtud del Artículo 39. Es decir, podrá adoptar las mismas decisiones tratándose de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión. Ello nos permite afirmar que la activación del sistema de seguridad colectiva, aunque sea una consecuencia posible de un acto de agresión, no es una consecuencia exclusiva, toda vez que puede ser provocada –y así lo ha sido– por una gran variedad de situaciones, con los mismos alcances.

Esto aclarado, nos resulta de particular interés mencionar, como una medida que no implica el uso de la fuerza armada en el sentido del Artículo 41 de la Carta, la remisión a la Corte Penal Internacional de una situación en la que se puede haber cometido un crimen de agresión, de conformidad al Artículo 15 ter del Estatuto de Roma. Dicha norma establece en su párrafo 1 que “*La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen*

⁶ CARDONA LLORENS, Jorge: “El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, en DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Las Organizaciones Internacionales*, Decimotercera edición, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 216-264, p. 226.

⁷ Sobre las facultades del Consejo de Seguridad en el Capítulo VII de la Carta, v. i. a., COT, Jean Pierre y PELLET, Alain (Dir.): *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Tercera edición, Tomo I, Economica, Paris, 2005, p. 1131 y ss.; KRISCH, Nico: “Chapter VII Powers”, en SIMMA, Bruno et al. (Ed.): *The United Nations Charter: A Commentary*. Tercera edición, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1237 y ss.; DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: op. cit. en nota 5; y WECKEL, Philippe: “Le chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de Sécurité”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 37 (1991), pp. 165-202.

⁸ DINSTEIN, Yoram: *War, Aggression and Self-Defence*, Quinta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 305.

de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13”. Por su parte, el Artículo 13, inc. b) del Estatuto dispone: “La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: [...] b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes”. La expresa mención al Capítulo VII nos indica que el origen de la competencia del Consejo de Seguridad no se encuentra en el propio Estatuto, sino que deriva de la Carta de las Naciones Unidas; de allí que la consideremos como una consecuencia de la agresión en el ámbito del sistema de seguridad colectiva. Es significativo que varios autores⁹ que han comentado la norma no efectúen la caracterización de la disposición como una medida que no implica el uso de la fuerza armada en el sentido del Artículo 41 de la Carta. Sin embargo, ello nos parece indudable; como señala autorizada doctrina¹⁰, la facultad del Consejo de Seguridad de remitir una situación a la Corte Penal Internacional puede ser lógicamente vinculada con su poder de crear tribunales penales internacionales, de manera tal que se puede aplicar, *mutatis mutandis*, el razonamiento de la Sala de Apelaciones del TPIY sobre la licitud del establecimiento del Tribunal¹¹, y la remisión a la Corte cae dentro de sus poderes en virtud del Artículo 41 en cuanto constituye una medida que no implica la fuerza armada.

Debemos notar, sin embargo, que como claramente surge del Artículo 13, inc. b) del Estatuto de Roma, la facultad de remisión del Consejo de Seguridad no se limita a las situaciones que involucren la posible comisión de un crimen de agresión, sino que se extiende a todos los crímenes de competencia de la Corte, de conformidad con el Artículo 5. De modo tal

⁹ I. a., ZIMMERMANN, Andreas y FREIBURG, Elisa: “Article 15 ter. Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (Security Council referral)”, en TRIFFTERER, Otto y AMBOS, Kai (Eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3ª edición, C.H. Beck, 2015, pp. 765-769; BLOKKER, Niels y BARRIGA, Stefan: “Conditions for the Exercise of Jurisdiction Based on Security Council Referrals”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 646-651.

¹⁰ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola y JONES, John R. W. D.: *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 630.

¹¹ TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić a.k.a. “Dule”*. *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 33-36.

que, al igual que el resto de las consecuencias en el sistema de seguridad colectiva, no es exclusiva de la agresión

1.1.2. La práctica de la Organización

Consideramos relevante, a los fines de este análisis, realizar un repaso de la práctica de las Naciones Unidas, en particular, del Consejo de Seguridad, respecto de la activación del sistema de seguridad colectiva con motivo de un acto de agresión.

Para ello debemos recordar que, como señalamos en el Capítulo I¹², el Consejo de Seguridad nunca determinó la existencia de un acto de agresión en el sentido del Artículo 39 de la Carta. Existen¹³, no obstante, ciertas resoluciones¹⁴ que condenan “actos provocativos y agresivos”¹⁵, “actos de provocación y agresión”¹⁶, “actos de agresión”¹⁷, “actos de agresión armada”¹⁸ “actos sistemáticos de agresión”¹⁹, “actos de agresión, no provocados y de carácter hostil”²⁰, “actos premeditados y provocativos de agresión”²¹, “actos de agresión y provocación”²², “actos continuos,

¹² Capítulo I, Sección 1.

¹³ WEISBORD, Noah: “Prosecuting aggression”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, N°1 (2008), pp.161-220, p. 169.

¹⁴ Una reseña de estas resoluciones puede encontrarse en COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1. Naciones Unidas, Nueva York, 2002, pp. 178-187. V. también GREPPI, Edoardo: “State Responsibility for Acts of Aggression Under the United Nations Charter: A Review of Cases”, en BELLELLI, Roberto (Ed.): *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate, 2010, pp. 499-518.

¹⁵ Resolución 326 (1973), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

¹⁶ Resolución 386 (1976), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

¹⁷ Resoluciones 387 (1976), sobre la denuncia de Kenya relativa al acto de agresión de Sudáfrica contra Angola; 447 (1979) y 602 (1987), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica; 568 (1985) y 572 (1985), sobre la denuncia de Botswana contra Sudáfrica; 580 (1985), sobre la denuncia de Lesotho contra Sudáfrica; y 667 (1990), sobre la situación entre el Iraq y Kuwait.

¹⁸ Resoluciones 405 (1977), sobre la denuncia de Benin, y 573 (1985), sobre la denuncia de Túnez.

¹⁹ Resolución 411 (1977), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

²⁰ Resolución 424 (1978), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

²¹ Resolución 445 (1979), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

²² Resolución 454 (1979), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica.

intensificados y no provocados de agresión”²³, “actos de agresión hostiles, no provocados y persistentes”²⁴, “agresión de mercenarios”²⁵, “actos agresivos”²⁶ “actos persistentes de agresión”²⁷, “actos de agresión intensificados, premeditados y no provocados”²⁸ o, simplemente, “la agresión”²⁹.

Sin embargo, no podemos identificar ninguna de ellas como el acto de determinación del Artículo 39. Para sostener esta afirmación, nos basamos en los siguientes elementos: a) varias de dichas resoluciones tenían una previa calificación del Consejo de Seguridad, sea como amenaza a la paz³⁰, o como quebrantamiento de la paz³¹, y esa determinación no fue cambiada; b) en algunas de ellas se condena “actos de agresión” cometidos por mercenarios sin que se les atribuya a un Estado³², lo cual va en contra del sentido jurídico del término “agresión” –como un uso de la fuerza grave *interestatal*–; y c) aunque en algunas de esas resoluciones³³, el Consejo se refirió al deber de indemnizar los daños causados por un acto de agresión, no parece que lo haya hecho teniendo en cuenta la gravedad de la agresión, ni sus implicancias particulares respecto de la responsabilidad internacional³⁴. Paulus agrega, además, que estas condenas de “actos de agresión”

²³ Resoluciones 455 (1979), sobre la situación en Rhodesia del Sur; y 577 (1985), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica.

²⁴ Resoluciones 475 (1980), 571 (1985) y 574 (1985), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica

²⁵ Resoluciones 496 (1981) y 507 (1982), sobre la denuncia de Seychelles.

²⁶ Resolución 527 (1982), sobre la denuncia de Lesotho contra Sudáfrica.

²⁷ Resolución 546 (1984), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica.

²⁸ Resolución 567 (1985), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica.

²⁹ Resolución 611 (1988), sobre la denuncia de Túnez.

³⁰ En el caso de Rhodesia del Sur, la situación había sido calificada como amenaza a la paz en las resoluciones 217 (1965) y 232 (1966), y en el caso de Sudáfrica, mediante la resolución 418 (1977).

³¹ En el caso de Iraq-Kuwait, mediante la resolución 660 (1990) determinó que existía un quebrantamiento de la paz. Volveremos sobre esta cuestión.

³² Resoluciones 405 (1977), sobre la denuncia de Benin, y 496 (1981) y 507 (1982), sobre la denuncia de Seychelles.

³³ Por ejemplo, las citadas resoluciones 387 (1976) y 546 (1984).

³⁴ El Consejo de Seguridad reconoció la procedencia de indemnizaciones en otras resoluciones en las que no condenaba actos de agresión, sin diferencia alguna con las aquí mencionadas (GRAEFRATH, Bernhard: “Iraqi reparations and the Security Council”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 55 (1995), pp. 1-68, pp. 17-20). Esto nos induce a pensar que trató a estos actos como meros hechos ilícitos que dan lugar a responsabilidad internacional, pero no del tipo de responsabilidad agravada que implica la comisión de un acto de agresión, según veremos en este capítulo.

no fueron adoptadas en virtud del Capítulo VII³⁵. Si bien ello es correcto en la mayoría de los casos, la resolución 667 (1990) sí se adoptó en virtud del Capítulo VII, pero, como veremos más adelante, no es posible derivar de ella un acto de determinación.

Dicho esto, ¿cabe considerar la posibilidad de un caso que, por la gravedad del uso de la fuerza implicado, la atribución de responsabilidad a una sola de las partes y la adopción de fuertes medidas, el Consejo de Seguridad haya actuado como si implícitamente hubiese determinado un acto de agresión? Creemos que podemos estudiar dos casos que ilustrarían esta posición: la Guerra de Corea y la Guerra del Golfo Pérsico de 1990-1991.

1.1.2.1. La Guerra de Corea

El 25 de junio de 1950, fuerzas norcoreanas cruzaron el paralelo 38° N e invadieron Corea del Sur.

El mismo día, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 82 (1950)³⁶, en la que, entre otras cosas, “*advirtiendo con suma preocupación el ataque armado dirigido contra la República de Corea por fuerzas venidas de Corea del Norte*”, decidió “*que este acto constituye un quebrantamiento de la paz*”, pidió “*la inmediata cesación de las hostilidades*”, invitó “*a las autoridades de Corea del Norte a retirar inmediatamente sus fuerzas armadas al paralelo 38*”, e invitó “*a todos los Estados Miembros a prestar todo su concurso a las Naciones Unidas para la ejecución de esta resolución y abstenerse de dar ayuda a las autoridades de Corea del Norte*”. Como se aprecia, y mencionábamos en el Capítulo I, el Consejo realizó una determinación explícita de la situación como un “quebrantamiento de la paz” en el sentido del Artículo 39 de la Carta. Sin embargo, podrían existir razones para entender que, en realidad, realizó una determinación implícita de una agresión. En primer lugar, el quebrantamiento de la paz se produce para el Consejo por el ataque de las fuerzas de Corea del Norte contra la República de Corea, es decir, atribuye toda la responsabilidad por dicho quebrantamiento a una sola de las partes, lo que parece ir en contra del sentido de la noción de “quebrantamiento de la paz” que le asigna la doctrina mayoritaria, según hemos visto en el Capítulo I. Esta atribución de

³⁵ PAULUS, Andreas: “Second Thoughts on the Crime of Aggression”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, N°4 (2010), pp. 1117-1128, p. 1125.

³⁶ Aprobada en la 473ª sesión, por 9 votos contra ninguno y una abstención (Yugoslavia). La URSS estaba ausente.

responsabilidad también se pone de manifiesto en las medidas que decide adoptar: por un lado, invita a las autoridades norcoreanas a retirar sus fuerzas al paralelo 38 y, por el otro, invita a los Estados Miembros a abstenerse de dar ayuda a las autoridades norcoreanas³⁷. En segundo lugar, califica expresamente la acción como un “ataque armado”³⁸ y ya hemos expresado nuestra opinión en cuanto al paralelismo de las nociones de “acto de agresión” y “ataque armado” en la Carta. Además, durante los debates sobre la cuestión, las delegaciones de los Estados Unidos³⁹ –autor del proyecto de resolución–, Corea⁴⁰, China⁴¹, Ecuador⁴², el Reino Unido⁴³ y Noruega⁴⁴ consideraron la invasión como una “agresión” o un “acto de agresión”.

Dos días más tarde, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 83 (1950)⁴⁵, por la que, habiendo advertido “*que las autoridades de Corea del Norte no han cesado las hostilidades ni han retirado sus fuerzas armadas al paralelo 38, y que es preciso adoptar con urgencia medidas militares para restablecer la paz y la seguridad internacionales*”, recomendó “*a los Miembros de las Naciones Unidas que proporcionen a la República de Corea la ayuda que pueda ser necesaria para repeler el ataque armado y restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región*”. La “ayuda que pueda ser necesaria” no son otras que las “medidas militares” que menciona en el preámbulo, y que el Consejo recomienda, no en virtud del Artículo 42 de la Carta, sino de sus poderes generales en el Artículo 39⁴⁶. Así lo expresó el representante del Reino Unido: “*Si todas las disposiciones de la Carta estuvieran en vigor y si el acuerdo que dispone el Artículo 43 de*

³⁷ Volveremos sobre el significado de esta medida más adelante.

³⁸ El proyecto original de los Estados Unidos (documento S/1497) decía “invasión armada”. La expresión fue modificada en consultas durante la 473ª sesión del Consejo de Seguridad.

³⁹ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Documentos oficiales. 473ª sesión*, Documento S/PV.473, Nueva York, 1950, p. 2.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 4.

⁴¹ *Ibidem*, p. 5.

⁴² *Ibidem*, p. 6.

⁴³ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Documentos oficiales. 474ª sesión*, Documento S/PV.474, Nueva York, 1950, p. 5.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 6.

⁴⁵ Aprobada en la 474ª sesión, por 7 votos contra 1 (Yugoslavia). Egipto y la India no participaron de la votación y la URSS estaba ausente.

⁴⁶ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo: *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1958, pp. 379-380.

la Carta hubiera sido concertado, como es natural hubiéramos procedido de modo diferente, y la decisión del Consejo de Seguridad de rechazar el ataque armado se hubiera basado indudablemente en el Artículo 42. No obstante, tal como están las cosas el Consejo no puede actuar naturalmente más que en virtud del Artículo 39, que autoriza al Consejo a recomendar las medidas para restablecer la paz y la seguridad internacionales"⁴⁷.

Curiosamente, pese a haber recomendado el uso de la fuerza para "repeler el ataque armado y restablecer la paz y la seguridad internacionales", el Consejo de Seguridad no adoptó respecto de Corea ninguna de las medidas del Artículo 41 de la Carta⁴⁸. Fue la Asamblea General la que, habiendo determinado expresamente que Corea del Sur era víctima de una agresión por su resolución 498 (V), recomendó la adopción de sanciones contra Corea del Norte en su resolución 500 (V).

De esta manera, el Consejo de Seguridad activó el sistema de seguridad colectiva por un "quebrantamiento de la paz" que implicó una invasión a gran escala, la que calificó de "ataque armado", que atribuyó a una de las partes en conflicto, recomendando el empleo la fuerza armada –la *ultima ratio* del sistema– para repelerlo, en defensa de la otra parte. El Consejo actuó, entonces, siempre considerando a Corea del Norte como el agresor, por lo que no es exagerado pensar en una determinación implícita de agresión en el caso.

1.1.2.2. La Guerra del Golfo

El 2 de agosto de 1990, fuerzas armadas iraquíes lanzaron una invasión masiva de Kuwait. En tan solo 48 horas, ocuparon la totalidad del territorio del pequeño país del Golfo Pérsico.

El Consejo de Seguridad aprobó el mismo día la resolución 660 (1990)⁴⁹, en la que, "*Determinando que, a causa de la invasión de Kuwait por el Iraq, existe un quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales*" y "*Actuando de conformidad con los Artículos 39 y 40 de la Carta*

⁴⁷ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Documentos oficiales. 476ª sesión*, Documento S/PV.476, Nueva York, 1950, p. 2.

⁴⁸ Tampoco estaba obligado a hacerlo. El Artículo 42 de la Carta claramente indica que la adopción de la acción que implica el uso de la fuerza puede proceder "*Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas del Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo*".

⁴⁹ Aprobada en la 2932ª sesión, el 2 de agosto de 1990, por 14 votos contra ninguno, y la no participación de Yemen en la votación.

de las Naciones Unidas”, condenó “la invasión de Kuwait por el Iraq” y exigió “que el Iraq retire de inmediato e incondicionalmente todas sus fuerzas a las posiciones en que se encontraban el 1º de agosto de 1990”.

Así, aunque la resolución 660 (1990) contiene un innegable acto de determinación (que viene explicitado por la expresa invocación del Artículo 39 y el uso del gerundio “determinando”), sorprende⁵⁰ que, tratándose de un evidente caso de agresión –uno de los más evidentes en la historia de las Naciones Unidas–, el Consejo haya optado por calificarla como un “quebrantamiento de la paz”. Creemos, no obstante, que también es posible pensar en una calificación implícita de agresión por parte del Consejo de Seguridad.

En primer lugar, específicamente condena “la invasión de Kuwait por el Iraq” –hecho que menciona dos veces–. El uso de la palabra “invasión” no puede considerarse inocuo, toda vez que coincide con el primer ejemplo de acto de agresión enumerado en el Artículo 3, inc. a) de la Definición de la Agresión⁵¹. En segundo lugar, al indicar expresamente quién es el invasor y quién la víctima, está atribuyendo toda la responsabilidad por el quebrantamiento de la paz a una de las partes, que es a la que exige retirarse de inmediato e incondicionalmente.

El resto de las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad sobre la cuestión muestran indicios en la misma dirección.

Así, en la resolución 661 (1990)⁵², el Consejo se mostró “*decidido a poner fin a la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq y a restablecer la soberanía, independencia e integridad territorial de Kuwait*”, y “*Afirmando el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva en respuesta al ataque armado del Iraq contra Kuwait, de conformidad con el Artículo 51 de la Carta*” y “*Actuando de conformidad con el capítulo VII de la Carta*”, le impuso una serie de sanciones. Es decir, no obstante su determinación previa como quebrantamiento de la paz, el Consejo mantiene que se trata de una “invasión”, a la que agrega “ocupación”, de Kuwait

⁵⁰ SCHACHTER, Oscar: “United Nations Law in the Gulf Conflict”, *American Journal of International Law*, Vol. 85, Nº 3 (Jul. 1991), pp. 452-473, p. 453.

⁵¹ “*La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun 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*”.

⁵² Aprobada en la 2933ª sesión, el 6 de agosto de 1990, por 13 votos contra ninguno y dos abstenciones (Cuba y Yemen).

por el Iraq⁵³ y la califica como un “ataque armado” que habilita la legítima defensa conforme al Artículo 51 de la Carta. Tanto la invasión, según vimos, como la ocupación, son actos de agresión conforme el Artículo 3, inc. a) de la Definición de la Agresión y participamos de la opinión de que la noción de “ataque armado” del Artículo 51 puede ser asimilada a la de “acto de agresión”⁵⁴. Asimismo, le impone sanciones solamente al Iraq, las que serían ampliadas por la resolución 670 (1990).

Por otra parte, en la resolución 662 (1990)⁵⁵, se mostró “*gravemente alarmado por la declaración del Iraq sobre una ‘fusión total y eterna’ con Kuwait*”, declaró “*que la anexión de Kuwait por el Iraq en cualquier forma y por cualquier pretexto carece de validez jurídica y ha de considerarse nula y sin valor*”, y “*exhortó a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a no reconocer esa anexión y abstenerse de todo acto o transacción que pudiera interpretarse como un reconocimiento indirecto de la anexión*”. Recordemos aquí que “*toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de un Estado*” es un acto de agresión, según el Artículo 3, inc. a) de la Definición de la Agresión. En la resolución 665 (1990)⁵⁶, el Consejo exhortó a los Estados Miembros que cooperaban con Kuwait y que habían desplegado fuerzas marítimas a que utilizaran “*las medidas proporcionadas a las circunstancias concretas que sean necesarias*” (es decir, incluyendo el uso de la fuerza) para asegurar la aplicación de las sanciones impuestas por la resolución 661 (1990), a la vez que invitó a los Estados Miembros “*a que cooperen, según sea necesario, para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la resolución 661 (1990) recurriendo al máximo a medidas políticas y diplomáticas*” y pidió a todos los Estados “*que presten, con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, la asistencia que requieran*” los Estados que cooperaban con Kuwait.

El lenguaje de las disposiciones citadas de las resoluciones 662 (1990) y 665 (1990) guarda una notoria similitud con el utilizado en el proyecto de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, sobre las consecuencias de las violaciones graves de obligaciones

⁵³ Adoptamos el artículo antes de “Iraq” por ser la forma utilizada en los documentos oficiales de las Naciones Unidas en español.

⁵⁴ Según vimos en el Capítulo II, Sección 1.2.

⁵⁵ Aprobada por unanimidad en la 2934ª sesión, el 9 de agosto de 1990.

⁵⁶ Aprobada en la 2938ª sesión, el 25 de agosto de 1990, por 13 votos contra ninguno y dos abstenciones (Cuba y Yemen).

emanadas de normas imperativas, en cuanto al deber de los Estados de no reconocer como lícita la situación creada⁵⁷ y de cooperar para ponerle fin⁵⁸. El interrogante que se nos plantea es si el Consejo adoptó estas disposiciones en el entendimiento de que estaba actuando frente a una violación grave de una norma imperativa del derecho internacional –en el caso concreto, una agresión– o si no fue más que el ejercicio de sus amplias competencias en virtud del Capítulo VII de la Carta⁵⁹. Si la primera hipótesis fuera acertada, nos confirmaría que el Consejo actuó en la especie teniendo en mente que el Iraq había cometido un acto de agresión. Aunque carecemos de elementos para afirmarlo contundentemente, sí pensamos que estas resoluciones pueden ser tenidas en cuenta como elementos para esa conclusión. Volveremos sobre el particular.

La resolución 667 (1990)⁶⁰ presenta ciertas particularidades que justifican su análisis detenido. En sus disposiciones, el Consejo se mostró indignado por las violaciones de los locales diplomáticos en Kuwait cometidas por el Iraq y por el secuestro de personal que goza de inmunidad diplomática y de nacionales extranjeros que se hallaban en dichos locales, y considerando *“que estas acciones del Iraq constituyen actos de agresión y una violación flagrante de sus obligaciones internacionales que amenazan con destruir el desarrollo de las relaciones internacionales de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”*, considerando además *“que la gravedad de las acciones del Iraq, que constituyen una nueva escalada de sus transgresiones del derecho internacional, obliga al Consejo no solo a expresar su reacción inmediata, sino además a celebrar consultas urgentes para adoptar nuevas medidas concretas que aseguren el cumplimiento por parte del Iraq de sus resoluciones”* y *“Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta”*, condenó *“enérgicamente los actos de agresión perpetrados por el Iraq contra los locales diplomáticos en Kuwait y su personal, entre ellos el secuestro de nacionales extranjeros que se encontraban en esos*

⁵⁷ De hecho, la resolución 662 (1990) fue citada por la CDI en su comentario al Artículo 41 (CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007, p. 122).

⁵⁸ Volveremos sobre estas cuestiones al analizar las consecuencias de la agresión en materia de responsabilidad internacional.

⁵⁹ No debe olvidarse que al tiempo de la aprobación de las resoluciones, la CDI aún no había elaborado sus proyectos de artículos sobre las consecuencias de la responsabilidad internacional, que aprobaría en primera lectura en 1996 y en segunda lectura, en 2001.

⁶⁰ Aprobada por unanimidad en la 2940ª sesión, el 16 de septiembre de 1990.

locales". ¿Qué significado cabe asignar a esta calificación de "actos de agresión" que realiza el Consejo?

McDougall señala que la resolución 667 (1990) parece calificar como un acto de determinación⁶¹. Sin embargo, no compartimos su apreciación. Nada hay en la resolución que indique que se trata de un nuevo acto de determinación, posterior al de la resolución 660 (1990)⁶², no obstante ser tomada en virtud del Capítulo VII de la Carta. Es más, los textos inglés y francés de la resolución no se refieren a "actos de agresión" sino a "actos agresivos" ("aggressive acts" y "actes agressifs", respectivamente), expresión que no se encuentra en la Carta, por lo que difícilmente pueda pensarse en una determinación en el sentido del Artículo 39. Por otra parte, creemos que no es posible sostener que materialmente los hechos que se le imputan al Iraq en la resolución puedan calificar como agresión: los actos de fuerza contra locales diplomáticos son claramente violaciones del derecho internacional, pero no están enumerados en el listado del Artículo 3 de la Definición de la Agresión y resulta complejo encuadrarlos dentro de la definición general del Artículo 1, no obstante la mención que la resolución haga de la "gravedad" de las acciones del Iraq. Durante las discusiones en el Consejo, solo el representante de Cuba llamó la atención sobre el particular, al comentar: "*mi delegación habría preferido que se hubieran formulado de otro modo algunos párrafos de este texto en los cuales se hace referencia a actos de agresión, lo cual nos parece reflejar una cierta desmesura si recordamos que tal expresión no se empleó ni siquiera en el texto de la resolución 660 (1990) referida a la invasión del territorio de Kuwait por el Iraq*"⁶³.

Finalmente, mediante la resolución 678 (1990), el Consejo de Seguridad, "*resuelto a lograr el pleno cumplimiento de sus decisiones*", autorizó el uso de la fuerza —mediante su eufemismo de "todos los medios necesarios"— con el objetivo de liberar a Kuwait y "*restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región*", a la vez que pidió "*a todos los Estados*

⁶¹ MCDUGALL, Carrie; "When Law and Reality Clash - The Imperative of Compromise in the Context of the Accumulated Evil of the Whole: Conditions for the Exercise of the International Criminal Court's Jurisdiction over the Crime of Aggression", *International Criminal Law Review*, Vol. 7, N°2 (2007), pp. 277-333, p. 313.

⁶² D'ARGENT, Pierre *et al.*: "Article 39", en COT, Jean Pierre y PELLET, Alain (Dir.): *op. cit.*, pp. 1131-1170, p. 1149.

⁶³ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Acta taquigráfica provisional de la 2940ª sesión*, Documento S/PV.2940, Naciones Unidas, Nueva York, 1990, p. 28.

que proporcionen apoyo adecuado para las medidas que se adopten” de conformidad a dicha autorización.

El análisis de la conducta del Consejo de Seguridad a través de sus resoluciones permite considerar que trató al Iraq como Estado agresor no obstante no lo haya explicitado como tal, tanto por haber utilizado términos de la Definición de la Agresión –tales como “invasión”, “ocupación” y “anexión”– y haber calificado los hechos como “ataque armado”, como por recurrir a medidas propias de la comisión de violaciones graves de normas imperativas y haber adoptado y reforzado sanciones, que culminaron con una autorización del uso de la fuerza, contra una sola de las partes, el Iraq, a quien atribuyó toda la responsabilidad por los hechos.

En la misma línea, Schachter considera que las declaraciones en el Consejo de Seguridad no dejan lugar a duda en calificar la invasión como una agresión y una violación del Artículo 2.4⁶⁴. En efecto, la mayoría de los miembros del Consejo no dudó en calificarlo como tal. Esa fue la opinión de los representantes de los Estados Unidos⁶⁵, Canadá⁶⁶, Reino Unido⁶⁷, Finlandia⁶⁸, Francia⁶⁹, Etiopía⁷⁰, la Unión Soviética⁷¹, Malasia⁷², Rumanía⁷³ y Côte d’Ivoire⁷⁴. Es significativo, no obstante, que ninguno de los miembros del Consejo ni de los Estados que participaron de sus debates, invocara la resolución 3314 (XXIX).

Todo ello nos permite concluir que el Consejo de Seguridad, pese a haber determinado la existencia de un quebrantamiento de la paz, implíci-

⁶⁴ SCHACHTER, Oscar: op. cit., p. 453.

⁶⁵ V. CONSEJO DE SEGURIDAD: *Acta taquigráfica provisional de la 2932ª sesión*, Documento S/PV.2932, Naciones Unidas, Nueva York, 1990, p. 13.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 17.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 21.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 22.

⁶⁹ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Acta taquigráfica provisional de la 2933ª sesión*, Documento S/PV.2933, Naciones Unidas, Nueva York, 1990, p. 21.

⁷⁰ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Acta taquigráfica provisional de la 2934ª sesión*, Documento S/PV.2934, Naciones Unidas, Nueva York, 1990, p. 18.

⁷¹ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Acta taquigráfica provisional de la 2938ª sesión*, Documento S/PV.2938, Naciones Unidas, Nueva York, 1990, p. 41.

⁷² CONSEJO DE SEGURIDAD: op. cit. en nota 63, p. 12.

⁷³ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Acta taquigráfica provisional de la 2951ª sesión*, Documento S/PV.2951, Naciones Unidas, Nueva York, 1990, p. 81.

⁷⁴ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Acta taquigráfica provisional de la 2963ª sesión*, Documento S/PV.2963, Naciones Unidas, Nueva York, 1990, p. 87.

tamente consideró la existencia de un acto de agresión⁷⁵ imputable al Iraq y del cual Kuwait fue la víctima⁷⁶.

Podríamos preguntarnos por qué, incluso en casos tan obvios de agresión como los reseñados, el Consejo de Seguridad se abstuvo de determinar la existencia de un “acto de agresión” en el sentido de la Carta. Con relación a Corea, podría pensarse que aún no existía una definición clara y aceptada de la agresión –de hecho, como vimos en el Capítulo I⁷⁷, fue el propio conflicto el que disparó la iniciativa de definición, soslayada desde la Conferencia de San Francisco–, a la vez que existían dudas sobre el carácter estatal de las entidades involucradas en el conflicto, principalmente Corea del Norte. Respecto de la Guerra del Golfo, Greenwood lo atribuye a la intervención de la URSS⁷⁸, mientras que Schachter sostiene que la omisión pudo reflejar la esperanza de algunos miembros del Consejo de que el Iraq habría negociado si no hubiese sido expresamente condenado por el “crimen supremo” de agresión. Esta omisión podría también haber facilitado el proceso de toma de decisiones en el Consejo⁷⁹. Por nuestra parte, pensamos que ello es una manifestación de cierta actitud reticente del Consejo de Seguridad frente a la agresión, no solamente porque una determinación en ese sentido podría dificultar el arreglo político de una situación, sino también por las importantes consecuencias jurídicas que su determinación acarrea, las que van mucho más allá de la activación del mecanismo del Capítulo VII de la Carta, según analizamos en este capítulo. Volveremos sobre el particular en el Capítulo IV.

⁷⁵ También lo consideran así GRAEFRATH, Bernhard y MOHR, Manfred: “Legal consequences of an act of aggression: the case of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait”, *Austrian Journal of Public International Law*, Vol. 43 (1992), pp. 109-138, p. 112.

⁷⁶ STRAPATSAS, Nicolaos: “The Practice of the Security Council Regarding the Concept of Aggression”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 178-213, pp. 194-199.

⁷⁷ Capítulo I, Sección 3.1

⁷⁸ GREENWOOD, Christopher: “New World Order or Old? The Invasion of Kuwait and the Rule of Law”, *Modern Law Review*, Vol. 55, N°2 (1992), pp. 153-178, p. 159. Es significativo, no obstante, que la URSS calificó en sus intervenciones la invasión como un “acto de agresión”, y no hemos podido hallar el primer proyecto al que se refiere el autor, ya que el presentado como documento de las Naciones Unidas era idéntico a la resolución aprobada.

⁷⁹ SCHACHTER, Oscar: op. cit., p. 453.

1.2. La legítima defensa

Tal como se mencionó en el Capítulo II⁸⁰, en su fallo en el caso *Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia equiparó las nociones de “agresión” y “ataque armado” para diferenciarlas de los usos menos graves de la fuerza. Como surge del Artículo 51 de la Carta⁸¹ y sostuvo la Corte, también del derecho consuetudinario, la precondition para el ejercicio de la legítima defensa es el ataque armado. A los fines de determinar si se había dado un ataque armado que justificara la invocación de legítima defensa por parte de los Estados Unidos, la Corte abrevó en el inc. g) del Artículo 3 de la Definición de la Agresión⁸², señalando que la disposición, como ya se dijo, refleja el derecho internacional consuetudinario. La Corte realizó el mismo análisis en el caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*⁸³, y en ambos fallos rechazó el argumento de legítima defensa.

A nuestro entender, los elementos importantes que surgen de la jurisprudencia de la Corte son, por un lado, la identificación que la Corte realiza del ataque armado del Artículo 51 de la Carta con la agresión, y por el otro, el recurso a la Definición de la Agresión –aunque solo sea al Artículo 3, inc. g)– que realiza a los fines de determinar si en el caso concreto se ha cometido un ataque armado, como precondition del ejercicio de la legítima defensa⁸⁴. De modo tal que, en nuestra opinión, las nociones de “ataque armado” y “agresión” pueden ser consideradas equivalentes a los

⁸⁰ Capítulo II, Sección 1.2.

⁸¹ “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

⁸² CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 195.

⁸³ CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, párr. 146.

⁸⁴ STEIN, Mark S.: “The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Security Council’s power to determine Aggression?”, *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 16 (2005), pp. 1-36, pp. 20-21.

finés de la legítima defensa y, por lo tanto, el ejercicio de esta última puede ser considerado como una consecuencia jurídica particular de la agresión.

Dado que solo el ataque armado, según lo dispuesto en el Artículo 51 de la Carta, permite el ejercicio de la legítima defensa, y equiparando como lo hemos hecho la noción de “ataque armado” con la de “acto de agresión”, nos encontramos aquí con una consecuencia propia de la agresión que no hallamos en otro ilícito internacional.

Esta opinión fue compartida en los trabajos de la CDI sobre responsabilidad de los Estados, durante la discusión sobre las consecuencias de los crímenes internacionales, que veremos más adelante. Así, el Relator Especial Arangio-Ruiz en su quinto informe, hizo un repaso de la consideración del tema en la CDI, en la Asamblea General y en la doctrina, concluyendo que en cada caso, tanto la propia CDI como la inmensa mayoría de los Estados y autores consideraron que la agresión era diferente a los otros crímenes, precisamente por ser el único crimen internacional que da lugar a la legítima defensa. Así, respecto de los debates de la CDI sobre la primera parte del Proyecto, recordó: “*Entre los crímenes solamente la agresión armada (o, según algunos, la grave violación de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza), justifica las reacciones armadas unilaterales en legítima defensa individual o colectiva, como se prevé en el derecho internacional general y se reconoce en el Artículo 51 de la Carta*”⁸⁵. Respecto de los debates de la Comisión sobre las propuestas del Relator Especial Riphagen⁸⁶, señaló “*el caso de la agresión, el único crimen que justifica una reacción armada unilateral, en legítima defensa colectiva, por parte de cualquier Estado que no sea el agresor*”⁸⁷. Los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General mostraron, a juicio del Relator Especial, que “*la agresión se distingue de todos los demás crímenes. Se*

⁸⁵ CDI: *Quinto informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz*, Adición, Documento A/CN.4/453/Add.2, Naciones Unidas, Ginebra, 1993, p. 13, párr. 19.

⁸⁶ El Relator Especial Riphagen había sostenido: “*En la Carta de las Naciones Unidas se trata de las consecuencias jurídicas de una categoría de crímenes internacionales, a saber, la agresión, ciertamente de forma que da lugar a interpretaciones opuestas. Sin embargo, no se discute una consecuencia jurídica, el derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva*” (CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1983*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1984, p. 111, párr. 52). Así, lo que en su opinión diferenciaba a la agresión de los otros crímenes internacionales era, precisamente, la posibilidad del ejercicio de la legítima defensa.

⁸⁷ CDI: op. cit. en nota 85, p. 21, párr. 31.

*considera que es el único hecho ilícito que permitiría una reacción armada unilateral, en legítima defensa*⁸⁸. Finalmente, con respecto a la doctrina, recordó que “*la gran mayoría de los autores consideran que el crimen de agresión es una excepción al régimen general, al menos al efecto de que el Estado ‘directamente’ lesionado tiene derecho a adoptar medidas que impliquen el uso de la fuerza en legítima defensa*”⁸⁹.

Aunque tampoco es el propósito del presente trabajo profundizar en el estudio de la legítima defensa⁹⁰, sino simplemente subrayar su carácter de consecuencia exclusiva de la agresión, que la diferencia de todo otro hecho ilícito internacional, sí nos permitiremos una reflexión sobre el denominado “carácter subsidiario”⁹¹ que la legítima defensa presenta en la forma en que ha sido regulada por la Carta de las Naciones Unidas. Así, según el Artículo 51, la legítima defensa se ejerce “*hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales*”, indicando así su naturaleza provisional, hasta que el Consejo actúe en virtud de su responsabilidad primordial y adopte esas medidas necesarias. A mayor abundamiento, el propio Artículo 51 dispone que las medidas tomadas en ejercicio de la legítima defensa “*no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*”. Entendida en el contexto de nuestro estudio, entonces, la subsidiariedad de la legítima defensa muestra una conexión entre esta y las medidas adoptadas en virtud del sistema de seguridad colectiva,

⁸⁸ Ibidem, p. 26, párr. 39.

⁸⁹ Ibidem p. 28, párr. 45.

⁹⁰ V. i. a., RANDELZHOFFER, Albrecht y NOLTE, Georg: “Article 51”, en SIMMA, Bruno *et al.* (Eds.): op. cit., pp. 1397-1428; PINTORE, Eduardo José: *La Legítima Defensa en el Derecho Internacional*, Ciencia Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba, 2012; DINSTEIN, Yoram: op. cit., pp. 187-277; RUYSS, Tom: *‘Armed Attack’ and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010; GREEN, James A.: *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2009.

⁹¹ RANDELZHOFFER, Albrecht y NOLTE, Georg: op. cit., pp. 1424; CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: “El principio de la prohibición del uso de la fuerza”, en DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimosexta edición, Tecnos, Madrid, 2007, p. 1042; PINTORE, Eduardo José: op. cit., pp. 70-72; LAMBERTI ZANARDI, Pierluigi: *La Legítima Difesa nel Diritto Internazionale*, Giuffrè Ed., Milán, 1972, p. 275.

en cuanto estas operan como un límite a aquella, aunque ambas sean consecuencias de la agresión. Volveremos sobre esta aparente interconexión entre las consecuencias de la agresión.

1.3. La responsabilidad internacional

De conformidad a un conocido principio de derecho internacional, la violación de una obligación genera el deber de reparar⁹². Es decir, la violación de una obligación internacional compromete la responsabilidad del Estado autor de esa violación. Dado que la agresión es una violación –grave– de la obligación de todos los Estados de abstenerse de recurrir al uso de la fuerza, debemos estudiar cómo se genera la responsabilidad del agresor y, en particular, si la gravedad de la violación y la importancia de la obligación violada⁹³ producen consecuencias particulares.

1.3.1. La responsabilidad como consecuencia de la agresión en los desarrollos de la Asamblea General

En los debates de la Asamblea General relativos a la Definición de la Agresión y al principio de la abstención de la amenaza y el uso de la fuerza se planteó en varias ocasiones la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado como consecuencia de la agresión. Dicha responsabilidad quedó plasmada en varios de los instrumentos que la Asamblea aprobó y que comentaremos a continuación.

⁹² CPJI: *Case Concerning the Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) (Jurisdiction)*, Serie A, N°9, p 21.

⁹³ Optamos por distinguir entre los dos elementos –la gravedad de la violación y la importancia de la obligación– porque ese es el enfoque que definitivamente adoptó la CDI en el Proyecto de 2001, como veremos. Sin embargo, esta distinción no es aceptada pacíficamente por la doctrina. Para algunos autores, la gravedad estará dada no por la magnitud de la violación, sino por la importancia de la obligación violada y, por lo tanto, toda violación de una norma imperativa ha de considerarse *grave* (V. BONAFÈ, Beatrice I.: *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 72 y ss.; JØRGENSEN, Nina H. B.: *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 106 y ss.). No es nuestro objetivo abordar esta discusión, dado que, como sostuvimos en la Introducción, no problematizamos la gravedad como carácter de la agresión y además, como veremos, sea cualquiera de las posiciones que se adopten, la agresión es considerada siempre *grave*.

En la resolución 2160 (XXI) de la Asamblea General, “Observancia estricta de la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales y del derecho de los pueblos a la libre determinación”, se expresa: “*el ataque armado*⁹⁴ de un Estado contra otro, o el uso de la fuerza en cualquier otra forma contraria a la Carta de las Naciones Unidas, constituye una violación del derecho internacional que da origen a responsabilidad internacional”. La distinción que efectúa entre “ataque armado” y “el uso de la fuerza en cualquier otra forma” no deja de ser relevante en el contexto de las discusiones que pronto tendrían lugar en el seno del Comité Especial encargado de definir la agresión⁹⁵, en el sentido de equiparar el ataque armado con la agresión, posición que compartimos y que parece surgir de la resolución bajo análisis, al no mencionar a esta última.

En la resolución 2625 (XXV) encontramos, como segundo párrafo del principio de la abstención de la amenaza y uso de la fuerza: “*Una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz que, con arreglo al derecho internacional, entraña responsabilidad*”.

La resolución 2625 (XXV) fue redactada en el seno de un Comité Especial creado a tal efecto por la Asamblea General. Todas las propuestas presentadas al Comité Especial relativas al principio de la abstención de la amenaza y uso de la fuerza contenían referencias a las guerras de agresión⁹⁶, declarando que constituían crímenes internacionales contra la paz⁹⁷. La propuesta de Checoslovaquia⁹⁸ se refería además a la responsabilidad política y material de los Estados y a la responsabilidad penal de los individuos por el planeamiento, la preparación, la iniciación y la realización de guerras de agresión. En las propuestas del Reino Unido⁹⁹ y de la

⁹⁴ Curiosamente, en la versión francesa de la resolución, se utiliza la expresión “*attaque armée*”, en lugar del término “*agression armée*”, del Artículo 51 de la Carta.

⁹⁵ Como vimos en el Capítulo I, Sección 3.2.2.2.

⁹⁶ Analizamos el concepto de “guerra de agresión” en el Capítulo IV, Sección 4.

⁹⁷ ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Especial de los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados*, Documento A/7619, Naciones Unidas, Nueva York, 1969, p. 28, párr. 51.

⁹⁸ ... *el planeamiento, la preparación, la iniciación y la realización de guerras de agresión constituyen delitos internacionales contra la paz que dan lugar a responsabilidad política y material para los Estados y a responsabilidad penal para los perpetradores de esos delitos*” (Ibídem, párr. 29).

⁹⁹ “*Las guerras de agresión constituyen crímenes internacionales contra la paz de los que deriva una responsabilidad con arreglo al derecho internacional*” (Ibídem, párr. 31).

Argentina, Chile, Guatemala, México y Venezuela¹⁰⁰ también se afirmaba que de las guerras de agresión derivaba una responsabilidad con arreglo al derecho internacional y que los Estados debían abstenerse de organizar o fomentar dichas guerras. La propuesta de Rumania¹⁰¹, por su parte, ampliaba estas consecuencias jurídicas a todos los actos de agresión.

Durante los debates, algunos representantes destacaron la necesidad de dar una expresión jurídica adecuada al concepto de responsabilidad política y material de los Estados culpables de iniciar una guerra de agresión. Uno de esos representantes enfatizó que la ausencia de una formulación adecuada del principio de responsabilidad por una guerra de agresión u otros usos ilícitos de la fuerza beneficiaba a los Estados que perpetraban tales actos¹⁰².

En base a estas propuestas, un Grupo de Trabajo redactó en 1968 un texto sobre las “consecuencias y corolarios de la prohibición del uso o la amenaza de la fuerza”¹⁰³, que fue luego adoptado por el Comité y es idéntico al finalmente aprobado por la Asamblea General. Si bien no pareció haber dudas respecto de la responsabilidad internacional del Estado por “guerras de agresión”, no surge claramente del texto si se origina en todos los actos de agresión —o en todos los usos ilícitos de la fuerza— ni tampoco cuál es su contenido y alcance.

Por su parte, el Artículo 5.2 de la Definición de la Agresión establece: “*La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional*”. No obstante su brevedad, el párrafo plantea múltiples interrogantes, en particular respecto del concepto de “guerra de agresión”, el alcance de su calificación como “crimen” y la evidente pero difícil de explicar diferencia entre sus dos proposiciones.

¹⁰⁰ “*Las guerras de agresión constituyen crímenes internacionales contra la paz de los que deriva una responsabilidad con arreglo al derecho internacional*” (Ibídem, párr. 35).

¹⁰¹ “*Una guerra, al igual que cualquier otro acto de agresión, constituye un crimen contra la paz que entraña responsabilidad en virtud del derecho internacional*” (Ibídem, párr. 36).

¹⁰² ASAMBLEA GENERAL: *Report of the Special Committee on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States*, Documento A/6799, Naciones Unidas, Nueva York, 1967, p. 16, párr. 59.

¹⁰³ ASAMBLEA GENERAL: *Report of the Special Committee on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States*, Documento A/7326, Naciones Unidas, Nueva York, 1968, p. 39, párr. 111.

Solo nos concentraremos en esta última, por ser la referida al objeto del presente capítulo¹⁰⁴.

Para hallar una respuesta, debemos señalar que la disposición tiene su origen en los proyectos presentados al Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión por la Unión Soviética y por las trece potencias¹⁰⁵. El párrafo 5 del proyecto soviético establecía: “*La agresión armada es un crimen internacional contra la paz, que entraña la responsabilidad política y material del Estado y también la responsabilidad penal de las personas culpables de ese crimen*”¹⁰⁶, mientras el párrafo 9 del proyecto de las trece potencias expresaba: “*La agresión armada, tal como se define en la presente, y los actos anteriormente enumerados constituirán crímenes contra la paz internacional que darán lugar a responsabilidad internacional*”¹⁰⁷.

A ello se opuso un grupo de Estados, en su mayoría potencias occidentales y sus aliados, que consideraban que la tarea del Comité Especial era definir la agresión, no sus consecuencias jurídicas –entre las que se encontraba la responsabilidad–, por lo que la cuestión estaba fuera del mandato del Comité¹⁰⁸ y que podía prescindirse de dichas cuestiones en aras de lograr el consenso¹⁰⁹. Dicha fue la postura de los representantes del Reino Unido¹¹⁰, Noruega¹¹¹, Japón¹¹², Estados Unidos¹¹³, Francia¹¹⁴, entre otros.

Sin embargo, considerando que la gran mayoría de los miembros del Comité Especial opinaban que debía incluirse una disposición relativa a las

¹⁰⁴ Estudiamos las restantes cuestiones en el Capítulo IV, Sección 4.

¹⁰⁵ Colombia, Chipre, Ecuador, España, Ghana, Guyana, Haití, Irán, Madagascar, México, Uganda, Uruguay y Yugoslavia.

¹⁰⁶ A/AC.134/L.12, en ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/7620, Naciones Unidas, Nueva York, 1969, p. 6.

¹⁰⁷ A/AC.134/L.16, en *Ibíd.*, p. 8.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 32.

¹⁰⁹ ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/8019, Nueva York, 1970, p. 54, párr. 138.

¹¹⁰ A/AC.134/SR.55, en ASAMBLEA GENERAL: *Special Committee on the Question of Defining Aggression, Summary records of the 52nd to 66th meetings*, Naciones Unidas, Nueva York, 1970, p. 18.

¹¹¹ A/AC.134/SR.57, en *Ibíd.*, p. 38.

¹¹² A/AC.134/SR.57, en *Ibíd.*, p. 42.

¹¹³ A/AC.134/SR.59, en *Ibíd.*, p. 71.

¹¹⁴ A/AC.134/SR.72, en *Ibíd.*, p. 82.

consecuencias jurídicas de la agresión¹¹⁵, el eje del debate se movió a qué tipo de responsabilidad generaba la agresión, es decir, si se limitaba a la responsabilidad estatal o si también incluía la responsabilidad individual, como lo preveía el proyecto de la URSS. Dado que no hubo acuerdo al respecto, la formulación soviética fue dejada de lado por la actual, solución de compromiso que, reconociendo el precedente de Núremberg, solamente calificó a las “guerras de agresión” –lo que parecería decir, no a todos los actos de agresión– como “crímenes contra la paz” –lo que implicaría que generan responsabilidad penal individual–, mientras que “la agresión” –es decir, todos los actos que se encuentran en la Definición– solo origina “responsabilidad internacional”, es decir, estatal. Broms sostiene que dicha línea deja claro que no hay responsabilidad individual por la comisión de un acto de agresión¹¹⁶. Al mismo tiempo, el Comité Especial adoptó una serie de notas complementarias a la Definición –que fueron aprobadas por la Asamblea General– una de las cuales reza: “*En el segundo párrafo del artículo 5 se emplean las palabras ‘responsabilidad internacional’ sin perjuicio del alcance de esa expresión*”¹¹⁷. Ello nos lleva a pensar que, si bien la Definición reconoce que la agresión da lugar a responsabilidad internacional del Estado, nada nos indica respecto de su contenido y alcance.

Randelzhofer y Dörr señalan que la norma habla “enigmáticamente” de “responsabilidad”, lo cual, unido a “internacional”, claramente se relaciona con el Estado, en lugar de la responsabilidad individual¹¹⁸. Otros autores también se preocupan por distinguir los dos supuestos en el párrafo: mientras la “guerra de agresión” generaría responsabilidad penal individual, la “agresión”, es decir, el “acto de agresión” solamente generaría responsabilidad estatal¹¹⁹.

¹¹⁵ BROMS, Bengt Baltzar: “The Definition of Aggression”, *RCADI* (1977), pp. 299-400, p. 356.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 357.

¹¹⁷ ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/9619, Naciones Unidas, Nueva York, 1974, p. 9, párr. 20.

¹¹⁸ RANDELZHOFFER, Albrecht y DÖRR, Oliver: “Article 2(4)”, en *SIMMA*, Bruno (Ed.): *op. cit.*, p. 232.

¹¹⁹ DRUMBL, Mark A.: “The push to criminalize aggression: something lost amid the gains?”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 41 (2009), pp. 291-319, p. 297; FLETCHER, Kari M.: “Defining the crime of aggression: is there an answer to the International Criminal Court’s dilemma?”, *The Air Force Law Review*, Vol. 65 (2010), pp. 229-262, p. 238.

Las resoluciones de la Asamblea General confirman que la violación del principio de la prohibición del uso de la fuerza –y, en particular, la agresión– es un hecho ilícito que da origen a responsabilidad internacional del Estado. Nada nos dicen, no obstante, sobre el contenido y alcance de dicha responsabilidad ni si la responsabilidad derivada de la agresión es diferente a la que se origina en otras violaciones del principio.

1.3.2. *La cuestión en el marco de la Comisión de Derecho Internacional*

En el marco de los trabajos de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos es posible analizar la agresión en dos niveles: en un primer nivel, como un hecho ilícito; y en un segundo nivel, como un crimen internacional/violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa. Así desarrollaremos nuestro análisis.

1.3.2.1. *La agresión como hecho ilícito*

De acuerdo al Artículo 1 del Proyecto de 2001, “[t]odo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”. Un hecho ilícito es una acción u omisión atribuible al Estado según el derecho internacional y que constituye una violación de una obligación internacional del Estado (Artículo 2 del Proyecto de 2001). Al ser una violación de la obligación de la abstención del uso de la fuerza atribuible a un Estado¹²⁰, la agresión es un hecho ilícito¹²¹, lo cual es confirmado por las ya citadas resoluciones de la Asamblea General al respecto.

Como tal, la agresión da lugar a la responsabilidad internacional del Estado autor, con las consecuencias previstas en la segunda parte del Proyecto de 2001: seguir cumpliendo la obligación violada (Artículo 29) cesación y no repetición (Artículo 29¹²²) y reparación del perjuicio causado (Artículo 31)¹²³.

¹²⁰ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo: “La responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada (la conformación del hecho ilícito internacional)”, *Cursos de derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, N°1 (1989), pp. 183-310.

¹²¹ KAMTO, Maurice: op. cit., p. 349.

¹²² Volveremos sobre la cuestión de las garantías de no repetición en la agresión más adelante.

¹²³ Sobre la reparación en caso de agresión, v. KAMTO, Maurice: op. cit., pp. 249-254.

Sin embargo, nos preguntamos si la responsabilidad internacional del agresor puede ser diferente a la de cualquier otro Estado infractor, atento no solamente a la magnitud de los daños que su agresión pueda causar, sino también a la importancia fundamental que la norma violada reviste para la comunidad internacional en su conjunto. De allí que debamos pasar a nuestro segundo nivel de análisis.

1.3.2.2. La agresión como crimen internacional

Probablemente el mayor aporte que hizo el Relator Especial Roberto Ago a la labor de la CDI en materia de responsabilidad fue la introducción de la noción de “crímenes internacionales”. Refiriéndose puntualmente al *apartheid*, Ago expresó: “*Parece también innegable que para esa conciencia universal tales hechos constituyen verdaderos «crímenes», es decir, actos ilícitos más graves que otros, y que deben por lo tanto entrañar consecuencias jurídicas más severas, sin por ello llegar necesariamente al grado de gravedad del crimen internacional por excelencia, o sea la guerra de agresión, y sin llevar necesariamente aparejadas en el plano jurídico todas las reacciones que este último suscita*”¹²⁴. La opinión de Ago resulta de particular interés para nuestro análisis: por un lado, señala como elemento diferenciador de los crímenes internacionales –y que justifica la adopción de consecuencias más severas– a la *gravedad*, pero, por el otro, considera que la agresión –que no solo es un crimen internacional, sino que es el crimen “por excelencia”– es *más grave* y suscita ciertas reacciones adicionales.

Siguiendo en gran parte las propuestas de Ago, en 1976 la CDI aprobó en primera lectura el Artículo 19 de su proyecto, que, en lo que a nosotros respecta, establecía: “*2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.*

3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular:

¹²⁴ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1977, p. 42, párr. 117.

a) *de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión...*”.

En su comentario al artículo, abrevando de la pluma de Ago, la CDI sostuvo: *“Las manifestaciones del parecer de los Estados son suficientes para sacar la conclusión de que, en opinión general, algunos de esos hechos constituyen verdaderamente «crímenes internacionales», es decir, hechos ilícitos internacionales más graves que otros y que, como tales, deben acarrear consecuencias jurídicas más severas. No hay que olvidar, sin embargo, que no por eso todos esos crímenes son iguales, es decir, alcanzan el mismo grado de gravedad e implican necesariamente todas las reacciones de máxima severidad que entraña, por ejemplo, el crimen internacional por antonomasia, a saber, la guerra de agresión”*¹²⁵. La CDI, así, comparte el criterio de su Relator Especial y parafrasea su afirmación acerca de la gravedad de los crímenes internacionales, y la diferenciación de la agresión, el “crimen internacional por antonomasia”, precisamente por su grado de gravedad, y por las reacciones de “máxima severidad” que entraña. No es exagerado sostener que al utilizar el calificativo “máxima”, la CDI pensó que la agresión no solo era más grave que otros crímenes internacionales, sino que era *el más grave* de todos.

Refiriéndose específicamente a la gravedad como elemento caracterizante de los crímenes internacionales, la CDI sostuvo *“... los Estados no consideran que las infracciones de tales obligaciones correspondan a la categoría de los «crímenes internacionales» a menos que presenten en sí mismas cierto grado de gravedad. La propia Carta establece una distinción entre los casos de «amenaza a la paz», «quebrantamiento de la paz» y «acto de agresión». Y aun en lo que concierne a un «acto» de esta naturaleza, el artículo 2 de la «Definición de la agresión» aprobada por la Asamblea General señala la necesidad de tener en cuenta la «gravedad» del acto”*¹²⁶. Queda claro que en la consideración de la CDI, lo que diferencia a los crímenes internacionales de otros hechos ilícitos es su gravedad. La idea de gravedad aparece siempre asociada a este tipo de conductas y justificará que más adelante nos detengamos en su análisis. Sin embargo, pensamos que hay dos aspectos más a analizar en el comentario. Por un lado, la CDI parece inclinarse por la posición que sostiene que en los tres

¹²⁵ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 1977, p. 108, párr. 33.

¹²⁶ *Ibidem*, párr. 34.

tipos de situaciones que aparecen en la Carta de las Naciones Unidas –tanto en los Artículos 1.1 y 39 como en el acápite del Capítulo VII–, es decir, “amenaza a la paz”, “quebrantamiento de la paz” y “acto de agresión” se diferencian por su gravedad, y que en virtud de este elemento podría pensarse en una escala que va desde la amenaza hasta la agresión¹²⁷. Al mismo tiempo, parece introducir un elemento de confusión, al mencionar la necesidad de tener en cuenta la gravedad del acto de agresión, según surge del Artículo 2 de la Definición de la Agresión. Una lectura literal del comentario nos llevaría a la conclusión de que no todo acto de agresión es un crimen internacional, sino solamente aquellos que revistan la suficiente gravedad. Si bien la gravedad es un factor fundamental al momento de determinar la agresión, ya que la propia Definición la menciona tres veces¹²⁸, lo hace como un elemento caracterizante del concepto. Es decir, si el uso ilícito de la fuerza no es grave, no es agresión. La propia CDI, como vimos, está de acuerdo con ello al opinar que la agresión es más grave que los otros crímenes y que, siendo el crimen internacional por antonomasia, es el más grave de todos ellos. Sería contradictorio, entonces, sostener que para ser un crimen, la agresión también debería ser grave, cuando la gravedad es la que la define. Lo que en definitiva sucede –y es lo que interpretamos que la CDI quiso decir– es que si el hecho no es suficientemente grave, no será agresión y, por lo tanto, no será un crimen internacional.

Pero junto a la gravedad, lo que caracteriza al crimen internacional, de acuerdo a la propia definición del Artículo 19.2, es ser la violación de “*una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto*”. Sin perjuicio de lo tautológico que pueda parecer¹²⁹, y la poco clara relación entre “obli-

¹²⁷ Como sostuvimos en el Capítulo I, si bien la doctrina de la gravedad como criterio diferenciador entre las categorías del Artículo 39 de la Carta, que la CDI parece sostener, puede resultar atractiva –en particular, considerando que la gravedad es una característica definitoria de la agresión–, nos resulta mejor fundada en la práctica del Consejo de Seguridad la que considera que la diferencia entre la agresión y el quebrantamiento está en la posibilidad –fáctica, jurídica o política– de atribuir la responsabilidad a una de las partes en conflicto: si se califica como agresión, una de las partes es la responsable, y si se califica como quebrantamiento de la paz, la responsabilidad no queda determinada *a priori*.

¹²⁸ Sobre el análisis de la gravedad en la Definición, v. Capítulos I, Sección 7; II, Sección 1.3; y V, Sección 2.1.

¹²⁹ Esa fue la opinión del Relator Especial Crawford (CDI: *Primer informe sobre la Responsabilidad de los Estados*, del Relator Especial James Crawford, Adición, Documento A/CN.4/490/Add.1, Naciones Unidas, Ginebra, 1998, párr. 48).

gaciones internacionales esenciales” y normas imperativas –que veremos más adelante–, sí surge que la criminalización de ciertas conductas está destinada a proteger ciertos intereses fundamentales de la comunidad internacional. ¿Cuál de estos intereses se protege al calificar a la agresión como un crimen? La CDI lo responde en su comentario: *“La salvaguardia de la paz y la seguridad es desde hace mucho tiempo la principal preocupación de la comunidad internacional, su interés más vital. No es extraño que la Comisión haya encabezado su lista de ejemplos con las obligaciones internacionales relativas a ese fin fundamental. Las violaciones de tales obligaciones representan, en la conciencia jurídica de los Estados, los crímenes internacionales más graves. Como ejemplo concreto de un crimen internacional relativo a esta esfera, la Comisión ha elegido la violación de la obligación que prohíbe la agresión, es decir, el ejemplo más indiscutible, el crimen internacional por antonomasia”*¹³⁰. La CDI así reconoce que el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales –primer propósito de las Naciones Unidas¹³¹– es el interés fundamental que se protege al criminalizar la agresión y lo califica como el interés “más vital” de la comunidad internacional; vuelve a considerar a la agresión como el “crimen más grave” y agrega: “el ejemplo más indiscutible”, calificativo interesante, por cuanto es difícil encontrar Estado o autor que se oponga a la caracterización de la agresión como el más grave hecho ilícito.

Caracterizada la agresión por la CDI como un crimen internacional –el más grave de todos ellos– correspondía determinar cuáles eran las consecuencias de su comisión, las que, de acuerdo a Ago, eran más severas que las de otros ilícitos. Dicha tarea correspondió a otro Relator Especial, Willem Riphagen.

En sus informes sobre la Segunda Parte del Proyecto de Artículos, el Relator Especial Riphagen distinguió a la agresión de los otros crímenes internacionales basado en las consecuencias previstas en la Carta de las Naciones Unidas. Pero, reconociendo que los otros crímenes internacionales también podrían dar lugar a la adopción de medidas colectivas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, identificó, como vimos, a la posibilidad del ejercicio de la legítima defensa como elemento diferenciador¹³². Dado que estas consecuencias adicionales de la agresión no se dan, estrictamente, en el marco de la responsabilidad internacional, el Relator Especial

¹³⁰ CDI: op. cit. en nota 125, p. 120, párr. 68.

¹³¹ Artículo 1.1 de la Carta de las Naciones Unidas.

¹³² CDI: op. cit. en nota 86, p. 113, párr. 68.

concluyó que: “no hay lugar en la segunda parte del proyecto para uno o más artículos sobre las consecuencias jurídicas especiales de la categoría de hechos internacionalmente ilícitos denominados actos de agresión”¹³³. Pese a ello, la mayoría de los miembros de la CDI consideró que deberían indicarse en la segunda parte del Proyecto, por lo menos en términos generales, las consecuencias jurídicas del crimen internacional de agresión¹³⁴, lo que llevó a Riphagen a redactar su proyecto de Artículo 15 de la segunda parte, que expresaba: “Un acto de agresión da origen a todas las consecuencias jurídicas de un crimen internacional y, además, a los derechos y obligaciones establecidos en la Carta de las Naciones Unidas o en virtud de sus disposiciones”. En su comentario, el Relator Especial sostuvo: “Las consecuencias jurídicas de un acto de agresión están recogidas, lógicamente, tanto en lo que respecta a la naturaleza como a los procedimientos aplicables, en la Carta de las Naciones Unidas. En la medida en que son adicionales a las mencionadas en el artículo 14¹³⁵, deben obviamente mencionarse en el presente artículo”¹³⁶. De más está decir que la agresión fue el único crimen que mereció de parte del Relator Especial un proyecto de artículo separado¹³⁷, pero, fiel a su posición, no enuncia cuáles son las con-

¹³³ *Ibidem*, p. 12, párr. 55.

¹³⁴ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1983*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1985, p. 46, párr. 125.

¹³⁵ Que disponía: “1. Un crimen internacional da origen a todas las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito y, además, a los derechos y obligaciones que determinen las normas aplicables aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto. 2. Un crimen internacional cometido por un Estado crea para todos los demás Estados la obligación: a) de no reconocer la legalidad de la situación originada por ese crimen; b) de no prestar ayuda ni asistencia al Estado que haya cometido tal crimen para mantener la situación originada por ese crimen; y c) de unirse a otros Estados para prestarse asistencia mutua en la ejecución de las obligaciones enunciadas en los apartados a y b. 3. Salvo que una norma aplicable de derecho internacional general disponga otra cosa, el ejercicio de los derechos dimanantes del párrafo 1 de este artículo y el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los párrafos 1 y 2 de este artículo están sujetos, *mutatis mutandis*, a los procedimientos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”.

¹³⁶ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1985*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1987, p. 15.

¹³⁷ En los debates de la CDI, hubo divergencia de opiniones en cuanto a la inclusión de un Artículo 15 separado, por lo que se resolvió remitir el proyecto al Comité de Redacción, que no llegó a pronunciarse antes de la finalización del mandato del Relator Es-

secuencias adicionales que entraña la agresión, limitándose a indicar que son las establecidas en la Carta de las Naciones Unidas¹³⁸.

Así fue que la CDI nombró a Gaetano Arangio-Ruiz como Relator Especial, quien además de referirse, como vimos, a que la agresión es diferente de los otros crímenes por la posibilidad de ejercicio de la legítima defensa, mencionó también las consecuencias de la agresión en el sistema de seguridad colectiva, por ser el “atentado más grave contra la paz”¹³⁹, explayándose sobre el rol del Consejo de Seguridad al respecto: *“Ningún jurista dejará de advertir, sin embargo, que el Consejo de Seguridad está facultado para enjuiciar discrecionalmente cualquier situación que suponga una amenaza para la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, con miras a mantener o a restablecer la paz y la seguridad internacionales. El Consejo no tiene ni la función constitucional ni los medios técnicos necesarios para determinar, basándose en las leyes, la existencia, la atribución o las consecuencias de ningún hecho ilícito, ya se trate de “delito” o de “crimen”. La competencia del Consejo para pronunciarse discrecionalmente sobre la existencia de una de esas situaciones se limita en principio a los propósitos de los Artículos 39 y siguientes del Capítulo VII de la Carta. Ni ese capítulo ni las demás disposiciones pertinentes de la Carta parecen incluir la evaluación de la responsabilidad **excepto en lo concerniente a la determinación de la existencia y la atribución de un acto de agresión**”*¹⁴⁰ (negrita añadida).

Además de la referencia a la agresión, el pasaje es ilustrativo de la constante mención a la posible implicancia –y al alcance de esta– de los órganos de las Naciones Unidas en caso de comisión de crímenes internacionales, que se encuentra durante estos debates iniciales de la CDI sobre las consecuencias de los crímenes internacionales. Al respecto, señalamos que las consecuencias de la agresión en el marco del sistema de seguridad colectiva podrían quedar fuera del ámbito de la responsabilidad internacional, y que a lo largo del proceso codificador hubo cierta confusión al respecto. Ello es así por cuanto las consecuencias del Capítulo VII de la Carta

pecial (CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1985*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1987, p. 25, párr. 154).

¹³⁸ GRAEFRATH, Bernhard y MOHR, Manfred: op. cit., p. 110

¹³⁹ CDI: *Quinto informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz*, Adición, Documento A/CN.4/453/Add.3, Naciones Unidas, Ginebra, 1993, párr. 102.

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 103.

se deben más a la naturaleza de la agresión como un quebrantamiento de la paz –arg. Artículo 1.1 de la Carta– que como un hecho ilícito. Si bien esta relación se da en la agresión con particular intensidad, toda vez que la agresión es en todo caso un crimen internacional y da lugar a las consecuencias agravadas en materia de responsabilidad, y es, por su gravedad, susceptible de activar el sistema de seguridad colectiva, no parece que pueda derivarse necesariamente una consecuencia de la otra. Del mismo modo, podría plantearse que tampoco es relevante, a los fines de la responsabilidad internacional distinguir a la agresión de los demás crímenes internacionales porque sea el único que justifica la legítima defensa. Esta es una reacción frente a un ataque armado –que para nosotros equivale a agresión– y no un modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional.

Al mismo tiempo, el pasaje destacado nos muestra que la determinación por el Consejo de Seguridad de la existencia de un acto de agresión es un acto con consecuencias jurídicas que exceden los límites del Capítulo VII de la Carta. Es decir, al determinar que se ha cometido un acto de agresión, el Consejo de Seguridad no solamente activa el sistema de seguridad colectiva, sino que también explicita la puesta en funcionamiento de las reglas de responsabilidad internacional.

Pero Arangio-Ruiz también se pregunta acerca de la conveniencia de distinguir a la agresión por sus consecuencias jurídicas en materia de responsabilidad: *“Si bien es cierto que en el caso de delitos menos graves toda finalidad ‘punitiva’ cumple una función secundaria en cuanto que resulta absorbida, a nuestro juicio por el contenido ‘sustantivo’ de la responsabilidad (cesación, reparación lato sensu, garantías de no repetición), ¿no es posible que las medidas adoptadas contra el autor de un ‘crimen’ vayan más allá –como parecen sugerir la práctica en algunos casos– de una función estrictamente reparadora? Pensamos en particular, pero no únicamente, en el caso de la agresión”*¹⁴¹.

Así, y respecto de las consecuencias para el infractor, propuso un régimen agravado que consistía en la inaplicabilidad a los crímenes internacionales de ciertas restricciones que el proyecto contemplaba para la restitución y la satisfacción. Respecto de la primera, una de las restricciones que el proyecto contemplaba era la de la salvaguarda de la “independencia política” del Estado infractor. En ese caso, distinguió dos sentidos de la expresión y sostuvo: *“Si bien se puede admitir que la independencia política*

¹⁴¹ Ibidem, párr. 129.

en el primer sentido –a saber, en el de condición de Estado independiente– ha de ser preservada –junto, es de suponer, con la integridad territorial–, incluso a costa de eximir a un Estado ‘criminal’ de la obligación de proceder a una restitución en especie, lo mismo no puede decirse respecto de la ‘libertad de organización’ –es decir, el régimen– de tal Estado. Especialmente en el caso de la agresión (hecho ilícito perpetrado con frecuencia por dictadores y demás gobiernos despóticos), no está nada seguro, a nuestro juicio, que la obligación de proceder a una restitución íntegra en especie pueda limitarse simplemente porque el cumplimiento de esa obligación pondría en peligro la existencia de un régimen reprochable”¹⁴². La propuesta captó nuestro interés no solamente por referirse a la agresión, sino por la afirmación de que es cometida con frecuencia por gobiernos despóticos, justificando así un eventual cambio de régimen ante la comisión de una agresión.

Respecto de la satisfacción, que unió a las garantías de no repetición, sostuvo que *“no debe permitirse que el Estado que ha cometido o está cometiendo un crimen eluda, invocando su soberanía o su independencia, no solo las peticiones de desarme, desmilitarización, desmantelamiento de la industria de guerra, destrucción de armas, aceptación de equipos de observación o adopción de una forma de gobierno que no sea incompatible con las libertades fundamentales, los derechos civiles y políticos y la libre determinación que se le puedan dirigir a raíz de un crimen de agresión”¹⁴³. En fundamento de su posición, recurre a las medidas exigidas por el Consejo de Seguridad al Iraq en la resolución 687 (1991) –que analizaremos más adelante–, lo cual es interesante, no solamente por caracterizar a dichas medidas como garantías de no repetición, sino también por confirmar nuestra intuición de que la invasión de Kuwait fue un acto de agresión.*

A estas consecuencias para el Estado infractor agregó una serie de obligaciones para los demás Estados. Si bien no se refirió expresamente a la agresión al comentarlas, sí incluyó, significativamente, la obligación de aplicar *“plenamente el principio dedere aut iudicare en lo que respecta a los individuos acusados de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad cuya comisión haya producido el crimen internacional del Estado*

¹⁴² CDI: *Séptimo informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz*, Documento A/CN.4/469, Naciones Unidas, Ginebra, 1995, párr. 24.

¹⁴³ *Ibíd.*, párr. 32.

o haya contribuido al mismo"¹⁴⁴, disposición que resultaba de interés, por cuanto ilustraba la conexión entre el crimen internacional de responsabilidad estatal con los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de responsabilidad individual. Volveremos sobre esta cuestión.

Las propuestas del Relator no se limitaban a las consecuencias sustantivas de los crímenes internacionales, sino que también incluían un complejo mecanismo institucional para la determinación de la existencia del crimen y la activación de las consecuencias. Sin embargo, no previó una indemnización agravada para los casos de crímenes internacionales. Durante los debates en la CDI, algunos miembros criticaron el enfoque propuesto y plantearon que *"la idea de una indemnización ejemplar ofrecía un potencial mayor que la radical innovación propuesta"*¹⁴⁵.

Tras un amplio debate en la CDI, se remitieron las propuestas al Comité de Redacción, que redujo las consecuencias a lo que luego se convirtieron en los Artículos 52 y 53 del Proyecto, aprobados junto con el resto del Proyecto en primera lectura en 1996. En ninguno de los comentarios, la CDI hizo especial referencia a la agresión.

El Artículo 52 contemplaba las consecuencias específicas para el Estado infractor que, siguiendo las líneas propuestas por el Relator Especial, implicaban que el derecho del Estado lesionado a obtener la restitución en especie no estaría sujeto a las limitaciones de no entrañar una carga desproporcionada ni de comprometer la independencia política o la estabilidad económica del infractor, y que el derecho a obtener satisfacción no estaría sujeto a la restricción de no afectar la dignidad del Estado infractor. Por su parte, el Artículo 53 establecía la creación de determinadas obligaciones para todos los demás Estados: a) no reconocer la legalidad de la situación creada por el crimen; b) no prestar ayuda ni asistencia al Estado autor del crimen para mantener la situación creada por dicho crimen; c) cooperar con otros Estados en el cumplimiento de las mencionadas obligaciones; y d) cooperar con otros Estados en la aplicación de medidas destinadas a eliminar las consecuencias del crimen¹⁴⁶.

¹⁴⁴ CDI: *Séptimo informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz*, Adición, Documento A/CN.4/469/Add.1, Naciones Unidas, Ginebra, 1995, p. 3.

¹⁴⁵ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1995*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1998, p. 53, párr. 285.

¹⁴⁶ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002, pp. 79-80.

1.3.2.3. La agresión como violación grave de una norma imperativa

La segunda lectura del Proyecto de artículos coincidió con el nombramiento de un nuevo Relator Especial, tras la renuncia de Arangio-Ruiz. Desde su primer informe, el Relator Especial James Crawford expresó su opinión contraria a la noción de “crimen internacional” y a la forma en que se había regulado en el Proyecto. Al analizar la posibilidad de excluir por completo del proyecto la existencia de los crímenes de Estado se planteó algunas dificultades, entre ellas que “*el concepto de crímenes internacionales de los Estados encuentra cierto apoyo en la práctica de los Estados, por lo menos en el caso de algunos crímenes como el de agresión. Únicamente los Estados pueden perpetrar una agresión y la agresión se describe generalmente como un crimen*”¹⁴⁷. Incluso al intentar negar la existencia de los crímenes internacionales, reconoce que la agresión es un crimen, aunque con un carácter excepcional, y recuerda que está “*especialmente previsto en la Carta de las Naciones Unidas*”¹⁴⁸. Volveremos sobre este aspecto.

Crawford prefirió mantener la idea de un régimen separado para lo que denominó “*infracciones graves de obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto*”, proponiendo un proyecto de artículo que hacía referencia a una “*infracción grave y patente, por parte de un Estado, de una obligación de la que es acreedora la comunidad internacional en su conjunto*”¹⁴⁹. Como consecuencias para el Estado infractor, propuso la consideración de una indemnización punitiva o “*el pago de daños y perjuicios acordes con la gravedad de la infracción*”¹⁵⁰, lo que constituyó una novedad respecto del Proyecto de 1996, del que mantuvo en general las consecuencias para los demás Estados. El proyecto fue debatido en la CDI y remitido al Comité de Redacción, que, a raíz de algunas propuestas durante el debate, dividió el proyecto en dos artículos, el primero (Artículo 41) para definir este tipo de hecho ilícito, al que se refirió como una “*violación grave por un Estado de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto y esencial para la protección de sus*

¹⁴⁷ CDI: *Primer informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial James Crawford*, Adición, Documento A/CN.4/490/Add.3, Naciones Unidas, Ginebra, 1998, párr. 95.

¹⁴⁸ *Ibidem*, párr. 97. También lo menciona en el párr. 80.

¹⁴⁹ CDI: *Tercer informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial James Crawford*, Adición, Documento A/CN.4/507/Add.4, Naciones Unidas, Ginebra, 2000, p. 27.

¹⁵⁰ *Ídem*.

intereses fundamentales”¹⁵¹ y el segundo (Artículo 42) para enunciar sus consecuencias. Respecto del Estado infractor, y rechazada por una mayoría de los miembros la idea de una indemnización punitiva, sí mantuvo “*la obligación de pagar daños y perjuicios que reflejen la gravedad de la violación*”¹⁵². Respecto de las consecuencias para los demás Estados, continuó con las obligaciones propuestas por el Relator Especial.

La cuestión siguió siendo debatida, en particular por la forma de definir a estos hechos ilícitos, optándose por cambiar la referencia a “una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto”, inspirada claramente en la noción de obligaciones *erga omnes*, formulada por la Corte Internacional de Justicia¹⁵³ por una referencia a las normas imperativas, por, entre otras razones, el hecho de que fueron definidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. A la vez, se optó por suprimir la obligación del Estado responsable de pagar una indemnización agravada; aunque no se encuentran en los informes de la CDI los fundamentos de esta decisión, de los debates pareció surgir que se asimilaba el concepto al de una indemnización punitiva y, como tal, fue rechazada¹⁵⁴.

Aprobado el Proyecto de 2001, y desaparecida la noción de “crimen internacional”, persistió, como vimos, la idea de que existen ciertas obligaciones cuya naturaleza es de tal importancia para la comunidad internacional en su conjunto, que su violación genera consecuencias jurídicas diferenciadas, según se dispone en el Capítulo III de la Segunda Parte del Proyecto, que contiene dos artículos.

En primer lugar, el Artículo 40 establece: “*1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general.*

2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable”.

El Artículo 40 identifica el alcance del capítulo, refiriéndolo a las “violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas

¹⁵¹ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2000*, Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2005, p. 73.

¹⁵² Ídem.

¹⁵³ CIJ: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, párr. 33.

¹⁵⁴ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007, *passim*.

de derecho internacional general”. Como señala la CDI en su comentario al artículo, la disposición establece dos criterios para distinguirlos de otros tipos de violaciones: el primero es la naturaleza de la obligación violada, que debe emanar de una norma imperativa de derecho internacional general; el segundo, es el carácter grave de la violación. Las consecuencias jurídicas particulares previstas en el Capítulo III solo se aplican a las violaciones que cumplan ambos criterios¹⁵⁵.

A diferencia del Artículo 19 del Proyecto de 1996, la norma no aporta ejemplos de este tipo de violaciones. No obstante, la CDI afirma en su comentario: *“Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanar de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales. Se conviene generalmente que, entre esas prohibiciones, la prohibición de la agresión ha de considerarse imperativa. Esto lo corroboran, por ejemplo, el comentario de la comisión a lo que luego fue el artículo 53 [de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹⁵⁶], las declaraciones no contradichas de los Gobiernos durante la Conferencia de Viena, las exposiciones de ambas partes en el asunto relativo a las Actividades militares y paramilitares y la posición de la propia Corte en ese asunto”*¹⁵⁷. Aquí la CDI parecería estar indicando, como ejemplo de norma imperativa, a la prohibición de la agresión; sin embargo, consideramos que, dados los antecedentes que cita, nada obsta a considerar que es la prohibición del uso de la fuerza —y no solo la agresión— la que se encuentra en una norma imperativa. Ello no implica afirmar que toda violación al principio origine las consecuencias previstas en el Capítulo III de la segunda parte del Proyecto, ya que para ello, como mencionamos, debe reunir el segundo criterio que establece el Artículo 40: la gravedad. Al respecto, dice la CDI

¹⁵⁵ CDI: op. cit. en nota 57, p. 120, párr. 1.

¹⁵⁶ El Artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados contiene la definición de lo que se considera una norma imperativa o de *ius cogens*, al disponer: *“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”*.

¹⁵⁷ CDI: op. cit. en nota 57, p. 120, párr. 4.

en su comentario: “*La palabra “grave” significa que se precisa una cierta magnitud de violación para no trivializarla*”¹⁵⁸. Como mencionamos, el párrafo 2 del Artículo 40 dispone que la violación es “grave” cuando implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación. La CDI considera en su comentario que una violación es “sistemática” cuando se lleva a cabo de manera organizada y deliberada, mientras que el término “flagrante” se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos. Dichos términos no son mutuamente excluyentes, en el sentido de que las violaciones graves serán normalmente sistemáticas y flagrantes. A continuación, agrega algo muy interesante a los fines de esta exposición: “*hay que tener presente que algunas de las normas imperativas de que se trata, muy especialmente las prohibiciones de la agresión y del genocidio, requieren por su propia naturaleza una violación intencional en gran escala*”¹⁵⁹. Y en nota, incluye como ejemplos, los que se detallaban en el Artículo 19 del Proyecto de 1996, entre los que se encuentra, como sabemos, la agresión. Volveremos sobre esta característica.

Por nuestra parte, pensamos que la definición lograda en el Artículo 40, no obstante lo dificultoso de su concreción, y pese a los cuestionamientos que pueden hacerse a las consecuencias de la violación –que veremos más adelante– supera algunas de las críticas de las que era susceptible la definición de “crímenes internacionales” en el antiguo Artículo 19. El cambio de la referencia del difuso concepto de “obligaciones esenciales para la comunidad internacional” por el de “obligaciones emanadas de normas imperativas” permite anclar la cuestión en la noción de *ius cogens*, que tiene una mayor aceptación por la comunidad internacional –expresada en su consagración normativa en el Artículo 53 de la Convención de Viena, como lo menciona la propia CDI–, a la vez que resuelve la discutida vinculación que existía entre las normas imperativas y los crímenes internacionales¹⁶⁰.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 121, párr. 7.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 121, párr. 8.

¹⁶⁰ ABI SAAB, Georges: “The Uses of Article 19”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, Nº2 (1999), pp. 339-351; CEBADA ROMERO, Alicia: “Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 4 (2002); en el contexto de la responsabilidad individual, v. BASSIOUNI, M. Cherif: “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Nº4 (1996), pp. 63-74.

Por su parte, el Artículo 41 regula las consecuencias para todos los Estados de la siguiente manera: “1. *Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.*

2. *Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.*

3. *El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional”.*

Como se advierte de la mera lectura, no se han regulado consecuencias particulares para el Estado responsable, sino para “los Estados”. De allí que nos preguntemos si es posible pensar en la existencia de consecuencias específicas para el infractor, sobre todo a la luz del último párrafo del artículo.

Así, estudiaremos a continuación la interpretación y aplicación de estas disposiciones a la agresión, centrándonos en la característica de la gravedad —a la luz de nuestras anteriores conclusiones al respecto—, en las consecuencias específicas de la agresión para los demás Estados; y en la discusión respecto a la existencia de un régimen de responsabilidad agravada para el Estado agresor.

1.3.2.3.1. La gravedad inherente de la agresión

Como sostiene la doctrina, ciertos crímenes implican necesariamente una violación grave, con la consecuencia de que en tal caso la presunción de una violación no grave es lógicamente imposible o, en otros términos, el requisito de gravedad como una condición distinta es superfluo¹⁶¹: esta gravedad constitutiva del crimen, llamada “sustantiva”¹⁶², se opone a la gravedad “circunstancial”¹⁶³. Ello es lo que sucede con la agresión, que es

¹⁶¹ GAETA, Paola: “The Character of the Breach”, en CRAWFORD, James y PELLET, Alain (Eds.): *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 421-426, p. 425.

¹⁶² También es llamada “inherente” (WYLER, Eric A. y CASTELLANOS-JANKIEWICZ, León A.: “Serious Breaches of Peremptory Norms”, en NOLLKAEMPER, André y PLAKOKEFALOS, Ilias (Ed.): *Principles of Shared Responsibility in International Law: An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 284-311, p. 309).

¹⁶³ WYLER, Eric: “From ‘State Crime’ to Responsibility for ‘Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law’”, *European Journal of*

en sí misma grave, dado que, como venimos insistiendo desde el Capítulo I, la gravedad es una de sus características definitorias¹⁶⁴, y es a la vez una violación de la prohibición del uso de la fuerza, norma cuyo carácter imperativo¹⁶⁵ es prácticamente¹⁶⁶ indiscutido¹⁶⁷. De modo tal que no podría haber una agresión que no fuera a la vez una violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa. La propia CDI reconoce esta circunstancia en el citado pasaje del comentario al Artículo 40, en el que expresa: “*hay que tener presente que algunas de las normas imperativas de que se trata, muy especialmente las prohibiciones de la agresión y del genocidio, requieren por su propia naturaleza una violación intencional en gran escala*”¹⁶⁸. De esa forma, la CDI está reconociendo que la gravedad forma parte de la definición misma de la agresión; en términos de la responsabilidad internacional, podríamos sostener que la gravedad de la agresión no es materia de normas secundarias, sino que se encuentra en la propia norma primaria.

Aunque la cuestión pareció zanjada por la CDI, durante la discusión sobre el concepto de “crímenes internacionales” habían aparecido otras miradas, estrechamente relacionadas con nuestro objeto de estudio. En su búsqueda por determinar qué criterio podía satisfacer el test de gravedad que caracteriza a los crímenes internacionales, Jørgensen señala que la opinión de que el crimen debía ser de una naturaleza masiva prevalecía en el Artículo 19, párrafo 3, inc. c) y d), que se refieren al genocidio, esclavitud, *apartheid* y actos de contaminación cometidos “en gran escala” o “masi-

International Law, Vol. 13, N°5 (2002), pp. 1147-1160, pp. 1157-1158.

¹⁶⁴ V., en especial, Capítulo II, Sección 1.3.

¹⁶⁵ V. i. a., SCHRIJVER, Nico: op. cit., pp. 459-461; DINSTEIN, Yoram: op. cit., pp. 105; RANDELZHOFFER, Albrecht y DÖRR, Oliver: op. cit. pp. 231-232; CORTEN, Olivier: *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 210-213; SAYAPIN, Sergey: *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, Springer, La Haya, 2014, pp. 91-98. CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: op. cit., p. 1037; KAMTO, Maurice: op. cit., pp. 11-12; PASTOR RIDRUEJO, José A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Decimoquinta edición, Madrid, 2011, p. 620; PINTORE, Eduardo José: op. cit., p. 49.

¹⁶⁶ En contra de considerar a la prohibición del uso de la fuerza como una norma de *ius cogens*, v. GREEN, James A.: “Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32 (2011), pp. 215-257.

¹⁶⁷ De todas formas, incluso quienes niegan que el principio tenga carácter imperativo, reconocen que la prohibición de la agresión sí lo tiene.

¹⁶⁸ CDI: op. cit. en nota 57, p. 121, párr. 8.

va”, pero que estas palabras no aparecen en los inc. a) y b), lo que implica que los efectos de la agresión o la negación del derecho a la libre determinación no necesita ser a gran escala en orden de calificar a dichos actos como crímenes¹⁶⁹. Respecto de la agresión, no compartimos la apreciación de la autora. La agresión es en sí misma un hecho masivo y grave y, por lo tanto, agregar un nuevo requisito de gravedad para la agresión habría sido redundante, o incluso, podría haber introducido un elemento de confusión. De allí que no aparezca calificado en el Artículo 19. Sin embargo, la autora insiste en su posición al señalar que se decidió referir solamente a la agresión como un ejemplo de una violación de la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, pero que esto no significaba que otras violaciones no pudiesen ser consideradas crímenes internacionales, lo que plantea la cuestión de si todos los actos agresivos son de la misma gravedad. Recurre a la Definición de la Agresión para señalar que solo la “guerra” de agresión es considerada un crimen, y que esta es diferente de otros tipos de agresión en que comprende una serie de actos e implica una intención sostenida¹⁷⁰. Ya hemos planteado nuestra posición contraria al respecto. Como analizamos más arriba, y sin perjuicio de un análisis más detallado del concepto de “guerra de agresión” en el Capítulo IV, su calificación como “crimen contra la paz” en el Artículo 5.2 de la Definición parecía indicar la responsabilidad individual, y no estatal, por lo que no cabría, en principio, ninguna relación con la idea de “crimen internacional”¹⁷¹.

De modo tal que ninguno de estos argumentos nos permite alejarnos de nuestra consideración inicial, avalada por la CDI: la agresión es grave en sí misma y, como tal, siempre constituirá una “violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa”.

¹⁶⁹ JØRGENSEN, Nina H. B.: op. cit., pp. 108-109.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 113.

¹⁷¹ Distinta parece ser la conclusión emergente de la resolución 2625 (XXV), según veremos en el Capítulo IV, Sección 3.2.

1.3.2.3.2. Las consecuencias específicas de la agresión según el Artículo 41

1.3.2.3.2.1. La obligación de cooperar para poner fin a la violación¹⁷²

El estatus jurídico del deber de cooperación consagrado en el Artículo 41.1 es más bien indeterminado¹⁷³. La propia CDI reconoce que *“puede discutirse si en la actualidad el derecho internacional prescribe un deber positivo de colaboración, y a este respecto el párrafo 1 puede reflejar el desarrollo progresivo del derecho internacional”*¹⁷⁴.

Desde una visión crítica, Drnas de Clément sostiene que el párrafo 1 *“no enuncia una “consecuencia”, una norma secundaria, sino que enuncia una norma primaria, endonorma, dirigida a los Estados en general, no comprometidos con la comisión del acto violatorio. Asombrosamente, el artículo proyectado no se anima ni a señalar con quién deben cooperar los Estados”*¹⁷⁵. En su comentario, no obstante, la CDI aclara que la cooperación *“podrá organizarse en el marco de una organización internacional competente, en particular las Naciones Unidas. Sin embargo, el párrafo 1 también prevé la posibilidad de una colaboración no institucionalizada”*¹⁷⁶. De acuerdo a la doctrina¹⁷⁷, un ejemplo de cooperación institucionalizada se encuentra en el Artículo 49 de la Carta de las Naciones Unidas, en cuanto los Miembros están obligados a prestarse ayuda mutua para llevar a cabo las medidas dispuestas por el Consejo de Seguridad. Sin embargo, puede cuestionarse que esta obligación surge de la propia Carta, y no de las normas de responsabilidad internacional. Es decir, no solamente se trata de una norma primaria como señala Drnas, sino que pertenece a un régimen diferente del derecho internacional: la obligación del Artículo 49 de la Carta y, en general, el deber del Artículo 2.5, están vinculadas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y no a las consecuencias de la co-

¹⁷² KAMTO, Maurice: op. cit., pp. 238-239.

¹⁷³ WYLER, Eric A. y CASTELLANOS-JANKIEWICZ, León A.: op. cit., p. 305.

¹⁷⁴ CDI: op. cit. en nota 57, p. 122, párr. 3.

¹⁷⁵ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: *Responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a normas imperativas de derecho internacional general*, disponible en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/responsabilidad-internacional-de-los-estados-por-1/at_download/file, al 31 de diciembre de 2017, p. 12.

¹⁷⁶ CDI: op. cit. en nota 57, p. 122, párr. 2.

¹⁷⁷ WYLER, Eric A. y CASTELLANOS-JANKIEWICZ, León A.: op. cit., p. 305.

misión de un hecho ilícito. Volveremos sobre esta aparente confusión entre responsabilidad internacional y seguridad colectiva.

La Corte Internacional de Justicia pareció reconocer estas dos formas de ejercicio del deber de cooperación en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Entre otras cosas, la Corte sostuvo, por un lado, que incumbía “a todos los Estados, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, velar por que se ponga fin a cualquier impedimento, resultante de la construcción del muro, para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación”¹⁷⁸; por el otro, opinó que las Naciones Unidas, y en especial la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, debían considerar qué medidas adicionales eran necesarias para poner fin a la situación ilegal resultante de la construcción del muro¹⁷⁹. Si bien no hizo explícita referencia al deber de cooperar, sí consideramos que nos hallamos frente a su contenido, al referirse a la necesidad de “poner fin” a la situación ilícita.

En el caso de una agresión, y a raíz de sus efectos sobre el sistema de seguridad colectiva, sería dificultoso pensar en un tipo de cooperación no institucionalizada, teniendo en cuenta la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad, respecto de la cual veremos su aplicación en un caso concreto más adelante, pero a la vez, podemos suponer un caso de legítima defensa colectiva. ¿Estaría dentro de esta obligación de cooperar? Ciertamente, implicaría cooperación de Estados para poner fin, por un medio que es reconocido por el derecho internacional, a una agresión. Sin embargo, a ello podría responderse que no existe una obligación general de acudir en legítima defensa colectiva: ello puede ser el resultado de una decisión unilateral o bien de una obligación en virtud de un régimen particular y que, por lo tanto, tales medidas, aunque lícitas, no integrarían estrictamente el deber de cooperar que surge del Artículo 41.1.

¹⁷⁸ Traducción propia; “for all States, while respecting the United Nations Charter and international law, to see to it that any impediment, resulting from the construction of the wall, to the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination is brought to an end” (CIJ: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, párr. 159).

¹⁷⁹ *Ibidem*, párr. 160.

1.3.2.3.2.2. La obligación de no reconocimiento

Talmon es muy crítico acerca del contenido de la obligación, al sostener que es poco claro y que su alcance es muy reducido por limitarse a no reconocer “como lícita” la situación creada por la violación de la obligación emanada de la norma imperativa¹⁸⁰. Más crítica es Drnas de Clément, al considerar que el párrafo 2 “no enuncia una “consecuencia”, norma secundaria, sino una endonorma dirigida nuevamente a terceros Estados inocentes”¹⁸¹.

La obligación de no reconocimiento tiene, en el contexto de la agresión, una regulación particular, contenida en el párrafo 3 del Artículo 5 de la Definición de la Agresión: “Ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal”. Las propuestas iniciales en el Comité Especial disponían que “No se reconocerá ninguna adquisición territorial ni ventaja especial alguna obtenida como resultado de la agresión armada”¹⁸² y que “El territorio de un Estado es inviolable y no puede ser objeto, ni siquiera temporalmente, de ocupación militar u otras medidas de fuerza adoptadas por otro Estado, cualesquiera que sean las razones, y que no se reconocerán tales adquisiciones territoriales obtenidas por la fuerza”¹⁸³. Como señala Talmon, el calificativo “lícito” fue agregado en el período de sesiones de 1972 del Comité Especial, y que tuvo como finalidad dar a los Estados el más amplio margen de acción en sus relaciones con el infractor y pudo haber debilitado considerablemente la obligación de no reconocimiento, al limitarla a impedir solamente la admisión formal de la legalidad¹⁸⁴.

Sin embargo, de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia se desprende una interpretación más amplia, ya que en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia no obstante la resolución 276 (1970)*

¹⁸⁰ TALMON, Stefan: “The Duty Not to ‘Recognize as Lawful’ a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a *Jus Cogens* Obligation: An Obligation without Real Substance?”, en TOMUSCHAT, Christian y THOUVENIN, Jean-Marc (Ed.): *The fundamental rules of the international legal order. Jus cogens and obligations erga omnes*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 99-126, p. 104 y ss.

¹⁸¹ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: op. cit. en nota 175, p. 12.

¹⁸² Párrafo 4 de la propuesta soviética A/AC.134/L.12, en ASAMBLEA GENERAL: op. cit. en nota 106, p. 6.

¹⁸³ Párrafo 8 de la propuesta de trece potencias A/AC.134/L.16, en ibídem, p. 8.

¹⁸⁴ TALMON, Stefan: op. cit., pp. 111-112

del Consejo de Seguridad, sostuvo “que los Estados Miembros de las Naciones Unidas están obligados a reconocer la ilicitud de la presencia de Sudáfrica en Namibia y la invalidez de sus actos en nombre de o relativos a Namibia, y de abstenerse de cualquier acto y en particular cualquier trato con el Gobierno de Sudáfrica que implique el reconocimiento de la legalidad, o prestar apoyo o asistencia a tal presencia y administración”¹⁸⁵. Es decir, alcanza no solo el deber de no reconocer expresamente, sino también de abstenerse de cualquier acto que implique un reconocimiento.

Con la redacción final, el Artículo 5, párrafo 3, se alineó con lo dispuesto por la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General: “El territorio de un Estado no será objeto de ocupación militar derivada del uso de la fuerza en contravención de las disposiciones de la Carta. El territorio de un Estado no será objeto de adquisición por otro Estado derivada de la amenaza o el uso de la fuerza. No se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza”¹⁸⁶. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia sostuvo en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* que los principios sobre el uso de la fuerza incorporados en la Carta reflejan el derecho internacional consuetudinario y que lo mismo es cierto de su corolario que entraña la ilegalidad de la adquisición territorial resultante de la amenaza o el uso de la fuerza¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Traducción propia; “that States Members of the United Nations are under obligation to recognize the illegality of South Africa’s presence in Namibia and the invalidity of its acts on behalf of or concerning Namibia, and to refrain from any acts and in particular any dealings with the Government of South Africa implying recognition of the legality of, or lending support or assistance to, such presence and administration” (CIJ: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, párr. 133, apartado 2).

¹⁸⁶ El párrafo 10 de la “Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales”, aprobada por la resolución 42/22 de la Asamblea General, contiene una formulación similar: “No se reconocerá como adquisición u ocupación legal ni la adquisición de territorio que resulte de la amenaza o el uso de la fuerza ni cualquier ocupación de territorio que se derive de la amenaza o el uso de la fuerza en contravención del derecho internacional”.

¹⁸⁷ CIJ: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, párr. 87.

Como veremos al estudiar el caso del Iraq, en lo que para nosotros fue un caso de agresión, el Consejo de Seguridad recordó esta obligación a los Estados.

1.3.2.3.2.3. La obligación de no prestar ayuda o asistencia

De acuerdo al comentario de la CDI, que abrevia en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en *Namibia*, esta obligación “*Se refiere al comportamiento a posteriori que presta asistencia al Estado responsable para mantener una situación contraria a una obligación «oponible a todos los Estados en el sentido de hacer ilegal erga omnes una situación que se mantiene en violación del derecho internacional»*”¹⁸⁸. Recurre a ciertas resoluciones del Consejo de Seguridad relativas al *apartheid* en Sudáfrica y a la dominación colonial portuguesa –es decir, ninguna relativa a casos de agresión– como ejemplos de la práctica¹⁸⁹.

Sin embargo, sí podemos mencionar un caso –que hemos identificado como agresión– en que el Consejo de Seguridad pareció hacer referencia a esta obligación. En el contexto de la Guerra de Corea, el Consejo de Seguridad, en su citada resolución 82 (1950), instó a los Estados Miembros a abstenerse de dar ayuda a las autoridades norcoreanas. Como sostuvimos, esta, junto a otras, es una de las razones por las que pensamos que el Consejo de Seguridad determinó implícitamente que Corea del Norte era responsable de un acto de agresión contra Corea del Sur no obstante la determinación explícita de que la situación era un “quebrantamiento de la paz”, toda vez que había existido un ataque armado de gran magnitud, y el Consejo lo atribuyó únicamente a Corea del Norte, única de las partes a las que los Miembros debían de abstenerse de ayudar. En ese sentido, ¿podemos equiparar esta abstención pedida por el Consejo de Seguridad con el deber de no prestar ayuda o asistencia del Artículo 41.2? Podríamos inclinarnos por la afirmativa, si pensamos que se cometió una agresión y que, por lo tanto, se activan las consecuencias para las violaciones graves. Sin embargo, también podríamos pensarlo como una aplicación de lo dispuesto en el Artículo 2.5 de la Carta de las Naciones Unidas, que expresamente dispone que los Miembros “*se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el*

¹⁸⁸ CDI: op. cit. en nota 57, p. 123, párr. 11.

¹⁸⁹ Sobre la obligación en general, v. JØRGENSEN, Nina H. B.: “The Obligation of Non-Assistance to the Responsible State”, en CRAWFORD, James y PELLET, Alain (Eds.): op. cit., pp. 687- 694.

cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva". Una vez más, vemos la dificultad –particularmente en el caso de la agresión– de distinguir entre las consecuencias en materia de responsabilidad internacional de las de la activación del sistema de seguridad colectiva.

1.3.2.3.2.4. Las “otras consecuencias”

El párrafo 3 del Artículo 41 hace referencia a dos tipos de consecuencias adicionales de las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas: por un lado, “las demás consecuencias enunciadas en esta parte”, es decir, las demás consecuencias de los hechos ilícitos, y que hemos analizado *supra*. Por otro lado, “toda otra consecuencia” que una violación grave “pueda generar según el derecho internacional”.

¿Cuáles son estas “otras consecuencias” en el caso de la agresión? Parte de la doctrina sostiene que estas incluyen las medidas tomadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas¹⁹⁰. Ello surge, a nuestro entender, de la lectura combinada de los Artículos 41.3 y 59¹⁹¹ del Proyecto de 2001. Si bien la CDI en su comentario a la primera de estas normas no hace mención alguna de la Carta, sí expresa que la consecuencia puede generarse “*en virtud de la norma primaria individual, como en el caso de la prohibición de la agresión*”¹⁹². Asimismo, ya en el comentario al Artículo 40 había expresado “*es probable que las violaciones graves a que se refiere este capítulo sean objeto de la atención de las organizaciones internacionales competentes, incluidos el Consejo de Seguridad y la Asamblea General. En el caso de la agresión, la Carta atribuye una función específica al Consejo de Seguridad*”¹⁹³. De esa forma, las medidas del Capítulo VII de la Carta, que en este estudio identificamos como la activación del sistema de seguridad colectiva, se encuentran dentro de las contempladas en el párrafo 3 bajo análisis.

Como comenta la doctrina, ya el Relator Especial Riphagen había establecido tempranamente un vínculo entre el sistema de responsabilidad agravada que la CDI iba a diseñar y algunos de los mecanismos instituidos por la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la

¹⁹⁰ WYLER, Eric A. y CASTELLANOS-JANKIEWICZ, León A.: op. cit., p. 308.

¹⁹¹ Que dispone: “*Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas*”.

¹⁹² CDI: op. cit. en nota 57, p. 124, párr. 14.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 121, párr. 9.

seguridad internacionales, y que este vínculo parecía particularmente claro en el caso de la agresión¹⁹⁴. En palabras del Relator Especial, “*en lo que se refiere al primer ejemplo de crimen internacional mencionado en el apartado a del párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte del proyecto, a saber, «una violación grave» de la prohibición de la «agresión», debe considerarse que la comunidad internacional en su conjunto acata la Carta de las Naciones Unidas, incluidos los poderes y funciones de los órganos competentes de la Organización y el derecho reconocido en el Artículo 51 de la Carta*”¹⁹⁵.

El citado pasaje del Relator Especial suscita dos cuestiones para el análisis: por un lado, cuál es la vinculación entre las consecuencias en materia de responsabilidad internacional con las consecuencias en materia de seguridad colectiva; por el otro, la posibilidad de considerar también a la legítima defensa como una de las “otras consecuencias” en el sentido del párrafo 3 del Artículo 41.

La primera cuestión ya ha sido parcialmente abordada aquí, partiendo de la base de que las consecuencias en materia de responsabilidad internacional son diferentes de las originadas en el sistema de seguridad colectiva, y que esa diferencia está dada por el fundamento de uno y otro grupo de consecuencias: las primeras se basan en la naturaleza de la agresión como violación grave de una norma imperativa, mientras que las segundas se basan en el carácter de quebrantamiento de la paz que la agresión posee. Lo que nos preguntamos es cuál es la vinculación entre ambos grupos de consecuencias. Parecería claro, como acabamos de señalar, que las consecuencias en materia de seguridad colectiva se encuentran comprendidas en el párrafo 3 del Artículo 41. El problema se plantea al no poder confinar tales consecuencias a dicho párrafo, dado que, como también hemos visto, varias de las consecuencias en virtud de los otros dos párrafos del mismo artículo se identifican con consecuencias en materia de seguridad colectiva y, de hecho, la propia CDI en sus comentarios ha recurrido a la práctica del Consejo de Seguridad. ¿Es, entonces, posible, más allá de una mera disquisición teórica, distinguir entre los dos grupos de consecuencias? Es verdad que su fundamento es diferente, dado que, en términos generales, estará dado por la ilicitud del hecho en un caso y por su afectación a la paz y a la

¹⁹⁴ KLEIN, Pierre: “Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, N°5 (2002), pp. 1241-1255, p. 1244.

¹⁹⁵ CDI: op. cit. en nota 86, p. 57, párr. 4.

seguridad internacionales en el otro, pero en sus consecuencias prácticas, en la medida en que se solapan, no pueden separarse.

Ello es por cuanto, como ha sido acertadamente señalado, “*no es dable pensar que pueda cometerse una violación grave de una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens) sin que esa situación ponga en juego el sistema previsto en el Cap. VII de la Carta de Naciones Unidas por importar una amenaza o quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales*”¹⁹⁶. Y en este sentido, pensamos, la agresión ocupa un lugar especial, toda vez que, como se señaló, es la única violación grave que está expresamente mencionada en la Carta de las Naciones Unidas.

Este hecho –presuponiendo, como hacemos nosotros, que la agresión como violación grave es la misma que aparece en los Artículos 1.1 y 39 de la Carta¹⁹⁷– muestra que da lugar a otro tipo de consecuencias en virtud de la propia Carta, algunas de las cuales se confunden con las de la responsabilidad internacional. De otra forma, como señalamos en el Capítulo I¹⁹⁸, no se justificaría su distinción de los quebrantamientos de la paz, ya que genera los mismos efectos en cuanto a la activación del sistema de seguridad colectiva. Siendo un concepto jurídico, una violación grave de una norma imperativa, la agresión genera consecuencias más allá de las previstas en la Carta, lo que provocará que la determinación de su existencia por los órganos competentes de las Naciones Unidas produzca más efectos que la activación del sistema de seguridad colectiva.

Dicho de otra forma, en la agresión confluyen las consecuencias de la responsabilidad internacional y de la Carta de las Naciones Unidas en una forma que resulta en la práctica difícil de separar. El análisis de la práctica que realizaremos más adelante confirmará nuestra apreciación.

La segunda cuestión que suscita el citado pasaje del Relator Especial Riphagen es si cabe considerar a la legítima defensa como una consecuencia adicional en virtud del párrafo 3 del Artículo 41. La opinión del Relator Especial parece inclinarse por la afirmativa y ello es lo que surge, como hemos visto, de los mismos trabajos de la CDI, en los que específicamente se mencionó a la legítima defensa no solo como una consecuencia de la agresión, sino como una consecuencia exclusiva que la distingue de otros

¹⁹⁶ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: op. cit. en nota 175, p. 1.

¹⁹⁷ Como vimos en el Capítulo II, algunos autores niegan tal identidad. Volveremos sobre la cuestión en el Capítulo IV.

¹⁹⁸ Capítulo I, Sección 1.

crímenes internacionales. La opinión final de la CDI quedó plasmada en su citado comentario a la norma bajo análisis en el que señaló que las consecuencias adicionales pueden generarse en virtud de la norma primaria individual, como es el caso de la agresión¹⁹⁹, y ello necesariamente incluye a la legítima defensa. Al ubicarla dentro del párrafo 3, se refuerza nuestra opinión de que la legítima defensa no es una consecuencia en materia de responsabilidad internacional, por lo que, estrictamente hablando, no la podríamos considerar como un elemento caracterizador de la agresión en cuanto crimen internacional. En otros términos, la legítima defensa es una consecuencia de la agresión por ser esta un ataque armado, no por ser una violación grave de una norma imperativa.

Parece entonces que la amplitud de los términos del párrafo 3 del Artículo 41, en cuanto se refiere a “toda otra consecuencia” que una violación grave, en nuestro caso, la agresión, pueda generar, contempla todas las consecuencias aquí analizadas, inclusive las que se verán, como por ejemplo, en los efectos en virtud del Derecho de los Tratados.

Es por ello que en este punto debemos señalar que autorizada doctrina sostiene que *“en el caso de violaciones de normas imperativas de derecho internacional general, la gravedad de la conducta ilícita hace que la propia naturaleza del tipo de responsabilidad requiera una dimensión normativa propia, la de la doble sanción: la tradicional en su condición de ente jurídico y la penal a través de la sanción en la persona de los individuos, los que le son sustraídos a su jurisdicción. Si el Estado hubiese adoptado todas las medidas a su alcance para impedir o sancionar las violaciones a normas imperativas bajo su jurisdicción no hubiese incurrido en responsabilidad internacional y no hubiese cabido reclamación internacional al Estado ni al individuo”*²⁰⁰.

Sin perjuicio de nuestro análisis de la responsabilidad penal individual en la segunda parte de este capítulo, y la cuestión de la denominada “dualidad de responsabilidades” que abordaremos en el Capítulo V, la opinión que antecede nos plantea la inquietud de si la responsabilidad penal individual también puede generar consecuencias para el Estado.

Desde esa perspectiva, la misma idea de responsabilidad penal individual podría implicar la sustracción de los individuos responsables de la

¹⁹⁹ CDI: op. cit. en nota 57, p. 124, párr. 14.

²⁰⁰ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: op. cit. en nota 175, p. 14

comisión de un crimen de la jurisdicción estatal²⁰¹, configurándose así una suerte de “sanción” para ese Estado²⁰². En ese sentido, sí podría verse como una consecuencia para el Estado que, estando prevista en el derecho internacional, nada impide considerarla dentro del párrafo 3 del Artículo 41. Al respecto, cabe recordar que el Relator Especial Arangio-Ruiz había previsto ciertas consecuencias en materia de cooperación entre los Estados para aplicar el principio *dedere aut iudicare* entre los individuos responsables de crímenes²⁰³, según vimos y que el Relator Especial Crawford había hecho una referencia más genérica a las “demás consecuencias penales y de otra índole” que una “infracción grave” podía generar²⁰⁴, dando así indicaciones respecto de una posible vinculación acerca de las consecuencias en materia de responsabilidad penal individual para el Estado infractor.

Consideramos oportuno aclarar que lo afirmado no implica sostener que la propia responsabilidad penal individual sea en sí misma una *consecuencia* del acto de agresión. Como veremos, la responsabilidad penal individual es una consecuencia del crimen de agresión, y siendo su consecuencia principal, plantearla como un efecto del acto estatal podría afectar la relación entre acto y crimen²⁰⁵. Lo que se ha comentado aquí es que la responsabilidad penal individual también puede tener efectos sobre el Estado y, de esa forma, ser una consecuencia del acto de agresión.

Finalmente, creemos que el gran interrogante al referirnos a “toda otra consecuencia” de un acto de agresión, es si quedan contempladas en el párrafo 3 del Artículo 41 otro tipo de consecuencias *en materia de responsabilidad internacional*. Es decir, si es posible considerar la existencia de un régimen de responsabilidad agravada para el Estado responsable de una violación grave, el agresor en nuestro caso, más allá de lo que dispone el propio Proyecto de 2001 y quizás más acorde con

²⁰¹ Se ha considerado que la persecución penal de los individuos podría verse como una forma de satisfacción ante la comisión por un Estado de un crimen internacional (MAISON, Rafaëlle: “The ‘Transparency’ of the State”, en CRAWFORD, James y PELLET, Alain (Eds.): op. cit., pp. 717-723, p. 720)

²⁰² MAISON, Rafaëlle: “Les poursuites pénales internationales comme modalité de réparation du crime d’Etat”, en *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Vol. I, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2004, pp. 807-826, p. 808 y ss.

²⁰³ CDI: op. cit. en nota 144, p. 3.

²⁰⁴ CDI: op. cit. en nota 149, p. 27.

²⁰⁵ Siendo nuestro objetivo principal de investigación, volveremos sobre esta cuestión en el Capítulo V.

algunas de las propuestas discutidas durante el proceso codificador en la CDI y que finalmente no se aprobaron.

Podríamos pensar, *a priori*, en una respuesta afirmativa al interrogante, considerando que el párrafo 3 es lo suficientemente amplio, al contemplar “*toda otra consecuencia*”, según el derecho internacional. Drnas de Clément reconoce esta posibilidad, al criticar la norma: “*Resulta admirable la referencia a “demás consecuencias” y “toda otra consecuencia” cuando el párrafo no enuncia ninguna. Simplemente, delega in abstracto en el “derecho internacional” (como si el proyecto fuera ajeno a ese derecho) el tema de las consecuencias especiales para el violador de una obligación de jus cogens (responsabilidad), tema que debió haber sido –por la importancia de la norma primaria vulnerada– uno de sus principales cometidos*”²⁰⁶.

La acertada crítica nos lleva a plantearnos el interrogante de si existe actualmente en el derecho internacional un régimen de responsabilidad internacional agravada para los Estados autores de violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas y, en particular, para los Estados agresores. Ello es lo que estudiaremos a continuación.

1.3.2.3.3. ¿Existe una responsabilidad agravada para el agresor?

Se suele afirmar que existe en el derecho internacional un régimen agravado de responsabilidad para aquellos sujetos que violan obligaciones que surgen de normas imperativas²⁰⁷. Sin embargo, de los largos debates de la CDI, que hemos reseñado, en particular, tras el reemplazo de la noción de “crimen internacional” por la de “violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa”, advertimos que las consecuencias adicionales que se atribuyen a estas últimas en el Proyecto de 2001 constituyen, como también hemos visto, deberes para el resto de la comunidad internacional, pero no parecen resultar *a priori* en una agravación de la responsabilidad del Estado infractor²⁰⁸.

²⁰⁶ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: op. cit. en nota 175, p. 12

²⁰⁷ DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimosexta edición, Tecnos, Madrid, 2007, p. 858.

²⁰⁸ MILANOVIĆ, Marko: “State Responsibility for Genocide”, *European Journal of International Law*, Vol. 17, N°3 (2006), pp. 553-604, p. 563; TAMS, Christian J.: “Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State?”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, N°5 (2002), pp. 1161-1180.

Así, las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito para el Estado infractor en caso de violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa no diferirán en principio, como hemos visto *supra*, de las previstas en la segunda parte del Proyecto de 2001 para todos los hechos ilícitos²⁰⁹, sobre todo teniendo en cuenta la mencionada supresión de las consecuencias que el Artículo 52 del Proyecto de 1996 contemplaba en materia de reparación.

Era de esperarse que semejante actitud de la CDI suscitara importantes críticas de la doctrina. Así, Drnas de Clément sostiene que el Capítulo III del Proyecto de 2001 fue vaciado de contenido, y que sus dos artículos carecen de sustancia conceptual propia: *“El Art. 41, referido a las “Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo”, de conformidad a la rúbrica del artículo, no considera en absoluto la cuestión. Se supone que las “consecuencias particulares” son las que surgen de la violación de la norma principal por parte del violador y con relación a él. Sin embargo, sorprendentemente, el proyecto hace surgir obligaciones para terceros inocentes (peor aún, damnificados in stirpes por la grave violación al derecho internacional)”*²¹⁰. En otros términos, en lugar de establecer consecuencias –reglas secundarias– para el Estado infractor, el Artículo 41 solamente establece nuevas obligaciones –de una naturaleza primaria– para los demás Estados.

En otra perspectiva, Milanović sostiene que el propósito del régimen de los Artículos 40 y 41 del Proyecto de 2001 es principalmente hacer una declaración: que hay ciertas obligaciones en virtud del derecho internacional que son fundamentales, por cuanto consagran valores comunitarios universales. Desafortunadamente, agrega, el régimen agravado aporta poca sustancia a la discusión, por cuanto trata más sobre obligaciones de terceros que de la responsabilidad del Estado que ha cometido la violación. Y así concluye que la concepción del régimen agravado adoptado por el Proyecto de 2001 no es simplemente un sustituto terminológico para la criminalidad estatal, sino que es un rechazo fundamental a la noción de un tipo diferente de responsabilidad, cuya naturaleza sigue siendo la misma incluso si las normas violadas forman el firmamento mismo del orden jurídico internacional²¹¹. No compartimos esta última afirmación del autor. Estamos de acuerdo en que el Proyecto de 2001 es diferente al de 1996 en

²⁰⁹ WYLER, Eric: op. cit., p. 1151.

²¹⁰ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: op. cit. en nota 175, p. 12.

²¹¹ MILANOVIĆ, Marko: op. cit., p. 563

lo que respecta a los crímenes internacionales/violaciones graves de normas imperativas y que no crea nuevos deberes para el Estado infractor, lo que lleva a Wyler a sostener que la idea de una responsabilidad “agravada” en el caso de un crimen implica en definitiva consecuencias muy modestas y es consistente con la naturaleza descentralizada de la sociedad internacional²¹² –por lo que la propia denominación de “régimen agravado” que usa Milanović tampoco sería, en el contexto del Proyecto de 2001, correcta–. No podemos, sin embargo, aceptar que la responsabilidad del Estado infractor –en nuestro caso, del agresor– sea la misma: la importancia de las obligaciones violadas y la gravedad de la violación –particularmente en el caso de la agresión–, así como las consecuencias para la comunidad internacional hacen que la responsabilidad sea diferente y justifiquen un régimen separado. El paso de “crímenes” a “violaciones graves” implicó un cambio de *nomen iuris*, pero no necesariamente de régimen²¹³.

Si, de conformidad con el párrafo 3 del Artículo 41, las violaciones graves generan “las demás consecuencias enunciadas en esta Parte”, es decir, las comunes a todo hecho ilícito, según señalamos *supra*, podemos preguntarnos aquí si existe la posibilidad de un agravamiento de esas consecuencias. No nos referiremos al levantamiento de las restricciones sobre la restitución y la satisfacción que obraban en el Artículo 52 del Proyecto de 1996, sino a si pueden existir ciertas variantes con relación a la indemnización y a las garantías de no repetición.

Tams llega a la conclusión de que en el derecho internacional general no hay consecuencias específicas para el Estado infractor en caso de una violación grave²¹⁴. En particular, al referirse a la posibilidad de una indemnización agravada limita su análisis a la idea de una indemnización punitiva, reduciendo a ello, como hicieron varios Estados, el significado del proyecto de Artículo 42 aprobado provisoriamente por el Comité de Redacción de la CDI en 2000²¹⁵.

²¹² WYLER, Eric: op. cit., p. 1151.

²¹³ En ese sentido, v. WYLER, Eric: op. cit.

²¹⁴ TAMS, Christian: op. cit., p. 1180.

²¹⁵ También Lambert Abdelgawad considera que con el rechazo a la noción de daño punitivo no puede advertirse diferencia en el régimen de reparación en los hechos ilícitos de acuerdo a su gravedad (LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth: “La spécificité des réparations pour crimes internationaux”, en TOMUSCHAT, Christian y THOUVENIN, Jean-Marc (Ed.): op. cit., 167-202).

El argumento no nos parece convincente: dicho artículo se refería a “*la obligación de pagar daños y perjuicios que reflejen la gravedad de la violación*”²¹⁶, y si bien el Relator Especial Crawford lo vinculó a una indemnización punitiva²¹⁷, la redacción escogida fue mucho más amplia, y podía contener otros supuestos. Aun así, la identificación con la idea de punición, y la infructuosa defensa de parte del Relator Especial, llevaron a la supresión, como vimos, de la propuesta.

Sin embargo, no creemos que de la suerte de esa propuesta pueda derivarse la inexistencia de alguna forma de reparación agravada para el caso de violación grave de normas imperativas. Su fracaso se debió, como dijimos, a la identificación –incorrecta, pensamos– con los daños punitivos, pero no al rechazo de toda forma de responsabilidad agravada. Orakhelashvili considera que, no obstante no encontrarse en el Proyecto de 2001, la CDI parece reconocer que en el caso de violaciones graves de normas imperativas, el pago de daños que reflejan la gravedad de la infracción no está excluido, dado que, en función del Artículo 41.3, el Estado autor permanece obligado por el deber de reparar de acuerdo al régimen de reparaciones del Proyecto²¹⁸.

Ahora bien, si la indemnización a la que se refería el Artículo 42 no tiene naturaleza punitiva, sino reparatoria²¹⁹, ¿en que se diferenciaría de la indemnización como forma de reparación de todo hecho ilícito según el Artículo 36 del Proyecto de 2001? La respuesta al interrogante presenta dos aspectos. El primero es que, mientras en la indemnización del Artículo 36 lo relevante es el daño, en el proyecto de Artículo 42 lo relevante es la gravedad de la violación, concepto que parece ser más amplio que el de “daño”. El segundo aspecto es que, de suyo, el deber de reparar en el caso de una violación grave será mayor que en el de un simple hecho ilícito por el solo hecho de que son cuantitativamente diferentes, y los efectos de uno serán, por la misma naturaleza de las cosas, mayores que los de otro. Tenemos la intuición, no obstante, de que tales daños podrían ser *cualita-*

²¹⁶ CDI: *Responsabilidad de los Estados. Proyecto de artículos aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura*, Documento A/CN.4/L.600, Naciones Unidas, Ginebra, 2000, p. 15.

²¹⁷ CDI: op. cit. en nota 149, p. 25.

²¹⁸ ORAKHELASHVILI, Alexander: “Peremptory Norms and Reparation for Internationally Wrongful Acts”, *Baltic Yearbook of International Law*, Vol. 3, N°1 (2003), pp. 19-55, p. 46.

²¹⁹ Sobre esta discusión, v. WITTICH, Stephan: “Punitive Damages”, en CRAWFORD, James y PELLET, Alain (Eds.): op. cit., pp. 667-675.

tivamente distintos, es decir, que la cuestión no sería de causalidad ni de magnitud del daño, sino de *consecuencias jurídicas diferentes*.

Pensamos que si la violación de la obligación es grave, y si esta emana de una norma que, por definición es “aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto”, existe un claro interés en que la violación tenga consecuencias adicionales para el infractor, como lo reconoció la propia CDI: “*las violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general pueden tener consecuencias adicionales, no solo para el Estado responsable sino para todos los demás Estados*”²²⁰. Estas consecuencias adicionales, pensamos, incluyen un agravamiento de la responsabilidad del Estado infractor²²¹, o al menos, es lo que parece surgir de la escasa práctica internacional al respecto, según se verá más adelante.

De otra forma, ¿qué sentido tendría concebir un régimen de responsabilidad diferenciado para ciertos hechos ilícitos, fundado en dos elementos como la relevancia de la obligación violada para la comunidad internacional en su conjunto y la gravedad de dicha violación, si no implicara consecuencias jurídicas agravadas para el estado infractor? Es allí donde radicaba la idea misma de “crimen internacional”, no como indicativo de una responsabilidad penal de los Estados, sino como expresión de la magnitud de la ofensa para la comunidad internacional²²².

Respecto a las garantías de no repetición, Tams²²³ se pregunta si, siendo una alternativa posible en los casos de hechos ilícitos²²⁴, podría verse como una consecuencia necesaria en el caso de violaciones graves. Como mencionamos, el Relator Especial Arangio-Ruiz había planteado la posibi-

²²⁰ CDI: op. cit. en nota 57, p. 120.

²²¹ Cannizzaro piensa que no puede excluirse que las consecuencias para el infractor puedan ser más onerosas en caso de una violación del *ius cogens* que aquellas contempladas para una violación “ordinaria” (CANNIZZARO, Enzo: “On the Special Consequences of a Serious Breach of Obligations Arising out of Peremptory Rules of International Law”, en CANNIZZARO, Enzo (Ed.): *The Present and Future of Jus Cogens*, Sapienza, Roma, 2015, pp. 133-144, p. 134).

²²² WEILER, Joseph H. H., CASSESE, Antonio y SPINEDI, Marina (Eds.): *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Walter de Gruyter, Berlin, 1988, p. 242.

²²³ TAMS, Christian J.: op. cit., p. 1164-1166.

²²⁴ Ya que, de conformidad al Artículo 30, inc. b) del Proyecto de 2001, la obligación de “ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición” procede “si las circunstancias lo exigen”.

lidad, sin distinguir entre la satisfacción y estas garantías, de las obligaciones de desarme en caso de agresión, citando como ejemplo la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad con relación al Iraq²²⁵, a la que nos referiremos en nuestro análisis de la práctica.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones acerca de la vinculación entre las medidas adoptadas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y las consecuencias en materia de responsabilidad internacional, podemos preguntarnos si efectivamente, las medidas de desarme constituyen una forma de garantías de no repetición y si estas son obligatorias en caso de agresión. Graefrath y Mohr consideran que las limitaciones del ejercicio de derechos soberanos para asegurar la no repetición de un crimen internacional son posibles, y citan ejemplos de la Segunda posguerra y la propia resolución 687 (1991) como medidas con ese fin²²⁶.

En conclusión, pensamos que la gravedad inherente a la agresión, confirmada por los trabajos de la CDI, y su indiscutible carácter de “violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa” admiten una respuesta teórica afirmativa al interrogante de una posible responsabilidad agravada del agresor. Incluso pensamos que existe una reducida pero incipiente práctica internacional en ese sentido, que analizaremos a continuación.

1.3.3. La responsabilidad por agresión en la práctica internacional

1.3.3.1. El caso del Iraq

Finalizada la Guerra del Golfo, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 687 (1991), por la que, entre otras cosas, reafirmó “*que el Iraq, independientemente de sus deudas y obligaciones anteriores al 2 de agosto de 1990, que se considerarán por los conductos normales, es responsable ante los gobiernos, los nacionales y las empresas extranjeros, con arreglo al derecho internacional, por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales, y por todo perjuicio directo resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait*”.

²²⁵ CDI: op. cit. en nota 142, párr. 32.

²²⁶ GRAEFRATH, Bernhard y MOHR, Manfred: op. cit., p. 127.

En virtud de esta resolución y la 692 (1991), el Consejo de Seguridad creó, como uno de sus órganos subsidiarios, una Comisión de Indemnización con funciones de determinación de hechos, que consisten en examinar las reclamaciones respecto de los daños de los que es responsable el Iraq, verificar su validez, evaluar las pérdidas y los pagos y pronunciarse respecto de reclamaciones controvertidas²²⁷.

Cuestión fundamental a los fines de nuestro análisis es el interrogante acerca de cuál es el origen de la responsabilidad del Iraq. Al respecto, los informes de la Comisión de Indemnización siempre señalan que el derecho aplicable, conforme al Artículo 31 de las normas de la propia Comisión relativas al procedimiento de tramitación de las reclamaciones²²⁸, es la resolución 687 (1991).

¿Significa ello que la propia resolución es la fuente de la responsabilidad del Iraq? La respuesta afirmativa sería posible, toda vez que fue aprobada en virtud del Capítulo VII de la Carta y en ejercicio de los enormes poderes que este le confiere al Consejo de Seguridad, como una medida para restablecer la paz y la seguridad internacionales de acuerdo a lo establecido en el Artículo 39 de la Carta²²⁹. En ese caso, estaríamos frente a una decisión del Consejo de Seguridad obligatoria para los Estados en virtud de lo dispuesto por el Artículo 25 de la Carta²³⁰. En nuestro análisis, esta determinación resultaría una consecuencia de la agresión en lo que respecta a la activación del sistema de seguridad colectiva, es decir,

²²⁷ Sobre la labor de la Comisión, v. FEIGHERY, Timothy J., GIBSON, Christopher S. y RAJAH, Trevor M.: *War Reparations and the UN Compensation Commission: Designing Compensation After Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

²²⁸ Que dispone: “*Los Comisionados aplicarán, para el examen de las reclamaciones, la resolución 687 (1991) y demás resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, los criterios publicados por el Consejo de Administración para determinadas categorías de reclamaciones y las decisiones pertinentes del Consejo de Administración. De ser necesario, los Comisionados aplicarán asimismo otras normas pertinentes de derecho internacional*” (V. documento S/AC.26/1992/10).

²²⁹ Es la opinión de HEISKANEN, Veijo y LEROUX, Nicolas: “*Applicable Law. Jus ad Bellum, Jus in Bello, and the Legacy of the Un Compensation Commission*”, en FEIGHERY, Timothy J., GIBSON, Christopher S. y RAJAH, Trevor M.: op. cit., pp. 48-80, pp. 52-53.

²³⁰ Recurriendo a la distinción entre normas primarias y secundarias, si aceptáramos esta postura, el Consejo de Seguridad estaría creando una nueva obligación en el marco de las normas primarias, y no simplemente reafirmando una responsabilidad que surge de las normas secundarias –por la violación de la norma primaria que en este caso es la prohibición del uso de la fuerza–.

como vimos, una de las consecuencias adicionales previstas en el Artículo 41.3 del Proyecto de 2001 y una de las medidas tomadas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, según el Artículo 59 del Proyecto, pero no una consecuencia propiamente dicha del hecho ilícito en términos de las normas de responsabilidad.

Sin embargo, esta interpretación no nos resulta convincente. No parece que el origen de la responsabilidad sea la propia resolución, toda vez que su propio texto “reafirma” dicha responsabilidad “con arreglo al derecho internacional”. De hecho, en la resolución 674 (1991), el Consejo de Seguridad había “recordado” al Iraq “*que, con arreglo al derecho internacional, es responsable por las pérdidas, daños o perjuicios ocasionados a Kuwait o a terceros Estados, y a sus nacionales y sociedades, como resultado de la invasión y de la ocupación ilegal de Kuwait por el Iraq*”. En ese sentido, el Consejo de Seguridad, solo estaría declarando —y no creando— una responsabilidad que le cabe al Iraq por la violación de alguna norma primaria²³¹. Aunque muy crítico de la actuación del Consejo de Seguridad en este caso, Graefrath reconoce que no puede cuestionarse la obligación de reparar como consecuencia de un crimen internacional si el Consejo ha determinado que tal crimen ha ocurrido²³². Pero agrega que incluso si el reclamo de reparación después de una guerra se considera como una consecuencia jurídica de un crimen internacional y por lo tanto pueda ser determinada por el Consejo de Seguridad e invocada por la comunidad internacional, ello se relaciona solamente con el deber general de reparar, pero no con los reclamos particulares individuales que habilitó a presentar ante la Comisión, órgano subsidiario propio²³³.

Es decir que el Consejo de Seguridad puede determinar cuándo se ha cometido un acto de agresión —identificando así al agresor—, acto al que el derecho internacional, como mencionamos, le atribuye consecuencias muy específicas, entre ellas el deber de reparar, y, por lo tanto, el Consejo puede recordarlo en sus resoluciones sin que ello implique la creación de una nueva obligación para el Estado infractor. Tanto el Relator Especial

²³¹ No entramos aquí en la discusión de si el Consejo de Seguridad está o no facultado por la Carta para decisiones de tipo cuasijudicial relativas a la responsabilidad de un Estado.

²³² GRAEFRATH, Bernhard: op. cit., p. 24

²³³ Ídem.

Arangio-Ruiz²³⁴ como la doctrina²³⁵ han reconocido que el Consejo de Seguridad tiene esta competencia al determinar la existencia de un acto de agresión y, agregamos nosotros, es precisamente una de las consecuencias de dicha determinación y una de las causas de que el Consejo no recurra al concepto de agresión. Volveremos sobre el particular.

¿A qué normas de derecho internacional se refiere la resolución? Ni el Consejo de Seguridad ni la Comisión las han especificado, limitándose la resolución a indicar que alcanza los daños y perjuicios directos resultantes “de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait”. Ello parecería señalar que el origen de la responsabilidad del Iraq se encuentra en dicha invasión y posterior ocupación, que constituyen una violación grave de la prohibición del uso de la fuerza y, como tal, un hecho ilícito generador de responsabilidad.

La cuestión se ha discutido principalmente en el marco de la responsabilidad por “el daño al medio ambiente” que menciona la resolución 687 (1991), que parece verse como una consecuencia de la invasión y ocupación del Iraq y no como una violación de obligaciones de naturaleza ambiental, como podrían ser, por ejemplo, las relativas a la protección del medio ambiente durante un conflicto armado²³⁶.

Sands parece compartir nuestra apreciación al sostener que la resolución 687 (1991) determina inequívocamente que un Estado puede ser responsable por daño ambiental que resulte de un uso ilícito de la fuerza²³⁷. En la misma línea, Birnie, Boyle y Redgewell afirman que la resolución significa que las violaciones de la Carta de las Naciones Unidas generan responsabilidad en virtud del derecho internacional, incluso por daño ambiental²³⁸. Roberts piensa que en el caso iraquí, el deber de reparar puede

²³⁴ CDI: op. cit. en nota 13, párr. 103.

²³⁵ GRAEFRATH, Bernhard: op. cit., p. 138.

²³⁶ Sobre el tema, v. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “El daño deliberado y substancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general”, *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* N° 78, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 265-296. También exploramos la cuestión en PEZZANO, Luciano: “Responsabilidad Internacional Ambiental por conflicto armado”, *Cuaderno de Derecho Ambiental*, N° VII (2015), pp. 207-258.

²³⁷ SANDS, Philippe: *Principles of International Environmental Law*, Segunda edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 878.

²³⁸ BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan y REDGEWELL, Catherine: *International Law and the Environment*, Tercera edición, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 205.

basarse más en la culpabilidad de un Estado por iniciar una guerra que en sus violaciones del *ius in bello*²³⁹, mientras que Schmitt señala que la base de la responsabilidad del Iraq fue la ocupación ilícita de Kuwait –una violación del *ius ad bellum*, específicamente, del Artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas– y los daños resultantes, más que cualquier violación de una prescripción ambiental²⁴⁰. Idéntica posición sostiene la Relatora Especial de la CDI sobre protección del ambiente en conflictos armados cuando afirma: “*la responsabilidad se debió a que el Iraq había violado normas del ius ad bellum en lugar de normas del ius in bello*”²⁴¹. Como sostiene Kazazi, la responsabilidad del Iraq reafirmada en la resolución 687 (1991) surge de la violación de una norma fundamental de derecho internacional, la prohibición del uso de la fuerza del Artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas²⁴².

Pero, en el marco de nuestro estudio, creemos que es posible ir más allá y considerar, dada la magnitud y gravedad de los hechos, y por tratarse de una norma –la prohibición del uso de la fuerza– que tiene el carácter de *ius cogens*, que estamos frente a una violación grave de una obligación que emana de una norma imperativa, un “crimen internacional”, según la terminología de la época, y más específicamente, un acto de agresión.

Con relación al Iraq, y según hemos considerado al analizar las consecuencias en el sistema de seguridad colectiva, el Consejo de Seguridad, al declarar que existía una invasión y una ocupación ilícita de Kuwait de parte del Iraq, implícitamente determinó la existencia de un acto de agresión²⁴³.

Así, el Iraq fue declarado responsable por los daños directos “resultantes de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait”, es decir, como consecuencia de su agresión (una violación grave de una obligación emanada

²³⁹ ROBERTS, Adam: “The law of war and environmental damage”, en AUSTIN, Jay E. y BRUCH, Carl E. (Ed.): *The environmental consequences of war*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 47-86, p. 48.

²⁴⁰ SCHMITT, Michael N.: “War and the environment: fault lines in the prescriptive landscape”, en AUSTIN, Jay E. y BRUCH, Carl E. (Ed.): op. cit., pp. 87-136, p. 89.

²⁴¹ CDI: *Tercer informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*. Documento A/CN.4/700, Naciones Unidas, Nueva York, 2016, p. 73, nota 376.

²⁴² KAZAZI, Mojtaba: “Environmental Damage in the Practice of the UN Compensation Commission”, en BOWMAN, Michael y BOYLE, Alan: *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 111-132, p. 116.

²⁴³ GRAEFRATH, Bernhard y MOHR, Manfred: op. cit., p. 112

de una norma imperativa, es decir, la prohibición del uso de la fuerza) y no por la violación de otras normas, sean estas, por ejemplo, del *ius in bello*, o del derecho internacional ambiental. Como sostiene Comellas, “*aunque la causa de la responsabilidad iraquí aparece fundada en el derecho internacional, el Consejo en realidad solo retiene la violación del ius ad bellum al referirse a la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait. Es más, lo que este órgano tiene verdaderamente en cuenta son los daños y perjuicios ocasionados por dicha violación, y no la violación en sí misma. La formulación del citado párrafo 16 deja por tanto de lado la cuestión del respeto del ius in bello, pues Iraq debe responder en principio de todos los daños causados, independientemente de que fueran –o no– resultado de una violación del Derecho internacional de los conflictos armados: los únicos factores que deben determinarse en cada caso son el daño sufrido por el reclamante y la conexión causal entre el daño y la invasión y ocupación de Kuwait*”²⁴⁴. La misma autora comparte nuestra opinión respecto de la responsabilidad del Iraq como agresor al concluir que el régimen de responsabilidad internacional aplicado por el Consejo de Seguridad “*está fundado en el principio de que el Estado agresor debe reparar los daños causados por la agresión, independientemente de la violación específica de cualquier otra norma del Derecho internacional*”²⁴⁵. Por su parte, Gattini considera que la Comisión de Indemnización parece reconocer un régimen de responsabilidad global del Iraq por todas las consecuencias de su agresión²⁴⁶.

De esta forma, queda para nosotros demostrado que el origen de la responsabilidad del Iraq está en la invasión y ocupación de Kuwait, que al implicar una violación grave de su obligación de abstenerse del uso de la fuerza, constituyó un acto de agresión.

Nos resta, sin embargo, preguntarnos si se trató o no de una responsabilidad agravada del agresor en el sentido que hemos apuntado. Para ello, analizaremos en primer lugar el *alcance* la responsabilidad del Iraq.

De acuerdo a la resolución 687 (1991), Iraq era responsable por toda pérdida directa y daño directo, y por todo perjuicio directo “*resultante de*

²⁴⁴ COMELLAS AGUIRREZÁBAL, María Teresa: *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el Derecho Internacional Humanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 122.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 126.

²⁴⁶ GATTINI, Andrea: “The UN Compensation Commission: Old Rules, New Procedures on War Reparations”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, N°1 (2002), pp. 161-181, p. 174.

la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait”. El Consejo de Administración de la Comisión precisó que podían hacer reclamos las personas físicas, corporaciones y otras entidades, gobiernos y organizaciones internacionales, por “todas las pérdidas sufridas como consecuencia de: a) Operaciones militares o amenaza de acción militar por cualquiera de las partes en el período comprendido entre el 2 de agosto de 1990 y el 2 de marzo de 1991; b) La salida del Iraq o la imposibilidad de salir del Iraq o de Kuwait o la decisión de no regresar al Iraq o Kuwait en ese período; c) Actos de funcionarios, empleados o agentes del Gobierno del Iraq o de entidades controladas por este en ese período, realizados con motivo de la invasión o la ocupación; d) El quebrantamiento del orden jurídico en Kuwait o en el Iraq durante ese período; o e) La toma de rehenes u otra detención ilegal”²⁴⁷. En el caso de los gobiernos y organizaciones internacionales, también podían reclamar por “los daños directos causados al medio ambiente y por la explotación abusiva de recursos naturales que sean consecuencia de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait por el Iraq”²⁴⁸.

Como se advierte, el alcance de la responsabilidad del Iraq es muy extenso²⁴⁹, llegando incluso a ser responsable por los daños ocasionados por las operaciones militares de la Coalición Internacional que liberó Kuwait en cumplimiento de la autorización dada por el Consejo de Seguridad en la resolución 678 (1990). Este aspecto particular es considerado por parte de la doctrina como una de las más importantes consecuencias de haber basa-

²⁴⁷ COMISIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: *Decisión N°7 del Consejo de Administración: Criterios aplicables a categorías adicionales de reclamaciones*, Documento S/AC.26/1991/7/Rev.1, Naciones Unidas, Ginebra, 1992, párr. 6, 21 y 34.

²⁴⁸ Que comprenden “todas las pérdidas o gastos sufridos como consecuencia de: a) La mitigación y prevención de los daños causados al medio ambiente, incluidos los gastos relacionados directamente con la extinción de los incendios petrolíferos y la detención del vertimiento de petróleo en aguas costeras e internacionales; b) Las medidas razonables ya adoptadas para limpiar y restaurar el medio ambiente o las medidas que se adopten en el futuro y que pueda demostrarse que son razonablemente necesarias para limpiar y restaurar el medio ambiente; c) La vigilancia y evaluación razonables de los daños causados al medio ambiente a los fines de evaluar y mitigar los daños y de restaurar el medio ambiente; d) La vigilancia razonable de la salud pública y la realización de exámenes médicos a los fines de investigar y combatir el aumento de los riesgos para la salud derivados de los daños causados al medio ambiente; y e) La explotación abusiva o los daños causados a los recursos naturales” (Ibidem, párr. 35).

²⁴⁹ Durante la labor de la Comisión, se presentaron cerca de 2,7 millones de reclamos, de los que aproximadamente 1,5 fueron concedidos, por un total de 52.000 millones de dólares en indemnizaciones, de los que ya 47.800 millones fueron pagados.

do la responsabilidad del Iraq en su violación del Artículo 2.4 de la Carta²⁵⁰, es decir, en su acto de agresión. De otra forma, resultaría difícil verlo como un mero “daño directo” resultante de la invasión de Kuwait. El carácter de la indemnización debida por el Iraq por este concepto en particular se asemeja mucho más a “la obligación de pagar daños y perjuicios que reflejen la gravedad de la violación” que discutió la CDI que a la indemnización del Artículo 36 del Proyecto de 2001²⁵¹.

De esta manera, pensamos que hay en el caso del Iraq un incipiente reconocimiento de una responsabilidad internacional agravada para el agresor²⁵², que conlleva un amplio y extenso deber de reparar los daños y pérdidas ocasionadas por su agresión.

A la vez, y para subrayar que estamos realmente frente a una violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa, el caso también es ilustrativo de las consecuencias respecto de los demás Estados, que hoy se encuentran en el Artículo 41 del Proyecto de 2001. Así, y sin perjuicio de la varias veces apuntada dificultad para distinguir entre las consecuencias derivadas del sistema de seguridad colectiva de las establecidas en el régimen de responsabilidad internacional, debemos recordar que, en virtud de la resolución 662 (1990), el Consejo de Seguridad exhortó a los Estados a no reconocer la anexión de Kuwait, que podemos equiparar al deber de no reconocimiento²⁵³ en el Artículo 41.2 del Proyecto de 2001, y por su resolución 665 (1990), instó a los Estados a cooperar para dar cumplimiento a sus resoluciones anteriores, es decir, una forma de cooperar para poner fin al hecho ilícito, en el sentido del Artículo 41.1 del Proyecto.

²⁵⁰ GREENWOOD, Christopher: “State Responsibility and Civil Liability for Environmental Damage Caused by Military Operations”, en GRUNAWALT, Richard J., KING, John E. y MCCLAIN, Ronald S. (Eds.): *Protection of the Environment During Armed Conflict*, Naval War College, Newport, 1996, pp. 397-415, p. 408.

²⁵¹ En contra, v. GATTINI, Andrea: op. cit., p. 162.

²⁵² Graefrath y Mohr fundan la diferente naturaleza de la reparación en casos de agresión –como crímenes internacionales– en otros factores, a partir de la resolución 687 (1991): la obligación de restitución y reparación, y su amplitud, puede ser determinada por decisión del Consejo de Seguridad; la obligación no está abierta a negociación y tiene que ser aceptada por el Estado agresor; los métodos de pago y la administración del procedimiento de reparación están bajo la supervisión del Consejo de Seguridad; para asegurar la restitución y el pago de los daños se haga, toda la economía del país involucrado puede estar sujeta a control internacional (GRAEFRATH, Bernhard y MOHR, Manfred: op. cit., p. 121)

²⁵³ En el mismo sentido, GRAEFRATH, Bernhard: op. cit., p. 13.

Por otra parte, las severas imposiciones en materia de desarme que realizó el Consejo de Seguridad en la resolución 687 (1991)²⁵⁴ permiten al menos discutir su consideración como garantías de no repetición en el marco de la responsabilidad internacional del Iraq²⁵⁵, aunque, como se ha dicho, sea dificultoso distinguirlas de las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad en ejercicio de sus competencias en virtud del Capítulo VII de la Carta²⁵⁶.

En definitiva, el caso del Iraq es no solamente el caso de activación del sistema de seguridad colectiva más cercano al ideado por los redactores de la Carta, sino también el que muestra la reacción más completa de la comunidad internacional ante una agresión en el derecho internacional contemporáneo. No obstante su falta de calificación explícita por el Consejo de Seguridad y las críticas que puedan realizarse al accionar de este, la invasión de Kuwait es el ejemplo paradigmático de agresión en nuestros tiempos, y de allí que su análisis se vuelva imprescindible para nuestra investigación. Su naturaleza de acto de agresión nos parece indiscutible, no solamente por estar contemplado específicamente en el Artículo 3, inc. a) de la Definición de la Agresión, sino también, como hemos visto, por la propia reacción del Consejo de Seguridad. Ello nos lleva a la inevitable conclusión de que estamos frente a una violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa, que se pondrá de manifiesto en sus consecuencias en materia de responsabilidad, no solamente en cuanto a la generación de deberes para los demás Estados, compatibles con lo dispuesto en el Artículo 41 del Proyecto de 2001, sino también en lo que respecta a la propia responsabilidad del Iraq, que por su alcance y la magnitud de su deber de reparar entendemos se trata de un caso de responsabilidad agravada.

1.3.3.2. El caso de Etiopía y Eritrea

La interpretación que adelantamos, en el sentido de que la responsabilidad del Iraq por su acto de agresión es un caso de responsabilidad agravada, parece confirmarse por lo resuelto por la Comisión de Reclama-

²⁵⁴ V. en particular, los párrafos 8, 9, 10 y 12.

²⁵⁵ GOWLLAND-DEBBAS, Vera: "Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43 (1994), pp. 55-98, p. 83.

²⁵⁶ Kamto se inclina por considerarlas como sanciones específicas, aunque sí las reconoce como consecuencias de un acto de agresión (KAMTO, Maurice: op. cit., p. 240).

ciones Etiopía-Eritrea²⁵⁷. Esta, si bien declaró que Eritrea había violado el Artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas al atacar el territorio de Etiopía²⁵⁸, aclaró que su decisión no implicaba reconocer que Eritrea había iniciado una guerra de agresión que generara una extensa responsabilidad financiera como reclamaba Etiopía²⁵⁹. Así, y teniendo en cuenta que Etiopía invocaba el precedente de la resolución 687 (1991) y desarrollos posteriores a su favor, la Comisión analizó las diferencias entre ambas situaciones y el accionar del Consejo de Seguridad en ellas, para concluir: *“El Consejo de Seguridad –un órgano dotado de grandes poderes y responsabilidad por la Carta– hizo juicios relativos a la invasión y completa ocupación de Kuwait que no hizo en el caso del uso ilícito de la fuerza de Eritrea contra Etiopía. [...] La Comisión concluyó que tenía jurisdicción para decidir el reclamo de Etiopía de que Eritrea había violado el ius ad bellum. Tomó una decisión específica respecto de esa violación en el sentido de que esta no implicaba que Eritrea hubiera iniciado una guerra de agresión, hubiera ocupado grandes partes de Etiopía, o se hubiera involucrado de otra manera en la forma de manifiesta ilegalidad que el Consejo de Seguridad*

²⁵⁷ El Acuerdo de Argel puso fin al conflicto armado internacional que enfrentó a Etiopía y Eritrea entre 1998 y 2000 y también estableció la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, cuyo mandato era: *“decidir, mediante arbitraje vinculante, acerca de todas las reclamaciones por pérdida, daños o lesiones [...] que a) estén relacionadas con el conflicto que fue objeto del Acuerdo Marco, las Modalidades para su Aplicación y el Acuerdo de Cesación de Hostilidades, y b) resulten de violaciones del derecho internacional humanitario, incluidos los Convenios de Ginebra de 1949, u otras violaciones del derecho internacional”* (ASAMBLEA GENERAL - CONSEJO DE SEGURIDAD: *Cartas idénticas de fecha 12 de diciembre de 2000 dirigidas al Secretario General y al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Argelia ante las Naciones Unidas*, Documento A/55/686-S/2000/1183, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 5).

²⁵⁸ La Comisión sostuvo que *“Eritrea violated Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations by resorting to armed force to attack and occupy Badme, then under peaceful administration by Ethiopia, as well as other territory in the Tahtay Adiabo and Laelay Adiabo Weredas of Ethiopia, in an attack that began on May 12, 1998, and is liable to compensate Ethiopia, for the damages caused by that violation of international law”* (ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION: *Partial Award, Jus Ad Bellum*, 19 de diciembre de 2005, párr. 16).

²⁵⁹ *“The Commission does not regard its jus ad bellum finding as a finding that Eritrea initiated an aggressive war for which it bears the extensive financial responsibility claimed by Ethiopia”* (ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION: *Decision N°7: Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability*, 27 de julio de 2007, párr. 5).

identificó en el caso de la invasión y ocupación de Kuwait”²⁶⁰. Pese a ello, reconoció que Etiopía tenía derecho a reclamar por los daños derivados de la violación del *ius ad bellum* de parte de Eritrea, sujetos a la decisión final de la Comisión.

En su laudo final, la Comisión insistió en que la violación del *ius ad bellum* de Eritrea era diferente en magnitud a una guerra de agresión y que, por lo tanto, la responsabilidad en el caso es mucho más limitada. En particular, sostuvo: “*el derecho de la responsabilidad del Estado debe mantener una medida de proporción entre el carácter de un delito y la indemnización debida. Etiopía instó fuertemente por la aplicación de este principio de una manera diferente, al reclamar un enorme daño moral, sobre la base de que Eritrea había cometido delitos gravísimos que ameritaban una masiva indemnización adicional. La violación de Eritrea del ius ad bellum en mayo de 1998 como fue decidido por la Comisión fue seria, y tuvo serias consecuencias. No obstante, tal violación fue diferente en magnitud y carácter de los usos agresivos de la fuerza al comienzo de la Segunda Guerra Mundial, la invasión de Corea del Sur en 1950 o la invasión y ocupación de Kuwait por Iraq en 1990. La Comisión cree que la determinación de la indemnización debe tomar tales factores en cuenta*”²⁶¹.

²⁶⁰ Traducción propia; “*The Security Council –a body given great powers and responsibilities by the Charter– made judgements regarding the invasion and complete occupation of Kuwait that it did not make in the case of Eritrea’s unlawful use of force against Ethiopia. [...] The Commission concluded that it had jurisdiction to decide Ethiopia’s claim that Eritrea had violated the jus ad bellum. It made a specific finding regarding that violation that did not include a finding that Eritrea had waged an aggressive war; had occupied large parts of Ethiopia, or otherwise engaged in the sort of widespread lawlessness that the Security Council identified in the case of the invasion and occupation of Kuwait*” (Ibidem, párr. 32).

²⁶¹ Traducción propia; “*the Commission believes that the law of State responsibility must maintain a measure of proportion between the character of a delict and the compensation due. Ethiopia strongly urged this principle in a different setting, in claiming huge moral damages, on the ground that Eritrea had committed egregious delicts meriting massive additional compensation. Eritrea’s violation of the jus ad bellum in May 1998 as found by the Commission was serious, and had serious consequences. Nevertheless, that violation was different in magnitude and character from the aggressive uses of force marking the onset of the Second World War, the invasion of South Korea in 1950, or Iraq’s 1990 invasion and occupation of Kuwait. The Commission believes that determination of compensation must take such factors into account*” (ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION: *Ethiopia’s Damages Claims, Final Award*, 17 de agosto de 2009, párr. 312).

Al comentar este pasaje, Weeramantry sostiene que el hecho de que la Comisión se haya enfocado en el grado y la naturaleza de los hechos ilícitos, en lugar de los daños causados, parece haber resultado de la significativa falta de prueba el daño y el tiempo y los recursos limitados disponibles para la Comisión y las partes. El enfoque de la Comisión debe así ser considerado como *sui generis* más que como un reflejo del derecho internacional²⁶². Graham no comparte esta opinión y ve en esta vinculación que hizo la Comisión entre el monto de la indemnización y la gravedad de la infracción, junto a cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana, como la emergencia de una lenta cristalización de una nueva categoría de daños²⁶³.

Por nuestra parte, sostenemos que la interpretación de la Comisión parece confirmar que: a) no todos los usos ilícitos de la fuerza son iguales²⁶⁴; b) que la diferencia entre la agresión y otros usos de la fuerza no solo radica en su gravedad (que la Comisión llama “carácter” y “magnitud”), sino en sus diferentes consecuencias jurídicas, incluso en materia de responsabilidad internacional y determinación de la reparación²⁶⁵; y c) que la agresión genera un deber de reparar mayor y más extenso que el de otros hechos ilícitos, debiéndose tener en cuenta para ello el alcance y carácter del conflicto, así como el comportamiento ilícito que lo desencadenó²⁶⁶.

²⁶² WEERAMANTRY, J. Romesh: “Eritrea’s Damages Claims (Eritrea v. Ethiopia), Final Award. Ethiopia’s Damages Claims (Ethiopia v. Eritrea), Final Award”, *American Journal of International Law*, Vol. 104, N°3 (2010), pp. 480- 488, p. 486.

²⁶³ GRAHAM, James: “The Compensation of Damage as Result of the State’s International Responsibility: An Overview”, en ANDRES, Gabriel E. y PAVÓN PISCITELLO, Daniel (Dir.): *Responsabilidad internacional de los Estados. Desarrollo actual, perspectivas y desafíos*, Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 2012, pp. 43-55, p. 51.

²⁶⁴ Como venimos sosteniendo desde el Capítulo I.

²⁶⁵ Murphy, Kidane y Snider son muy críticos de la labor de la Comisión, al no compartir la distinción que esta realiza, puesto que parecen considerar que se trató de una agresión, aunque no abundan en argumentos respecto de esta caracterización (MURPHY, Sean D., KIDANE, Won y SNIDER, Thomas R.: *Litigating War: Mass Civil Injury and the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 127 y ss.).

²⁶⁶ MATHESON, Michael J.: “The Damage Awards of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 9 (2010), pp. 1-15, p. 14.

Castagnetti menciona que, de acuerdo a algunos autores, solo cuando existe una guerra de agresión²⁶⁷ propiamente dicha, existiría un derecho a la reparación plena por daños de guerra y cuando exista un mero uso de la fuerza, aunque ilícito, no existiría tal responsabilidad extensiva. Esto parece deberse a una suerte de aquiescencia de la comunidad internacional, o a una voluntad de mediación, que no puede existir cuando un Estado ataca a otro con la intención precisa de conquistarlo y destruir su independencia política. Esta parece ser la opinión de la Comisión, que condena a Eritrea por violación del *ius ad bellum*, pero no reconoce una responsabilidad extensiva²⁶⁸.

Así, entendemos, nuestra interpretación inicial se ve confirmada: la agresión da lugar a una responsabilidad agravada, más amplia y extensa, que se traduce en un mayor deber de reparar los daños causados por esa agresión. Y aunque ello no sucedía en el caso que tuvo ante sí, la Comisión ratificó nuestra interpretación de que la responsabilidad del Iraq por la invasión de Kuwait sí reunía tales características.

1.3.3.3. El caso de las Actividades armadas en el territorio del Congo

El caso de las *Actividades armadas*²⁶⁹ es, probablemente, el más cercano a la posible determinación por la Corte Internacional de Justicia de la existencia de un acto de agresión, a la vez que plantea interesantes cuestiones en materia de responsabilidad internacional.

A diferencia de casos anteriores en que se ventilaba la violación de la prohibición del uso de la fuerza²⁷⁰, el Congo incluyó explícitamente en sus pretensiones la calificación de las acciones de Uganda como agresión. Así,

²⁶⁷ Aunque la autora y la propia Comisión en sus decisiones utilizan la expresión “guerra de agresión”, consideramos que debe interpretarse como “agresión”, ya que entendemos que la primera no tiene un significado jurídico en el derecho internacional actual. Volveremos sobre ello en el Capítulo IV.

²⁶⁸ CASTAGNETTI, Luisa: “The Damages Awards of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission: War Damages and Reparations for Violation of *Jus Ad Bellum*”, *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. 19, N° 1 (2009), pp. 279- 295, p. 286.

²⁶⁹ Sobre el fallo, v., *i. a.*, SALAS, Graciela R.: “Caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo”, *Cuaderno de Derecho Internacional* N° VI (2012), pp. 12-28; OKOWA, Phoebe N.: “Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55 (2006), p. 742-753.

²⁷⁰ *V. i. a.*, CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*. *I.C.J. Reports 1986*, p. 14; *Oil Plat-*

en la demanda, entre otras cosas, pidió a la Corte que juzgue y declare que: “*Uganda es culpable de un acto de agresión en el sentido de la definición que figura en el artículo 1 de la resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, y contrario a las disposiciones del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas*”²⁷¹. Además, tanto en la Memoria, como en la Réplica, como al cierre de los alegatos orales, pidió a la Corte que falle y declare, entre otras cosas: “*Que la República de Uganda, al llevar a cabo acciones militares y paramilitares contra la República Democrática del Congo, ocupando su territorio y prestando un activo apoyo militar, logístico, económico y financiero a las fuerzas irregulares que allí operan, y habiendo llevado a cabo allí operaciones, ha violado los siguientes principios del derecho convencional y el derecho consuetudinario: - El principio de la no utilización de la fuerza en las relaciones internacionales, incluida la prohibición de la agresión...*”²⁷². Además, en la Memoria, la República Democrática del Congo (RDC) desarrolla una línea argumental para sostener que los actos de Uganda constituyen agresión²⁷³.

Sin embargo, la Corte no se hizo eco de este pedido ni calificó las acciones de Uganda como agresión, sino que concluyó: “*Uganda ha violado la soberanía y también la integridad territorial de la RDC. Las acciones de Uganda constituyen asimismo una intervención en los asuntos internos de*

forms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 161.

²⁷¹ Traducción propia; “*Uganda is guilty of an act of aggression within the meaning of Article 1 of resolution 3314 of the General Assembly of the United Nations of 14 December 1974 and of the jurisprudence of the International Court of Justice, contrary to Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter*” (CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, párr. 23*).

²⁷² Traducción propia; “*... that the Republic of Uganda, by engaging in military and paramilitary activities against the Democratic Republic of the Congo, by occupying its territory and by actively extending military, logistic, economic and financial support to irregular forces operating there, has violated the following principles of conventional and customary law: - the principle of non-use of force in international relations, including the prohibition of aggression...*” (CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, párr. 24*).

²⁷³ CIJ: *Affaire Relative Aux Activités Armées sur le Territoire du Congo (République Démocratique du Congo C. Ouganda) Mémoire de la République Démocratique du Congo*, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/8321.pdf>, al 31 de diciembre de 2020, pp. 176-179.

*la RDC y en la guerra civil que allí se desarrolla. La intervención militar ilícita de Uganda fue de tal magnitud y duración que la Corte la considera como una violación grave de la prohibición del uso de la fuerza expresada en el Artículo 2, párrafo 4 de la Carta*²⁷⁴.

El gran interrogante en esta cuestión es qué significa que la Corte haya considerado que la intervención armada de Uganda en el Congo era una “violación grave de la prohibición del uso de la fuerza”. Recordemos que la caracterización de la prohibición del uso de la fuerza como norma imperativa es aceptada en forma ampliamente mayoritaria por la doctrina, como ya lo hemos señalado *supra*.

Con ello en mente, podemos preguntarnos, ¿está la Corte diciendo que se está ante una “violación grave de una obligación que emana de una norma imperativa” en el sentido del Proyecto de 2001? Recordemos que la propia CDI da como ejemplo casi paradigmático de este tipo de violaciones a la agresión en sus comentarios al Proyecto²⁷⁵. Al respecto, Casanovas afirma: “*Al utilizar la noción de ‘violación grave’ la define como un tipo de hecho internacionalmente ilícito que según los recientes trabajos de codificación de la responsabilidad internacional de los Estados se predica de las obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho internacional general o de ius cogens y cuya violación tiene consecuencias específicas*”²⁷⁶. Sería muy extraño, por otro lado, que la Corte utilizara términos que en el derecho internacional actual tienen un contenido muy específico con un sentido distinto. Pero, si la Corte en efecto reconoció que se estaba ante una violación grave de una norma imperativa, ¿por qué no sostuvo que se trataba de una agresión?²⁷⁷

²⁷⁴ Traducción propia; “*Uganda has violated the sovereignty and also the territorial integrity of the DRC. Uganda’s actions equally constituted an interference in the internal affairs of the DRC and in the civil war there raging. The unlawful military intervention by Uganda was of such a magnitude and duration that the Court considers it to be a grave violation of the prohibition on the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the Charter*” (CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, párr. 165).

²⁷⁵ CDI: op. cit. en nota 57, p. 121, párr. 8.

²⁷⁶ CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: op. cit., p. 1038.

²⁷⁷ Chinchón Álvarez se pregunta lo mismo y reflexiona sobre “*la aparición de un nuevo rodeo para dar a entender algo que hubiera podido expresarse más brevemente, esto es, de un nuevo circunloquio que podría haberse resumido en una sola palabra: Agresión*” (CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier: “Nuevas oportunidades y viejos circunloquios de la Corte Internacional de Justicia: A propósito de la legítima defensa (preventiva) en la historia de una violación grave de la prohibición del uso de la fuerza que no quiso ser

La posición de la Corte fue criticada desde el comienzo, incluso por dos de sus miembros, en sendas opiniones separadas a la sentencia de la Corte. El magistrado Elaraby dedica la totalidad de su opinión separada a esta cuestión, comenzando por señalar que la RDC a lo largo de todo el proceso caracterizó las acciones de Uganda como agresión y solicitó a la Corte que así lo declarara. Al comentar el pasaje en que la Corte considera la intervención como una “violación grave”, el magistrado sostiene: *“Así, mientras la Corte usa un lenguaje excepcionalmente fuerte para enfatizar la gravedad del uso de la fuerza en este caso, se abstiene de considerar la demanda adicional de la República Democrática del Congo de que tales actos, habida cuenta de su propia gravedad así como sus características específicas, constituyen agresión. La agresión es el núcleo y la esencia misma del uso de la fuerza prohibido en virtud del Artículo 2, párrafo 4 de la Carta”*²⁷⁸. En vista de la demanda del Congo, y de la gravedad de las violaciones reconocidas por la Corte, el magistrado Elaraby considera que corresponde a la Corte responder al serio planteo del Congo acerca de que las actividades de Uganda también constituyen una agresión prohibida por el derecho internacional.

Específicamente respecto de la competencia de la Corte en la especie, Elaraby sostuvo: *“El Artículo 39 confiere al Consejo de Seguridad la autoridad de hacer una determinación de la “existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, en orden de hacer recomendaciones o decidir la acción en virtud de otras disposiciones del Capítulo VII para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.*

llamada agresión. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de diciembre de 2005 en el asunto relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio, QUEL LÓPEZ, Francisco Javier y LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma (Eds.): *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, pp. 419-450, p. 440).

²⁷⁸ Traducción propia; *“Thus while the Court uses exceptionally strong language to emphasize the gravity of the use of force in this case, it fails to consider the additional claim of the Democratic Republic of the Congo that such acts, on account of their very seriousness as well as their specific characteristics, constitute aggression. Aggression is the core and the very essence of the use of force prohibited under Article 2, paragraph 4, of the Charter. As the Preamble of the Definition of Aggression states, “aggression is the most serious and dangerous form of the illegal use of force” (CIJ: Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, Opinión separada de Elaraby, p. 328).*

*No se sigue de ello, sin embargo, que la identificación de la agresión está solamente dentro de la competencia del Consejo de Seguridad. La Corte ha confirmado el principio de que las responsabilidades del Consejo de Seguridad relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales son “primordiales, no exclusivas” (Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962, p. 163), y es claro que la agresión —como un concepto jurídico así como político— puede igualmente concernir a otros órganos competentes de las Naciones Unidas, incluyendo la Corte como “el órgano judicial principal de las Naciones Unidas” (Artículo 92, Carta de las Naciones Unidas). Aunque el uso del término en el discurso político y popular está a menudo altamente cargado, se mantiene no obstante, que la agresión es un concepto jurídico con connotaciones jurídicas y consecuencias jurídicas, asuntos que claramente caen dentro de la competencia de la Corte, particularmente cuando las circunstancias de un caso que le es llevado requieren una decisión al respecto*²⁷⁹. Sus argumentos son claros y tienen dos vertientes fácilmente identificables. Por un lado, la de la distribución de competencias en el sistema de la Carta: no siendo la responsabilidad del Consejo de Seguridad de mantener la paz y la seguridad internacionales exclusiva, sino primordial, en virtud del Artículo 24 de la Carta, tampoco lo es su facultad de determinación del Artículo 39, y la agresión puede resultar de la incumbencia de otros órganos competentes de la Organización,

²⁷⁹ Traducción propia; “Article 39 confers upon the Security Council the authority to make a determination of the “existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression” in order to make recommendations and take action under other provisions of Chapter VII for the maintenance of international peace and security. It does not follow however that the identification of aggression is solely within the purview of the Security Council. The Court has confirmed the principle that the Security Council’s responsibilities relating to the maintenance of international peace and security are “‘primary’ not exclusive” (Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962, p. 163), it is clear that aggression — as a legal as well as a political concept — can be of equal concern to other competent organs of the United Nations including the Court as “the principal judicial organ of the United Nations” (Art. 92, Charter of the United Nations). Although the term’s use in political and popular discourse is often highly charged, it nevertheless remains that aggression is a legal concept with legal connotations and legal consequences, matters which fall clearly within the remit of the Court, particularly when the circumstances of a case coming before the Court call for a decision thereon” (CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, Opinión separada de Elaraby, p. 329-330).

incluso la Corte, en su función de órgano judicial principal. Por el otro lado, la vertiente de la naturaleza de la agresión: no obstante ser un concepto con connotaciones políticas, la agresión es también un concepto jurídico con consecuencias jurídicas, lo cual cae dentro de la función de la Corte.

Continúa la opinión separada de Elaraby mencionando la resolución 3314 (XXIX) y recuerda que la Corte reconoció la naturaleza consuetudinaria del Artículo 3, inc. g) en el precedente de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, pero agrega: “*La gravedad de las circunstancias fácticas y el contexto del presente caso empequeñece al del caso Nicaragua. El reconocimiento por la Corte del status de derecho internacional consuetudinario de la definición de la agresión es de considerable importancia para el presente caso y en particular para el reclamo de la República Democrática del Congo de que Uganda ha violado la prohibición de la agresión en el derecho internacional. De hecho, la definición de la agresión se aplica a fortiori en la situación de marras: el pleno vigor de las disposiciones de la Carta es aplicable; la naturaleza y la forma de las actividades bajo consideración caen más claramente dentro del alcance de la definición; la evidencia ante la Corte es más completa y ambas partes han estado presentes en todas las etapas del proceso*”²⁸⁰. Es más que significativo que el magistrado haga hincapié en el valor de la resolución 3314 (XXIX) y en la gravedad como característica definitoria de la agresión –recordando lo que la propia Corte había sostenido en *Nicaragua*–, característica que daba por satisfecha ampliamente en el caso bajo análisis.

En conclusión, el magistrado Elaraby opina que no hay razón que impidiera a la Corte declarar que las acciones de Uganda constituyeron agresión.

²⁸⁰ Traducción propia; “*The gravity of the factual circumstances and context of the present case dwarfs that of the Nicaragua case. The acknowledgment by the Court of the customary international law status of the definition of aggression is of considerable importance to the instant case and in particular to the Democratic Republic of the Congo’s claim that Uganda has violated the prohibition of aggression in international law. Indeed the definition of aggression applies a fortiori to the situation at hand: the full force of the Charter provisions are applicable; the nature and form of the activities under consideration fall far more clearly within the scope of the definition; the evidence before the Court is more complete and both Parties have been present at all stages of the proceedings*” (CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, Opinión separada de Elaraby, p. 331).

La misma fue la postura del magistrado Simma. Con breves términos, critica que la Corte haya omitido considerar la demanda del Congo acerca de la agresión de Uganda y afirma: “*Si alguna vez hubo una actividad militar ante la Corte que merezca ser calificada como un acto de agresión, es la invasión ugandesa de la RDC. Comparadas con su escala e impacto, las aventuras militares con las que la Corte tuvo que tratar en casos anteriores, como el del Canal de Corfú, las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, o las Plataformas petrolíferas, bordean lo insignificante*”²⁸¹.

En lo que respecta al presente análisis, creemos que esta situación plantea al menos tres alternativas: 1) no obstante usar el lenguaje del Artículo 40 del Proyecto de 2001, la Corte no utilizó su contenido, declarando que la intervención de Uganda fue una mera violación de la prohibición del uso de la fuerza, pero no una agresión; 2) la Corte reconoció que la intervención ugandesa era una “violación grave” en el sentido del Proyecto de 2001, pero que no equivalía a una agresión; y 3) la Corte, al declarar que la intervención era una “violación grave” reconoció implícitamente que se trataba de una agresión, pero omitió declararlo en forma expresa por otros motivos.

Por las razones que hemos señalado *supra* relativas a la dificultad de admitir que la Corte usara una noción conocida de derecho internacional con un sentido diferente, descartaremos la primera alternativa, concentrándonos en las otras dos. La segunda es sostenida por parte de la doctrina al sostener que la Corte encontró a Uganda responsable por el uso ilícito de la fuerza en la RDC, pero no sostuvo que la conducta de Uganda alcanzara el nivel de la agresión²⁸². Encontramos dificultades para compartir esta opinión: para hacerlo, deberíamos aceptar que las “violaciones graves” del principio de la prohibición del uso de la fuerza comprenden otras además de la agresión –que sería así “la más grave de las viola-

²⁸¹ Traducción propia; “*If there ever was a military activity before the Court that deserves to be qualified as an act of aggression, it is the Ugandan invasion of the DRC. Compared to its scale and impact, the military adventures the Court had to deal with in earlier cases, as in Corfu Channel, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua or Oil Platforms, border on the insignificant*” (CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, Opinión separada de Simma, p. 335).

²⁸² DRUMBL, Mark A.: “The push to criminalize aggression: something lost amid the gains?”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 41 (2009), pp. 291-319, p. 298.

ciones más graves”–, lo cual no se condice con los trabajos de la CDI en materia de responsabilidad internacional.

La tercera alternativa, entonces, es la que nos parece más viable: en primer lugar, en ningún momento la Corte rechaza expresamente los planteos del Congo en cuanto a la calificación de la cuestión; en segundo lugar, y más importante, al recurrir a los términos “violación grave” de la prohibición del uso de la fuerza²⁸³, la Corte reconoce implícitamente que se trató de una agresión, con los efectos jurídicos que ella acarrea²⁸⁴ –ya que existe, en nuestra opinión, una identidad de contenido entre ambas nociones–, pero previniendo los efectos políticos que la calificación de “agresor” podría traer para Uganda, sobre todo, teniendo en cuenta, como lo señala la doctrina, que el Consejo de Seguridad ya había determinado la situación como una “amenaza a la paz”, sin usar el término “agresión”²⁸⁵. Así, al omitir una decisión judicial con tal efecto, la Corte puede haber deseado evitar cualquier impresión de falta de armonía en el enfoque de ambos órganos de las Naciones Unidas hacia el mismo conflicto²⁸⁶.

El Magistrado Simma tuvo muy presente esta cuestión en su crítica al accionar de la Corte: *“Es verdad que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, pese a adoptar una completa serie de resoluciones sobre la situación en la región de los Grandes Lagos [...] nunca fue tan lejos como para calificar expresamente la invasión ugandesa como un acto de agresión, incluso aunque aparezca como un ejemplo de libro de la primera de las definiciones de “esta forma más grave y peligrosa de uso ilícito de la*

²⁸³ Akande y Tzanakopoulos parecen reconocer implícitamente esta posibilidad (AKANDE, Dapo y TZANAKOPOULOS, Antonios: “The International Court of Justice and the Concept of Aggression”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 214-232, p. 226).

²⁸⁴ BALLESTEROS MOYA, Vanessa: “El conflicto en la República Democrática del Congo: violaciones de la prohibición del uso de la fuerza, de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario”, en HUESA VINAIXA, Rosario (Coord.): *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva. Intersección de sistemas. Estudios en homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 101-142, p. 121.

²⁸⁵ UERPMANN-WITZACK, Robert: “Armed Activities on the Territory of the Congo Cases”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible en: <http://www.socialglobalstudies.com/LAW%2012/maxplanckarmedactivitiesontheterritory-of-thecongo-cases.pdf>, al 31 de diciembre de 2020.

²⁸⁶ KREß, Claus: “The International Court of Justice and the ‘Principle of Non-Use of Force’”, en WELLER, Marc (Ed.): *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 561-602, p. 567.

fuerza” dadas por la resolución de la Asamblea General 3314 (XXIX). El Consejo habrá tenido sus propias razones –políticas– para abstenerse de tal determinación. Pero la Corte, como el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, no tiene que seguir tal curso. Su misma razón de ser es arribar a decisiones basadas en el Derecho y nada más que en el Derecho, teniendo en mente el contexto político de los casos que le son llevados, por supuesto, pero sin desistir de declarar lo que es manifiesto por tener en cuenta tales consideraciones no jurídicas. ¡Esta es la división del trabajo entre la Corte y los órganos políticos de las Naciones Unidas contemplada por la Carta!”²⁸⁷. Los argumentos del Magistrado Simma coinciden en gran parte con los que hemos planteado: que el Consejo de Seguridad no haya determinado la existencia de una agresión se debe a razones políticas, mas ello no impide que la Corte haga una valoración jurídica de cuestión y determine que se ha cometido una agresión, determinando también cuáles son las consecuencias jurídicas para los Estados.

Hay, no obstante, otras lecturas. Gray piensa que la Corte escogió ese lenguaje para evitar controversias acerca de su poder para determinar la existencia de un acto de agresión y/o sobre las posibles consecuencias de tal determinación y señala que la Corte omitió mencionar que la violación del Artículo 2.4 había sido “grave” en el párrafo dispositivo del fallo²⁸⁸. Para los que sostenemos que no hay dudas respecto de ese poder, el argumento no nos parece convincente, sobre todo habiendo precedentes

²⁸⁷ Traducción propia; “*It is true that the United Nations Security Council, despite adopting a whole series of resolutions on the situation in the Great Lakes region [...] has never gone as far as expressly qualifying the Ugandan invasion as an act of aggression, even though it must appear as a textbook example of the first one of the definitions of “this most serious and dangerous form of the illegal use of force” laid down in General Assembly resolution 3314 (XXIX). The Council will have had its own — political — reasons for refraining from such a determination. But the Court, as the principal judicial organ of the United Nations, does not have to follow that course. Its very raison d’être is to arrive at decisions based on law and nothing but the law, keeping the political context of the cases before it in mind, of course, but not desisting from stating what is manifest out of regard for such non-legal considerations. This is the division of labour between the Court and the political organs of the United Nations envisaged by the Charter!*” CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, Opinión separada de Simma, p. 335).

²⁸⁸ GRAY, Christine: “The International Court of Justice and the Use of Force”, en TAMS, Christian y SLOAN, James (Eds.): *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 237-261, p. 241.

en contrario, al menos, implícitos. Sí, en cambio, reconocemos que, más allá de nuestra particular interpretación, el lenguaje utilizado por la Corte puede resultar un poco críptico, sobre todo, como señala McDougall, al no discutir si la omisión de calificar la situación como agresión fue el resultado del hecho de que la mayoría consideró innecesario discernir si la agresión, diferente de la violación de la prohibición del uso de la fuerza, se había cometido a los fines de establecer la responsabilidad internacional, o si la mayoría evitó la cuestión por otras razones, tales como mantener consistencia con el lenguaje empleado en anteriores decisiones, o porque no deseaba entrar en el debate sobre la definición de agresión, cuando podía limitar su decisión a una discusión de la violación del Artículo 2.4 o si creyó que las determinaciones de la existencia de actos de agresión solo eran relevantes para las decisiones tomadas en virtud del Artículo 39, o podían ser hechas solamente por el Consejo de Seguridad. Sería altamente sorprendente que cualquiera de las dos últimas razones estuviera detrás de la decisión de la mayoría de no discutir la agresión. Dada la centralidad del concepto de agresión en la demanda congoleña, si la mayoría la hubiese rechazado por tales razones, sería inusual y probablemente contrario a los principios básicos de justicia, que no hubiese explicado por qué²⁸⁹.

En definitiva, coincidimos con los magistrados citados y con la doctrina en que la Corte perdió la oportunidad de declarar explícitamente que se trataba de una agresión, pero sostenemos que, al afirmar que Uganda había cometido una violación grave del principio de la prohibición de la fuerza, implícitamente reconoció –por identidad de contenido– que la agresión se había perpetrado. La misma naturaleza de los conceptos jurídicos involucrados, los precedentes de la Corte y la interpretación de las normas aquí efectuada nos lleva a esa conclusión.

Significativamente, la Corte no señaló las consecuencias jurídicas particulares que la violación grave de la prohibición del uso de la fuerza podría traer para Uganda, aunque probablemente el asunto se discuta en la fase de reparaciones que actualmente tiene lugar ante la Corte²⁹⁰. Nada

²⁸⁹ MCDOUGALL, Carrie: op. cit., p. 297.

²⁹⁰ CIJ: *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, ordonnance du 1er juillet 2015, C.I.J. Recueil 2015, p. 580. V. también providencias de 10 de diciembre de 2015, y de 11 de abril y 6 de diciembre de 2016, fijando nuevos plazos para la presentación de las piezas escritas. Depositadas estas por las partes, la Corte fijó inicialmente las audiencias para los días 18 a 22 de marzo de 2019, pero fueron pospuestas a solicitud de Congo. La Corte decidió, posteriormente, que se celebrarían del 18 a 22 de noviembre de 2019, pero cinco días antes del inicio,

nos permite efectuar una predicción de cómo podría fallar la Corte, pero pensamos que su determinación de que existió una “violación grave” de la prohibición del uso de la fuerza no debería resultar inocua, atento a las específicas connotaciones que el término tiene en las normas sobre responsabilidad internacional.

1.3.3.4. Una valoración de conjunto

Este repaso por la limitada pero incipiente práctica internacional acerca de la responsabilidad internacional del Estado por agresión muestra, no obstante su escasez, ciertos aspectos que es necesario destacar. En primer lugar, la imposibilidad en la práctica de separar las consecuencias de la agresión en materia de responsabilidad internacional de las del sistema de seguridad colectiva: el único caso en el que podemos afirmar con certeza que se declaró responsable a un Estado por agresión y lo se obligó a reparar los daños causados fue el del Iraq, y se llegó a tal solución por la acción del Consejo de Seguridad. De allí que sea tan importante seguir el procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia por las reparaciones debidas por Uganda a la República Democrática del Congo. Sin embargo, y este es nuestro segundo aspecto a considerar, el contenido y alcance de la responsabilidad del Iraq, confirmado por las apreciaciones de la Comisión de Reclamaciones de Etiopía-Eritrea, muestra que es posible sostener la existencia de una responsabilidad agravada, si bien quizás no aplicable a todas las “violaciones graves” en el sentido del Artículo 40 del Proyecto de 2001, sí al menos para el caso de agresión.

La agresión, por lo tanto, genera para el Estado autor una responsabilidad agravada según el derecho internacional.

1.4. Los efectos en el Derecho de los Tratados

A diferencia de cualquier otro hecho ilícito internacional, la agresión genera consecuencias específicas previstas en el Derecho de los Tratados, tanto en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, como en el Proyecto

resolvió posponerlas nuevamente por solicitud de las partes (CIJ: *The Court has decided to postpone the public hearings on the question of reparations due to open on 18 November 2019*, comunicado de prensa N°2019/48, disponible en <https://www.icj-cij.org/files/casereLATED/116/116-20191113-PRE-01-00-EN.pdf>, al 31 de diciembre de 2020), sin fijar una nueva fecha.

de Artículos de la CDI sobre Efectos de los conflictos armados en los tratados. Analizaremos a continuación tales disposiciones.

1.4.1. *Las Convenciones de Viena*

El Artículo 75 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, titulado “Caso de un Estado agresor”, establece: “*Las disposiciones de la presente Convención se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación que pueda originarse con relación a un tratado para un Estado agresor como consecuencia de medidas adoptadas conforme a la Carta de las Naciones Unidas con respecto a la agresión de tal Estado*”²⁹¹.

La disposición, que ha sido considerada de difícil interpretación²⁹², requiere para su aplicación de tres presupuestos: a) la agresión cometida por un Estado; b) la adopción de medidas conforme a la Carta de las Naciones Unidas con respecto a esa agresión; y c) la celebración de un tratado como consecuencia de esas medidas.

¿Qué debemos entender por “agresión” en el sentido del Artículo 75, toda vez que la disposición no la define? Parte de la doctrina sostiene que, a los efectos del Artículo 75, la agresión cubre cualquier amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado en el sentido del Artículo 2.4 de la Carta²⁹³. No podemos compartir esa opinión, dado que no se ajusta a la definición de agresión que entendemos vigente en el derecho internacional. El solo hecho de que se mencione a la Carta en el Artículo 75 sirve de indicación que la agresión a la que se refiere no puede ser otra que la de los Artículos 1.1 y 39, que,

²⁹¹ En un texto casi idéntico, el Artículo 76 de la Convención de Viena de 1986 dispone: “*Las disposiciones de la presente convención se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación que pueda originarse con relación a un tratado entre uno o más Estados y una o más organizaciones internacionales para un Estado agresor como consecuencia de medidas adoptadas conforme a la Carta de las Naciones Unidas con respecto a la agresión cometida por ese Estado*”. Aunque nuestro análisis se centrará en la Convención de 1969, nuestras consideraciones se aplicarán, *mutatis mutandis*, a ambas.

²⁹² TOMUSCHAT, Christian: “Article 75”, en CORTEN, Olivier y KLEIN, Pierre (Eds.): *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2011, Vol. II, p. 1686; KRIEGER, Heike: “Article 75”, en DÖRR, Oliver y SCHMALENBACH, Kirsten (Eds.): *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2012, p. 1279.

²⁹³ VILLIGER, Mark E.: *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, p. 915.

como sostenemos, ha sido definida en la resolución 3314 (XXIX). Debe tratarse, por lo tanto, de un uso grave de la fuerza en contravención de la Carta. Como sostiene Krieger, parece apropiado condicionar la aplicabilidad del Artículo 75 a la gravedad del acto que equivalga a agresión²⁹⁴. Asimismo, y siendo también relevantes las medidas adoptadas conforme a la Carta de las Naciones Unidas, debe entenderse que la disposición también presume la previa determinación de la existencia de un acto de agresión por el Consejo de Seguridad, de acuerdo al Artículo 39 de la Carta²⁹⁵, aunque el Artículo 75 no lo disponga expresamente²⁹⁶.

¿Cuáles son las “medidas conforme a la Carta”? No hay dudas respecto de las decididas por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta, en ejercicio de su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales²⁹⁷ —que analizamos en la primera sección de este capítulo—, a las que podemos sumar las recomendadas por la Asamblea General en virtud del procedimiento establecido por la resolución 377 (V), y las adoptadas por los organismos regionales con autorización del Consejo de Seguridad de conformidad al Artículo 53 de la Carta²⁹⁸. ¿Y qué ocurre con las medidas tomadas en legítima defensa, de conformidad al Artículo 51? Difícilmente pueda negarse que sean medidas conforme a la Carta, y su posibilidad fue insinuada en la Conferencia de Viena por la delegación suiza²⁹⁹, así como por un sector doctrinario³⁰⁰. Sin embargo, compartimos con la mayoría de la doctrina que la legítima defensa está excluida de la disposición, toda vez que ello podría habilitar una acción arbitraria por los Estados³⁰¹, y sería ampliar demasiado las consecuencias del derecho de legítima defensa si se incluyera el derecho de la víctima de la agresión a determinar unilateralmente las condiciones de un tratado de paz en contra de las disposiciones de la Convención de Viena³⁰². Además, implicaría ignorar el carácter subsidiario de la legítima defensa que hemos

²⁹⁴ KRIEGER, Heike: op. cit., p. 1287.

²⁹⁵ TOMUSCHAT, Christian: op. cit., p. 1692.

²⁹⁶ KRIEGER, Heike: op. cit., p. 1288.

²⁹⁷ TOMUSCHAT, Christian: op. cit., p. 1694; KRIEGER, Heike: op. cit., p. 1291.

²⁹⁸ Ídem.

²⁹⁹ UNCLOT: *Official Record of the United Nations Conference on the Law of Treaties (First session)*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York, 1969, pp. 454-455.

³⁰⁰ VILLIGER, Mark E.: op. cit., p. 915.

³⁰¹ KRIEGER, Heike: op. cit., p. 1291.

³⁰² TOMUSCHAT, Christian: op. cit., p. 1694.

señalado, dado que, según el Artículo 51, se ejerce “*hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales*”. Es decir, su función no es más que repeler la agresión³⁰³, y no imponer condiciones al agresor, lo cual cae bajo la competencia del Consejo de Seguridad. En definitiva, admitir la posibilidad de incluir las medidas tomadas en legítima defensa dentro del ámbito del Artículo 75 implicaría una afectación del sistema de seguridad colectiva, al invadir las competencias de los órganos destinados a cumplir con el mandato del Artículo 1.1 de la Carta de mantener la paz y la seguridad internacionales tomando medidas colectivas eficaces para, entre otras cosas, “*suprimir actos de agresión*”.

Ahora bien, ¿a qué tipo de tratado celebrado como consecuencia de las medidas adoptadas por la Carta se aplica la disposición? En general, la doctrina distingue dos casos: un tratado celebrado con el agresor, por ejemplo, un tratado de paz, que, como resultado de las medidas de conformidad con la Carta pueda haber sido logrado mediante el ejercicio de alguna forma de coerción; o un tratado que imponga obligaciones al agresor sin que este sea parte de él³⁰⁴.

El alcance de la disposición se refiere a *cualquier obligación* que pueda originarse con relación a uno de tales tratados para un Estado agresor, y su efecto es claro: tal obligación no estará sujeta a las restricciones y limitaciones generales establecidas por la Convención de Viena³⁰⁵. De esa forma, el Artículo 75 puede pensarse como una excepción a dos importantes principios de la Convención: el tratado de paz puede involucrar alguna forma de coacción del agresor vencido, lo cual iría en contra del Artículo 52, que prohíbe la coacción de un Estado por la amenaza o uso de la fuerza; o el agresor podría encontrarse vinculado por un tratado para el que no haya prestado su consentimiento, lo cual violaría los Artículos 34 y 35³⁰⁶. Siendo así una excepción a importantes principios en materia de Derecho de los Tratados, debe ser de interpretación restrictiva³⁰⁷.

Otro problema de interpretación es cuándo un tratado se celebra “como consecuencia” de las medidas adoptadas de conformidad con la Carta. Des-

³⁰³ CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 176.

³⁰⁴ KRIEGER, Heike: op. cit., p. 1284; TOMUSCHAT, Christian: op. cit., pp. 1689-1691.

³⁰⁵ TOMUSCHAT, Christian: op. cit., p. 1690.

³⁰⁶ VILLIGER, Mark E.: op. cit., p. 915.

³⁰⁷ KRIEGER, Heike: op. cit., p. 1284.

cartada como hemos hecho la posibilidad de la acción unilateral, pareciera que la decisión del Consejo de Seguridad en la materia debería ser crucial. Es decir, la celebración del tratado debería ser decidida o recomendada por el Consejo de Seguridad para “restablecer la paz y la seguridad internacionales” (arg. Artículo 39, *in fine*, de la Carta). Así, el Consejo de Seguridad podría, o bien autorizar a la víctima de la agresión a regular todas las cuestiones pertinentes sobre la base de un tratado y ordenar al agresor a celebrar este tratado o autorizar a las víctimas de la agresión a concluir un tratado pertinente entre ellos sin ninguna participación del agresor³⁰⁸. Sin embargo, y atento a la ausencia de práctica al respecto, la doctrina opina que el entendimiento subyacente es que el Consejo de Seguridad, habiendo ejercido sus poderes de determinación y de adopción de medidas en virtud del Capítulo VII de la Carta, podría dejar la cuestión en manos de las partes³⁰⁹.

Tal vez el interrogante más importante a los fines de la presente investigación sea determinar cuál es el fundamento de la disposición el Artículo 75. En general, la doctrina discute las razones históricas que apoyaron su redacción³¹⁰, principalmente los acuerdos con los que finalizaron las dos guerras mundiales, que pueden verse como ejemplos de tratados impuestos por los vencedores a los vencidos (el Tratado de Versalles) o de tratados celebrados por los vencedores pero aplicables a los vencidos (el Acuerdo de Potsdam), los que, no obstante, no resultan precedentes válidos atento a que no fueron celebrados bajo las reglas de la Carta de las Naciones Unidas³¹¹. Los trabajos preparatorios tampoco abundan en referencias al respecto. Tal vez lo más significativo sea el siguiente pasaje del comentario de la CDI a lo que por entonces era el Artículo 70 de su proyecto: “*algunos miembros subrayaron que, de incluir una reserva general aplicable a la totalidad del proyecto de artículos, era esencial no dar la impresión de que ha de considerarse que el Estado agresor se encuentra absolutamente ex lex con respecto al derecho de los tratados. De lo contrario, se podría impedir el proceso de restablecimiento de la normalidad en las relaciones de ese Estado con el resto de la comunidad internacional*”³¹². Vemos en el pasaje un esfuerzo de la CDI de aclarar que el efecto de la disposición no

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 1292.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 1285.

³¹⁰ TOMUSCHAT, Christian: op. cit., p. 1689-1690.

³¹¹ *Ibidem*, p. 1694.

³¹² CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1967, p. 293, párr. 2.

debe interpretarse de manera tal de considerar al agresor como “fuera de la ley”, por lo que sus efectos no pueden ser indiscriminados. A ese fin, entonces, es que se debe, por un lado, interpretar el alcance y efecto de la norma de manera restrictiva y, por el otro, aplicarla solamente en los casos de medidas decididas por los órganos competentes de las Naciones Unidas, previa determinación de la existencia de un acto de agresión. Ello nos lleva, sin embargo, a discutir si la inescindible conexión del Artículo 75 con la Carta de las Naciones Unidas conduce a encontrar allí su fundamento o, si por otra parte, dicho fundamento se encuentra en el derecho internacional general.

Así, al estar sujeta la aplicación de la disposición a la previa determinación de la existencia de un acto de agresión y la adopción de medidas conforme a la Carta, ambas por un órgano competente de las Naciones Unidas, su fundamento se hallaría en la Carta misma, y sus efectos, por tanto, constituirían una posibilidad particular dentro de las consecuencias generales de la activación del sistema de seguridad colectiva que la agresión puede suscitar, según hemos visto, y no una consecuencia específica de la agresión que podamos clasificar de forma separada, de la manera en que hemos abordado el tema en nuestro estudio.

Sin perjuicio de la evidente interconexión entre todas las consecuencias de la agresión, en el sentido de que no pueden ser del todo separadas entre sí, pensamos que no se pueden identificar los efectos del Artículo 75 de la Convención de Viena como una consecuencia más de la activación del sistema de seguridad colectiva. Aunque se requiera la determinación de la existencia de un acto de agresión y la adopción de medidas de la Carta por un órgano competente, es la comisión de la agresión lo que fundamenta la disposición. De otra forma, cualquier otro Estado infractor sujeto a medidas del Capítulo VII de la Carta podría ser afectado por el artículo, y ello no es lo que surge de su texto. Los trabajos preparatorios abonan esta afirmación, dado que en la Conferencia de Viena se rechazó una enmienda destinada a ampliar los supuestos de aplicación del artículo a todos los casos del Artículo 39 de la Carta³¹³.

El fundamento de la norma, entonces, no se encuentra en la Carta, aunque esta la sujete a determinadas precondiciones sustanciales y procedimentales, sino en la comisión misma de la agresión, es decir, en la violación de una norma imperativa de derecho internacional general.

³¹³ UNCLOT: op. cit. en nota 299, p. 457.

Se ha sostenido también que el principio que podría subyacer al Artículo 75 es que un agresor no puede obtener un beneficio –en este caso en la forma de las disposiciones de la Convención– de la agresión que ha cometido³¹⁴. Es decir, se trataría de un caso de aplicación del principio *ex iniuria ius non oritur*, que luego también comentaremos, aunque no nos convence la argumentación. Aunque efectivamente se trata de una excepción al régimen general de la Convención, su finalidad directa no es impedir al agresor valerse de derechos reconocidos por esta –aunque en el fondo, sí lo implique–, sino justificar la adopción de tratados como consecuencia de medidas tomadas con motivo de la agresión.

Ningún otro ilícito internacional da lugar a un régimen excepcional como este, ni siquiera los demás “crímenes internacionales”. Así, su fundamento no es otro que la gravedad de la agresión, y sus graves consecuencias sobre la estructura misma de la comunidad internacional.

1.4.2. Efectos de los conflictos armados en los tratados

Las consecuencias de la agresión en materia de tratados volvieron a ser discutidas en la CDI en el marco de los debates del tema “Efectos de los conflictos armados en los tratados”³¹⁵. Al respecto, el *Institut de Droit International* había aprobado en 1985 una resolución con una expresa mención a la agresión en su Artículo 9³¹⁶, pero el primer Relator Especial de la CDI, Ian Brownlie, no incluyó una disposición similar en su proyecto. La mayoría de los miembros de la CDI, en cambio, entendió que sí debía incluirse, y fue una autoridad mundial en agresión, Maurice Kamto, quien mejor expresó el fundamento de esa inclusión: “*Es preciso establecer una distinción fundamental entre las guerras de agresión y otros tipos de conflictos armados que puedan tener efectos en el principio de continuidad de los tratados. La distinción entre ambas formas de conflicto debería acompañarse también de una distinción entre la terminación y la suspensión de la aplicación del tratado. Tal vez una guerra de agresión, la forma más*

³¹⁴ VILLIGER, Mark E.: op. cit., p. 918

³¹⁵ La doctrina sobre agresión no ha discutido el tema, con la única excepción de KAMTO, Maurice: op. cit., pp. 246-249.

³¹⁶ Que dispone: “*El Estado que cometa una agresión en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas no podrá dar por terminado un tratado ni suspender su aplicación si ello redundase en beneficio de ese Estado*”.

grave de conflicto armado, entrañe automáticamente la suspensión de la aplicación –a no ser que el Estado víctima de la agresión decida que el tratado sigue aplicándose–, pero ello no se traduce necesariamente en la terminación del tratado. La terminación solo ocurriría si el Estado víctima tomara la iniciativa de notificarla al Estado agresor. Como han observado varios miembros, el proyecto debería comprender una disposición que refleje el artículo 9 de la resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en 1985, relativa a los Estados que cometen una agresión”³¹⁷. Kamto nos aporta una idea sobre el fundamento de esta disposición, y es la diferencia entre la agresión y otras formas de conflicto armado, que no es otra que su gravedad, al considerar a la guerra de agresión como la “forma más grave de conflicto armado”.

Fue así como se incluyó y finalmente se aprobó el Artículo 15 del Proyecto, titulado “Prohibición de beneficio para un Estado que cometa un acto de agresión”, que dispone: *“El Estado que cometa un acto de agresión en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas no podrá dar por terminado un tratado, retirarse de él ni suspender su aplicación como consecuencia de un conflicto armado resultante del acto de agresión, si ello redundase en beneficio de ese Estado”.*

Ante todo, cabe señalar que la CDI convalida la Definición de la Agresión y su vinculación con la Carta de las Naciones Unidas. Es decir, reconoce que el acto de agresión definido en la resolución 3314 (XXIX) es el mismo de la Carta, a la vez que produce efectos jurídicos más allá del sistema de seguridad colectiva. No es este un dato menor, toda vez que confirma nuestra afirmación en el Capítulo I³¹⁸ de que la Definición enuncia el significado de la agresión para el derecho internacional y no se limita solamente a “servir de guía” al Consejo de Seguridad en el ejercicio de su competencia de determinación.

En el comentario al proyecto, la CDI no aporta sobre el fundamento de la disposición, pero sí refuerza que el artículo *“prohíbe a un Estado agresor beneficiarse de la posibilidad de terminación, retiro o suspensión de un tratado a raíz del surgimiento de un conflicto armado que ha*

³¹⁷ CDI: Acta resumida de la 2929ª sesión, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2007*, Vol. I. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2014, p. 106, párr. 24.

³¹⁸ Capítulo I, Sección 4.1.

provocado”³¹⁹, al mismo tiempo que sostiene que “*El título del artículo subraya que la disposición no se refiere tanto a la cuestión de la comisión de una agresión como de los posibles beneficios que pudiera obtener un Estado agresor del conflicto armado de que se trate mediante la terminación de un tratado, el retiro de él o la suspensión de su aplicación*”³²⁰. La insistencia de la CDI demuestra que se trata de una aplicación del principio *ex iniuria ius non oritur*, en el sentido de que el agresor no puede beneficiarse de su propia agresión para eludir la aplicación de un tratado mediante la terminación, denuncia o suspensión.

La posición en la que se encuentra el agresor se ve reafirmada por el derecho del Estado víctima de la agresión a “*suspender total o parcialmente la aplicación de un tratado en el que sea parte, en la medida en que esa aplicación sea incompatible con el ejercicio*” del derecho “*inherente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*”, en virtud del Artículo 14 del Proyecto. La CDI, en su comentario, considera que la disposición refleja “*la necesidad de reconocer claramente que el proyecto de artículos no crea ventajas para un Estado agresor*”³²¹, puesto que se trata “*de evitar la impunidad del agresor y cualquier desequilibrio entre los antagonistas, que sin duda existiría en el caso de que el agresor, tras haber ignorado la prohibición de recurrir al uso de la fuerza establecida en el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, pudiera exigir al mismo tiempo la estricta aplicación del derecho existente y privar así total o parcialmente al Estado agredido del derecho a defenderse*”³²².

Ambas disposiciones son las dos caras de la misma moneda, dado que buscan evitar que el agresor obtenga alguna ventaja jurídica derivada de su propia agresión. Eso nos confirma que el agresor, si bien no se convierte por su agresión en un *ex lex*, como había aclarado la CDI en 1966, sí comete un hecho de tal gravedad que asume mayores consecuencias.

³¹⁹ CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 63° período de sesiones*. Documento A/66/10. Naciones Unidas, Nueva York, 2011, p. 209.

³²⁰ *Ibidem*, p. 210.

³²¹ *Ibidem*, p. 209.

³²² *Ídem*.

2. Consecuencias jurídicas del crimen de agresión

Las consecuencias del crimen de agresión no son tan amplias en el derecho internacional como lo son las del acto de agresión. Ello quizás pueda deberse a que, estando el derecho internacional contemporáneo concebido para una sociedad internacional predominantemente estatocéntrica, la posición que ocupa el individuo –si bien mucho más importante que en el pasado– sigue siendo limitada, sobre todo comparada con la del Estado³²³.

Es por ello que, en general, las consecuencias para los individuos autores de un crimen de agresión se limitarán a la responsabilidad penal individual. Sin embargo, consideramos oportuno el momento para discutir sobre la posibilidad de que los presuntos autores de una agresión puedan ser objeto de medidas que no implican el uso de la fuerza de conformidad al Artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, que puedan ser objeto de sanciones del Consejo de Seguridad.

2.1. Responsabilidad penal individual

El principio de responsabilidad penal individual³²⁴ por crímenes de derecho internacional fue reconocido en un célebre pasaje de la sentencia del Tribunal de Núremberg: *“Que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades sobre individuos así como sobre los Estados ha sido reconocido desde hace tiempo. [...] se ha dicho suficiente para demostrar que los individuos pueden ser castigados por violaciones del derecho internacional. Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solamente al castigar a los individuos que cometen tales crímenes es que las disposiciones del derecho internacional pueden tener vigencia”*³²⁵.

³²³ BASSIOUNI, M. Cherif: “The Subjects of International Criminal Law: *Ratione Personae*”, en BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.): *International Criminal Law*, Vol. I, Tercera Edición, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, pp. 41-70, p. 41.

³²⁴ AMBOS, Kai: “Article 25 Individual criminal responsibility”, en TRIFFTERER, Otto y AMBOS, Kai (Eds.): op. cit., pp. 979-1029, p. 983.

³²⁵ Traducción propia; *“That international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States has long been recognized. [...] enough has been said to show that individuals can be punished for violattons of international law. Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law*

La agresión es uno de los crímenes de derecho internacional –uno de los principales o “core crimes”³²⁶– y el hecho de que también haya integrado, bajo la forma de los “crímenes contra la paz”, la competencia material del Tribunal de Núremberg, hace que el pasaje citado le resulte plenamente aplicable. Por lo tanto, los autores de un crimen de agresión son penalmente responsables, en virtud del derecho internacional, con prescindencia de lo establecido en su Derecho interno o en otros ordenamientos internos aplicables.

El Estatuto de Roma recepta este principio³²⁷ en el Artículo 25.2: “*Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto*”. Siendo el crimen de agresión uno de los crímenes de competencia de la Corte, de acuerdo al Artículo 5 del Estatuto, su autor o autores serán responsables individualmente y pasibles de las penas que el Estatuto establece. Es por ello que analizaremos el fundamento y contenido de tal responsabilidad, y los efectos que ella acarrea.

2.1.1. *Fundamento de la responsabilidad individual*

Los fundamentos de la responsabilidad penal individual por el crimen de agresión no son diferentes de los demás crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional³²⁸. De allí que le resulten aplicables las mismas normas y principios que al resto de los crímenes³²⁹.

En ese sentido, se ha afirmado que la naturaleza fundamental de los crímenes internacionales es que afectan los intereses de la comunidad internacional en su conjunto porque amenazan la paz y seguridad de la

be enforced” (TMI: *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. I, International Military Tribunal, Núremberg, 1947, p. 223).

³²⁶ CRYER, Robert: “The Doctrinal Foundations of International Criminalization”, en BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.): op. cit., pp. 107-128, p. 108.

³²⁷ CASSESE, Antonio, GAETA, Paola y JONES, John. R. W. D.: op. cit., p. 769.

³²⁸ KAMTO, Maurice: op. cit., p. 344.

³²⁹ CLARK, Roger S.: “General Principles of International Criminal Law”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 590-620.

humanidad³³⁰ y conmueven su conciencia³³¹. Aunque se ha criticado este fundamento³³², lo entendemos plenamente compatible con nuestras consideraciones acerca de la agresión y la forma en que afecta a la sociedad internacional y su orden jurídico. El Preámbulo del Estatuto de Roma parece confirmar esta apreciación al referirse a “*atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad*” y al reconocer “*que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad*”³³³.

En ese sentido, podemos sostener que la criminalización de la agresión tiene un doble objeto: por un lado, proteger la soberanía y la integridad territorial de los Estados, y por el otro, de un modo más general, la paz y la seguridad internacionales³³⁴.

³³⁰ Al respecto, cabe recordar que la labor de la CDI durante varias décadas fue la elaboración de un Código de Crímenes “contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, según vimos en el Capítulo I.

³³¹ BASSIOUNI, M. Cherif: “The Need for International Accountability”, en BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.): op. cit., Vol. III, pp. 3-28, p. 15.

³³² CRYER, Robert: op. cit., pp. 125-126.

³³³ V. SCHABAS, William: *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 40-42.

³³⁴ OROZCO TORRES, Luis Ernesto: *Crimen de Agresión: Problemas Actuales*, Universidad Internacional de Andalucía, 2012. p. 187. Al respecto, Zapico Barbeito afirma: “*lo que resulta directamente atacado no es la vida o el bienestar de los seres humanos indefensos sino que el ataque se produce a la soberanía, la independencia política o la integridad territorial del Estado, y más ampliamente, la paz y la seguridad internacional, valor primordial de la Organización de las Naciones Unidas. Nos encontramos pues con bienes jurídicos que descansan sobre una realidad inmaterial, y ante un delito que se debe calificar como pluriofensivo, pues como decimos, con el ataque un Estado no sólo se vulnera la soberanía e integridad de ese Estado sino que también se ha perjudicado la paz y la seguridad internacionales, otro bien jurídico que aunque inmaterial, es de vital importancia*” (ZAPICO BARBEITO, Mónica: “El crimen de agresión y la Corte Penal Internacional”, disponible en [http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/17\)_Crimen_de_agresion_y_Corte_Penal_Internacional_Zapico.pdf](http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/17)_Crimen_de_agresion_y_Corte_Penal_Internacional_Zapico.pdf), al 31 de diciembre de 2017, p.10). Por su parte, May rechaza un enfoque basado meramente en la soberanía estatal y se refiere a la afectación de los derechos humanos por la agresión (MAY, Larry: *Aggression and Crimes Against Peace*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 208).

2.1.2. Efectos de la responsabilidad penal individual

En el marco del Estatuto de Roma, los individuos responsables de los crímenes de competencia de la Corte están sujetos no solamente a penas de conformidad al propio Estatuto, según el Artículo 25.2, sino también a otros efectos que comentaremos aquí, solamente en la medida en que puedan presentar alguna particularidad con relación a la agresión.

2.1.2.1. Penas aplicables

Como mencionamos, los individuos responsables de la comisión de un crimen de agresión pueden ser penados de conformidad con el Estatuto, según el Artículo 25.2. El Artículo 77 define las penas aplicables, sin hacer distinción alguna por el tipo de crimen³³⁵, de la siguiente manera en su párrafo 1: “a) *La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado*”. Ante esta redacción, de inmediato nos preguntamos, atento a que la gravedad es una característica definitoria del crimen de agresión³³⁶, si una eventual condena por crimen de agresión justificaría la imposición de una pena de reclusión perpetua en el sentido del inciso b) citado. Sin embargo, carecemos de elementos para una respuesta y es dificultoso considerarlo *a priori*³³⁷, por lo que corresponderá aguardar a los primeros pronunciamientos de la Corte Penal Internacional al respecto.

2.1.2.2. Improcedencia del cargo oficial

El Artículo 27 del Estatuto de Roma establece: “1. *El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.*

2. *Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o*

³³⁵ KAMTO, Maurice: op. cit., p. 364.

³³⁶ Como señalamos en el Capítulo I y analizamos en el Capítulo II.

³³⁷ SAYAPIN, Sergey: op. cit., p. 280.

al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

La disposición, que ya ha sido interpretada por las Salas de la Corte Penal Internacional³³⁸, tiene singular aplicación a la agresión por su propia característica de ser un crimen de liderazgo. Esto es así, porque en la casi totalidad de los casos³³⁹, los autores del crimen serán personas que desempeñan cargos oficiales en un Estado y en varios de ellos alcanzados por inmunidades conforme al derecho internacional³⁴⁰. Sin embargo, y en la medida en que la Corte resulte competente sobre los hechos y sobre tales individuos, ellos no podrán ampararse en dichas inmunidades para eludir el accionar de la justicia internacional.

2.1.2.3. Imprescriptibilidad

De acuerdo al Artículo 29 del Estatuto de Roma, “[l]os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”. Siendo el crimen de agresión uno de los “crímenes de la competencia de la Corte” en virtud del Artículo 5, es imprescriptible³⁴¹.

La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales no es una innovación del Estatuto de Roma, ya que estaba contemplada en el derecho internacional en forma expresa al menos con tres décadas de antelación, según lo dispuesto en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad.

Sin embargo, en dicha convención no está contemplada la agresión, ni los “crímenes contra la paz”, en el lenguaje del Estatuto y la Sentencia de Núremberg. Dicha omisión fue criticada durante la redacción de la Con-

³³⁸ CPI-SPI II: *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad al Bashir, Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09, 6 de julio de 2017, párr. 71-83; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad al Bashir, Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09, 12 de diciembre de 2017, párr. 33 y ss.

³³⁹ Decimos “casi” porque, como señalamos en el Capítulo I, es posible pensar en casos en que el control sobre la acción política y militar de un Estado se ejerza *de facto* y sin desempeñar una función oficial en la estructura de ese Estado.

³⁴⁰ KREICKER, Helmut: “Immunities”, en KREB, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 675-703, p. 680.

³⁴¹ KAMTO, Maurice: op. cit., pp. 353-355.

ención, en especial por la delegación de Cuba, tanto en la recopilación de las opiniones estatales³⁴² como en los debates de la Asamblea General³⁴³. Consideramos probable que se haya debido a la dificultad para aprobar una definición de la agresión, que la propia Asamblea General venía experimentando, según vimos en el Capítulo I³⁴⁴.

Podemos preguntarnos, no obstante, si dicha omisión impide considerar la imprescriptibilidad del crimen de agresión en el derecho consuetudinario³⁴⁵. Si reconocemos a la Convención un carácter declarativo de una costumbre preexistente, toda vez que el propio Artículo I expresa que los crímenes “son imprescriptibles”, y su objeto y fin, a tenor del último párrafo de su preámbulo es “*afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad*”, y que recuerda la confirmación por la resolución 95 (I) de la Asamblea General de los principios del Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Núremberg (primer párrafo del Preámbulo y Artículo I), que dicha resolución confirmó todos los principios, incluyendo los relativos a los crímenes contra la paz, y que el preámbulo de la Convención observa que en ninguno de los antecedentes “*se ha previsto limitación en el tiempo*”, no vemos obstáculo alguno para considerar que tales principios sean igualmente aplicables a la agresión. Por lo tanto, el crimen de agresión también es imprescriptible en virtud del derecho consuetudinario³⁴⁶.

2.1.2.4. Reparación a las víctimas

El Estatuto de Roma también prevé la reparación a las víctimas de los crímenes de competencia de la Corte. Así, en los primeros párrafos de su Artículo 75 dispone: “*1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación,*

³⁴² ASAMBLEA GENERAL: *Question of Punishment of War Criminals and of Persons who have committed Crimes Against Humanity. Report of the Secretary-General*, Documento A/7174, Naciones Unidas, Nueva York, 1968, p. 13.

³⁴³ ASAMBLEA GENERAL: *Documentos Oficiales. 1727ª sesión plenaria*, Documento A/PV.1727, Naciones Unidas, Nueva York, 1968, párr. 42.

³⁴⁴ Capítulo I, Sección 3.

³⁴⁵ Por la negativa, v. WRANGE, Pål: “The Crime of Aggression, Domestic Prosecutions and Complementarity”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 704-751, p. 728.

³⁴⁶ En el mismo sentido, v. LERNER, Nathan: “The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes”, *Israel Law Review* Vol.4 (1969), pp 512-522, p. 517, nota 22.

que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación”.

Estas disposiciones son también aplicables al crimen de agresión³⁴⁷ y, en virtud de ellas, la Corte podrá ordenar a los autores de tal crimen a reparar el perjuicio sufrido por las víctimas de la agresión. Como tal, es una consecuencia más del crimen de agresión derivada de la responsabilidad penal individual: no solamente el Estado, sino también el individuo responsable tiene un deber de reparar el daño causado por su agresión³⁴⁸.

El problema radica en determinar quiénes son las víctimas de un crimen de agresión, dado que el sistema reparatorio del Estatuto, una de sus mayores innovaciones, está pensado principalmente para personas naturales y comunidades como víctimas, y la lógica clásica de la agresión, pensada en un contexto estatocéntrico, pone como principal víctima a un Estado. Los problemas que se plantean, entonces, son dos: por un lado, ¿puede sostenerse que los seres humanos son víctimas del crimen de agresión? Y, por el otro, ¿pueden los Estados ser víctimas con derecho a reparación, en el sentido del Artículo 75 del Estatuto? La temática excede el ámbito de este capítulo, aunque es oportuno dejar planteada la cuestión, que ya ha comenzado a ser estudiada por la doctrina³⁴⁹, para volver más adelante a ella en cuanto presenta características particulares en la agresión que no se repiten en ningún otro de los crímenes de competencia de la Corte.

³⁴⁷ ROSENFELD, Friedrich: “Individual Civil Responsibility for the Crime of Aggression”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10 (2012), pp. 249-265.

³⁴⁸ ZEGVELD, Liesbeth: “Victims’ Reparations Claims and International Criminal Courts: Incompatible Values”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, N°1 (2010), pp. 79-111.

³⁴⁹ POBJIE, Erin: “Victims of the Crime of Aggression”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 816-860.

2.1.3. *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad individual*

Debemos señalar aquí que, a diferencia de lo que hemos apuntado para el caso del acto de agresión, no vemos en la responsabilidad individual por el crimen de agresión ninguna diferencia cualitativa que la distinga de la responsabilidad por la comisión de otros crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional. La diferencia con los demás crímenes de derecho internacional estará dada, como hemos visto, por quiénes pueden ser sus autores, pero no en sus consecuencias. Es decir, no advertimos que la gravedad de la agresión, factor fundamental para definir al crimen, de conformidad a la cláusula de umbral del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, se refleje –como sí lo hace en el acto de agresión– también en sus consecuencias en materia de responsabilidad penal individual. Ni siquiera el Tribunal de Núremberg, que había sostenido que la agresión “*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*”³⁵⁰, hizo mención a alguna consecuencia agravada que lo diferenciara de los demás crímenes de su competencia³⁵¹.

2.2. *¿Es posible aplicar sanciones a los autores de un crimen de agresión?*

A priori, podría pensarse que la responsabilidad penal individual agota todas las consecuencias del crimen de agresión. Es decir, que las consecuencias del crimen de agresión no son tan múltiples ni variadas como las del acto de agresión. Ello puede deberse a que, como se dijo, no obstante ocupar el individuo un lugar cada vez más importante en el derecho internacional, su *status* jurídico no puede ser aún comparable al del Estado y, por lo tanto, las consecuencias de su accionar no son tan amplias.

³⁵⁰ Traducción propia; “*To initiate a war of aggression, therefore, is not only an international crime; it is the supreme international crime differing only from other war crimes in that it contains within itself the accumulated evil of the whole.*” (TMI: *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. I, International Military Tribunal, Núremberg, 1947, p. 186).

³⁵¹ Reflexionando sobre la opinión del Tribunal de Núremberg, y sobre la gravedad del crimen de agresión Kamto considera que podría decirse que la agresión es la “madre” de los otros crímenes graves contenidos en el Estatuto de Roma, en particular, de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (KAMTO, Maurice: op. cit., p. 274). Sin embargo, esta calificación no se refleja en consecuencias jurídicas distintas para sus autores.

Sin embargo, ello no impide que nos preguntemos si pueden existir otras consecuencias del crimen de agresión más allá de la responsabilidad penal individual y, en ese sentido, nos parece que la candidata ideal para tal puesto es la posibilidad de que los autores de un crimen de agresión sean objeto de las medidas que no implican el uso de la fuerza dictadas por el Consejo de Seguridad.

A partir de la posguerra fría, el Consejo de Seguridad recurrió con mayor frecuencia a la utilización de las medidas del Artículo 41 de la Carta tal como fueron pensadas originariamente, es decir, contra los Estados. Ello llevó a que fueran objeto de grandes críticas, tanto por ser inefectivas como por ser injustas. Inefectivas porque raramente alcanzan a quienes son personalmente responsables de generar la amenaza o el quebrantamiento de la paz, e injustas porque principalmente golpean a la población inocente del Estado. A la luz de esta experiencia, se desarrolló un sistema de sanciones “inteligentes”, dirigidas específicamente contra las personas –individuos o entidades– responsables de la situación³⁵². Estas medidas involucran, principalmente, restricciones de viaje y medidas de carácter financiero como la congelación de activos, y se han utilizado principalmente en la lucha contra el terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva.

La doctrina ha discutido mucho acerca de estas sanciones contra individuos, principalmente en el contexto de la protección de los derechos humanos de quienes son objeto de estas medidas³⁵³, pero aquí nos limitamos a plantear la posibilidad de adoptar este tipo de medidas contra los autores de un crimen de agresión.

En principio, no vemos óbice alguno para que, cometida una agresión por un Estado, el Consejo de Seguridad decida que los Estados

³⁵² BOTHE, Michael: “Security Council’s Targeted Sanctions against Presumed Terrorists”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, N°3 (Julio 2008); pp. 541-556, p. 544.

³⁵³ V., entre muchos otros, FEINAUGLE, Clemens A.: “The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals”, *German Law Journal*, Vol. 9, N°11 (2008), pp. 1513-1539; FASSBENDER, Bardo: “Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights”, *International Organizations Law Review*, Vol. 3 (2006), pp. 437-485; GUTHERIE, Peter: “Security Council Sanctions and the Protection of Individual Rights”, *NYU Annual Survey of American Law*, Vol. 60 (2004), pp. 491-542; TOURINHO, Marcos: “Towards a world police? The implications of individual UN targeted sanctions”, *International Affairs*, Vol. 91, N°6 (2015), pp. 1399-1412.

adopten medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada contra los individuos presuntamente responsables de planificar, preparar, iniciar o realizar esa agresión. Inclusive creemos que la práctica del Consejo de Seguridad refuerza esta idea.

Así, aunque, como hemos visto, el Consejo de Seguridad no ha determinado la existencia de un acto de agresión, hay al menos un caso en el que ha adoptado sanciones contra individuos que participaron en un conflicto interestatal que involucró el uso de la fuerza armada.

Se trata de la resolución 1907 (2009), sobre paz y seguridad en África, en la que, habiendo determinado “*que las acciones de Eritrea en detrimento de la paz y la reconciliación en Somalia y la controversia entre Djibouti y Eritrea constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales*”, y “*Actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas*”, decidió, entre otras cosas, imponer un embargo de armas³⁵⁴, restricciones de tránsito³⁵⁵ y congelamiento de activos³⁵⁶. Es de destacar que también decidió que dichas medidas se aplicarían a “*personas y entidades, incluidos, entre otros, los dirigentes políticos y militares de Eritrea, las entidades gubernamentales, paraestatales y privadas de nacionales de Eritrea que vivan dentro o fuera del territorio de Eritrea*” (negrita añadida), que sean designadas por el Comité de Sanciones establecido por el Consejo de Seguridad, por, entre otras causales, “*obstruir la aplicación de la resolución 1862 (2009), relativa a Djibouti*”³⁵⁷. En dicha resolución, entre otras cosas, el Consejo de Seguridad había exigido a Eritrea que retirara “*sus fuerzas y todo su equipo a las posiciones de la situación anterior y garantice que no haya presencia militar ni se lleven a cabo actividades militares en la zona de Ras Doumeira y la isla de Doumeira donde tuvo lugar el conflicto en junio de 2008*”³⁵⁸, y que cumpliera sus obligaciones internacionales como miembro de las Naciones Unidas, respete los principios mencionados en los párrafos 3, 4 y 5 del Artículo 2 y el Artículo 33 de la Carta”³⁵⁹.

Es decir que, en el caso, el Consejo de Seguridad había exigido a Eritrea el cumplimiento del Artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas,

³⁵⁴ Resolución 1907 (2009), párr. 12.

³⁵⁵ *Ibidem*, párr. 10.

³⁵⁶ *Ibidem*, párr. 13.

³⁵⁷ *Ibidem*, párr. 15.

³⁵⁸ Resolución 1862 (2009), párr. 5.

³⁵⁹ *Ídem*.

dado que lo había violado al recurrir a la fuerza armada en un incidente en su frontera con Djibouti³⁶⁰, y sus sanciones se extienden a los individuos que obstruyan esa exigencia, de lo que se deduce que si, por ejemplo, un individuo, incluidos los dirigentes políticos y militares de Eritrea, moviliza los recursos del Estado para violar nuevamente la prohibición del uso de la fuerza respecto de Djibouti, podría ser incluido en la lista de sanciones³⁶¹.

Dos aspectos del caso son significativos para nuestro análisis. El primero es que la inclusión de “los dirigentes políticos y militares de Eritrea” nos evoca a la persona que está “en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”, en el párrafo 1 del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma. El segundo aspecto, es que el caso implicó la violación de la prohibición del uso de la fuerza, y que el propio Consejo de Seguridad atribuyó esa violación –aunque no directamente– a Eritrea. Los dos aspectos demuestran que están dadas las condiciones para que, en caso de una agresión, el Consejo de Seguridad pueda proceder de la misma manera.

Por lo tanto, en un caso que involucre un uso grave de la fuerza por un Estado contra otro, el Consejo de Seguridad podrá, al determinar la existencia de un acto de agresión, decidir, entre otras, medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada aplicables no solamente contra el Estado agresor, sino también contra los individuos, incluidos sus dirigentes políticos y militares. Dado que entre ellos se encuentran comprendidos los que hayan planificado, preparado, iniciado o realizado el acto de agresión, podemos sostener que estas medidas son, para ellos, una consecuencia de su crimen de agresión.

No obstante, debe destacarse que, a pesar del nombre con el que coloquialmente se las designa –“sanciones”–, no tienen una finalidad punitiva sino preventiva, por lo que el propósito del Consejo de Seguridad –que difícilmente, no obstante sus amplios poderes, podría tener competencias para juzgar y aplicar penas a individuos por sí mismo– es impedir que se siga poniendo en peligro la paz y la seguridad internacionales.

Ello se relaciona necesariamente con el fundamento de estas medidas. Como toda medida tomada al amparo del sistema de seguridad colectiva,

³⁶⁰ Analizamos el caso en PEZZANO, Luciano: “El principio de la prohibición del uso de la fuerza en la práctica del Consejo de Seguridad del siglo XXI”, en PINTORE, Eduardo (Dir.): *El uso de la fuerza en el derecho internacional contemporáneo*, Gráfica Trejo, Córdoba, 2018, pp. 7-50, p. 30 y ss.

³⁶¹ Ningún individuo fue incluido en la lista por el Comité de sanciones por esa causal.

su fundamento es la amenaza o el quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales, y no la violación del derecho internacional. Es decir, en nuestro caso hipotético, los individuos responsables de un crimen de agresión pueden ser objeto de estas medidas no por su participación en un crimen de derecho internacional, sino porque este implica un grave quebrantamiento de la paz.

De más está decir que, formando parte de las amplísimas facultades del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la adopción de sanciones dirigidas contra los individuos presuntamente responsables de un crimen de agresión no es una consecuencia necesaria de la comisión de dicho crimen. Al mismo tiempo, el hecho de que, por un lado, puedan adoptarse medidas contra individuos y, por el otro, que dichas medidas se adopten en el contexto de una agresión, no significa que solamente podrán ser objeto de tales medidas quienes estén en condiciones de “dirigir o controlar la acción política o militar de un Estado” en el sentido del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma. Es decir, el Consejo no está alcanzado por ninguna de las limitaciones del derecho penal internacional toda vez que, como dijimos, lo que mueve su accionar es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y no la responsabilidad penal de los individuos.

De la misma manera, y en esto la práctica del Consejo es amplia, no solamente una agresión puede dar lugar a la adopción de estas medidas, sino cualquiera de las categorías del Artículo 39 de la Carta, de lo que surge que no sería una consecuencia exclusiva del crimen de agresión.

No obstante lo afirmado, en cuanto a no ser una consecuencia necesaria ni exclusiva del crimen de agresión, su sola posibilidad demuestra que el individuo no solamente está alcanzado por la responsabilidad penal individual, sino que su participación en un crimen de agresión origina consecuencias también derivadas del sistema de seguridad colectiva. La práctica del Consejo de Seguridad, en un caso que involucraba el uso de la fuerza armada entre Estados, refuerza dicha posibilidad.

Podría argumentarse que, pudiendo resultar aplicables a cualquier individuo, más allá de los líderes de un Estado, y hayan cometido o no alguna de las conductas típicas del artículo 8 bis, no estaríamos en realidad frente a una consecuencia del crimen de agresión, sino a una consecuencia del acto de agresión para los individuos en el marco del sistema de seguridad colectiva.

Sin embargo, pensamos que dicho argumento puede rebatirse partiendo de la base de que, como venimos insistiendo desde el Capítulo I³⁶², existe una unidad conceptual en la agresión, y que la materialidad del acto coincide con la del crimen. El acto es atribuible a Estados y el crimen, a ciertos individuos, pero su contenido material –el uso grave de la fuerza armada contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política– es el mismo. La diferencia está en las consecuencias y sobre quiénes recaen. En la medida en que, en el marco del sistema de seguridad colectiva es posible adoptar sanciones contra individuos que han participado en una agresión, y en la medida en que se satisfagan las condiciones de participación, se tratará de una consecuencia del crimen de agresión. El mismo fenómeno es el que explica que la responsabilidad penal individual también pueda generar, como vimos, consecuencias para el Estado y que consideremos que estas son consecuencias del acto de agresión y no del crimen. Ello no hace más que reforzar nuestro entendimiento acerca de la interconexión entre las consecuencias del acto y del crimen de agresión, así como de su unidad conceptual.

3. Consideraciones finales

Según hemos podido apreciar en el presente capítulo, tanto el acto de agresión como el crimen de agresión originan una importante cantidad de consecuencias jurídicas, varias de ellas de gran magnitud, reflejo de la gravedad de la agresión. Esta primera consideración no es menor, y requiere que nos detengamos en ella. No solo las consecuencias se caracterizan por su magnitud, sino también por su variedad, por cuanto, como hemos visto, se proyectan por diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico internacional: el sistema de seguridad colectiva, las normas sobre el uso de la fuerza, las normas sobre responsabilidad internacional, el Derecho de los Tratados y el Derecho Penal Internacional, pudiendo insinuarse también ciertas consecuencias en el Derecho Internacional Humanitario y en el Derecho de los Derechos Humanos³⁶³. Esta variedad de consecuencias y ámbitos donde se producen nos habla de una enorme “fuerza expansiva” de la agresión y la

³⁶² Capítulo I, Sección 7.

³⁶³ Abordamos esa cuestión en PEZZANO, Luciano: “La Agresión como Punto de Contacto entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”, *American University International Law Review*, Vol. 33 (2017-2018), pp. 545-570.

centralidad que su prohibición tiene en el ordenamiento jurídico internacional. Es que la agresión es tan grave que conmueve los cimientos mismos de la sociedad internacional, por cuanto consiste en la “*destrucción de la base social de la comunidad internacional*”³⁶⁴, y sus consecuencias se proyectan sobre gran parte del ordenamiento jurídico de la sociedad.

No obstante el número y variedad de consecuencias de la agresión, estas están profundamente interconectadas entre sí, a punto tal de resultar difícil distinguir a qué ámbito pertenecen, como se vio al estudiar ciertas consecuencias en materia de responsabilidad internacional y su relación con el sistema de seguridad colectiva o la discusión sobre el fundamento de las consecuencias en materia de tratados. Pensamos que esta interconexión, que se manifiesta tanto en las consecuencias del acto de agresión y las del crimen de agresión, como entre ambos conjuntos, aporta datos sobre la relación misma entre acto y crimen, y por lo tanto, será estudiada con detenimiento en el Capítulo V.

También hemos notado que algunas de las consecuencias que estudiamos son propias y exclusivas de la agresión, distinguiéndose así de otros usos de la fuerza, de otros hechos ilícitos e, incluso, de otras violaciones graves de normas imperativas. Al mismo tiempo, y en parte como consecuencia de lo anterior, ningún otro hecho ilícito internacional da lugar a la cantidad y variedad de consecuencias que origina la agresión. De esa forma, sus consecuencias revelan que la agresión es *distinta*. Llamamos *singularidad* a esta característica de la agresión, que la hace ser diferente a otros hechos ilícitos.

Un aspecto particular de esta singularidad, y que se ha puesto de manifiesto en este capítulo, es lo que la Corte Internacional de Justicia ha denominado “dualidad de responsabilidades”³⁶⁵, es decir, la posibilidad de que un mismo crimen de derecho internacional origine tanto responsabilidad estatal como individual. Esta, que es una característica posible en los demás crímenes listados en el Artículo 5 del Estatuto de Roma, aparece como una característica *necesaria* del crimen de agresión, toda vez que

³⁶⁴ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*). Dimensión sustancial”, en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Coord.): *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Tomo I, Drnas-Lerner Editores. Córdoba, 2003, pp. 647-680, p. 669.

³⁶⁵ CIJ: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, párr. 173.

presupone para su configuración la existencia de un acto estatal. Dado que esta dualidad necesaria también permite describir la relación entre acto y crimen, profundizaremos sobre esta cuestión en el Capítulo V.

En definitiva, la magnitud de las consecuencias de la agresión refleja su *gravedad*. La variedad de estas consecuencias, que no se aprecia en ningún otro hecho ilícito internacional, pone de manifiesto la *singularidad* de la agresión. Finalmente, la interconexión entre todas esas consecuencias, tanto del acto como del crimen, nos habla de la *unidad* de la agresión. Gravedad, singularidad y unidad aparecen así como características de la agresión, presentes tanto en el acto como en el crimen, y creemos nos acercarán a determinar la relación entre ambos conceptos.

SEGUNDA PARTE

UNA DISCUSIÓN CONCEPTUAL SOBRE LA AGRESIÓN

CAPÍTULO IV

¿ACTO? ¿CRIMEN? ¿GUERRA? EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO EN LA AGRESIÓN

*“... las cosas de la guerra, más que otras, están sujetas a
continua mudanza”.*

Miguel de Cervantes

El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha, 1605

En la presente investigación utilizamos los términos “acto de agresión” y “crimen de agresión” con un sentido muy específico: el primero para referirnos a un comportamiento estatal –un hecho internacionalmente ilícito atribuible a un Estado– y el segundo para indicar una conducta individual –un crimen según el derecho penal internacional imputable a un individuo–. Sin embargo, como ya se ha planteado en capítulos anteriores, la doctrina dista mucho de ser unánime respecto del significado preciso de dichos términos e, incluso, a si significan lo mismo en diferentes contextos; por ejemplo, para algunos autores, el “acto de agresión” de la Carta de las Naciones Unidas no sería el mismo del párrafo 2 del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma; a la vez, el acto estatal de agresión también puede ser un “crimen”, a la luz de los trabajos de la CDI sobre responsabilidad internacional. La cuestión se complica más si deseamos explorar cuál es la relación conceptual entre estos términos y la “agresión” como tal y aún más si queremos desentrañar el sentido actual de la noción de “guerra de agresión”.

La relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión –objetivo principal de nuestra investigación– no es solo estrictamente jurídica, sino también conceptual. Para poder abordarla, entonces, se hace necesario precisar el sentido y alcance no solo de esos dos términos, sino de los otros ya mencionados que se le vinculan, para poder determinar sus contornos,

semejanzas y diferencias, así como su vigencia actual en el derecho internacional contemporáneo. A tal fin dedicaremos el presente capítulo.

1. El problema: la agresión como un concepto multívoco

El primer problema al que nos enfrentamos es que el término “agresión” no tiene, en el derecho internacional y en las relaciones internacionales, un único sentido. Como señala Boeving¹, el concepto de agresión es multifacético. Dependiendo de las circunstancias, puede ser un hecho ilícito del estado, un acto criminal de un individuo o mera retórica política invocada por Estados en disputa. Antes de la adopción del Estatuto de Roma, estas tres ideas básicas –que no agotan todos los posibles significados de la agresión– habían permanecido generalmente separadas.

El repaso histórico del doble proceso codificador que efectuamos en el Capítulo I revela que, mientras la CDI concentraba los esfuerzos en la definición del crimen de agresión, de responsabilidad individual, la Asamblea General creaba comisiones y comités para lograr una definición del acto de agresión, de responsabilidad estatal. A la vez, según vimos en el Capítulo III², el Consejo de Seguridad condenaba “agresiones” sin calificarlas explícitamente como tales, en términos que no parecían pasar de la mera retórica política³. Solo a partir de 1996, con la finalización de los trabajos de la CDI y la creación del Comité Preparatorio de la Conferencia de Roma, los conceptos de “acto” y “crimen” comenzaron a transitar juntos, aunque no sin dificultades, el camino que llevó a la aprobación del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma.

A todo ello debe sumarse la circunstancia de que, más allá de las definiciones normativas que aquí hemos aceptado como derecho vigente (la Definición de la Agresión para el acto de agresión y el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma para el crimen de agresión), el propio proceso codificador revela las enormes dificultades para alcanzar una definición, no solo en lo político, sino también en lo conceptual. El Relator Especial Spiro-

¹ BOEVING, James Nicholas: “Aggression, International Law, and the ICC: An Argument for the Withdrawal of Aggression from the Rome Statute”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43 (2005), pp.557-611, p. 571.

² Capítulo III, Sección 1.1.2.

³ El Consejo de Seguridad aprobó una treintena de resoluciones condenando la agresión (WEISBORD, Noah: “Prosecuting aggression”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, N°1 (2008), pp.161-220, p. 169).

poulos, durante el tratamiento por la CDI de la primera parte del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad había sostenido que la noción de agresión es una noción *per se*, una noción primaria que por su esencia misma no es susceptible de definición, y que una definición “jurídica” de la agresión sería una construcción artificial que, aplicada a casos concretos, podría fácilmente conducir a conclusiones contrarias a la noción “natural” de agresión⁴. Aunque el segundo Relator Especial, Doudou Thiam, sí consideraba que podía definirse⁵ y así lo había hecho la CDI en su Proyecto de Código de 1991, sabemos que cuando aprobó el Proyecto de Código de 1996 optó por no definir a la agresión⁶.

En esas condiciones, es razonable comprender que los términos empleados pudieran adquirir significados diferentes según los contextos históricos y normativos en los que fueron enunciados, los que será necesario precisar para poder establecer cuál es la relación conceptual entre el acto y el crimen de agresión en el derecho internacional vigente, máxime teniendo en cuenta que parte de la doctrina recurre a distintos términos para justificar presuntas diferencias conceptuales entre el acto de agresión y el crimen de agresión.

2. El acto estatal: ¿“agresión” o “acto de agresión”?

En esta investigación, cada vez que mencionamos al “acto de agresión” hacemos referencia a un comportamiento estatal. Sin embargo, ¿es esta la única forma de referirse a dicho comportamiento? ¿Hay alguna diferencia entre la “agresión” y el “acto de agresión”? ¿El “acto de agresión” tiene siempre el mismo significado? ¿Qué sucede con los “actos de agresión” condenados por el Consejo de Seguridad en sus resoluciones? Procuraremos dar respuesta a estos interrogantes

⁴ CDI: *Second Report on a Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind*, Documento A/CN.4/44, en CDI: *Yearbook of the International Law Commission 1951*, Vol II. Naciones Unidas, Nueva York, 1957, pp. 43-69, párr. 153 y 166.

⁵ CDI: *13° Informe sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, Documento A/CN.4/466, Naciones Unidas, Ginebra, 1995, p. 15, párr. 51.

⁶ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 47.

2.1. La presunta diferencia entre la “agresión” y el “acto de agresión”

¿Es posible distinguir entre la “agresión” y los “actos de agresión”? Como vimos en el Capítulo II, una posición minoritaria, representada por Akande y Tzanakopoulos⁷ y Kreß⁸ sostiene que la “agresión”, entendida como violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional general, según el Artículo 40 del Proyecto de 2001, sería no solamente distinta de los “actos de agresión” listados en la Definición de la Agresión, sino que también sería *más grave*. Esta misma “agresión” sería la que es objeto de una prohibición contenida en una norma de *ius cogens*, como reconoció la propia CDI⁹ y que establece una obligación *erga omnes*, según la Corte Internacional de Justicia¹⁰. Según señalamos en el Capítulo II¹¹ y vimos en el Capítulo III¹², nada hay en los trabajos de la CDI que justifique dicha distinción. Por el contrario, durante los debates se usaron de manera indistinta los términos “agresión”¹³, “acto de agresión”¹⁴ e, inclusive, “guerra de agresión”¹⁵; asimismo, fueron numerosas las referencias a la Carta de las Naciones Unidas¹⁶ y dado que esta solamente se refiere al “acto de agresión”, es evidente que para la CDI los distintos términos hacen referencia al mismo concepto jurídico. De allí que plantear una distinción de esa naturaleza, sobre la que los autores citados no aportan mayor justificación, nos resulte artificial e infundada.

Pero existe otra forma de pensar en una distinción entre la “agresión” y el “acto de agresión”, y es la que parece surgir de los Artículos 1 y 3 de

⁷ AKANDE, Dapo y TZANAKOPOULOS, Antonios: “The International Court of Justice and the Concept of Aggression”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 214-232, pp. 228-229.

⁸ KREß, Claus: “The State Conduct Element”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 412-564, pp. 519-520.

⁹ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007, p. 120, párr. 4.

¹⁰ CIJ: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, párr. 33.

¹¹ Capítulo II, Sección 6.3.

¹² Capítulo III, Sección 1.3.2.

¹³ Artículo 19.3, inc. a) del Proyecto de 1996.

¹⁴ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1977, p. 95, párr. 6, i. a.

¹⁵ *Ibidem*, p. 108, párr. 33.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 103-104.

la Definición de la Agresión¹⁷. Así, mientras el primero define a “la agresión”, el segundo considera “actos de agresión”. ¿Significa ello que los “actos” son casos o ejemplos de agresión, o que la “agresión” definida en el Artículo 1 implica una categoría más amplia que puede comprender más de un acto? Como vimos en el Capítulo I¹⁸, del texto de la resolución 3314 (XXIX) surge que lo que se buscaba definir no era otra cosa que el “acto de agresión” de la Carta de las Naciones Unidas. Por lo tanto, pensamos, el Artículo 1 no define a “la agresión” como algo *diferente* al “acto de agresión”. De allí que el Artículo 3, al disponer que se considerarán como “actos de agresión” los que enumera, los está considerando como casos de la “agresión” del Artículo 1, pero no como una categoría jurídica distinta: *cada uno* de ellos, en la medida en que implican un uso grave de la fuerza armada (arg. Artículos 1 y 2 de la Definición) constituye una “agresión”. Esta interpretación se ve ratificada, pensamos, por el párrafo 2 del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, que define el “acto de agresión” con los mismos términos que el Artículo 1 de la Definición, a la que hace explícita referencia.

En definitiva, y en cuanto se trata de definir el acto estatal, no es posible trazar diferencia alguna entre la “agresión” y el “acto de agresión”. Ello no significa, no obstante que no pueda pensarse en una distinción conceptual entre la “agresión” y el “acto de agresión” en otro nivel más amplio —uno que incluya también al crimen de agresión—. Volveremos sobre el particular en el Capítulo V.

2.2. Los distintos significados del “acto de agresión”

Como señalamos en el Capítulo II¹⁹, algunos autores parecen sostener que el “acto de agresión” que se define en el párrafo 2 del Artículo 8 bis no sería el mismo “acto de agresión” del Artículo 39 de la Carta²⁰. Para ello se basarían, fundamentalmente, en el carácter político de la determinación del Consejo de Seguridad y en la discrecionalidad de sus poderes en la materia en virtud del Artículo 39. Analizaremos ambas cuestiones.

¹⁷ Como ya señalamos en el Capítulo I, Sección 4.2.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Capítulo II, Sección 5.

²⁰ KREß, Claus: op. cit., p. 428.

2.2.1. La naturaleza de la determinación por el Consejo de Seguridad

El Consejo de Seguridad es un órgano político, y sus actos son políticos²¹. Sin embargo, ello no lleva de suyo que tales actos carezcan de efectos jurídicos. Como sostiene autorizada doctrina, al calificar una situación como amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el pronunciamiento adquiere matices particulares por las consecuencias que la constatación-determinación conlleva. Si bien la Carta da facultades discrecionales –cuyo alcance veremos a continuación– a los miembros del Consejo a la hora de la determinación, la sola calificación implica un pronunciamiento con consecuencias jurídicas²². Ello por cuanto la calificación de las situaciones contempladas en el Artículo 39 las deviene en infracciones jurídicamente calificadas²³; la determinación adquiere, entonces, cierto carácter normativo²⁴.

Y el efecto jurídico principal²⁵ que tendrá el acto de determinación es la activación del mecanismo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, es decir, habilitar las competencias del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII²⁶ –de allí que el Artículo 39 haya sido llamado “la puerta de entrada” al Capítulo VII²⁷–, es decir, la activación del sistema de seguridad

²¹ D'ARGENT, Pierre *et al.*: “Article 39”, en COT, Jean Pierre y PELLET, Alain (Dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Tercera edición, Tomo I, Economica, Paris, 2005, pp. 1131-1170, p. 1137.

²² DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Sentido y alcance de la determinación por parte del Consejo de Seguridad de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, *XXX Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano*, Secretaría General de la OEA, Washington, 2004, pp. 77-134, pp. 82-83.

²³ WECKEL, Philippe: “Le Chapitre VII de la Charte et son Application par le Conseil de Sécurité”, *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 37 (1991), pp. 165-202, p. 177.

²⁴ WOLFRUM, Rüdiger: “Judicial Control of Security Council Decisions”, *Yearbook of Institute of International Law - Tallinn Session*, Vol. 76 (2007), pp. 413-408, p. 435.

²⁵ Decimos “principal”, porque no descartamos que la determinación del Consejo de Seguridad de la comisión de un acto de agresión pueda tener otros efectos jurídicos (en contra, D'ARGENT, Pierre *et al.*: op. cit., p. 1139).

²⁶ GILL, T. D.: “Legal and some political limitations on the power of the UN Security Council to exercise its enforcement powers under Chapter VII of the Charter”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXVI (1995), pp. 33-138, p. 39.

²⁷ D'ARGENT, Pierre *et al.*: op. cit., p. 1134; DINSTEIN, Yoram: *War, Aggression and Self-Defence*, Quinta edición. Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 306.

colectiva y la adopción de las “medidas colectivas eficaces” a las que hace referencia el Artículo 1.1 de la Carta, según vimos en el capítulo anterior²⁸.

Pero en el caso particular de la agresión, y como también vimos en el capítulo anterior, la determinación de su existencia implica otras consecuencias, fundamentalmente en materia de responsabilidad del agresor²⁹. Si así no fuera, deberíamos sostener que existe un “acto de agresión” de naturaleza política y otro de naturaleza jurídica, y que solo el primero es el del Artículo 39. Tal distinción –que es la que parecen plantear los autores que criticamos– nos parece inadmisibile, por cuanto no haría más que introducir confusión en un tema de por sí complejo. Toda vez que, como vimos, la resolución 3314 (XXIV) de la Asamblea General aprobó una definición jurídica de la agresión, en cuanto toma el contenido de la prohibición del uso de la fuerza del Artículo 2.4 de la Carta, y como también se vio, la Corte Internacional de Justicia ha dicho³⁰ que algunas de las disposiciones de la resolución reflejan el derecho consuetudinario, la propia resolución –e, indirectamente, la Corte– nos está indicando que el “acto de agresión” de la Carta sí es un concepto jurídico. Por otra parte, ¿qué sentido tendría diferenciar entre las tres categorías del Artículo 39 si sus efectos, en lo que a la activación del sistema de seguridad colectiva se refiere, son los mismos? Ello es así por cuanto, como dijimos, el Consejo de Seguridad dispone de las mismas herramientas y puede tomar cualquier medida del Capítulo VII a su disposición, sea que se trate de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión³¹. La distinción se justifica en la medida en que puedan predicarse otro tipo de consecuencias diferentes para los actores involucrados. En el caso de la agresión, tales consecuencias serán principalmente en materia de responsabilidad internacional³², pero también incluyen otras como los efectos sobre el Derecho

²⁸ Capítulo III, Sección 1.1.

²⁹ KRISCH, Nico: “Article 39”, en SIMMA, Bruno *et al.* (Eds.): *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Volumen II, 3ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1278-1293, p. 1293.

³⁰ CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, párr. 195; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Judgment, *I.C.J. Reports 2005*, p. 168, párr. 146.

³¹ DINSTEIN, Yoram: *op. cit.*, p. 305; SOLERA, Oscar: *Defining the crime of aggression*, Cameron May, Londres, 2007, p. 97.

³² Así también lo reconoció el Relator Especial Arangio-Ruiz, según vimos en el Capítulo III (CDI: *Quinto informe sobre la Responsabilidad de los Estados*, del Relator

de los Tratados; es decir, se trata de consecuencias jurídicas, las que hemos visto en el capítulo anterior.

Abona nuestra postura lo resuelto por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Tadić: *“Mientras el ‘acto de agresión’ es más asimilable a una determinación jurídica, la ‘amenaza a la paz’ es más un concepto político. Pero la determinación de que existe tal amenaza no es de una discreción irrestricta, por cuanto tiene que permanecer, al menos, dentro de los límites de los Propósitos y Principios de la Carta”*³³. La última afirmación del Tribunal nos introduce en la cuestión de la discrecionalidad del Consejo de Seguridad al momento de realizar el acto de determinación.

2.2.2. La discrecionalidad del Consejo de Seguridad

El poder de determinación del Consejo de Seguridad, ¿es discrecional? La doctrina ha ensayado diferentes respuestas a este interrogante.

El Magistrado Weeramantry, en su opinión disidente en la fase de medidas provisionales en el caso *Lockerbie*, expresó una de las posiciones al afirmar: *“la determinación en virtud del Artículo 39 de la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, cae íntegramente dentro de la discreción del Consejo. Parecería que el Consejo y no otro es el juez de la existencia del estado de cosas que pone al Capítulo VII en funcionamiento. Esa decisión es tomada por el Consejo de Seguridad según su propio juicio y en ejercicio de la plena discreción conferida por el Artículo 39. Una vez tomada, la puerta se abre para las variadas decisiones que el Consejo puede tomar en virtud de ese Capítulo”*³⁴.

Especial Gaetano Arangio-Ruiz, Adición, Documento A/CN.4/453/Add.3, Naciones Unidas, Ginebra, 1993, párr. 103).

³³ Traducción propia; *“While the ‘act of aggression’ is more amenable to a legal determination, the ‘threat to the peace’ is more of a political concept. But the determination that there exists such a threat is not a totally unfettered discretion, as it has to remain, at the very least, within the limits of the Purposes and Principles of the Charter”* (TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić a.k.a. ‘Dule’*. *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 29).

³⁴ Traducción propia; *“the determination under Article 39 of the existence of any threat to the peace, breach of the peace or act of aggression, is one entirely within the discretion of the Council. It would appear that the Council and no other is the judge of the existence of the state of affairs which brings Chapter VII into operation. That decision is taken by the Security Council in its own judgment and in the exercise of the full discretion given to it by Article 39. Once taken, the door is opened to the various deci-*

De acuerdo a De Wet³⁵, quienes sostienen que el Consejo posee una discrecionalidad amplia en la materia señalan, en primer lugar, que la Carta no define qué ha de entenderse por cada una de las categorías mencionadas en el Artículo 39³⁶. Así, se suele hacer referencia al informe del Relator Boncour en la Conferencia de San Francisco, ya citado en el Capítulo I³⁷, en el que se expresa la decisión de “dejar al Consejo de Seguridad la completa decisión de qué constituye una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión”³⁸. Debemos advertir, no obstante, que el pasaje³⁹ admite más de una interpretación. Leído en el contexto del informe, surge que se trató de una solución de compromiso respecto de la *definición* de un acto de agresión⁴⁰, y no de la *competencia* del Consejo a tal efecto, que por otro lado, parecía indiscutible en ese momento.

En segundo lugar, se sostiene que la determinación es un juicio basado en circunstancias fácticas y en el peso de consideraciones políticas que podrían no ser medidas por criterios jurídicos⁴¹.

sions the Council may make under that Chapter” (CIJ: Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p.114, Opinión disidente del Magistrado Weeramantry, p. 176).

³⁵ DE WET, Erika: *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, Portland, 2004, p.134 y ss.

³⁶ GOWLLAND-DEBBAS, Vera: “Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43 (1994), pp. 55-98, p. 61.

³⁷ Capítulo I, Sección 1.

³⁸ Traducción propia; “to leave to the Council the entire decision as to what constitutes a threat to peace, a breach of the peace, or an act of aggression” (UNCIO, Doc. 881, III/3/46, cit. en FERENCZ, Benjamin B.: *Defining International Aggression. The Search for World Peace. A Documentary History and Analysis*, Vol. 1, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 1975, pp. 349-361, p. 352).

³⁹ Mencionado también en MCDUGALL, Carrie; “When Law and Reality Clash - The Imperative of Compromise in the Context of the Accumulated Evil of the Whole: Conditions for the Exercise of the International Criminal Court’s Jurisdiction over the Crime of Aggression”, *International Criminal Law Review*, Vol. 7, N° 2 (2007), pp. 277-333, p. 282.

⁴⁰ En el mismo sentido, DE WET, Erika: op. cit., p. 146, nota 80.

⁴¹ ALSTON, Philip: “The Security Council and Human Rights: Lessons to be Learned from the Iraq-Kuwait Crisis and its Aftermath”, *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 13 (1990/1991), pp. 107-176, p. 138, aunque solo se refiere a la discreción al momento de determinar una “amenaza a la paz”.

En tercer lugar, el derecho de veto de los miembros permanentes podría reflejar la naturaleza política de la determinación, por cuanto sería una clara indicación de que las decisiones en interés de la paz y la seguridad estarían basadas exclusivamente en consideraciones políticas⁴².

En cuarto lugar, la discrecionalidad del acto de determinación estaría dada por la falta de obligatoriedad para el Consejo de decidir que una situación cae dentro de los términos del Artículo 39 o de decidir la acción coercitiva cuando ha hecho tal determinación. Así, al no tener que actuar en todas las situaciones que parecen convocar el ejercicio de su competencia, opera selectivamente y con discrecionalidad⁴³.

Frente a cada uno de estos argumentos, se alzan visiones opuestas. Con relación al último, el hecho de que el Consejo de Seguridad no esté obligado⁴⁴ a actuar en los términos del Capítulo VII no significa necesariamente que cuando sí actúa tenga una discreción ilimitada para hacerlo⁴⁵. Tampoco el veto constituye por sí mismo una justificación para una acción ilimitada en el contexto del Artículo 39⁴⁶; en todo caso, se trata de una consideración de carácter político que no resulta de utilidad para la interpretación de la norma.

Con relación a los dos primeros argumentos, aunque es innegable que la imprecisión y la vaguedad rodean los términos usados en el Artículo 39, estas cualidades son características generales del derecho y la especificación de términos así es, en todo caso, un asunto de interpretación jurídica. La aplicación de términos jurídicos vagos a un particular conjunto de hechos está necesariamente vinculada a cierta discreción, pero ello no tiene

⁴² REISMAN, W. Michael: "The Constitutional Crisis in the United Nations", *American Journal of International Law*, Vol. 87 (1993), pp. 83-100, p. 95; CARON, David D.: "The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council", *American Journal of International Law*, Vol. 87, N°4 (1993), pp. 552-588, p.565.

⁴³ GILL, T. D.: op. cit., p. 40.

⁴⁴ La discusión acerca de si el Consejo de Seguridad está o no obligado a actuar cada vez que se configura una de las situaciones previstas en el Capítulo VII excede los límites de esta investigación. Es verdad que la interpretación literal de los términos del Artículo 39 –"determinará"– nos lleva a pensar en una obligación del Consejo de Seguridad (DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: op. cit., p. 86). Pero, a la vez, la práctica de la Organización no parece corroborar dicha interpretación. En todo caso, pensamos, incluso si se acepta que el Consejo no está obligado a actuar, ello no constituye un argumento a favor de una discrecionalidad absoluta en el ejercicio de sus poderes de determinación.

⁴⁵ DE WET, Erika: op. cit., p. 136.

⁴⁶ Ídem.

por qué ser evidencia de una discreción política ilimitada⁴⁷. El mero hecho de que el Artículo 39 distinga entre tres criterios que activan el Capítulo VII implica que no tiene una discreción ilimitada. Si tal discreción existiera, la distinción devendría sin sentido⁴⁸. Como ya adelantamos, compartimos esta última apreciación, puesto que la distinción tiene mayor sentido tratándose de un acto de agresión: si el Consejo decide en virtud del Artículo 39 que se aplicará el Capítulo VII y decide que el Estado X es culpable de agresión y debe pagar una indemnización, tal decisión no es simplemente un asunto político. Es una decisión basada en una evaluación de los hechos y la aplicación de una norma del derecho internacional basada en tal evaluación⁴⁹.

Por nuestra parte, pensamos que la discrecionalidad del Consejo es muy amplia, pero no ilimitada. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en un caso en que se cuestionaba la constitucionalidad de su creación por el Consejo de Seguridad, sostuvo: “... *el Consejo de Seguridad cumple un rol esencial y ejerce una muy amplia discreción en virtud de este Artículo [Artículo 39 de la Carta]. Pero esto no significa que sus poderes sean ilimitados. El Consejo de Seguridad es un órgano de una organización internacional, establecido por un tratado que sirve como marco constitucional para esa organización. El Consejo de Seguridad está así sujeto a ciertas limitaciones constitucionales, no obstante lo amplios que sus poderes sean en virtud de la constitución. Estos poderes no pueden, en ningún caso, ir más allá de los límites de la jurisdicción de la Organización en su conjunto, sin mencionar otras limitaciones específicas o aquellas que pueden derivar de la división interna de poderes dentro de la Organización. En cualquier caso, ni el texto ni el espíritu de la Carta concibe al Consejo de Seguridad como legibus solutus*”

⁴⁷ MARTENCZUK, Bernd: “The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?”, *European Journal of International Law*, Vol. 10 (1999), pp. 517-547, p. 543.

⁴⁸ DE WET, Erika: op. cit., p. 137.

⁴⁹ BOWETT, Derek: “The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures”, *European Journal of International Law*, Vol. 5 (1994), pp. 89-101, p. 94.

(*no vinculado por el derecho*)”⁵⁰. Y los límites a su competencia⁵¹ están dados por la misma Carta: el Artículo 24.2 dispone: “*En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas*”.

También es importante señalar que la discrecionalidad del Consejo de Seguridad en cuanto a su facultad de determinación opera en diferentes niveles. En el primer nivel, en la decisión de determinar o no determinar, ya que al no estar obligado a hacerlo, tal decisión queda en su total discreción. En ese caso, la discrecionalidad sería absoluta. En el segundo nivel, en la elección de la categoría con la que se calificará la situación: allí es donde cabe la distinción apuntada por el TPIY y señalada por parte de la doctrina entre cada uno de los tres tipos del Artículo 39: mientras que el concepto de “amenaza a la paz” es vago e impreciso y así parece caer dentro de la más amplia discrecionalidad del Consejo (limitada, no obstante, por los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas), el “acto de agresión” tiene un significado preciso en el derecho internacional y de hecho, está también limitado por los Principios de las Naciones Unidas, ya que, en ese sentido, la referencia al principio de la prohibición del uso de la fuerza del Artículo 2.4 de la Carta nos parece ineludible⁵². Es decir, parecería que, a medida que el término tiene mayor vaguedad, más discrecional es el poder

⁵⁰ Traducción propia; “*It is clear from this text that the Security Council plays a pivotal role and exercises a very wide discretion under this Article. But this does not mean that its powers are unlimited. The Security Council is an organ of an international organization, established by a treaty which serves as a constitutional framework for that organization. The Security Council is thus subjected to certain constitutional limitations, however broad its powers under the constitution may be. Those powers cannot, in any case, go beyond the limits of the jurisdiction of the Organization at large, not to mention other specific limitations or those which may derive from the internal division of power within the Organization. In any case, neither the text nor the spirit of the Charter conceives of the Security Council as legibus solutus (unbound by law)*” (TPIY: *Prosecutor v. Duško Tadić a.k.a. “Dule”*. *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 28).

⁵¹ Los límites a la competencia del Consejo de Seguridad y la posibilidad de su actuación *ultra vires* se vinculan con la discutida cuestión del denominado control de constitucionalidad en el sistema de las Naciones Unidas, que ha dado lugar a una interesante producción doctrinaria y que exploramos en PEZZANO, Luciano: “Control de constitucionalidad de los actos de los órganos de las Naciones Unidas: una aproximación desde la perspectiva de la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XV (2015), pp. 47-91.

⁵² Ello es así por cuanto, como vimos en el Capítulo I, hay una vinculación sustancial entre la definición de la agresión y la prohibición del uso de la fuerza.

del Consejo. Por lo tanto, tratándose nuestro análisis de la determinación de la existencia de un acto de agresión, el Consejo estaría más limitado por el derecho aplicable, y esa podría ser una de las razones –como veremos– para su escasa aplicación en la práctica.

Abonan la idea de cierta discrecionalidad en materia de determinación de la agresión los ya mencionados Artículos 2 y 4 de la Definición de la Agresión. De acuerdo al primero de ellos, el Consejo podría no calificar como agresión una situación si ello no estuviera justificado “a la luz de otras circunstancias pertinentes”. Según el segundo, puede determinar como actos de agresión otros actos que no estén incluidos en la lista de ejemplos del Artículo 3. No pensamos que ello habilite a sostener una discrecionalidad ilimitada en materia de determinación de un acto de agresión. Si bien según el Artículo 2 –y en ejercicio de sus competencias de acuerdo al Artículo 39 de la Carta– el Consejo podría no determinar como agresión algo que sí lo fuera, ello no impediría su calificación como tal por otro órgano, por cuanto la existencia jurídica de la agresión es independiente de su determinación por el Consejo. Incluso pensamos que el hecho de que el Consejo pueda no calificar como agresión, atento a las ya mencionadas consecuencias especiales que ello acarrea, más que ampliar la discrecionalidad parece demostrar que está limitada en ese aspecto –dado que al calificar como agresión el Consejo estará ceñido por las normas aplicables del derecho internacional– y por eso prefiera actuar donde no lo está. Al mismo tiempo, no obstante el Artículo 4 de la Definición, el Consejo de Seguridad no podría válidamente determinar como agresión algo que no lo fuera según el derecho internacional.

Así, podemos concluir que el Consejo disfruta de una amplia discrecionalidad, pero al efectuar una determinación en virtud del Artículo 39 está limitado por los propósitos y principios de la Carta⁵³, y que la naturaleza misma del “acto de agresión” como concepto jurídico y su contenido específico en el derecho internacional hace que la discrecionalidad del Consejo respecto de su determinación sea incluso más limitada.

De esa forma, los dos argumentos utilizados por los autores para pretender justificar una diferencia entre el “acto de agresión” de la Carta y el del Artículo 8 bis no solo no apoyan su posición sino que permiten abonar la conclusión contraria: el acto de agresión del Artículo 39 es un concepto

⁵³ SCHWEIGMAN, David: *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Kluwer Law International, La Haya, 2001, p. 188.

jurídico, ha sido definido por la resolución 3314 (XXIX) y es esta definición la que ha sido utilizada en el Artículo 8 bis. El acto de agresión en ambos instrumentos es, por lo tanto, el mismo, con idéntico sentido y alcance.

2.3. La “agresión” como rótulo político

Lo anterior no implica que el Consejo de Seguridad no recurra a conceptos como “agresión” o “acto de agresión” con una finalidad política. Lo que sucederá en tales casos es que no se tratará del “acto de agresión” del Artículo 39 de la Carta.

Recordemos que el Consejo de Seguridad nunca ha determinado expresamente la existencia de un acto de agresión. Si bien, como mencionamos en el capítulo anterior⁵⁴, el Consejo aprobó resoluciones condenando la agresión en casi una treintena de ocasiones, no podemos identificar ninguna de ellas como el acto de determinación del Artículo 39.

Al mismo tiempo, el Consejo de Seguridad no determinó explícitamente la existencia de actos de agresión ni siquiera en casos en los que era evidente, como la invasión de Corea del Norte a Corea del Sur en 1950, o la invasión del Iraq a Kuwait en 1990⁵⁵, no obstante haber procedido, según vimos, como si hubiese identificado a Corea del Norte e Iraq como agresores en lo que entendemos como calificaciones *implícitas*.

En cuanto a los motivos de esta actitud, señala la doctrina que el Consejo de Seguridad ha sido reticente a alienar a una parte en un conflicto identificando un acto estatal como agresión, prefiriendo en su lugar determinar amenazas o quebrantamientos de la paz⁵⁶. En efecto, calificar una situación como agresión implica determinar que un Estado es el “agresor”, y tal rótulo⁵⁷ –además de las consecuencias jurídicas que acarrea– dificulta cualquier tipo de solución política de la cuestión⁵⁸ y el objetivo de restablecer la paz y la seguridad internacionales que guía al propio Consejo. De allí que se piense que la efectividad del Consejo se vería impedida si debiera

⁵⁴ Capítulo III, Sección 1.1.2.

⁵⁵ GOWLLAND-DEBBAS, Vera: op. cit., p. 63.

⁵⁶ O'DONOVAN, Michael: “Criminalizing war: toward a justifiable crime of aggression”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 30 (2007), pp. 507-530, p. 514.

⁵⁷ MCDOUGALL, Carrie: op. cit., p. 310.

⁵⁸ GILL, T. D.: op. cit., p. 45.

determinar cuál bando ha sido culpable⁵⁹ de violar sus obligaciones⁶⁰ al cometer un acto de agresión⁶¹. Además, considerando que el Consejo puede hacer uso de los poderes del Capítulo VII simplemente determinando la existencia de una amenaza a la paz, raramente recurrirá a los otros dos términos, que no le dan poderes extra⁶², dado que, en cuanto a sus consecuencias para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como vimos, no hay diferencias entre las tres categorías de actos del Artículo 39⁶³.

Creemos que, así, la propia actitud del Consejo de Seguridad confirma nuestra anterior apreciación acerca de los efectos jurídicos de su determinación de la existencia de un acto de agresión en un caso concreto: si el Consejo se ha abstenido de tales determinaciones es porque, precisamente, realizarlas traía consecuencias jurídicas que pueden ser no deseadas en los procesos políticos para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Ello refuerza nuestras conclusiones previas⁶⁴ respecto de la diferencia crucial entre el “acto de agresión” y el “quebrantamiento de la paz” en el Artículo 39: el primero es un concepto jurídico con consecuencias particulares en el derecho internacional que van más allá de los límites del Capítulo VII de la Carta, consecuencias que hemos estudiado en el capítulo anterior.

Pero, ¿qué sucede con las resoluciones que condenan agresiones? Ellas incluyen como “actos de agresión” a ataques e incursiones armadas que no revestían la gravedad suficiente para ser considerados como tales⁶⁵, o a ataques de mercenarios⁶⁶ que carecían del elemento estatal que configura la agresión.

⁵⁹ DE WET, Erika: op. cit., p. 149.

⁶⁰ SCHACHTER, Oscar: “The Quasi-Judicial Role of the Security Council and the General Assembly”, *American Journal of International Law*, Vol. 58, N° 4 (1964), pp. 960-965, p. 960.

⁶¹ REDDI, Vimalen J.: “The ICC and the Crime of Aggression: A Need to Reconcile the Prerogatives of the SC, the ICC and the ICJ”, *International Criminal Law Review*, Vol. 8, N° 4 (2008), pp. 655-686, p. 667.

⁶² AKANDE, Dapo y TZANAKOPOULOS, Antonios: op. cit., p. 219.

⁶³ REDDI, Vimalen J.: op. cit., p. 667.

⁶⁴ Que vimos en el Capítulo I, Sección 2.1.

⁶⁵ KRISCH, Nico: op. cit., p. 1293.

⁶⁶ V. resoluciones 405 (1977), sobre Benin; 496 (1981) y 507 (1982), sobre Seychelles.

¿Cuál es, entonces, su valor? Entendemos que demuestran que cuando el Consejo ha recurrido a la expresión “agresión” o “acto de agresión” lo ha hecho sin tener en cuenta el significado jurídico del concepto, y lo ha utilizado como un rótulo político, que le permite expresar una fuerte condena, pero que no se traduce en la adopción de ninguna medida concreta –como sí sucedería en el caso de tratarse de un genuino acto de determinación–. No es casual que la mayoría de las condenas por agresión hayan sido contra Sudáfrica, Estado que durante varias décadas incumplió sistemáticamente las resoluciones de los órganos de las Naciones Unidas y cometió severas violaciones al derecho internacional sin asumir ninguna consecuencia. La calificación –política, insistimos– de sus incursiones en países vecinos como “actos de agresión” y el lenguaje fuerte de las resoluciones constituía una forma de apaciguar a quienes pedían acciones más eficaces contra el régimen racista aliado de ciertas potencias occidentales.

Aunque este uso político de la agresión de parte del Consejo de Seguridad pueda resultar confuso, en nada afecta nuestra anterior conclusión: no se requiere mayor esfuerzo de interpretación para concluir que el Consejo actúa fuera del Artículo 39 y que el “acto de agresión” allí descrito es un concepto jurídico con un contenido preciso en el derecho internacional. Es decir, sí podemos decir que existe una noción “política” del acto de agresión, pero no se relaciona con el concepto jurídico del Artículo 39 de la Carta y, por lo tanto, nada tiene que ver con el concepto de agresión y sus consecuencias en el derecho internacional.

3. La doble identidad del crimen de agresión

A lo largo de esta investigación, hemos utilizado el término “crimen de agresión” para referirnos a la conducta individual tipificada en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma. Sin embargo, según vimos en el capítulo anterior⁶⁷, los trabajos de la CDI sobre responsabilidad internacional muestran que también el acto estatal de agresión puede ser considerado un “crimen internacional”, como establecía el Artículo 19 del Proyecto de 1996, y era de hecho, considerado el “crimen internacional por antonomasia”⁶⁸.

Como también vimos, incluso James Crawford, principal artífice del abandono de la noción de “crimen internacional”, consideró que existía

⁶⁷ Capítulo III, Sección 1.3.2.2.

⁶⁸ CDI: op. cit. en nota 14, p. 108, párr. 33.

consenso para calificar como crimen, al menos a la agresión⁶⁹. Sin perjuicio de nuestra ya expresada posición en el sentido de considerar que el cambio de *nomen iuris* en 2001, de “crímenes internacionales” por “violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas” no implicó un cambio de régimen aplicable⁷⁰, y que la responsabilidad del agresor es efectivamente agravada, nos preguntamos si la noción de “crimen internacional” subsiste, al menos, en lo que respecta a la agresión.

3.1. Argumentos doctrinarios para sostener la subsistencia del crimen internacional

Uno de los autores que más se ha referido a la subsistencia de la noción de “crimen internacional” en el derecho internacional general no obstante el Proyecto de 2001 ha sido el profesor Cançado Trindade, quien en sucesivos votos como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como Magistrado de la Corte Internacional de Justicia ha delineado los criterios que le permiten sustentar dicha postura⁷¹. Identificaremos tales criterios con el objeto de precisar si pueden ser aplicados al caso de la agresión.

Se trata de tres criterios principales: la complementariedad entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional del individuo; la afectación de los intereses fundamentales o

⁶⁹ CDI: *Primer informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial James Crawford*, Adición, Documento A/CN.4/490/Add.3, Naciones Unidas, Ginebra, 1998, párr. 80 y 97.

⁷⁰ Comparten esta idea, en cuanto a considerar el cambio de nombre como un cambio “cosmético”: WYLER, Eric: “From ‘State Crime’ to Responsibility for ‘Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law’”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, N°5 (2002), pp. 1147-1160, pp. 1159; y TOUFAYAN, Mark: “A Return to *Communitarianism*? Reacting to ‘Serious Breaches of Obligations Arising under Peremptory Norms of General International Law’ under the Law of State Responsibility and United Nations Law”, *Annuaire canadien de Droit international 2004*, pp. 197-251, p. 210, nota 44.

⁷¹ También planteó y sistematizó dichos argumentos en CANÇADO TRINDADE, António Augusto: “Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited”, en RAGAZZI, Mauro (Ed.): *International Responsibility Today – Essays in Memory of O. Schachter*, M. Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 253-269.

superiores de la comunidad internacional; y la existencia de un régimen de responsabilidad agravada del Estado⁷².

3.1.1. *La complementariedad entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional*

Cançado Trindade parte de la premisa de que la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual no son mutuamente excluyentes sino complementarias⁷³. Como señalamos en el Capítulo III⁷⁴, la agresión misma es una prueba de esta complementariedad y, en consecuencia, compartimos esta idea, a la que llamamos “dualidad de responsabilidades”, en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, y que desarrollaremos en el Capítulo V. Sostiene el autor: “*Un Estado puede ser internacionalmente responsable por un crimen, imputable tanto a sus agentes que lo cometieron, como al propio Estado como persona jurídica de derecho internacional. Negar esto sería obstaculizar el desarrollo del derecho internacional en el presente dominio de la responsabilidad internacional*”⁷⁵.

⁷² Podemos comparar estos criterios con los que en su momento, antes de la aprobación del Proyecto de 2001, había formulado Jørgensen. La autora distinguía entre posibles criterios y posibles indicios para diferenciar entre crímenes y otros hechos ilícitos. Entre los primeros incluía, *i. a.*, la necesidad de pasar un test de gravedad para ser considerados crímenes; un efecto especial en la conciencia de la humanidad; y una ofensa contra consideraciones elementales de humanidad; mientras que entre los segundos, consideraba: la probabilidad de superposición con el *ius cogens*; la afectación de la paz y la seguridad internacionales; y que los crímenes de Estado generalmente entrañan también responsabilidad penal individual en virtud del derecho internacional (JØRGENSEN, Nina H. B.: *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 161).

⁷³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: op. cit., p. 258; CIJ: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, Opinión Disidente del Magistrado Cançado Trindade, párr. 59; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 3, Opinión Disidente del Magistrado Cançado Trindade, párr. 124.

⁷⁴ Capítulo III, Sección 3.

⁷⁵ Corte IDH: *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 15.

Al ampliar su razonamiento, Cançado Trindade tiene en cuenta los casos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos por agentes estatales y sostiene que en tales situaciones, “*la determinación de la responsabilidad penal internacional del individuo no es, pues, suficiente, por cuanto el Estado, en nombre del cual sus agentes cometieron un crimen, contribuyó él propio, como persona jurídica de derecho internacional, para la perpetración u ocurrencia de dicho crimen*”⁷⁶. Adviértase que el planteo no solo se refiere a que el Estado es responsable por cuanto el crimen es cometido por sus agentes, de acuerdo a las reglas tradicionales de atribución de responsabilidad al Estado, sino por cuanto el Estado mismo⁷⁷ —a través, por supuesto, de otros órganos— contribuyó a la comisión del crimen, sea formulando la política que llevó al crimen particular, asegurando la impunidad para sus autores, o sea a través de otras formas de participación⁷⁸. Esto es lo que le permite concluir: “*En el plano conceptual, no veo [...] cómo dejar de admitir la ocurrencia de un crimen de Estado en el derecho internacional general, sobre todo en la medida en que hay intención (falta o culpa), o tolerancia, aquiescencia, negligencia, u omisión, por parte del Estado en relación con violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario perpetradas por sus agentes, inclusive en nombre de una política de Estado. En tales circunstancias, societas delinquere potest*”⁷⁹.

⁷⁶ Ibidem, párr. 18.

⁷⁷ También Nollkaemper considera que los crímenes internacionales pueden ser cometidos al amparo del Estado, aunque ello no implique necesariamente que el Estado cometa el crimen (NOLLKAEMPER, André: “State Responsibility for International Crimes: A Review of Principles of Reparation”, en CONSTANTINIDES, Aristotle y ZAIKOS, Nikos (Eds.): *The Diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 487-518).

⁷⁸ Aunque no esté explícito, el argumento guarda relación con el requisito de sistematicidad que propone Jørgensen al plantear la relación entre la responsabilidad individual con la estatal como un indicio del crimen internacional (JØRGENSEN, Nina H. B.: op. cit., p. 149), y que es uno de los dos criterios para definir la gravedad de la violación en el Artículo 40.2 del Proyecto de 2001.

⁷⁹ Corte IDH: *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 19. Reiterado en Corte IDH: *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C N° 105, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 35; y en Corte IDH: *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N° 153, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 18.

3.1.2. *La afectación de los intereses fundamentales o superiores de la comunidad internacional*

Cançado Trindade considera que la configuración del crimen de Estado está vinculada a la protección de intereses fundamentales o superiores de la comunidad internacional en conjunto⁸⁰, y que esa protección se materializa normativamente en la existencia de normas de *ius cogens*: “*Hay obligaciones internacionales atinentes a la salvaguardia de valores fundamentales de la propia comunidad internacional, que se distinguen de otras obligaciones internacionales; de ahí la emergencia de conceptos como los de las obligaciones erga omnes, atinentes al jus cogens, en el derecho internacional contemporáneo*”⁸¹. En ese sentido, sostiene que “*el crimen de Estado se configura como una violación grave del derecho internacional perentorio (el jus cogens), que afecta directamente sus principios y fundamentos, y que concierne la comunidad internacional como un todo, no debiendo ser tratado por analogía con categorías del derecho penal interno*”⁸². El crimen internacional, entonces, queda configurado por la presencia de dos elementos: por un lado, la violación de una norma imperativa de derecho internacional –*ius cogens*– y la gravedad de dicha violación. En ese sentido, no se aleja de los elementos que caracterizan las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de acuerdo al Artículo 40 del Proyecto de 2001, pero manteniendo la terminología adoptada en el Artículo 19 del Proyecto de 1996, que, como vimos, no alcanzaba a precisar la relación entre el *ius cogens* y los crímenes internacionales.

3.1.3. *La existencia de un régimen de responsabilidad agravada del Estado*

Las anteriores consideraciones llevan a Cançado Trindade a afirmar que “*La búsqueda corriente de una jerarquía normativa y conceptual en el ordenamiento jurídico internacional (ilustrada por la consagración del jus cogens) ha conformado, a mi modo de ver, la responsabilidad*

⁸⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: op. cit., p. 262.

⁸¹ Corte IDH: *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C Nº 105, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 33.

⁸² Corte IDH: *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C Nº 101, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 27.

*internacional agravada, en casos de violaciones particularmente graves de los derechos humanos y de crímenes internacionales, con todas sus consecuencias jurídicas. Crímenes internacionales y violaciones del jus cogens, por su particular gravedad, afectan los valores básicos de la comunidad internacional como un todo*⁸³. El fundamento de esta responsabilidad agravada no sería otro que la existencia de valores fundamentales y superiores, expresados en el *ius cogens*: “A partir del momento en que la comunidad internacional pasa a profesar determinados valores fundamentales y superiores, hay que aceptar la consecuencia del establecimiento de un régimen especial de responsabilidad agravada (correspondiente al crimen de Estado) siempre y cuando se atenta contra aquellos valores o se viola las normas que los protegen”⁸⁴. Es decir, la violación grave de una norma imperativa es un crimen internacional y, como tal, genera la responsabilidad agravada del Estado⁸⁵.

3.1.4. La aplicación de los criterios a la agresión

Podría argumentarse que los dos últimos criterios fundan la existencia de un régimen de responsabilidad agravada, pero no la subsistencia del “crimen internacional” como *nomen iuris* y, habiendo aceptado la existencia de tal régimen en el capítulo anterior⁸⁶, con la agresión como su ejemplo paradigmático, no estaríamos aportando nada nuevo al razonamiento.

Sin embargo, el aporte fundamental para la subsistencia de la noción de “crimen internacional” radica, pensamos, en el primer criterio, que se asienta en lo que Cançado Trindade denomina “complementariedad” entre la responsabilidad internacional y la responsabilidad penal individual, y

⁸³ Corte IDH: *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C N° 105, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 33.

⁸⁴ Corte IDH: *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 30.

⁸⁵ Respecto del alcance de esta responsabilidad agravada en la visión de Cançado Trindade, v. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: op. cit., pp. 264-267; Corte IDH: *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 47; Corte IDH: *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones*. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C N° 116, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade párr. 3-10.

⁸⁶ Capítulo III, Sección 1.3.2.3.3.

que nosotros, siguiendo a la Corte Internacional de Justicia, llamamos “dualidad de responsabilidades”. En ese sentido, si los fundamentos que llevan a sostener que ciertos hechos constituyen crímenes si son cometidos por individuos son su gravedad y que atentan contra normas fundamentales del derecho internacional, nada impide considerar que también son crímenes cuando son cometidos por el Estado a través de sus órganos. El hecho de que las responsabilidades que emerjan para cada uno de los sujetos involucrados sean *diferentes* responde a la distinta naturaleza de los sujetos, y no a la gravedad del hecho o la importancia de las normas violadas.

Dado que, como veremos en el Capítulo V, la dualidad de responsabilidades es una consecuencia necesaria de la agresión —a diferencia de todos los otros crímenes, en los que es una consecuencia posible—, el argumento se fortalece: si no podemos trazar una diferencia conceptual entre el elemento material del crimen de agresión con el del acto de agresión, nada impide considerar también a este último como un crimen internacional⁸⁷. Como sostiene Bos, el caso de la agresión es un ejemplo de cómo ambos crímenes, el crimen de Estado y el individual, son complementarios⁸⁸. Es más, dada la singularidad del crimen de agresión, en cuanto requiere, como hemos visto, necesariamente de la comisión de un acto estatal, se afirma que el Estado también está cometiendo un crimen⁸⁹. En ese sentido, nos permitimos trazar algunos paralelismos con el genocidio. El derecho internacional, a partir de la resolución 96 (I) de la Asamblea General y, principalmente, a partir de la Convención de 1948 (Artículo I), considera que el genocidio es un crimen⁹⁰, crimen que puede ser cometido tanto

⁸⁷ Zyberi va más allá y sostiene que el crimen de agresión es el que más acerca la responsabilidad penal del individuo con la del Estado (ZYBERI, Gentian: “Responsibility of States and Individuals for Mass Atrocity Crimes”, en NOLLKAEMPER, André y PLAKOKEFALOS, Ilias: *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 236-262, p. 254).

⁸⁸ BOS, Adriaan: “Crimes of State: In Need of Legal Rules?”, en KREIJEN, Gerard *et al.* (Eds.): *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 221-237, p. 237.

⁸⁹ LANG, Anthony F.: “Crime and Punishment: Holding States Accountable”, *Ethics & International Affairs*, Vol. 21, N°2 (2007), pp. 239-257, p. 250 y ss.

⁹⁰ Es verdad que el texto oficial en español de la Convención utiliza la palabra “delito”, más afín al lenguaje penal de los países hispanoparlantes. Sin embargo, y por las razones que ya comentáramos en el Capítulo I, es evidente que debe entenderse en el sentido de “crimen”, como lo expresa la resolución 96 (I), y lo ratificó medio siglo después el Artículo 5 del Estatuto de Roma. Asimismo, tanto la versión inglesa como francesa de la Convención utilizan la palabra “crime”, que se traduce como “crimen”.

por individuos, de acuerdo al Artículo IV de la Convención⁹¹, como por Estados, de acuerdo a una posible interpretación del Artículo IX. Este establece la competencia de la Corte Internacional de Justicia para todas las “*controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III*” (negrita añadida). Si un Estado puede, a tenor del Artículo IX, ser responsable de genocidio, un hecho que es considerado un crimen por el Artículo I, entonces, ese Estado será responsable de un crimen. Al analizar el caso *Genocidio* entre Bosnia y Herzegovina y Serbia –antes de la resolución del fondo del asunto–, Jørgensen, en similar línea con nuestro razonamiento, planteaba que parecería que un Estado puede ser considerado responsable, aunque en un sentido “civil”, por lo que está expresamente reconocido como un acto criminal incluso cuando es cometido por un Estado⁹². Lo que la autora planteaba es que un Estado podía ser declarado responsable por un crimen, aun cuando su responsabilidad no fuera criminal.

La Corte Internacional de Justicia confirmó la interpretación que adelantamos sobre el Artículo IX en su fallo sobre el fondo en el mencionado caso *Genocidio*: “*La característica inusual del Artículo IX es la frase “incluso las [controversias] relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el Artículo III”. La palabra “incluso” tiende a confirmar que las controversias relativas a la responsabilidad de las Partes Contratantes por genocidio, y los otros actos enumerados en el Artículo III al que se refiere, están comprendidos dentro un amplio grupo de controversias relativas a la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención. La responsabilidad de una parte por genocidio y los otros actos enumerados en el Artículo III surge de su incumplimiento de las obligaciones impuestas por las otras disposiciones de la Convención, y en particular, en el presente contexto, con el Artículo III leído con los Artículos I y II. De acuerdo con el texto inglés de la Convención, la responsabilidad contemplada es responsabilidad “for genocide” (en francés, “responsabilité... en matière de génocide” [en español, responsabilidad “en materia de genocidio”]), no*

⁹¹ “Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”.

⁹² JØRGENSEN, Nina H. B.: op. cit., p. 278.

*meramente responsabilidad “por no prevenir o castigar el genocidio”. Los términos particulares de la frase completa confirman que las Partes Contratantes pueden ser responsables de genocidio y los otros actos enumerados en el Artículo III de la Convención”*⁹³. Sin embargo, para contradecir esta proposición, Serbia argumentaba, entre otras cosas, que el derecho internacional no reconoce la responsabilidad penal del Estado, y que la Convención no provee un vehículo para la imposición de tal responsabilidad, fundándose para ello en el rechazo de la CDI del concepto de crímenes internacionales. Bosnia y Herzegovina aceptó que el derecho internacional general no reconoce la responsabilidad penal de los Estados, pero planteó que la obligación por la cual Serbia podía ser declarado responsable en caso de violación, en un proceso en virtud del Artículo IX, era simplemente una obligación que surgía en virtud del derecho internacional, en el caso, las disposiciones de la Convención. La Corte observó *“que las obligaciones en cuestión en este caso, que surgen de los términos de la Convención, y las responsabilidades de los Estados que surgirían de la violación de tales obligaciones, son obligaciones y responsabilidades en virtud del derecho internacional. No tienen una naturaleza penal. En virtud de lo expuesto, este argumento no puede ser aceptado”*⁹⁴.

⁹³ Traducción propia; *“The unusual feature of Article IX is the phrase “including those [disputes] relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article III”. The word “including” tends to confirm that disputes relating to the responsibility of Contracting Parties for genocide, and the other acts enumerated in Article III to which it refers, are comprised within a broader group of disputes relating to the interpretation, application or fulfilment of the Convention. The responsibility of a party for genocide and the other acts enumerated in Article III arises from its failure to comply with the obligations imposed by the other provisions of the Convention, and in particular, in the present context, with Article III read with Articles I and II. According to the English text of the Convention, the responsibility contemplated is responsibility “for genocide” (in French, “responsabilité . . . en matière de génocide”), not merely responsibility “for failing to prevent or punish genocide”. The particular terms of the phrase as a whole confirm that Contracting Parties may be responsible for genocide and the other acts enumerated in Article III of the Convention”* (CIJ: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, párr. 169).

⁹⁴ Traducción propia; *“The Court observes that the obligations in question in this case, arising from the terms of the Convention, and the responsibilities of States that would arise from breach of such obligations, are obligations and responsibilities under international law. They are not of a criminal nature. This argument accordingly cannot be accepted”* (Ibidem, párr. 170).

No vemos en el pasaje citado un rechazo de la Corte a nuestra anterior interpretación. Como dijimos, la circunstancia de que un Estado pueda ser declarado responsable por la comisión de un hecho que el derecho internacional califica como un *crimen* —que la Corte sí reconoce—, no significa necesariamente que la responsabilidad del Estado deba ser de naturaleza penal. Es por eso que no compartimos la apreciación de Crawford quien, al comentar este mismo pasaje, sostiene que la Corte rechazó la idea de que los Estados pueden cometer crímenes⁹⁵. Lo que la Corte rechazó es la responsabilidad penal de los Estados, pero no que no pudieran cometer hechos que, como el genocidio, están expresamente calificados como crímenes⁹⁶.

Se insiste: sin perjuicio de una última aclaración al respecto que efectuaremos más adelante no se trata de una cuestión de la naturaleza de la responsabilidad del Estado, sino de si puede o no cometer un hecho que sea considerado un crimen. Nuestra discusión, como todas la de este capítulo, es de índole *conceptual*.

Ahora bien, si tales consideraciones son válidas para el genocidio, no vemos óbice alguno para que sean válidas también respecto de la agresión, incluso ante la ausencia de una norma convencional que nos respalde como el Artículo IX de la Convención sobre el Genocidio.

A mayor abundamiento, también podemos tener presente en esta cuestión que el acto estatal de agresión es un crimen porque, a diferencia de los otros crímenes de derecho internacional en los que participe un Estado —recordemos, en los otros crímenes la participación estatal no es necesaria—, no se trata de un hecho individual cometido como parte de una política estatal, ni meramente atribuible al Estado por haber sido cometido por sus órganos. Por el contrario, al poder ser perpetrado solamente por quienes están en condiciones de dirigir o controlar la acción política o militar del Estado⁹⁷, la conducta de aquellos se identifica con la conducta misma de este. Es decir, la identidad conceptual y material

⁹⁵ CRAWFORD, James: “International Crimes of States”, en CRAWFORD, James y PELLET, Alain (Eds.): *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 405-414, p. 414. Crawford parte, una vez más, de identificar la noción de “crimen internacional” con la idea de responsabilidad penal de los derechos internos.

⁹⁶ En el mismo sentido que nosotros, pero crítica de esta conclusión de la Corte, v. PETKOV, Szilvia: “The State as a Criminal Again? The 2007 ICJ Judgment on the Application of the Genocide Convention Viewed from a Criminal Law Perspective”, *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 12 (2007), pp. 103-130, p. 111 y ss.

⁹⁷ Arg. Artículo 8 bis, párrafo 1, del Estatuto de Roma.

entre el acto de agresión y el crimen de agresión nos lleva a poder calificar como “crimen” al propio acto.

3.2. Un argumento normativo a favor de la subsistencia del crimen internacional de agresión

Pensamos que puede encontrarse otro argumento, de carácter normativo, que nos permite sustentar la criminalidad del acto de agresión. Como señalamos en el Capítulo III⁹⁸, la resolución 2625 (XXV) establece que “*una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz, que, con arreglo al derecho internacional, entraña responsabilidad*”. Sin perjuicio de las consideraciones que efectuaremos más adelante respecto del significado actual del concepto de “guerra de agresión”, pensamos que la disposición, al no distinguir entre la “guerra de agresión” y la “agresión”, como enigmáticamente hace el Artículo 5.2 de la Definición de la Agresión, ni tampoco hacer diferencia alguna respecto de la responsabilidad que entraña con arreglo al derecho internacional, nos permite interpretar que se refiere a la agresión en general, tanto como acto estatal como hecho individual y es, por lo tanto, una calificación normativa sobre el carácter criminal del acto estatal de agresión, máxime si consideramos que la adopción de la propia resolución puede ser vista como la expresión de una *opinio iuris* respecto de las reglas y principios en ella contenidos⁹⁹. Dupuy hace extensiva esta interpretación también a la Definición de la Agresión, al señalar que esta declara que la agresión constituye un “crimen” por excelencia, imputable como tal a un Estado¹⁰⁰.

3.3. El crimen internacional no implica una responsabilidad penal del Estado

Probablemente el mayor problema con relación a la noción de crimen internacional haya sido y sea su incompreensión. La mayoría de las críticas

⁹⁸ Capítulo III, Sección 1.3.1.

⁹⁹ CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 188.

¹⁰⁰ DUPUY, Pierre-Marie: “International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State”, en CASSESE, Antonio, GAETA, Paola y JONES, John R. W. D.: *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol. II, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1085-1100, p. 1088.

que ha recibido consisten en confundir un régimen de responsabilidad agravado con una pretendida responsabilidad penal de los Estados. Pero como se ha sostenido: *“El crimen de Estado figúrase, en suma, como una violación particularmente grave del derecho internacional acarreado una responsabilidad agravada (en medio a circunstancias agravantes, evocando así una categoría del derecho penal); la gravedad de la violación afecta directamente los valores fundamentales de la comunidad internacional como un todo. Los detractores del concepto de crimen de Estado, en vez de tener presentes dichos valores, se pusieron a relacionar aquel concepto con una equivocada analogía con el derecho penal en el sentido de que éste se reviste en el derecho interno”*¹⁰¹. Porque efectivamente, no hay en la noción de “crimen internacional” ninguna analogía con el derecho interno de los Estados en el que se pretenda establecer una responsabilidad penal de los Estados ni asimilar la responsabilidad del Estado con la del individuo en virtud del derecho penal internacional. Es muy común que a este respecto se cite la famosa frase del Tribunal de Núremberg: *“Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solamente al castigar a los individuos que cometen tales crímenes es que las disposiciones del derecho internacional pueden tener vigencia”*¹⁰². Sin embargo, no advertimos cómo de ese pasaje pueda derivarse la inexistencia de una responsabilidad internacional agravada del Estado. Lo único que nos está diciendo es que los individuos pueden y deben ser penados por el derecho internacional ante la comisión de graves ilícitos, mas no descarta un tipo de responsabilidad agravada de los Estados.

Como sostiene Abi-Saab, el origen de las críticas a la presunta responsabilidad penal del Estado que surgiría de esta caracterización está ligado a la “analogía doméstica”, es decir, a la vinculación con el derecho interno, pero esta interpretación está basada en un entendimiento erróneo de lo que Ago y la CDI tuvieron en mente cuando utilizaron esta terminología¹⁰³.

¹⁰¹ Corte IDH: *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101, Voto Razonado del Juez Cañado Trindade, párr. 28.

¹⁰² Traducción propia; *“Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced”* (TMI: *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. I, International Military Tribunal, Núremberg, 1947, p. 223).

¹⁰³ ABI-SAAB, Georges: *“The Uses of Article 19”*, *European Journal of International Law*, Vol. 10, N°2 (1999), pp. 339-351, p. 345.

El propósito no fue instalar un sistema de derecho penal aplicable a los Estados, sino simplemente adosar consecuencias más graves a las violaciones que constituyen “crímenes internacionales”, y enfatizar que tales violaciones no pueden ser reducidas a una mera relación bilateral entre la víctima y el autor del acto¹⁰⁴. La CDI no tuvo la intención de adosar a estos actos formas de responsabilidad similares a las dispuestas por el derecho penal en los sistemas jurídicos internos¹⁰⁵. Es que, como sostuvo Pellet, la responsabilidad internacional no es civil ni penal: es “internacional”, y las analogías con el derecho interno raramente son útiles y llevan a interpretaciones erróneas¹⁰⁶.

La propia CDI había adelantado su opinión en este sentido en el comentario al Artículo 19: “*lo esencial no es tanto saber si la responsabilidad que acarrea para el Estado la violación de obligaciones de un determinado contenido es o no una responsabilidad internacional «penal», sino si es o no una responsabilidad «diferente» de la que nace de la violación de otras obligaciones internacionales del Estado*”¹⁰⁷.

En definitiva, y como ya sostuvimos¹⁰⁸, lo que el término “crimen internacional” refiere es a un tipo especial de responsabilidad estatal¹⁰⁹ que refleja la importancia de la obligación violada y la gravedad de dicha violación, que acarrea consecuencias particulares para el infractor y para la comunidad internacional en su conjunto, además de las correspondientes a todo hecho ilícito. Como sostiene Pellet, el término “crimen” tiene el mérito de estigmatizar las formas de comportamiento que constituyen los ataques más graves contra los intereses fundamentales de la comunidad internacional¹¹⁰.

¹⁰⁴ ABI-SAAB, Georges: “The Concept of ‘International Crimes’ and its Place in Contemporary International Law”, en WEILER, Joseph H. H., CASSESE, Antonio y SPINEDI, Marina (Eds.): *International Crimes of State: A critical Analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility*, Walter de Gruyter, Berlin, 1988, p. 146.

¹⁰⁵ SPINEDI, Marina: “International Crimes of State: The Legislative History”, en WEILER, Joseph H. H., CASSESE, Antonio y SPINEDI, Marina (Eds.): op. cit., pp. 7-138, p. 52.

¹⁰⁶ PELLET, Alain: “Can a State commit a crime? Definitively, Yes!”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, N°2 (1999), pp. 425-434, p. 433.

¹⁰⁷ CDI: op. cit. en nota 14, p. 102, nota 473.

¹⁰⁸ Capítulo III, Sección 1.3.2.3.3.

¹⁰⁹ V. WEILER, Joseph H. H., CASSESE, Antonio y SPINEDI, Marina (Eds.): op. cit., p. 242.

¹¹⁰ PELLET, Alain: “The New Draft Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Requiem for States’

3.4. Conclusión: el crimen internacional no ha muerto, pues vive en la agresión

Creemos que todas las anteriores consideraciones refuerzan el carácter de la agresión también como crimen estatal, máxime si tenemos en cuenta que las características que la CDI tuvo en cuenta para calificarla como crimen internacional –la centralidad del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales por un lado y su gravedad inherente por el otro– no han cambiado, y que incluso quienes rechazan la noción misma de “crimen internacional” distinguen a la agresión¹¹¹, reconociendo que podría pensarse en un carácter criminal de la agresión a raíz del mecanismo de respuesta previsto en la Carta de las Naciones Unidas¹¹². Sin llegar al rechazo, por entender que la expresión “violación grave” ha suplantado al “crimen internacional”, Rueda Fernández considera que la agresión y el genocidio continúan siendo “crímenes internacionales”, concluyendo que “*el crimen de agresión es un ilícito que por su gravedad excepcional debe entrañar la aplicación de un régimen de responsabilidad mucho más severo respecto al incumplimiento de las demás obligaciones internacionales*”¹¹³. La agresión sigue siendo, por tanto, un crimen internacional cometido por el Estado¹¹⁴. En otras palabras, el acto de agresión es también un crimen de agresión.

En la agresión, entonces, confluyen las dos categorías¹¹⁵ de “crímenes” reconocidas por el derecho internacional: como conducta individual, es un

Crime?”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXXII (2001), pp. 55-79, p. 59.

¹¹¹ CDI: op. cit. en nota 69, párr. 80, 95 y 97.

¹¹² OLLIVIER, Antoine: “International Criminal Responsibility of the State”, en CRAWFORD, James y PELLET, Alain (Eds.): op. cit., pp. 703-714, p. 712.

¹¹³ RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda: “La regulación jurídica de las violaciones graves de obligaciones esenciales emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general en el Proyecto de Artículos de la CDI”, *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, N°2 (2005), pp. 67-130, p. 87.

¹¹⁴ Rao considera que la agresión sigue siendo uno de los ejemplos de crimen de Estado por excelencia (RAO, *Pemmaraju Sreenivasa*: “International Crimes and State Responsibility”, en RAGAZZI, Mauro (Ed.): *International Responsibility Today – Essays in Memory of O. Schachter*, M. Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 63–80, p. 77). En el mismo sentido, Bonafè considera que la agresión, por su naturaleza dual, es también un crimen de Estado (BONAFÈ, Beatrice I.: *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 213).

¹¹⁵ La diferencia entre “crímenes internacionales” atribuibles al Estado y “crímenes de derecho internacional”, imputables al individuo fue puesta de manifiesto por la propia CDI en el comentario al Artículo 19 del Proyecto de 1996 (CDI: op. cit. en nota 13, p.

“crimen de derecho internacional”, que en la actualidad hallan expresión en el Estatuto de Roma como los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”¹¹⁶; pero como hecho estatal, es un “crimen internacional”, entendido como una violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa.

En definitiva, aunque no modifiquemos nuestra posición en cuanto a preferir el término “crimen de agresión” para la conducta individual, existen suficientes elementos para considerar que el acto estatal es también un crimen, un crimen internacional. Pensamos que esto no introduce una confusión terminológica, sino que, por el contrario, es un indicio más de la unidad de la agresión en el derecho internacional. Volveremos sobre esta cuestión en el Capítulo V.

4. La “guerra de agresión”

De todas las discusiones terminológicas sobre la agresión, tal vez la más importante, por ser la que mayor cantidad de consecuencias jurídicas es susceptible de provocar, sea la de la existencia en el derecho internacional de una categoría jurídica denominada “guerra de agresión”.

Como vimos en el Capítulo II, la existencia –o, mejor dicho, la subsistencia– de este concepto es utilizada por muchos autores para sostener la diferenciación entre los actos de agresión que darían lugar a responsabilidad individual, de los que solamente dan lugar a responsabilidad estatal.

Aunque hemos adelantado nuestra opinión por la negativa desde el Capítulo I, desarrollaremos aquí los fundamentos que nos permiten sustentarla. Para ello, identificaremos los argumentos utilizados por los autores que sostienen la subsistencia del concepto, y los responderemos uno a uno.

101, párr. 19); aunque aquí aceptamos dicha diferencia en cuanto a su atribución, la cuestión no aparece del todo clara en la doctrina, debido a las diferencias de redacción en los distintos idiomas oficiales de las Naciones Unidas (V. DE LA RASILLA DEL MORAL, Ignacio: “Hobbes, Kant and the Likely Impact of the I.L.C.’S Articles on State Responsibility”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N°11 (2006), p. 11 y ss.).

¹¹⁶ Estatuto de Roma, cuarto Párrafo del Preámbulo y Artículo 5.

4.1. La presunta subsistencia del concepto de “guerra de agresión”

Según hemos visto en el Capítulo II¹¹⁷, Claus Kreß considera que la adopción de un umbral de alta intensidad en el uso de la fuerza asegura una interpretación de la cláusula de umbral del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. Abrevando en las fuentes vinculadas a los Tribunales de Núremberg¹¹⁸ y Tokio¹¹⁹, considera que el elemento de conducta estatal es descrito por referencia al concepto de “guerra”, y que es imposible determinar que el desarrollo ulterior del derecho penal internacional consuetudinario se haya apartado de ese estándar, apoyándose, entre otros ejemplos, en la resolución 2625 (XXV) y el Artículo 5.2 de la Definición de la Agresión, y agrega que el análisis del curso de las negociaciones sobre el crimen de agresión no apoya una conclusión diferente, citando en particular las posiciones de los Estados Unidos y el Reino Unido, quienes hicieron referencias explícitas al concepto de “guerra de agresión”, a la vez que reconoce que la abrumadora mayoría de las delegaciones no apoyó una referencia al término “guerra”¹²⁰. Sabiendo que el recurso al concepto de “guerra” puede dar lugar a críticas, resignifica el concepto a la luz del derecho internacional, valiéndose de la distinción que realiza Dinstein entre la guerra en sentido técnico y la guerra en sentido material¹²¹, y considera que en el contexto del crimen de agresión, solo el concepto de guerra en sentido material tiene sentido y no hay indicación que los tribunales de Núremberg o Tokio construyeran su jurisprudencia sobre el concepto de “guerra de agresión” sobre la emisión de declaraciones de guerra¹²².

Así, parece decir que la referencia a la “guerra de agresión” no tiene que significar necesariamente que se otorgue un valor jurídico al concepto de “guerra”, sino que debe ser reinterpretado, recurriendo para ello a la noción de “guerra” en sentido material, como justificación de un umbral de intensidad elevado.

¹¹⁷ Capítulo II, Sección 6.2

¹¹⁸ Artículo 6, inc. a) del Estatuto anexo a la Carta de Londres, y Artículo II.1.a) de la Ley N°10 del Consejo de Control Aliado.

¹¹⁹ Artículo 5, inc. a) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente.

¹²⁰ KREß, Claus: op. cit., pp. 514-516.

¹²¹ DINSTEIN, Yoram: op. cit., p. 9.

¹²² KREß, Claus: op. cit., p. 517.

Por su parte, Dinstein considera que la Carta de Londres define los crímenes contra la paz relacionándolos a una serie de actos que culminan en el libramiento de una “guerra de agresión” y que el mensaje que transmite la sentencia de Núremberg es la inseparabilidad de los crímenes contra la paz de las guerras agresivas¹²³. Luego de citar el Artículo 5.2 de la Definición de la Agresión, considera que el texto diferencia entre la agresión como tal (que solo “origina responsabilidad internacional”) y una guerra de agresión (que es “un crimen contra la paz internacional”), de lo que resulta, sostiene, que un acto de agresión que no sea una guerra —es decir, distinto de una guerra de agresión— no dará lugar a responsabilidad penal individual¹²⁴.

En definitiva, de las opiniones de los autores parecen surgir tres argumentos principales, que es necesario discutir en profundidad: 1) que los Tribunales de Núremberg y Tokio —únicos precedentes jurisprudenciales en la materia— juzgaron crímenes contra la paz que consistían en “guerras de agresión”; 2) que la resolución 2625 (XXV) y la Definición de la Agresión, dictadas en el contexto de la Carta de las Naciones Unidas, receptaron dicho concepto; y 3) que la referencia a la “guerra” debe entenderse en su sentido material, y no técnico. Analizaremos entonces, estos tres argumentos.

4.1.1. La “guerra de agresión” en Núremberg y Tokio

Tanto el Estatuto del Tribunal de Núremberg¹²⁵ como el Estatuto del Tribunal de Tokio¹²⁶ hacen mención a “guerras de agresión” como crímenes contra la paz, pero no las definen.

¹²³ DINSTEN, Yoram: op. cit., p. 134.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 135.

¹²⁵ “Artículo 6. El Tribunal creado por el acuerdo mencionado en el artículo 1 del presente Estatuto para el juicio y castigo de los principales criminales de guerra de los países del Eje europeo será competente para juzgar y castigar a las personas que, actuando en interés de los países del Eje europeo, a título individual o en carácter de miembros de organizaciones, hayan cometido alguno de los crímenes siguientes. Todos y cada uno de los actos siguientes son delitos sobre los que tiene competencia el Tribunal y entrañarán responsabilidad individual: a) **Delitos contra la paz: A saber; planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales...**” (negrita añadida).

¹²⁶ “Artículo 5. Competencia respecto de personas y delitos. El Tribunal tendrá competencia para juzgar y castigar a los criminales de guerra del Lejano Oriente a quienes, en carácter individual o en calidad de miembros de organizaciones, se les imputen delitos que comprendan crímenes contra la paz. Todos y cada uno de los actos siguientes

Como mencionamos en el Capítulo I¹²⁷, el concepto alrededor del que giró el razonamiento del Tribunal de Núremberg fue el de “guerra” más que el de “agresión”. De hecho, el Tribunal usa indistintamente la expresión “guerra agresiva” (*aggressive war*) como sinónimo de “guerra de agresión” y este dato no puede ser considerado inocuo, puesto que si el concepto central es la “guerra”, la “agresión” tendrá por objeto calificar dicho concepto. Ese es exactamente el razonamiento inverso que realizan los autores cuya postura estamos criticando, ya que consideran que el concepto central es la “agresión”, y la “guerra de agresión” sería una de sus especies. La pregunta clave es: ¿es para el Tribunal Militar Internacional la “guerra de agresión” una especie del género “agresión” –lo que la diferenciaría del “acto de agresión”– o una especie del género “guerra” –lo que la distinguiría de las demás guerras–? La mayoría de los autores pasan por alto este interrogante, y analizando la sentencia a la luz del derecho internacional contemporáneo, se ubican en la primera alternativa sin siquiera explorar la segunda. Debemos, entonces, como primer paso, determinar en qué sentido utilizó el Tribunal el concepto “guerra”.

Lo primero que debemos tener en cuenta es que en el derecho internacional vigente al momento de los hechos sobre los que el Tribunal tenía competencia –anterior a la Carta de las Naciones Unidas– la “guerra” tenía un significado jurídico¹²⁸. Aunque no estaba definida en ningún instrumento, numerosas normas hacían referencia a ella. En particular, el Artículo 1 del III Convenio de la Haya de 1907, sobre Rompimiento de Hostilidades disponía: “*Las Potencias contratantes reconocen que las hostilidades entre ellas no deben comenzar sin un aviso previo e inequívoco, que contendrá, sea la forma de una declaración de guerra motivada, sea la de un ultimátum con declaración de guerra condicional*”¹²⁹. La “guerra” era, por

*son delitos sobre los que tiene competencia el Tribunal y entrañarán responsabilidad individual: a) Crímenes contra la paz: A saber, **planear, preparar, iniciar o hacer una guerra declarada o no declarada de agresión** o una guerra que viole el derecho internacional o tratados, acuerdos o garantías internacionales...*” (negrita añadida).

¹²⁷ Capítulo I, Sección 2.

¹²⁸ MCDUGALL, Carrie: *The Crime of Aggression Under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 64.

¹²⁹ El Artículo 2 de la Convención hace referencia al “estado de guerra” al disponer: “*El estado de guerra debe ser notificado sin retardo a las Potencias neutrales y no producirá efecto alguno con relación a ellas, sino después de que hayan recibido una notificación que podrá ser hecha por la vía telegráfica. Sin embargo, las Potencias neutrales no podrán invocar la falta de notificación, si estuviere establecido de una manera indudable que de hecho ellas conocían el estado de guerra*”.

tanto, un enfrentamiento armado –con ruptura de hostilidades– entre Estados, que comenzaba con una formal declaración. Esto es lo que Dinstein considera como “guerra en sentido técnico”¹³⁰. El propio Pacto de la Sociedad de las Naciones no prohibió la guerra, sino que solamente estableció algunas limitaciones para su recurso, en sus Artículos 12, 13 y 15¹³¹, hasta que, a través del Pacto Briand-Kellog, los Estados renunciaron a ella. Pero debe destacarse que incluso la renuncia a la guerra como instrumento de política nacional se hizo con referencia a ese concepto. El Pacto menciona la palabra “guerra” cuatro veces, y en su Artículo 1, las partes *“declaran solemnemente que condenan el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales y que renuncian a él como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas”*.

Respecto del Pacto, dijo el Tribunal Militar Internacional: *“la solemne renuncia a la guerra como instrumento de política nacional necesariamente involucra la proposición de que tal guerra es ilícita en derecho internacional; y que quienes planean y libran tal guerra, con sus inevitables y terribles consecuencias, están cometiendo un crimen al hacerlo. La guerra para la solución de controversias internacionales emprendidas como un instrumento de política nacional incluye una guerra de agresión, y tal guerra está por lo tanto proscripta por el Pacto”*¹³². Parece que el Tribunal no sostuvo que se prohibieron todas las guerras, sino solamente las que se emprendieran “como instrumento de política nacional” para “la solución de las controversias internacionales”, entre las que incluyó a las guerras de agresión.

El Tribunal no elaboró más sobre el sentido en el que utilizó el término “guerra de agresión”, pero es evidente que el concepto tiene relevancia en un contexto normativo en el que la “guerra” tenía un significado jurídico.

¹³⁰ DINSTEIN, Yoram: op. cit., pp. 30-33.

¹³¹ V. PEZZANO, Luciano: “La Primera Guerra Mundial y la prohibición de la agresión”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Vol. XVI (2015), pp. 229-258, pp. 236-238.

¹³² Traducción propia; *“...the solemn renunciation of war as an instrument of national policy necessarily involves the proposition that such a war is illegal in international law; and that those who plan and wage such a war, with its inevitable and terrible consequences, are committing a crime in so doing. War for the solution of international controversies undertaken as an instrument of national policy certainly includes a war of aggression, and such a war is therefore outlawed by the Pact”* (TMI: *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. I, International Military Tribunal, Núremberg, 1947, p. 220).

Fue el Tribunal Militar de los Estados Unidos en el caso *Alto Mando*¹³³ el que aportó una definición: “*la guerra es el ejercicio de la violencia por parte de un Estado o un cuerpo políticamente organizado contra otro. En otras palabras, es la ejecución de una orientación política por medio de la violencia. [...] Lo que hemos dicho hasta ahora se aplica igualmente a las guerras justas y a las injustas, tanto a la iniciación de una guerra agresiva y, por consiguiente, criminal, como a la realización de una guerra defensiva, y consiguientemente legítima...*”¹³⁴. Es decir, para el Tribunal, pueden existir guerras justas e injustas, pero también lícitas e ilícitas: “*Si una guerra es lícita, o bien agresiva, y por consiguiente ilícita con arreglo al derecho internacional, es algo que se determina, y solo puede determinarse, a partir de una consideración de los factores que intervinieron en su iniciación. La licitud o ilicitud de una guerra debe hallarse en la intención y el propósito para los cuales se planifica, se prepara, se inicia y se lleva a cabo*”¹³⁵. No hay que profundizar demasiado para concluir que, en definitiva, es el carácter agresivo de la guerra lo que la vuelve ilícita, y lo mismo puede predicarse de la opinión del Tribunal Militar Internacional, aunque así no lo haya explicitado.

De esta forma, la “agresión” es lo que califica la ilicitud de una guerra y, en el razonamiento de los tribunales, su criminalidad. Es decir, una “guerra de agresión” es, para los tribunales de Núremberg, una especie del género “guerra”, y no del género “agresión”.

Es verdad, no obstante, que el Tribunal Militar Internacional parece haber hecho una distinción entre “actos de agresión” y “guerras de agresión”. Así, mientras calificó como “guerras de agresión”¹³⁶ las acciones contra Polonia, Bélgica, los Países Bajos, Luxemburgo, Dinamarca, Noruega, Yugoslavia, Grecia, la Unión Soviética y los Estados Unidos¹³⁷,

¹³³ El Tribunal se constituyó de acuerdo a la Ley N°10 del Consejo de Control Aliado. V. COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1. Naciones Unidas, Nueva York, 2002, p. 67 y ss.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 79, párr. 150.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 80, párr. 152.

¹³⁶ Significativamente, el Tribunal no califica las acciones contra Francia y el Reino Unido como “guerras de agresión”, aunque sí menciona que los imputados llevaron a cabo guerras de agresión contra doce naciones (TMI: *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. I, International Military Tribunal, Núremberg, 1947, p. 216), lo que parecería incluirlas.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 198-216.

calificó como “actos de agresión” la ocupación de Austria y la toma de Checoslovaquia¹³⁸. ¿Significa que hizo una distinción entre “actos de agresión” y “guerras de agresión”? En principio parecería que sí, pero ello no puede ser equiparable a la distinción que hacen los autores que criticamos en cuanto a que la “guerra” es más grave que el “acto”. Ello es porque, en un contexto, como hemos sostenido, en que la guerra tenía un sentido jurídico, el “acto de agresión” no tenía el mismo significado que en el derecho contemporáneo. Y si la “guerra de agresión” es ilícita por su carácter agresivo, la “agresión” para el Tribunal Militar Internacional no es más que la finalidad que persiguen sus autores en cumplimiento de una política estatal. En ese sentido, la anexión de Austria y la toma de Checoslovaquia tuvieron el mismo carácter agresivo que las guerras libradas contra los otros Estados, pero lo que las diferencia no es su gravedad, sino que no implicaron el recurso a la fuerza armada. De esa forma, lo que parece relevante para el Tribunal al momento de hacer la distinción entre el “acto de agresión” y la “guerra de agresión” es la existencia real de hostilidades entre las partes –toda vez que, como se dijo, la guerra era un conflicto entre Estados con ruptura de hostilidades–, y no la mayor o menor gravedad de la agresión como algunos autores pretenden interpretar. Nuestra interpretación, por lo tanto, no se ve afectada por estas consideraciones.

Adviértase que no estamos afirmando que el Tribunal Militar Internacional haya recurrido necesariamente al concepto de “guerra” en su sentido técnico¹³⁹, más allá de alguna mención incidental a la III Convención de La Haya¹⁴⁰. Lo que sostenemos es que el Tribunal actuó en un contexto normativo en el cual el concepto “guerra” tenía relevancia jurídica, más allá de cuál fuera su precisa definición.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 291 y 309.

¹³⁹ La Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas considera que el Tribunal recurrió para valorar los actos de “guerra agresiva” a dos circunstancias: la extensión de la resistencia armada encontrada y si existía o no un estado técnico de guerra desde un punto de vista jurídico entre los países involucrados (*UNWCC: History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, 1948, p. 258). Es decir, se trató, para la Comisión, de una combinación de ambos sentidos del concepto de “guerra”.

¹⁴⁰ TMI: *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. I, International Military Tribunal, Núremberg, 1947, p. 216; sin embargo, el Tribunal no basa su argumentación en el carácter declarado o no declarado de las guerras o en el cumplimiento de las formalidades debidas, sino en su naturaleza agresiva.

La irrelevancia de la declaración formal para la consideración de la guerra parece estar confirmada por el Estatuto del Tribunal de Tokio, el que explícitamente menciona una “guerra declarada o no declarada de agresión” en su Artículo 5. La cuestión fue estudiada por la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, quien sostuvo que de la norma surgía que el hecho de que la iniciación de una guerra esté precedida por su declaración formal, como lo exigen las convenciones de La Haya, no excluye la naturaleza criminal de dicha guerra si es “agresiva”. De ello se desprende que cualquier otro elemento vinculado con la “agresión” –tal como la existencia o inexistencia de una declaración– debe considerarse accesorio e irrelevante a los efectos de la naturaleza criminal de la guerra de agresión en sí misma. En otras palabras, el elemento de “agresión” es considerado esencial, pero al mismo tiempo es por sí solo suficiente. La Comisión también consideró que precisamente en la irrelevancia de la declaración de guerra radica el rasgo principal del desarrollo del derecho internacional formulado por los dos estatutos y establecido por la sentencia del Tribunal de Núremberg. Antes del Pacto Briand-Kellog y de su interpretación por el Tribunal de Núremberg, no podía reclamarse ninguna violación del derecho internacional una vez que una guerra fuese librada en cumplimiento con las convenciones de La Haya, no obstante lo agresiva que tal guerra pudiera haber sido. A partir de ese momento, la posición se invirtió: el cumplimiento de ninguna disposición convencional puede otorgar legalidad a una guerra que sea agresiva¹⁴¹.

Ello no hace más que confirmar nuestra afirmación de que es la “agresión” lo que califica a la “guerra” y no viceversa. Es por ello que se habla de su carácter “agresivo”¹⁴² y la irrelevancia de su declaración o no. Nos resulta evidente, entonces, que si las normas aplicables por los tribunales hacían referencia a la “guerra” es porque esta era un concepto relevante para el derecho internacional.

En definitiva, entendemos que del análisis de los Estatutos y las sentencias de los Tribunales de Núremberg y Tokio surgen dos conclusiones claras: la primera es que el concepto de “guerra de agresión” no puede entenderse sino en referencia al concepto de “guerra”; es decir, que la “gue-

¹⁴¹ UNWCC: op. cit. p. 258.

¹⁴² La reflexión sintáctica nos parece ineludible en una discusión que, como sostenemos, es conceptual. Tanto en el sintagma “guerra de agresión” como el de “guerra agresiva”, las palabras “de agresión” y “agresiva” cumplen la función de *modificador*, indirecto y directo, respectivamente, del núcleo sustantivo “guerra”.

rra de agresión” es una especie –ilícita y criminal para los Tribunales– del género “guerra”. La segunda es que el hecho de que las normas aplicables refieran constantemente al concepto de “guerra” revela que este tenía una relevancia normativa en el ordenamiento jurídico internacional vigente al momento de los hechos, con independencia de su definición precisa y de si era usado en su sentido técnico o material.

Esto dicho, corresponderá seguir analizando los argumentos de los autores que criticamos, a los fines de determinar si el concepto “guerra”, central en el razonamiento de los tribunales, sigue teniendo relevancia en el derecho internacional contemporáneo.

4.1.2. La “guerra de agresión” en la resolución 2625 (XX) y la Definición de la Agresión

Como veremos más adelante, el concepto de “guerra” aparece rara vez en normas posteriores a la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, la noción de “guerra de agresión” se encuentra en dos importantes instrumentos internacionales, ya citados en esta investigación: la resolución 2625 (XX) y la Definición de la Agresión.

Leemos en la primera de ellas, en el segundo párrafo del primer Principio: “Una **guerra de agresión** constituye un crimen contra la paz, que, con arreglo al derecho internacional, entraña responsabilidad” (negrita añadida). Por su parte, el ya varias veces citado Artículo 5.2 de la Definición de la Agresión, expresa: “La **guerra de agresión** es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional” (negrita añadida).

Ya nos hemos preguntado en el capítulo anterior acerca de las consecuencias de estas disposiciones en materia de responsabilidad internacional por agresión, por lo que nos limitaremos a analizar aquí qué significado y alcance tiene el concepto de “guerra de agresión” que ambas mencionan.

Como vimos, todas las propuestas presentadas al Comité Especial que redactó la resolución 2625 (XX), relativas al principio de la abstención de la amenaza y uso de la fuerza contenían referencias a las guerras de agresión, y una característica común de todas estas propuestas era la existencia en todas ellas de una declaración en el sentido de que las guerras de agresión constituían crímenes internacionales contra la paz. La propuesta de Checoslovaquia se refería además a la responsabilidad política y material de los Estados y a la responsabilidad penal de los individuos por el planea-

miento, la preparación, la iniciación y la realización de guerras de agresión. En las propuestas del Reino Unido y de la Argentina, Chile, Guatemala, México y Venezuela también se afirmaba que de las guerras de agresión derivaba una responsabilidad con arreglo al derecho internacional y que los Estados debían abstenerse de organizar o fomentar dichas guerras¹⁴³. La propuesta de Rumania, por su parte, ampliaba estas consecuencias jurídicas a todos los actos de agresión¹⁴⁴.

En base a estas propuestas, un Grupo de Trabajo redactó en 1968 un texto sobre las “consecuencias y corolarios de la prohibición del uso o la amenaza de la fuerza”, que fue luego adoptado por el Comité y es idéntico al finalmente aprobado por la Asamblea General¹⁴⁵.

Durante los debates en el Comité, hubo cierto consenso en cuanto a considerar a las “guerras de agresión” como crímenes internacionales, mencionándose el precedente de Núremberg¹⁴⁶. En lo que a nuestra cuestión respecta, podemos mencionar que un representante expresó en 1968 reservas relativas al uso de la expresión “guerra de agresión”; considerando que la “guerra” entre miembros de la comunidad internacional había sido completamente prohibida por la Carta y el mismo concepto de “guerra” es, desde el punto de vista jurídico, inexistente en virtud de la Carta, se prefería el uso de otra expresión, tal como “agresión armada”¹⁴⁷. Otro representante consideró, en 1969, que la fórmula establecida el año anterior debía ampliarse para incluir todos los “actos de agresión”, que también se ajustaría a la redacción del párrafo 1 del Artículo 1 y el Artículo 39 de la Carta y a las ideas expresadas en el Comité Especial sobre la cuestión de la definición de la agresión¹⁴⁸.

¹⁴³ ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Especial de los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados*, Documento A/7619, Naciones Unidas, Nueva York, 1969, p. 28, párr. 51.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 24, párr. 36.

¹⁴⁵ ASAMBLEA GENERAL: *Report of the Special Committee on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States*, Documento A/7326, Naciones Unidas, Nueva York, 1968, p. 16.

¹⁴⁶ ASAMBLEA GENERAL: *Report of the 1966 Special Committee on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States*, Documento A/6230, Naciones Unidas, Nueva York, 1966, p. 37, párr. 78.

¹⁴⁷ ASAMBLEA GENERAL: *op. cit.*, en nota 146, p. 26, párr. 57.

¹⁴⁸ ASAMBLEA GENERAL: *op. cit.*, en nota 143, p. 28, párr. 55.

Por su parte, el Artículo 5.2 de la Definición de la Agresión tiene su origen mediato en el párrafo 5 de la propuesta presentada por la URSS¹⁴⁹ al Comité Especial encargado de la Definición de la Agresión, y en el párrafo 9 de la propuesta presentada por los trece Estados no alineados¹⁵⁰, y su origen inmediato en el Artículo 6 del Texto Consolidado de 1973 del Comité¹⁵¹, titulado “Consecuencias jurídicas de la agresión”. Ninguna de estas fuentes, sin embargo, menciona a la “guerra de agresión”. Su inclusión tuvo lugar en el seno de los grupos de contacto creados para la redacción final del proyecto de Definición durante el séptimo y último período de sesiones del Comité Especial, de los cuales, como vimos en el Capítulo I, no quedaron constancias en documentos publicados.

Como vimos en el Capítulo III¹⁵², la diferente redacción de las dos oraciones del párrafo parece, en la opinión de algunos Estados, reflejar cierta diferencia en materia de responsabilidad, por cuanto solo la “guerra de agresión” generaría responsabilidad penal individual, mientras que la agresión genera responsabilidad del Estado. Así, el representante de Japón sostuvo que un acto de agresión que no es parte de una guerra de agresión origina solo responsabilidad del Estado y que la cuestión de la responsabilidad individual por un acto de agresión debía dejarse para un estudio posterior¹⁵³. En la misma línea, el representante de los Estados Unidos consideró que el párrafo señalaba la validez permanente del principio que constituyó la base de los juicios que se celebraron a continuación de la Segunda Guerra Mundial, enunciados en la Declaración de Moscú de 1943, el Acuerdo de Londres de 1945 y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, mientras que en la segunda oración se señalaba que los

¹⁴⁹ “La agresión armada es un crimen internacional contra la paz que entraña la responsabilidad política y material del Estado y también la responsabilidad penal de las personas culpables en ese crimen” (A/AC.134/L.12, reproducido en ASAMBLEA GENERAL: Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión, Documento A/9019, Naciones Unidas, Nueva York, 1973, Anexo I, p. 7).

¹⁵⁰ “La agresión armada, tal como se define en la presente, y los actos anteriormente enumerados constituirán crímenes contra la paz internacional que darán lugar a responsabilidad internacional” (A/AC.134/L.16, reproducido en *Ibidem*, Anexo I, p. 9).

¹⁵¹ “La agresión constituye [una violación de] [un crimen contra] [una violación criminal de] la paz internacional que da lugar a responsabilidad con arreglo al derecho internacional” (*Ibidem*, Apéndice A, p. 16).

¹⁵² Capítulo III, Sección 1.3.1.

¹⁵³ ASAMBLEA GENERAL: Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión, Documento A/9619, Naciones Unidas, Nueva York, 1974, p. 17.

Estados son responsables de sus actos ilegales¹⁵⁴. También el Reino Unido hizo hincapié en la distinción, al sostener que la primera frase reflejaba adecuadamente los principios consagrados en la Carta de Núremberg y repetidos en la resolución 2625 (XX); hasta ahí había llegado el derecho internacional al ocuparse de la responsabilidad penal en la esfera de la agresión y era atinado no intentar una formulación más amplia; la segunda frase expresaba una proposición, fuera del contexto del derecho penal, en la cual podían convenir todos los miembros¹⁵⁵.

No obstante, otros Estados asumieron una posición crítica al respecto. El representante de Yugoslavia lamentó que no hubiera sido posible establecer claramente que la agresión constituía un crimen contra la paz internacional que originaba responsabilidad conforme al derecho internacional; muchos precedentes jurídicos internacionales –entre ellos los principios de Núremberg y las resoluciones de la Asamblea General– mostraban que la agresión era un crimen internacional; sin embargo, algunas delegaciones, y especialmente aquellas cuyos países habían figurado entre los más activos para establecer los principios de Núremberg, habían sostenido que la palabra “crimen” debe usarse solo con respecto a las guerras de agresión. Este último concepto no había sido definido concretamente; de esta manera, su inserción no contribuía a aclarar el sentido del artículo. Concluyó que establecer una distinción entre “agresión” y “guerra de agresión” era un ejercicio teórico que podía tener consecuencias no deseadas, y sostener que no estaba justificado emplear la palabra “crimen” respecto de la agresión era infundado y arbitrario¹⁵⁶. El representante de la URSS declaró que su delegación había aceptado por espíritu de avenencia que se realizaran algunas modificaciones al Artículo 5, pero consideraba que la distinción entre los conceptos de guerra de agresión y de agresión no tenía verdadero fundamento. No era solo la guerra de agresión la que constituía el crimen contra la paz mundial, sino cualquier otro acto de agresión. Todo acto de agresión debía originar responsabilidad internacional. En cuanto al concepto de la responsabilidad originada por una agresión, la delegación soviética se basaba en particular en el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg y consideraba que no hay diferencia entre la responsabilidad internacional y la responsabilidad en virtud del derecho internacional, ya que la primera presuponía la segunda, es decir, la responsabilidad por los actos conside-

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 26.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 35.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 28.

rados delitos internacionales en los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes¹⁵⁷. Finalmente, el representante de México sostuvo que no existía ninguna distinción jurídica entre una guerra de agresión y un acto de agresión; el término “guerra” es un término militar y no jurídico. El que no se dijera expresamente que la agresión constituía un crimen contra la paz no autorizaba una interpretación a *contrario sensu*. Las negociaciones dejaron en claro que si bien no era posible establecer que no había responsabilidad individual conforme al derecho internacional, resultante de la comisión de un acto de agresión, tampoco podía establecerse el alcance preciso de esta responsabilidad¹⁵⁸.

Durante las discusiones de la Sexta Comisión sobre el proyecto de Definición, el representante de Finlandia, Bengt Broms –uno de los artífices del consenso logrado en el Comité Especial– declaró que las dos oraciones diferentes en el párrafo no deberían ser interpretadas en el sentido de implicar que la agresión no pudiera en el futuro generar responsabilidad penal, pues esa cuestión había quedado abierta a debate, que en cierta medida fue semántico, teniendo en cuenta el hecho de que el Comité Especial había sido originalmente establecido para redactar una definición de la agresión que se usaría en la labor de la redacción de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, tarea comenzada por la CDI¹⁵⁹. La opinión de Broms ratifica que la distinción operada en el párrafo tenía un valor histórico respecto del desarrollo de la responsabilidad penal individual, al acudir al único precedente existente respecto de la agresión en cuanto crimen cometido por individuos.

Por su parte, el representante de Túnez criticó la distinción por artificial y sin sentido: la expresión “guerra de agresión” destruyó la armonía del texto y era innecesaria¹⁶⁰.

El representante de Grecia consideró que en el párrafo había sido preferible reemplazar las palabras “una guerra de agresión” por “cualquier acto de agresión” y su delegación consideraba que habría sido útil especificar que un acto de agresión da lugar a responsabilidad internacional. En

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 40. El representante de Bulgaria formuló una crítica en el mismo sentido (*Ibidem*, p. 31).

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 43.

¹⁵⁹ ASAMBLEA GENERAL: *Sixth Committee. Summary record of the 1471st meeting*, Documento A/C. 6/SR.1471, Naciones Unidas, Nueva York, 1974, párr. 8.

¹⁶⁰ ASAMBLEA GENERAL: *Sixth Committee. Summary record of the 1482nd meeting*, Documento A/C. 6/SR.1482, Naciones Unidas, Nueva York, 1974, párr. 25.

todo caso, consideró, una vez que la definición fuera adoptada, sería posible reanudar la consideración del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, y el Artículo 5 tenía el mérito de no prejuzgar la naturaleza de la responsabilidad, que podría recaer no solamente en el Estado, sino también sobre el individuo¹⁶¹.

Finalmente, el representante de Camerún consideró que el uso del término “guerra de agresión” en una instancia en el Artículo 5 y la palabra “agresión” en otras instancias podría dar lugar a interpretaciones conflictivas. En su opinión, cualquier acto de agresión reconocido como tal de conformidad con la definición era un crimen contra la paz internacional, fuera o no seguida de una guerra¹⁶². Esta declaración plantea uno de los puntos centrales de nuestra crítica: el hecho de que una guerra—en el sentido de un conflicto armado prolongado entre Estados— siga luego del acto, ¿modifica la gravedad de ese acto? Teniendo en cuenta que la guerra se producirá por la propia resistencia de la víctima o sus aliados, ¿se modifica el carácter agresivo o la gravedad de la acción del agresor si no hay resistencia y, por lo tanto, no hay “guerra” en el sentido apuntado? Piénsese, por ejemplo, en la invasión de Kuwait. La fuerza iraquí fue tan abrumadora que en 48 horas venció toda la resistencia kuwaití. ¿Fue menos grave por no ser una “guerra” prolongada? Volveremos sobre este punto.

En nuestra opinión, los trabajos preparatorios revelan que limitar la calificación de “crimen contra la paz” a la “guerra de agresión” estuvo íntimamente vinculado a la cuestión de la responsabilidad penal individual por la agresión, y dado que al momento de redactarse las resoluciones, los únicos precedentes positivos al respecto eran los Estatutos de los Tribunales de Núremberg y Tokio, se recurrió a la definición establecida en ellos que, como vimos, hacía referencia solamente a la “guerra de agresión”, aunque con un sentido bastante claro a la luz del derecho internacional vigente en aquella época, que no es el mismo en el derecho internacional contemporáneo y que motivó tanto las propuestas contrarias como las críticas de varias delegaciones.

Por su parte, los análisis doctrinarios, como comentamos en el Capítulo III, en general se preocupan por la distinción entre las responsabilidades emergentes: así, solamente la “guerra de agresión” daría lugar a responsabilidad penal individual, mientras que la “agresión” solamente a

¹⁶¹ Ibidem, párr. 60.

¹⁶² ASAMBLEA GENERAL: *Sixth Committee. Summary record of the 1483rd meeting*, Documento A/C. 6/SR.1483, Naciones Unidas, Nueva York, 1974, párr. 12.

responsabilidad estatal¹⁶³. Matizando esta idea, Solera piensa que, al crear esta categoría especial de guerras de agresión, se pensó que los Estados deseaban diferenciar entre formas menores de agresión y la agresión plena, pero claramente la intención no fue debilitar la importancia de los actos de agresión listados, sino subrayar el rechazo particular de las guerras de agresión por la comunidad internacional¹⁶⁴. Otra posición, no obstante, se alinea con los Estados que criticaron la distinción, al sostener que se debería haber calificado a la agresión como un crimen, y no solamente a la “guerra de agresión”, puesto que si la relación de fuerzas en juego es tal que el Estado atacado no tiene ninguna chance de oponerse a un agresor poderosamente armado y no se defiende, el carácter criminal de la agresión no se ve en nada afectado¹⁶⁵. Finalmente, una tercera posición sostiene que los términos del Artículo 5.2 son tan ambiguos que no puede surgir una interpretación clara, destacando que el concepto de “guerra de agresión” no está usado ni definido en todo el resto de la resolución 3314 (XXIX)¹⁶⁶.

Creemos que así se delimitan los dos aspectos principales que debemos tener en cuenta para nuestro análisis. El primero de ellos es que la “guerra de agresión” se inserta en la discusión en torno a la responsabilidad penal individual por el crimen, tarea que, encomendada a la CDI, había debido suspender precisamente por el desacuerdo sobre la definición de la agresión y que, como vimos en el Capítulo I¹⁶⁷, la aprobación de la resolución 3314 (XXIX) permitió reanudar, pero que insumiría más de tres décadas más en su concreción definitiva en la forma del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma. De allí que la única solución de compromiso aceptable para la mayoría de las delegaciones representadas en el Comité Especial –con una clara intervención de los Estados occidentales, cuyo proyecto no preveía consecuencias jurídicas para la agresión– fuera recurrir a la única tipificación que la comunidad internacional había efectuado sobre el tema, la de los Estatutos de los Tribunales de Núremberg y Tokio. Pero como la discusión sobre la cuestión no había terminado –de hecho, recién estaba comenzando–, y tal cual lo atestiguan las citadas críticas de varias dele-

¹⁶³ BROMS, Bengt Baltzar: “The Definition of Aggression”, *RCADI* (1977), pp. 299-400, p. 356.

¹⁶⁴ SOLERA, Oscar: op. cit., p. 200.

¹⁶⁵ ZOUREK, Jaroslav: “Enfin une définition de l’agression”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 20, 1974, pp. 9-30, p. 25.

¹⁶⁶ MCDUGALL, Carrie: op. cit. en nota 128, p. 79.

¹⁶⁷ Capítulo I, Sección 5.1.

gaciones a la formulación escogida, la referencia no parece tener más que un valor histórico, puesto que, para tener un valor normativo, atento a la interpretación de los Tribunales ya citada, el concepto de “guerra” debería tener alguna relevancia en el derecho internacional contemporáneo, lo cual, como se verá, no sucede.

El segundo aspecto, destacado por Estados y autores, es que el Artículo 5.2 hace referencia a un concepto –la “guerra de agresión”– que no define, y que no se menciona en ninguna otra disposición de la Definición, ni en la resolución 3314 (XXIX). Esto hace que la disposición adolezca de una falla sistemática, puesto que no guarda relación alguna con las restantes disposiciones, poniendo en jaque el sistema unitario y de pretendida armonía de la propia Definición según su Artículo 8. La única forma de interpretar esta anomalía es reconociendo que su adopción fue fruto de un compromiso político, instado por algunos Estados occidentales, con un valor meramente histórico.

En suma, la pretendida diferenciación entre la “guerra de agresión” y la agresión se explica por la discusión en torno a la responsabilidad penal individual por tal crimen al momento de la redacción de los instrumentos citados. Tiene entonces, un carácter histórico, sin efectos normativos: la guerra de agresión –que, por otro lado, no es definida en ningún instrumento internacional– no se diferencia de la agresión, y es esta la que da lugar a responsabilidad internacional, tanto del Estado como del individuo¹⁶⁸.

4.1.3. *La “guerra” en sentido material*

Como adelantamos, y sabiendo que la interpretación que proponen es pasible de críticas como las que apuntamos, sus defensores sostienen que los Tribunales de Núremberg y Tokio entendieron el concepto de “guerra” no en su sentido técnico, sino en su sentido material¹⁶⁹, recurriendo a la distinción entre ambos sentidos que realiza Dinstein¹⁷⁰. Así,

¹⁶⁸ En igual sentido, Bonafè considera que la solución más sencilla respecto de la discusión sobre la diferencia entre el acto de agresión y la guerra de agresión es considerar que hay una noción unitaria de agresión que da lugar tanto a la responsabilidad estatal agravada y la responsabilidad penal individual en virtud del derecho internacional (BONAFÈ, Beatrice I.: op. cit., p. 112).

¹⁶⁹ KREB, Claus: op. cit., p. 517.

¹⁷⁰ DINSTEIN, Yoram: op. cit., p. 9.

en sentido material¹⁷¹, la guerra es la existencia de amplias hostilidades entre dos beligerantes¹⁷², que en la tradicional definición de Oppenheim se encuentra como la confrontación entre dos o más Estados a través de sus fuerzas armadas¹⁷³.

Ahora bien, cuando estos autores sostienen que los Tribunales recurrieron al concepto de guerra en su sentido material, pueden estar afirmando dos cosas: o bien que las normas de derecho internacional que hacían referencia al concepto de “guerra” –que son las que los Tribunales aplicaron– no lo definían, y por lo tanto es necesario construir una definición; o que ese sentido material de la guerra no ha cambiado en el derecho internacional, pese a las enormes modificaciones que se han operado en el orden jurídico a partir de la Carta de las Naciones Unidas. Podemos estar de acuerdo con la primera, mas no compartimos la segunda.

Es que, como sostuvimos, los Tribunales recurrieron al concepto de “guerra” porque era aquél al que las normas aplicables remitían; es decir, tenía relevancia normativa, aunque su significado no estuviera jurídicamente precisado.

Pero para la concepción que criticamos, este razonamiento se transforma en una presunta distinción entre la “guerra de agresión” y el “acto de agresión”, siendo la primera de mayor gravedad que el segundo. No vemos, sin embargo, cómo de la definición de guerra pueda seguirse que es *más grave* que el acto. Con prescindencia de nuestra posición acerca de la gravedad inherente a la agresión, por demás explicitada en el Capítulo II, el único elemento diferenciador que aportaría la noción de “guerra” sería la existencia de un enfrentamiento armado interestatal. Es decir, que lo que calificaría a la guerra de agresión no sería la gravedad de la agresión misma, sino que de ella se origine un conflicto, como planteó la delegación de Camerún en la Sexta Comisión y criticó Zourek, según vimos *supra*. ¿Y qué sucedería si, por la abrumadora fuerza empleada por el agresor, la víctima no estuviera en condiciones de defenderse? No podría hablarse de una “guerra” en el sentido apuntado. ¿Eso hace que dicha agresión sea menos grave? Recuérdese que la disparidad de fuerzas en la invasión de Kuwait

¹⁷¹ Con anterioridad a Dinstein, Wright ya había utilizado la distinción entre “guerra en sentido jurídico” y “guerra en sentido material”, para señalar que la primera había sido en gran medida proscripta (WRIGHT, Quincy: “The Outlawry of War and the Law of War”, *American Journal of International Law*, Vol. 47 (1953), pp. 365-376, p. 365).

¹⁷² DINSTEIN, Yoram: op. cit., p. 9. Dinstein se refiere a “comprehensive hostilities”.

¹⁷³ Cit. por KREß, Claus: op. cit., p. 517.

fue tan grande que la defensa del país fue muy reducida. En solamente dos días, las fuerzas iraquíes vencieron toda resistencia y ocuparon la totalidad del territorio. Pese a ello, ningún autor se atreve a considerar que no se trató de la más clara y grave agresión de la segunda mitad del siglo XX. Es verdad que Dinstein considera que la ausencia de resistencia de la víctima no disminuye el concepto de guerra en sentido material, pudiendo ser las hostilidades amplias al menos de parte de uno de los beligerantes¹⁷⁴, pero ello no hace más que ratificar que toda esta noción tiene un valor meramente descriptivo y sin relevancia normativa.

La cuestión, entonces, radica en determinar si la “guerra” tiene algún valor jurídico en el derecho internacional contemporáneo, y no si su sentido material es o no un indicador de la gravedad de la agresión.

4.2. El significado de la “guerra” en el derecho internacional contemporáneo

Hemos sostenido que cuando los Tribunales de Núremberg y Tokio se refieren al concepto de “guerra de agresión” lo hacen en referencia a la noción de “guerra” en el derecho internacional vigente al momento de los hechos de su competencia. Al mismo tiempo, hemos visto que las referencias a la “guerra de agresión” en la resolución 2625 (XX) y en la Definición de la Agresión tienen un sentido histórico más que jurídico.

La pregunta que permanece, entonces, es: ¿tiene el concepto de “guerra de agresión” algún significado en el derecho internacional contemporáneo?

Debemos señalar que, en primer lugar, en el derecho internacional contemporáneo, el concepto de “guerra” no parece tener relevancia ni para el *ius ad bellum* ni para el *ius in bello*. En el primero, el concepto clave es el de “uso de la fuerza”, como está estipulado en el Artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas; es más, como venimos señalando desde el Capítulo I, la noción misma de agresión está basada enteramente en este concepto, según surge del Artículo 1 de la Definición de la Agresión y del párrafo 2 del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma. En el segundo, se utiliza el término “conflicto armado”¹⁷⁵, en el Artículo 2 común a los cuatro Convenios

¹⁷⁴ DINSTEIN, Yoram: op. cit., p. 11.

¹⁷⁵ Como sostiene Greenwood, es el concepto fáctico de “conflicto armado” más que el concepto técnico de “guerra” el que hace aplicables las normas que regulan la conducción de las hostilidades (GREENWOOD, Christopher: “The Concept of War in

de Ginebra de 1949, ratificado por el Artículo 1 del Protocolo Adicional I de 1977, permaneciendo la palabra “guerra” con un claro corte histórico y siempre asociada a otros conceptos.

Por su parte, la Carta de las Naciones Unidas menciona la palabra “guerra” en cuatro oportunidades: en tres de ellas¹⁷⁶, para hacer referencia a la Segunda Guerra Mundial, es decir, con carácter histórico; la restante, en el primer párrafo de su Preámbulo, al declarar que los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos “*a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles*”, es decir, con un expreso sentido de condena, al calificarla de “flagelo”.

McDougall considera que fue la identificación del término “guerra” con una condición técnica lo que llevó a los Estados que deseaban evitar las implicancias de una violación del Pacto de la Sociedad de las Naciones o del Pacto Briand-Kellogg a plantear que los recursos a la violencia armada que efectuaban caían fuera del estado de “guerra”, y que así el término fue deliberadamente evitado por los autores de la Carta en un intento de prevenir futuros argumentos de si un uso particular de la violencia armada interestatal equivalía o no a la “guerra”. De hecho, preocupados por adoptar una visión de la violencia armada que estuviera prescrita por definición –y así, abierta al abuso– los redactores optaron por términos que no tenían un significado técnico, pero que, tomados en conjunto, cubrían razonablemente el espectro de los tipos concebibles de violencia armada interestatal¹⁷⁷.

El concepto de “estado de guerra”, que era la situación jurídica provocada por la declaración de guerra, en el sentido del Artículo 2 de la III Convención de la Haya de 1907, y que tenía por lo tanto efectos reconocidos en el derecho internacional en la era anterior a la Carta no tiene en la actualidad ninguna relevancia¹⁷⁸. Como en su momento sostuvo Lauterpacht, si el Artículo 2.4 de la Carta prohíbe el recurso a la fuerza, esto debe significar que ningún Estado puede lícitamente tomar la iniciativa de amenazar o usar la fuerza. Dado que un intento de crear la condición técnica de guerra difi-

Modern International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36 (1987), pp. 283-306, p. 304).

¹⁷⁶ Artículos 53, 77 y 107

¹⁷⁷ MCDUGALL, Carrie: op. cit. en nota 128, p. 64.

¹⁷⁸ Al menos en lo que respecta a la determinación de la licitud del recurso a la fuerza (GREENWOOD, Christopher: “War, Terrorism, and International Law”, *Current Legal Problems*, Vol. 56, N°1 (2003), pp. 505–530, p. 514).

cilmente pueda ser otra cosa que una “amenaza o uso de la fuerza”, ningún Estado puede lícitamente usar su iniciativa de ese modo particular. O, para expresar la proposición en diferentes términos, claramente el agresor no está autorizado a declarar la guerra¹⁷⁹.

Por su parte, la *International Law Association*, a través de su Comité sobre el uso de la fuerza, llegó a la conclusión de que, aunque el término “guerra” pueda tener aún cierto significado en pocas áreas, como las constituciones nacionales o los contratos domésticos, en el derecho internacional ya no tiene la importancia¹⁸⁰ que tenía en el período anterior a la Carta¹⁸¹.

En el contexto normativo de la Carta de las Naciones Unidas, a partir de su Artículo 2.4, no puede sostenerse válidamente que la guerra siga constituyendo un concepto jurídico relevante¹⁸²: si el derecho internacional contemporáneo considera a la guerra para algo, lo hace para prohibirla, pero incluso esa prohibición, que en 1928 se había hecho por expresa referencia a ese concepto, ahora se hace por referencia al “uso de la fuerza”, concepto más amplio y no vinculado a un sentido técnico. Ello es lo que acertadamente señaló, como vimos, el representante de México en el Comité Especial tras la aprobación del proyecto de Definición, y también se había planteado durante los debates en la redacción de la resolución 2625 (XXV). En definitiva, como sostuvo Pompe, el concepto jurídico de guerra ya no tiene lugar en la sociedad internacional bajo el imperio de la Carta de las Naciones Unidas¹⁸³.

El propio proceso codificador del crimen de agresión confirma esta interpretación. Así, durante las discusiones en la CDI sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, aunque no faltaron las propuestas que hacían referencia a las “guerras de

¹⁷⁹ LAUTERPACHT, Elihu: “The Legal Irrelevance of the ‘State of War’”, *Proceedings of the American Society of International Law*, Vol. 62 (1968), pp. 58-68, p. 63.

¹⁸⁰ Como también se señala en el informe, los juristas ya no utilizan el término “guerra” en sus obras. Por el contrario, los textos de Derecho Internacional Público hacen referencia a los términos “uso de la fuerza” y “conflicto armado”.

¹⁸¹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION: *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, 2010, disponible en http://www.rulac.org/assets/downloads/ILA_report_armed_conflict_2010.pdf, al 31 de diciembre de 2020, p. 8.

¹⁸² O’CONNELL, Mary Ellen y NIYAZMATOV, Mirakmal: “What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, N°1 (2012), pp. 189-207, p.196.

¹⁸³ POMPE, Cornelis Arnold: *Aggressive War: An International Crime*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1953, p. 33.

agresión”, en línea con el precedente de Núremberg, se sostuvo que “*el hacer hincapié en las guerras de agresión estaba fuera de lugar puesto que ya no existían declaraciones de guerra en las relaciones internacionales; el término «guerra de agresión» que se utilizaba en el estatuto del Tribunal de Núremberg era una referencia anacrónica al Tratado general de renuncia a la guerra como instrumento de política nacional (Pacto Kellogg-Briand); y los actos de agresión, como la invasión o anexión de un territorio, eran suficientemente graves para constituir crímenes en virtud del código*”¹⁸⁴. El Relator Especial Doudou Thiam sostenía: “*Cabe preguntarse si la frontera entre las nociones de acto de agresión y de guerra de agresión es sólida. Ciertos actos de agresión, como la invasión de un territorio o la anexión o el bloqueo de los puertos de un Estado, ¿no tienen la gravedad suficiente para constituir crímenes? Hay que evitar complicar aún más un problema ya muy complejo por sí mismo*”¹⁸⁵. Fue por ello que la CDI rechazó el concepto de “guerra de agresión” en el Artículo 16 de su Proyecto de Código de 1996¹⁸⁶.

Si bien el concepto volvió, como vimos en el Capítulo I¹⁸⁷, en algunas de las propuestas presentadas en el marco del Estatuto de Roma, fue incluido dentro de una de las variantes en el Documento del Coordinador de abril de 2002¹⁸⁸, y recién se suprimió a comienzos de 2009¹⁸⁹, fue muy discutido. La idea de que la violación de la prohibición del uso de la fuerza debía “equivaler a una guerra de agresión” contó con el apoyo de algunas

¹⁸⁴ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1995*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1998, p. 21, párr. 63.

¹⁸⁵ CDI: *13º Informe sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, Documento A/CN.4/466, Naciones Unidas, Ginebra, 1995, p. 15, párr. 54.

¹⁸⁶ Como mencionamos en el Capítulo I, existe una confusión terminológica, por cuanto el texto español del Proyecto dice “guerra de agresión”, cuando las versiones en inglés y francés usan solamente el término “aggression” y “agression”, respectivamente. Ello debe ser interpretado como un error de traducción sin consecuencias jurídicas.

¹⁸⁷ Capítulo I, Sección 5.4.1.

¹⁸⁸ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su noveno período de sesiones*, Documento PCNICC/2002/L.1/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 2002, p. 18.

¹⁸⁹ ASP-SGWCA: *Documento de debate propuesto por el Presidente sobre el crimen de agresión (versión revisada de enero de 2009)*, Documento, ICC-ASP/7/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2009.

delegaciones sobre la base del precedente de Núremberg¹⁹⁰, pero el punto de vista predominante era que la inclusión de la referencia a una “guerra de agresión” en la definición sería demasiado restrictiva, en particular a la luz de los actos especificados en el Artículo 3 de la resolución 3314 (XXIX)¹⁹¹. En ese sentido, se sostuvo que no era conveniente hacer tal referencia debido a su estrecho vínculo con las modalidades de guerra de la Segunda Guerra Mundial y a que limitaría excesivamente el alcance del crimen de agresión¹⁹². Su supresión y ausencia en el texto final del Artículo 8 bis demuestra que no era un concepto aceptable para la mayoría de los Estados y que muchos consideraban anacrónico.

La “guerra de agresión”, por tanto, no tiene significado alguno en el derecho internacional contemporáneo. Su valor únicamente histórico en la resolución 2625 (XX) y en la Definición de la Agresión queda confirmado al haber sido excluida de la definición del crimen de agresión en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma. Pretender su subsistencia en el derecho internacional contemporáneo implica negar el contexto histórico y normativo en el que el concepto se desarrolló y aplicó, un contexto en el que la “guerra” sí tenía relevancia para el ordenamiento jurídico.

En el derecho internacional contemporáneo, la “guerra” no existe más en cuanto condición técnica, ni las normas refieren a ella en cuanto concepto material. Es decir, la “guerra” como concepto no tiene ninguna relevancia jurídica para el derecho internacional y, siendo la “guerra de agresión” una de sus especies, tampoco será un concepto relevante.

Por lo tanto, el concepto de “guerra de agresión” es una noción histórica, sin contenido alguno en el derecho internacional contemporáneo. Pretender una interpretación distinta es negar la evolución en las normas relativas al uso de la fuerza ocurrida a partir de 1945 y forzar el sentido de los conceptos involucrados.

¹⁹⁰ ASP-SGWCA: *Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2006, párr. 21.

¹⁹¹ *Ibidem*, párr. 23.

¹⁹² ASP: *Documentos oficiales, Continuación del quinto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/5/35, Anexo II, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007, párr. 18.

5. Consideraciones finales

Creemos haber logrado precisar, al menos en lo que respecta a los alcances de la presente investigación, los conceptos involucrados en la determinación de la relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión en el derecho internacional.

No obstante la característica de multivocidad de la agresión, es posible identificar un sentido preciso que las normas jurídicas internacionales le asignan al término y cómo puede distinguirse de otros conceptos similares.

De tal forma, la posibilidad de un uso político de nociones como “agresión” o “acto de agresión”, y su uso efectivo en la práctica del Consejo de Seguridad, no empecen a su significado jurídico a la luz de la Carta de las Naciones Unidas y la Definición de la Agresión. Por el contrario, la práctica del Consejo de Seguridad no hace más que reforzar que la agresión, tal cual está nombrada en la Carta y definida en la resolución 3314 (XXIX) es un concepto jurídico, con consecuencias severas en el derecho internacional, y de allí que no se recurra a su determinación explícita.

Al mismo tiempo, la agresión puede ser considerada como una de las más sólidas pruebas de la subsistencia del “crimen internacional” como *nomen iuris* en el derecho internacional, no obstante su virtual desaparición en el Proyecto de 2001. La centralidad de la prohibición de la agresión en el derecho contemporáneo y la gravedad de sus consecuencias ameritan su calificación como crimen, y a la vez, la coexistencia de responsabilidad penal individual con la responsabilidad estatal –que llamamos “dualidad de responsabilidades”–, nos interpela acerca de por qué calificar a la agresión como crimen cuando la comete un individuo y no cuando lo comete un Estado, siendo que necesariamente ambas conductas se producirán simultáneamente. Es decir, calificar como crimen al mismo acto de agresión nos habla de la *unidad* de la agresión. Volveremos sobre ello en el capítulo siguiente.

Finalmente, el análisis revela la importancia de tener en cuenta el contexto histórico y normativo al momento de precisar el significado jurídico de determinado término. En ese sentido, destacamos que todo intento de extrapolar las conclusiones de los Tribunales de Núremberg y Tokio al derecho internacional actual debe realizarse con mucho cuidado: la agresión ya no se entiende con referencia al concepto de “guerra”, sino a la prohibición del uso de la fuerza consagrada en el Artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, puesto que, como se demostró, el concepto de “guerra” ya no tiene relevancia alguna en el derecho internacional contemporáneo.

Así, consideramos estar en condiciones de abordar en profundidad la relación entre el acto y el crimen de agresión. A ello dedicaremos el siguiente y último capítulo.

TERCERA PARTE

**LA RELACIÓN ENTRE EL ACTO DE AGRESIÓN Y EL
CRIMEN DE AGRESIÓN**

CAPÍTULO V

UN ENFOQUE INTEGRAL DE LA AGRESIÓN

“If humankind is to survive, the illegal use of armed force, whether is labelled aggression, a crime against peace or anything else, must be contained and deterred by the rule of law.”

Benjamin B. Ferencz

The Long Journey to Kampala, 2017

El estudio efectuado en los capítulos anteriores nos ha permitido identificar el contenido y alcance de los conceptos de “acto de agresión” y “crimen de agresión” en el derecho internacional, sus características diferenciadoras, sus consecuencias jurídicas y su distinción de otros términos similares en el lenguaje jurídico.

Sobre esa base, podemos ahora concentrarnos en el principal objetivo de esta investigación: determinar cuál es la relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión en el derecho internacional.

Para ello, comenzaremos con un estudio de cómo esta relación se ha reflejado en la práctica internacional relevante –particularmente, en los procesos codificadores de ambos conceptos–, así como el abordaje que sobre la relación se ha efectuado en la doctrina, adelantando desde ya, en línea con lo que se señaló en la introducción, que tal abordaje ha sido bastante limitado y poco profundo. Este estudio demostrará que los abordajes que se han hecho a nuestro objeto de investigación son parciales y principalmente están direccionados desde alguna de las dos categorías de análisis, es decir, ven la relación desde el acto o desde el crimen.

Por nuestra parte, y movidos por lo que identificamos desde el Capítulo I¹ como una unidad conceptual entre el acto y el crimen de agresión, evidenciada en la identidad de su contenido material –el uso grave 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– y por la multiplicidad y variedad de consecuencias del acto y del crimen en el ordenamiento jurídico internacional, que nos obligan a adoptar una perspectiva más amplia, proponemos un enfoque integral de la agresión: una visión que la contemple en su totalidad, sin una tajante división entre el acto y el crimen que nos lleve a posicionarnos en uno u otro.

Con tal fin, nos proponemos identificar cuáles son los caracteres que definen a la agresión como tal, y verificar si se satisfacen tanto en el acto como en el crimen, a la vez que indagaremos cómo tales caracteres se relacionan entre sí. La primera de estas tareas está facilitada por nuestros hallazgos en los capítulos anteriores, que muestran que la agresión presenta características que la distinguen notablemente de otras categorías jurídicas. La segunda, por otra parte, exige un esfuerzo analítico mayor, en el entendimiento de que, pudiendo establecer cómo se articulan los caracteres entre sí, siendo comunes al acto y al crimen, podremos determinar cuál es la relación entre estas dos categorías.

Pero, al mismo tiempo que se pueden identificar caracteres comunes al acto y al crimen de agresión, no puede soslayarse que el derecho internacional distingue claramente entre ambos conceptos y que, como vimos en el Capítulo III², la máxima expresión de esa distinción está dada por la atribución de consecuencias: para el Estado las del acto, para el individuo las del crimen. No obstante, y como también insinuamos en el Capítulo III³, existe una compleja interconexión entre las consecuencias de la agresión que dificulta su estudio por separado y requiere necesariamente de un enfoque integral como el que planteamos. A la vez, ello se vincula con la denominada “dualidad de responsabilidades”, a la que se refiriera la Corte Internacional de Justicia y que en el caso de la agresión presenta particularidades relevantes para nuestro análisis, puesto que incluso la existencia de dos regímenes de responsabilidad diferentes –no obstante sus

¹ Capítulo I, Sección 6.3.1.

² Capítulo III.

³ Capítulo III, Sección 3.

interconexiones— halla su origen en un hecho común, lo que es otro indicio más de la unidad de la agresión.

En consecuencia, el presente capítulo se desarrollará en el orden lógico de este razonamiento: en primer lugar, se estudiará cómo se ha abordado la relación entre acto y crimen en la práctica internacional y la doctrina; en segundo lugar, se introducirá nuestro enfoque integral de la agresión a través de la identificación de sus caracteres; finalmente, analizaremos cómo las consecuencias de la agresión refuerzan su unidad conceptual.

1. La relación acto/crimen en la práctica internacional y en la doctrina

1.1. La relación en la práctica internacional

Advertimos desde el Capítulo I⁴ que la historia de la codificación de la agresión en el derecho internacional es la historia de dos procesos diferentes, uno del crimen de agresión y otro del acto de agresión. Se trata de un proceso *dual*, cuyos componentes se mantuvieron separados por muchos años y recién se unieron de la mano de los esfuerzos realizados en el marco del Estatuto de Roma, con el objeto de dotar a la Corte Penal Internacional de competencia sobre el crimen de agresión.

Así, y tras los precedentes de Núremberg y Tokio, la CDI se encargó del crimen de agresión, en el marco del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, debiendo suspender sus trabajos ante la falta de consenso precisamente sobre la definición de la agresión, tarea que fue encomendada a diversas comisiones y comités de la Asamblea General, los que concentraron sus esfuerzos en la definición del acto de agresión. Luego de aprobada la Definición de la Agresión en 1974, la CDI pudo retomar el tratamiento del Proyecto de Código en 1982, pero tras catorce años de discusiones, la cuestión de la agresión se mostró como una de las más controvertidas, finalizando con el establecimiento de la responsabilidad penal por el crimen de agresión, pero sin definir el comportamiento estatal. La confluencia de ambos procesos se dio recién con el establecimiento de la Corte Penal Internacional, donde la cuestión tampoco fue fácil, pero se coronaron los esfuerzos con la inclusión y definición de ambos conceptos en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma.

⁴ Capítulo I, introducción.

Reconstruimos este proceso dual en la Figura 7 a través de una línea histórica, para poder apreciar visualmente la separación del tratamiento de los conceptos que, indudablemente, afectó la relación entre ambos.

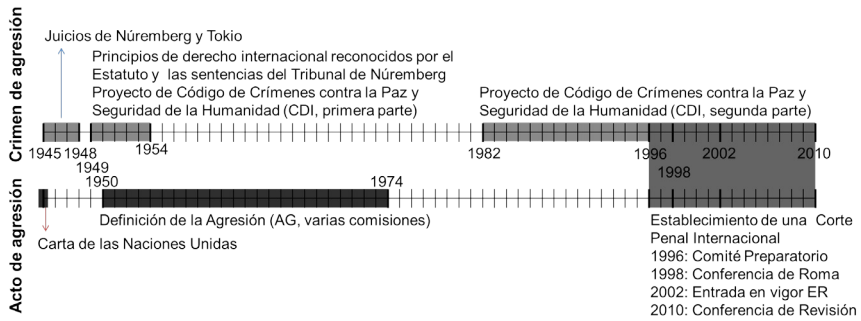


Figura 7 – Línea histórica del proceso codificador dual

Es recién en la formulación del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, entonces, donde se advierte una clara distinción entre el “crimen de agresión”, como un delito que da origen a responsabilidad penal individual y el “acto de agresión”, como un hecho ilícito atribuible a un Estado. Sin embargo, esta distinción no se ve con claridad en varios de los antecedentes mencionados. Ello no significa que no se tuviera presente que la agresión involucra tanto una conducta individual como un comportamiento estatal, sino que esta distinción entre ambos conceptos no tuvo siempre un adecuado reflejo normativo. Así, en el Estatuto y la sentencia del Tribunal de Núremberg, así como en los Principios elaborados por la CDI en 1950, el crimen era “planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión”, mientras que el “acto de agresión”, que ya estaba contenido –mas no definido– en la Carta de las Naciones Unidas, parecía ser irrelevante. Una visión opuesta es la que parece surgir del Proyecto de Código de 1954, en el que el acto *es* un crimen. La distinción recién vendría con posterioridad a la Definición de la Agresión, en la que se aprecia que la agresión es cometida por un Estado. Sin embargo, al momento de definir la conducta que da lugar a la responsabilidad penal individual, aunque el Proyecto de Código de 1991 receiptó la definición de “acto de agresión” de 1974, el de 1996 distinguió entre el crimen de agresión (imputable al individuo que actúe como “dirigente u organizador”) y la “agresión”, (como hecho atribuible a un Estado), pero que no definió.

Estudiaremos, entonces, qué abordaje tuvo la relación acto-crimen durante el proceso codificador dual, centrándonos en las discusiones que hayan tenido lugar al respecto, en el entendimiento de que pueden arrojar algún tipo de luz a nuestro principal objetivo de investigación.

1.1.1. La CDI (primera parte)

Como hemos visto en el Capítulo I⁵, una de las primeras tareas encomendadas a la CDI fue la formulación de los Principios de Núremberg, que aprobó en su segundo período de sesiones (1950); en el inciso a) del Principio VI, la “guerra de agresión” se incluía como crimen contra la paz en los siguientes términos: “*Los crímenes enunciados a continuación son punibles, como crímenes en derecho internacional: a. Crímenes contra la paz: i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión...*”⁶. Como también vimos, y la CDI menciona en su comentario, no se aparta en nada del Estatuto del Tribunal de Núremberg, y aunque no reflexiona sobre la cuestión, sí queda claro que establece una vinculación entre la conducta individual⁷ –a tenor del Principio I, que establecía la responsabilidad penal de los individuos en virtud del derecho internacional–, reflejada a través de los cuatro verbos típicos, y un acto estatal, que aún conservaba el nombre de “guerra de agresión”⁸, y que, al igual que en Núremberg, no se definía.

Sin embargo, esta articulación entre la conducta individual y el comportamiento estatal no se vio con claridad en el siguiente paso de la CDI: el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. No obstante estar marcada, como vimos en el Capítulo I⁹, por el fracaso en lograr una definición de la agresión, que la Asamblea General también le había encomendado, la CDI la incluyó en el Artículo 2 del Proyecto, en los siguientes términos: “*Los actos siguientes son crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad: 1) Cualquier acto*

⁵ Capítulo I, Sección 3.1.

⁶ CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. Segundo Período de Sesiones*, Documento A/1316, Naciones Unidas, Nueva York, 1950, p. 13.

⁷ Que en opinión de la CDI sólo puede ser hacer referencia “*al personal militar de alta graduación y a los altos funcionarios del Estado*” (Ibidem, p. 14, párr. 117), introduciendo así el elemento de liderazgo en el crimen.

⁸ Al respecto, v. Capítulo IV, Sección 4.

⁹ Capítulo I, Sección 3.1.

de agresión, incluyendo el empleo por las autoridades de un Estado de la fuerza armada contra otro Estado por cualquier propósito que no sea la legítima defensa nacional o colectiva, o en cumplimiento de una decisión o recomendación por un órgano competente de las Naciones Unidas; [...] 3) La preparación por las autoridades de un Estado del empleo de la fuerza armada contra otro Estado para cualquier propósito que no sea la legítima defensa nacional o colectiva o la aplicación de una decisión o recomendación de un órgano competente de las Naciones Unidas”... ”¹⁰.

Sin perjuicio de las cuestiones relativas a la definición, que ya hemos tratado en el Capítulo I, la disposición del párrafo 1 tiene el mérito de introducir el concepto de “acto de agresión” y su vinculación con la prohibición del uso de la fuerza en el Artículo 2.4 de la Carta, superando la anacrónica referencia a la “guerra de agresión” de los Principios de Núremberg. Sin embargo, la CDI no hace referencia alguna en su comentario a las menciones al acto de agresión en la Carta, como si fueran conceptos diferentes. Pero el principal problema es que no articula con claridad la conducta individual con el acto estatal: si bien reconoce que el crimen solo puede ser cometido por las autoridades de un Estado —lo que también aclara en el comentario¹¹—, la conducta típica parece ser “el empleo por las autoridades de un Estado de la fuerza”, expresión similar al “uso de la fuerza”, usada en la Carta con referencia a los Estados. Es decir, para definir una conducta individual, se utilizó una fórmula asociada a la atribución de responsabilidad a los Estados, lo cual es extraño, considerando que en la redacción de los Principios de Núremberg se habían utilizado los cuatro verbos típicos de la Carta de Londres, y el mandato de la CDI incluía la adecuada vinculación del Proyecto con los Principios¹². Solamente en el párrafo 3 se utiliza una de las conductas típicas de Núremberg, la “preparación”, como la propia CDI reconoce en el comentario, donde agrega: “*En el sentido en que se emplea en este párrafo, el término “preparación” comprende también el hecho de “planear”. Se considera que el hecho de “planear” solo es punible si tiene como resultado actos preparatorios y se convierte así en un elemento de la preparación del empleo de la fuerza armada*”¹³. Adviértase, no obstante, que la “preparación” no está ligada expresamente

¹⁰ CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su tercer período de sesiones*, Documento A/1858, Naciones Unidas, Nueva York, 1951, p. 14.

¹¹ Ídem.

¹² Resolución 177 (II) de la Asamblea General.

¹³ CDI: op. cit. en nota 7, p. 15.

a un “acto de agresión”, sino a su contenido –posible, de acuerdo al párrafo 1–, esto es, el “empleo de la fuerza armada”¹⁴.

Es más, una interpretación literal del párrafo 1 nos llevaría a la conclusión de que “todo acto de agresión” es un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Si lo interpretamos a la luz de nuestro problema de investigación, entonces, deberíamos concluir que, en el Proyecto, el crimen de agresión *es* el acto de agresión.

Creemos que esta falta de desarrollo, tanto de la definición de la conducta individual, al punto de confundirla con el comportamiento estatal, como de la correcta articulación de ambos elementos, se explica ante las enormes dificultades halladas en la búsqueda de una definición aceptable de la agresión. Este hecho, además de provocar la suspensión de la labor de la CDI sobre el Proyecto de Código, marcará, como veremos, gran parte del proceso codificador.

1.1.2. Las Comisiones y Comités Especiales de la Asamblea General

Las discusiones en los sucesivos órganos creados por la Asamblea General¹⁵ para definir la agresión muestran que la cuestión de la responsabilidad penal individual y la relación que la definición tendría con el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad siempre estuvo presente. La propia Asamblea General, en su resolución 599 (VI), consideró que “*si bien la existencia del crimen¹⁶ de agresión puede deducirse de las circunstancias propias de cada caso particular, no por ello es menos posible y conveniente, con el fin de garantizar la paz y la seguridad internacionales y de desarrollar el derecho penal internacional, determinar la agresión por sus elementos constitutivos*”, lo cual es un claro indicador de que la tarea de la definición de la agresión debía servir a ambos propósitos, y no a uno solo.

¹⁴ Solera destaca, no obstante, que el valor de la disposición radica en que la CDI parece reconocer la intención agresiva como el fundamento del reproche penal (SOLERA, Oscar: *Defining the Crime of Aggression*, Cameron May, Londres, 2007, p. 274).

¹⁵ V. Capítulo I, Sección 3.2.1.

¹⁶ El texto oficial en español de la resolución dice “delito”, mas, por las razones ya explicitadas en los capítulos anteriores, incluyendo el uso de la palabra “crime” en los textos en inglés y en francés, optamos por el término “crimen”.

En la Comisión Especial de 1953 el representante de los Países Bajos planteó que la definición podría ser incluso de más utilidad en el contexto del Proyecto de Código que en el sistema de seguridad colectiva, puesto que no sería vinculante sobre los órganos competentes de las Naciones Unidas, pero sí sobre una corte penal internacional que pudiera crearse¹⁷.

En la Comisión Especial de 1956 se manifestaron opiniones semejantes en cuanto a que la definición de la agresión se hacía más necesaria en un contexto penal, pero también se discutieron las semejanzas y diferencias entre la definición de la “agresión”, en el sentido de la Carta, y una disposición apropiada para el Proyecto de Código. Para unos, si bien las dos disposiciones tendrían distintos propósitos, era imposible imaginar una contradicción entre ellas. En el mismo orden de ideas, otros representantes señalaron que, conforme al Código, ningún individuo podría ser tenido por responsable de actos que los Estados pueden cometer impunemente en virtud de la Carta. Otros representantes destacaron las diferencias entre las dos clases de definición. Hicieron hincapié en que la definición que debía redactar la Comisión se aplicaría a los Estados, mientras que las normas de derecho penal internacional se aplican a los individuos, y que las sanciones serían muy diferentes en ambos casos¹⁸.

En el marco de los trabajos del Comité Especial, durante su primer período de sesiones, algunos representantes señalaron que su mandato no estaba vinculado con la definición de la agresión dentro del significado de la responsabilidad penal internacional, pero otros plantearon que los trabajos sobre el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad se habían suspendido precisamente por el problema de la definición de la agresión¹⁹.

¹⁷ ASAMBLEA GENERAL: *Report of the Special Committee on the Question of Defining Aggression*, Documento A/2638, Naciones Unidas, Nueva York, 1953, p. 12, párr. 96.

¹⁸ ASAMBLEA GENERAL: *Informe de la Comisión Especial para la Cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/3574, Naciones Unidas, Nueva York, 1957, párr. 42-44.

¹⁹ ASAMBLEA GENERAL: *Report of the Special Committee on the Question of Defining Aggression*, Documento A/7185/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1968, párr. 65-66.

Según vimos en los Capítulos III²⁰ y IV²¹, tanto el proyecto de la URSS²² como el proyecto de las trece potencias²³ incluían referencias a la calificación de la agresión como un crimen y las consecuencias en materia de responsabilidad internacional, tanto del Estado como de los individuos. Así, durante el segundo período de sesiones del Comité, algunas delegaciones encomiaron dicha parte del proyecto de las trece potencias ya que, a su juicio, la tarea del Comité Especial consistía en poner de manifiesto lo que constituía un crimen internacional de agresión y en indicar las consecuencias de tal crimen. Otros representantes, sin embargo, expresaron la opinión de que tal concepto no formaba parte de la definición de la agresión y, en consecuencia, no se hallaba incluido en el mandato del Comité²⁴. Los mismos puntos de vista se replicaron en el tercer período de sesiones del Comité Especial²⁵, y a partir de allí, la tensión entre ambas posiciones se negoció en el Grupo de Trabajo, dando por resultado el confuso y ya criticado Artículo 5.2 de la Definición.

No podemos dejar de insistir aquí con el punto, subrayado por algunas delegaciones durante el largo proceso codificador, y destacado por la propia Asamblea General en la citada resolución 599 (VI), que existió una indisoluble relación entre la definición de la agresión y los trabajos de la CDI sobre la responsabilidad penal individual. Para ello no basta más que recordar que la Asamblea General, por resoluciones 897 (IX), 898 (IX), 1186 (XI) y 1187 (XII), resolvió aplazar el tratamiento tanto del Proyecto de Código como de la cuestión de la jurisdicción penal internacional, hasta tanto se contara con una definición de la agresión, y que luego de la adopción de esta, aprobó la resolución 33/97, por la que, recordando estas circunstancias y teniendo presente la resolución 3314 (XXIX), decidió retomar la consideración del tema, derivando en la aprobación de la resolución 36/106, por la que encomendó a la CDI retomar la consideración del

²⁰ Capítulo III, Sección 1.3.1.

²¹ Capítulo IV, Sección 4.1.2.

²² Documento A/AC.134/L.12, reproducido en ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/9019, Naciones Unidas, Nueva York, 1973, Anexo I, p. 7.

²³ Documento A/AC.134/L.16, reproducido en *Ibidem*, Anexo I, p. 9.

²⁴ ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/7620, Naciones Unidas, Nueva York, 1969, párr. 78.

²⁵ ASAMBLEA GENERAL: *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*, Documento A/8019, Naciones Unidas, Nueva York, 1970, párr. 138 y 140.

Proyecto de Código. De allí que el argumento que sostiene la poca utilidad de la Definición de la Agresión en la tipificación del crimen de agresión basado exclusivamente en el hecho de que la definición solamente debía servir para el Consejo de Seguridad²⁶ nos parezca insuficiente y contrario a la realidad histórica de su creación. Así lo sostuvo el Relator Especial, Doudou Thiam, quien, como veremos, recurrió a la Definición para los trabajos de la CDI sobre el Proyecto de Código: “*si se aplazó el examen del proyecto de código de 1954, fue porque la comunidad internacional esperaba que se definiese el concepto de agresión. Ahora que ya ha sido definido, a costa de una larga labor, algunos pretenden que no hay que remitirse a esa definición porque fue redactada para un órgano político, mientras que el proyecto de código está destinado a un órgano jurisdiccional. A juicio del Relator Especial, no parece posible no tener en cuenta esa definición*”²⁷.

1.1.3. La CDI (segunda parte)

Retomado el tratamiento del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad por la CDI, el Relator Especial Doudou Thiam confirmó la relación que señalamos al proponer en su tercer informe la adopción de una definición de la agresión basada en la aprobada en la resolución 3314 (XXIX)²⁸.

Los trabajos de la CDI muestran que en un principio se experimentaron notables dificultades al momento de articular la conducta individual con el acto estatal. Así, en su proyecto de Artículo 11, el Relator Especial incluyó como “crimen contra la paz”: “*El hecho de que las autoridades de*

²⁶ Sostenido, entre muchos otros, por SOLERA, Oscar: “The Definition of the Crime of Aggression: Lessons Not Learned”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 42 (2010), pp. 801-823, pp. 905-906; DINSTEIN, Yoram: *War, Aggression and Self-Defence*, Quinta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 136; BRUHA, Thomas: “The General Assembly’s Definition of the Act of Aggression”, en KREB, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 142-177, p. 155.

²⁷ CDI: Acta resumida de la 1889ª sesión, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1985*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York, 1986, p. 80, párr. 15.

²⁸ CDI: *Tercer informe sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial*, Documento A/CN.4/387, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1985*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1987, p. 75, párr. 87.

un Estado cometan un acto de agresión”²⁹, continuando luego con pasajes de la Definición de la Agresión. Es decir, en la opinión del Relator Especial, la conducta individual es la comisión, por “las autoridades de un Estado”, de un “acto de agresión”; en otras palabras, al igual que en el Proyecto de 1954, el “crimen” es el “acto”. Advirtiendo esta dificultad, el Comité de Redacción preparó un proyecto de primer párrafo del artículo, reenumerado como 12, que establecía: “*Todo individuo a quien en virtud del presente Código se atribuya la responsabilidad de un hecho constitutivo de agresión podrá ser juzgado y castigado por un crimen contra la paz*”³⁰. El texto fue cuestionado por varios miembros de la CDI durante los debates³¹, aunque reconocieron el carácter provisorio que el Comité le había asignado. Dicho carácter es evidente en la misma lectura: un código penal como el que se pretendía redactar debe necesariamente resolver el problema de cómo atribuir la responsabilidad a un individuo por un delito y una disposición como la adoptada no hace más que diferir dicha cuestión.

El texto fue modificado al momento de la aprobación del Proyecto en primera lectura en 1991, en el ya citado Artículo 15: “*El que en calidad de dirigente o de organizador proyecte o ejecute un acto de agresión, u ordene que sea ejecutado, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...]*”. Aunque la redacción también fue criticada por algunos miembros de la CDI³², se hizo referencia a los precedentes de Núremberg y Tokio para justificar la inclusión del elemento de liderazgo y los verbos típicos. Por nuestra parte, destacamos que se trató del primer intento serio –dentro de este proceso– de establecer una vinculación entre la conducta del individuo –que debe revestir las cualidades especiales de “dirigente o de organizador”, introduciendo así el elemento de liderazgo–, a través de los verbos “proyecte o ejecute” y “ordene que sea ejecutado”, y el acto estatal

²⁹ CDI: *Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial*, Documento A/CN.4/398, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1986*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1988, p. 86.

³⁰ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1988*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1991, p. 77.

³¹ CDI: Acta resumida de la 2085ª sesión, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1988*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York, 1990, pp. 308-312.

³² CDI: Acta resumida de la 2237ª sesión, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York, 1993, p. 211-215.

de agresión. La propia CDI, en el comentario al artículo³³ expresaba su interés “*en establecer un vínculo entre el acto de agresión, que no puede ser cometido más que por un Estado, y los individuos que pueden ser juzgados y castigados por actos de agresión*”³⁴. Aunque ya superada la visión inicial de la primera época del Proyecto, en que el acto de agresión constituía en sí mismo el hecho imputable al individuo, la dificultad en articular la conducta individual con el acto estatal³⁵ parecía seguir encontrándose en la visión de la CDI, por cuanto el origen de la responsabilidad penal individual aún se buscaba en el acto de agresión, un hecho estatal.

Las discusiones durante la segunda lectura del proyecto, en lo que a la agresión se refiere, giraron principalmente en torno a cómo definir el comportamiento estatal y al papel que debía tener el Consejo de Seguridad en su determinación³⁶, más que a la mejor forma de articular la conducta individual al acto estatal. Como hemos visto en el Capítulo I³⁷, la labor culminó en la aprobación del Artículo 16 del Proyecto, que disponía: “*El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una [guerra de]*³⁸ *agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión*”³⁹. Como también señalamos en el Capítulo I⁴⁰, se trató de la primera oportunidad en que se utiliza el término “*crimen de agresión*”⁴¹ para denominar al ilícito individual, reiterando el

³³ Curiosamente, aunque la redacción del primer párrafo del artículo cambió de 1988 a 1991, el comentario del artículo no fue modificado.

³⁴ CDI: op. cit. en nota 30, p. 78.

³⁵ Eso también fue criticado por los contemporáneos. V. MCCORMACK, Timothy L. H. y SIMPSON, Gerry J.: “The International Law Commission’s Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: An appraisal of the substantive provisions”, *Criminal Law Forum*, Vol. 5, N°1 (1994), pp 1-55, p. 26.

³⁶ Para un completo análisis del proceso, v. SOLERA, Oscar: op. cit., pp. 281-334.

³⁷ Capítulo I, Sección 5.1.

³⁸ Colocamos entre corchetes las palabras “guerra de” porque, como vimos en el Capítulo I y recordamos en el Capítulo IV, tales palabras no se encuentran en las versiones inglesa y francesa del texto, y se lo atribuimos a un error de traducción.

³⁹ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 46.

⁴⁰ V. Capítulo I, Sección 5.1.

⁴¹ Durante los debates en la CDI, solamente Pellet mencionó esta circunstancia, aunque con una visión crítica (CDI: Acta resumida de la 2441ª sesión, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 73, párr. 58).

elemento de liderazgo –“dirigente u organizador”– que ya estaba presente en el Proyecto de Código de 1991 y que es consonante con la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg, según lo reconoce la propia CDI en su comentario⁴², y fijando como conductas típicas “participar activamente” y “ordenar” la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento –estas últimas cuatro acciones que ya se encontraban en el Estatuto del Tribunal de Núremberg– de una “agresión”.

¿Qué relación está planteando la CDI entre la conducta individual y el comportamiento estatal? Así lo expone en su comentario: *“El artículo se refiere a la agresión «cometida por un Estado». La persona –como dirigente u organizador– participa en esa agresión. Esta participación es lo que el artículo 16 define como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. En otras palabras, en el presente artículo se reafirma la responsabilidad penal de los participantes en un crimen de agresión. La responsabilidad de una persona por dicho crimen está intrínseca e inextricablemente vinculada con la agresión cometida por el Estado. En efecto, la norma de derecho internacional que prohíbe la agresión se aplica al comportamiento de un Estado para con otro Estado. Por consiguiente, solo el Estado puede cometer una agresión infringiendo la norma de derecho internacional que prohíbe ese comportamiento. Ahora bien, el Estado es una entidad abstracta, incapaz de actuar por sí misma. El Estado solo puede cometer la agresión con la participación activa de las personas que tienen la autoridad o el poder necesarios para planificar, preparar, desencadenar o llevar a cabo la agresión. El Tribunal de Núremberg reconoció expresamente la realidad del papel de los Estados y las personas al declarar: ‘Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo castigando a las personas que cometen esos crímenes puede hacerse respetar la normativa del derecho internacional’. Por consiguiente, la violación, por el Estado, de la regla de derecho internacional que prohíbe la agresión entraña la responsabilidad penal de las personas que han desempeñado una función decisiva en la planificación, la preparación, el desencadenamiento o la realización de la agresión. Las palabras «una [guerra de]⁴³ agresión cometida por un Estado» indican claramente que esa violación del derecho por el Estado*

⁴² CDI: op. cit. en nota 39, p. 47.

⁴³ V. nota 38.

es una condición sine qua non de la posible imputación de responsabilidad a una persona por un crimen de agresión”⁴⁴.

El comentario puede ser considerado algo confuso, pero ilustra sobre la complejidad de la tarea que la CDI tenía ante sí. Sin perjuicio de las críticas por no definir la agresión, de las que nos hacemos eco en otra parte⁴⁵, la CDI parece comenzar diciendo que, como la agresión solamente puede ser cometida por un Estado, es la participación del individuo en ese acto ilícito estatal lo que da origen a la responsabilidad individual. Pero a la vez reconoce que el Estado es una entidad abstracta que solo puede cometer la agresión a través de individuos, abrevando en el célebre pasaje de la sentencia de Núremberg. Allí parecería inclinarse por la posición contraria a la afirmada en primer lugar, en el sentido de que la agresión es, en realidad, cometida por los individuos, para concluir, de una forma que puede considerarse más confusa aún, que la violación por el Estado de la prohibición de la agresión entraña la responsabilidad penal de las personas que han participado en ella a través de las conductas típicas.

No obstante esta aparente contradicción de la CDI, los debates muestran que una gran mayoría de sus miembros se inclinaron por considerar que el crimen de agresión consiste en la participación individual en la comisión de una agresión por un Estado. Tal vez el ejemplo más ilustrativo de esta posición lo haya dado Barboza cuando expresó “*el crimen de agresión, según se define en el artículo 15*⁴⁶, *es una forma de participación en un crimen que no puede ser cometido por individuos, sino por una persona jurídica, a saber: el Estado. La agresión es por excelencia un crimen de Estado...*”⁴⁷.

Así, y de una forma un poco dubitativa –valoración que le cabe en general a toda la labor sobre el Artículo 16–, la CDI termina dando una respuesta al interrogante que se había planteado en 1988, coincidente con nuestro problema de investigación, acerca de cómo vincular la conducta individual con el acto estatal. Esa respuesta, para la CDI, es que el individuo *participa* en el acto del Estado⁴⁸. De esa forma, parece apartarse de la lógica que se venía planteando desde Núremberg y, utilizando nuestros

⁴⁴ CDI: op. cit. en nota 39, p. 47.

⁴⁵ V. Capítulo I, Sección 5.1.

⁴⁶ Luego fue reenumerado como Artículo 16.

⁴⁷ CDI: op. cit. en nota 41, p. 67, párr. 11.

⁴⁸ ESCUDERO ESPINOSA, Juan Francisco: *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad. Hacia la paz por la justicia*, Editorial Dilex, Madrid, 2004, pp. 174-175.

términos, considera al crimen de agresión *dentro* del acto de agresión, toda vez que califica como crimen la participación individual en la agresión cometida por un Estado. Esta posición de la CDI nos suscita dos opiniones.

La primera, desde una perspectiva de derecho penal internacional, es que la posición de la CDI nos resulta criticable, puesto que parecería que, en su opinión, el individuo no sería destinatario de una prohibición contenida en el derecho internacional, sino que solamente lo sería el Estado. Pero, en ese caso, ¿es su sola participación en el acto estatal lo que determina su responsabilidad? No podemos compartir esta opinión. Como veremos más adelante en este capítulo, participamos de la posición que considera que el individuo también es destinatario de la norma imperativa que prohíbe la agresión y que es su violación la que da fundamento a su responsabilidad penal individual⁴⁹. El carácter de órgano del Estado de ese individuo es lo que también generará la responsabilidad –agravada– del Estado por la comisión de un acto de agresión –en sí mismo, un crimen internacional, según vimos en el capítulo anterior– y así se originará la dualidad de responsabilidades, estatal e individual, pero no porque una sea fundamento de la otra⁵⁰, como veremos.

La segunda opinión que nos suscita, ya desde el punto estricto de la relación entre acto y crimen, es que se advierte en la transición de la primera a la segunda lectura del Proyecto, no solamente el paso del recurso a la Definición de la Agresión a la total falta de definición para referir al comportamiento estatal, como vimos en el Capítulo I⁵¹, sino que también pareció haber un cambio de concepción en la relación entre el acto estatal y la conducta individual –denominada, ahora sí, “crimen de agresión”–. Mientras en la primera lectura parecía, como señalamos *supra*, que el que cometía el acto de agresión era el mismo individuo –dado que su responsabilidad era, según la CDI, “por actos de agresión”– en la segunda lectura se pasó a considerarlo como la participación del individuo en un acto estatal.

Pero aquí no se agotan las referencias a la relación entre acto y crimen en la CDI. Durante la discusión del concepto de “crimen internacional” en materia de responsabilidad internacional del Estado también se planteó la cuestión de su relación con los llamados “crímenes de derecho internacio-

⁴⁹ BONAFÈ, Beatrice I.: *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 245-247.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 239 y ss.

⁵¹ Capítulo I, Sección 5.1.

nal”. Abrevando en el quinto informe del Relator Especial Ago⁵², la CDI incluyó en su comentario al Artículo 19 del Proyecto de 1996, como una de las circunstancias que demostraban el convencimiento de que una violación de las obligaciones impuestas por normas imperativas cuyo respeto responde a un interés colectivo acrecentado de toda la comunidad internacional representa necesariamente un hecho internacionalmente ilícito grave, una transgresión que debe estar sujeta a un régimen distinto de responsabilidad, *“el establecimiento del principio en virtud del cual el individuo-órgano que con su comportamiento ha violado obligaciones internacionales de un determinado contenido debe ser considerado personalmente punible, a pesar de haber actuado en calidad de órgano del Estado”*⁵³. Al analizar dicha circunstancia, la CDI tiene en cuenta que las responsabilidades que emergen son diferentes, pero no se excluyen entre sí, y afirma: *“El castigo de los dirigentes del aparato estatal que han desencadenado una guerra de agresión, o que han organizado un genocidio, no por ello libera al Estado mismo de su propia responsabilidad internacional por tal hecho”*⁵⁴ (negrita añadida). No deja de ser interesante que, aun antes de retomar su labor sobre el Proyecto de Código, la CDI tuviera en claro algunas características del crimen de agresión, como su elemento de liderazgo, y el hecho de su vinculación con un comportamiento estatal.

Durante el tratamiento por la CDI de las consecuencias de los crímenes internacionales, el Relator Especial Arangio-Ruiz incluyó, entre las obligaciones para los demás Estados, la obligación de aplicar *“plenamente el principio dedere aut iudicare en lo que respecta a los individuos acusados de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad cuya comisión haya producido el crimen internacional del Estado o haya contribuido al mismo”*⁵⁵. La disposición vinculaba el crimen internacional de responsabilidad estatal con los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de responsabilidad individual y, notablemente, señala cuál es el tipo de relación que existía, para el Relator Especial, entre ellos. Así, la redacción parece indicar que es el crimen individual el que “produce” el

⁵² CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1977, p. 34-36, párr. 100-101.

⁵³ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1977, p. 100, párr. 16.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 102, párr. 21.

⁵⁵ CDI: *Séptimo informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz*, Adición, Documento A/CN.4/469/Add.1, Naciones Unidas, Ginebra, 1995, p. 3.

crimen de Estado, en consonancia con algunas posiciones respecto de la relación entre conducta individual y acto estatal que veremos más adelante, y en contra de lo que finalmente terminó opinando la CDI en el Proyecto de Código de 1996.

Finalmente, y no obstante la desaparición del *nomen iuris* de “crimen internacional” del Proyecto de 2001, la CDI igualmente tuvo en cuenta la relación con la responsabilidad individual. Así, y sin perjuicio de nuestro ulterior análisis respecto de la “dualidad de responsabilidades”, adelantamos desde ya que la CDI señaló, en su comentario al Artículo 58 del Proyecto, que cuando los crímenes contra el derecho internacional hayan sido cometidos por funcionarios del Estado, muchas veces el propio Estado es responsable de los hechos o por no haberlos prevenido o sancionado: “*En algunos casos, en particular la agresión, el Estado, por definición, se encuentra implicado*”⁵⁶. La CDI confirmó así que en la agresión existe una relación entre la conducta estatal y la individual que se manifiesta no solamente en las consecuencias –como veremos– sino también en lo conceptual.

1.1.4. *El camino de Roma a Kampala*

La relación entre acto y crimen tomaría su forma actual durante el proceso codificador del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma⁵⁷, aunque ello no significa necesariamente que haya sido objeto de mayores discusiones.

En el seno de la Comisión Preparatoria se sostuvo: “*El crimen de agresión presupone la existencia de un acto de agresión*”⁵⁸. En línea con lo que había sostenido la CDI –pero especificando que se trata de un “acto de agresión”–, se reconoció que el crimen de agresión (conducta individual) está indisolublemente ligado a un comportamiento estatal. El desafío era, entonces, cómo articular esos dos elementos.

Como vimos en el Capítulo I⁵⁹, la forma de articular la conducta individual con el acto estatal partió de un entendimiento común de que en-

⁵⁶ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007, p. 152, párr. 3.

⁵⁷ V. Capítulo I, Sección 5.3.

⁵⁸ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su noveno período de sesiones*, Documento PCNICC/2002/L.1/Rev.1, Nueva York, 2002, p.24.

⁵⁹ V. Capítulo I, Sección 5.4.2.

contrar una solución al problema de la definición requería tener en cuenta los dos tipos diferentes de responsabilidades, la del Estado por la comisión de un acto de agresión y la del individuo por cometer un crimen de agresión⁶⁰. Ello se resolvió técnicamente definiendo el crimen de agresión en un párrafo y el acto de agresión en otro⁶¹, como se advierte a partir del Documento del Coordinador de abril de 2002⁶², primera oportunidad en la que no solamente se encuentran claramente separadas ambas conductas (la individual y la estatal), sino que también se utiliza la denominación de “acto de agresión” para el comportamiento del Estado.

Comentamos en el Capítulo I que esta división en dos párrafos, acompañada del enfoque específico adoptado para la definición del acto estatal, constituyó, en nuestra opinión, la mejor manera de asegurar la vinculación de la conducta individual con el comportamiento estatal al definirlo como un “acto de agresión”, ya que lo relaciona con la Carta de las Naciones Unidas y la Definición de la Agresión. Sin embargo, también advertimos que el hecho de que uno de los párrafos esté dedicado al “crimen” y el otro al “acto” plantea algunas cuestiones de interpretación que pueden llevar a soluciones confusas al intentar ver ambos párrafos como materias completamente separadas.

Esta separación conceptual entre el crimen individual y el acto estatal fue la base de la labor sobre la definición que abordó el Grupo de Trabajo Especial de la Asamblea de Estados Partes⁶³. Así, se señaló “*la necesidad de hacer una distinción entre: a) el acto colectivo de agresión, que sería realizado por un Estado; y b) el acto individual de participación en el acto colectivo*”⁶⁴. Allí parece verse, respecto de la relación entre acto y crimen, una posición similar a la expresada por la CDI, en cuanto el crimen sería la participación individual en un acto colectivo.

⁶⁰ FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A.: “The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court”, *Fordham International Law Journal* Vol. 25 (2002), pp. 589-605, p. 597.

⁶¹ BARRIGA, Stefan: “Negotiating the Amendments on the Crime of Aggression”, en BARRIGA, Stefan y KREß, Claus: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 3-57, p. 10.

⁶² COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: op. cit. en nota 58, p. 19.

⁶³ BARRIGA, Stefan: op. cit., p. 20.

⁶⁴ ASP: *Documentos oficiales, Cuarto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/4/32, Anexo II. A, Corte Penal Internacional, La Haya, 2005, p. 393, párr. 33.

Sin embargo, esta división también trajo algunas dificultades al momento de articular la conducta individual con el acto estatal durante las negociaciones, puesto que ambas cuestiones fueron tratadas por separado y, en lugar de buscar cómo establecer la relación entre ambos elementos, se discutió mucho más cómo definir cada uno de ellos. En ese sentido, la articulación entre acto y crimen surgió al momento de definir la conducta individual, cuestión que se reveló como problemática en sí misma⁶⁵. En un documento de debate elaborado luego de la reunión de Princeton de 2005, se planteó el problema de qué significa la “comisión” del crimen de agresión, particularmente a raíz de la existencia de un acto colectivo como elemento integrante del crimen: *“en el caso del crimen de agresión, el acto colectivo subyacente no se descompone en una lista de posibles tipos individuales de conductas, como es el caso del crimen de genocidio (matanzas, lesiones graves a la integridad física o mental, etc.) y el crimen de lesa humanidad (asesinato, exterminio, etc.); ello significa que es el acto colectivo como tal lo que constituye el punto de referencia de toda definición de lo que realmente hace el principal autor individual. No obstante, ningún autor individual puede cometer el acto de agresión consistente en la utilización de fuerza armada/ataque armado del Estado; incluso el líder supremo tendrá que hacer uso de muchos otros individuos pertenecientes al aparato del Estado (en particular los soldados) para llevar a cabo el acto colectivo. De ello parece desprenderse que el autor principal del crimen de agresión sería un individuo que, en relación con el uso real de la fuerza armada, actúa a través de otras muchas personas situadas bajo su control”*⁶⁶. La reflexión plantea acertadamente el problema de que el autor individual no puede cometer por sí mismo el acto colectivo, sino que actúa a través de otras personas, las que controla.

La discusión en la reunión de Princeton de 2005 llevó a la elaboración de dos alternativas de definición del crimen, denominadas “Propuesta A” y “Propuesta B”. La primera expresaba: *“A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, esa persona **participa activamente en un acto de agresión**...*

⁶⁵ CLARK, Roger S.: “Individual conduct”, en KREB, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 565-589, p. 574-583.

⁶⁶ ASP: *Documentos oficiales, Cuarto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/4/32, Anexo II. B, Corte Penal Internacional, La Haya, 2005, p. 408.

⁶⁷ (negrita añadida). La formulación se asemeja a la ya comentada posición de la CDI en su Proyecto de Código de 1996, y ello implicaría, como sostuvimos, que el crimen *integraría* el acto⁶⁸. La Propuesta B, por su parte, establecía: “*A los efectos del presente Estatuto, “crimen de agresión” significa comprometer⁶⁹ a un Estado, cuando se está en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de ese Estado, en [... un acto colectivo o del Estado]*”⁷⁰. Sin perjuicio de la elección del verbo, el documento de debate señala que “*La idea es expresar que el principal autor del crimen de agresión es la persona que decide en última instancia la iniciación y el ejercicio del uso de la fuerza por el Estado*”⁷¹. Aquí ya no se trata de la participación en un acto colectivo, sino, como se señaló, de la forma en que el autor individual utiliza el aparato estatal bajo su control para la ejecución de ese acto. En esa misma línea, el documento de debate recoge una propuesta que se discutió en la reunión de Princeton, pero que no acabó incluyéndose en el informe, que era la utilización del verbo “dirigir”: “*el autor principal del crimen de agresión sería así la persona que dirige el acto colectivo*”⁷².

A partir de estas consideraciones, en la reunión de Princeton de 2006 se optó por rechazar el término “participa”, por su confusión con las formas de participación en la comisión de los crímenes, a tenor del Artículo 25.3 del Estatuto, a la vez que se sugirieron los términos “organiza y dirige”, “dirige” y “ordena” como posibles verbos de conducta alternativos. Se observó que estos términos se encontraban habitualmente en convenciones para combatir el terrorismo y que podían ser más establecidos en el contexto del derecho penal que el término menos común de “compromete”, que fue, sin embargo, favorecido por algunos⁷³.

⁶⁷ ASP: op. cit. en nota 62, p. 403.

⁶⁸ Sin embargo, ello no fue discutido en el Grupo de Trabajo Especial, criticándose la formulación solamente por introducir confusión con relación a las formas de participación, como parte de la discusión de enfoques monista y diferenciado.

⁶⁹ El original inglés utiliza el gerundio “engaging”, en el sentido de *involucrar* al Estado en una agresión más que a *comprometerlo*. La elección de la palabra recibió ciertos cuestionamientos en el Grupo de Trabajo Especial (ASP: op. cit. en nota 62, p. 400, párr. 83).

⁷⁰ *Ibidem*, p. 403.

⁷¹ ASP: op. cit. en nota 66, p. 409.

⁷² *Ibidem*, p. 410.

⁷³ ASP-SGWCA: *Reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2006, p. 16, párr. 89.

En el siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo Especial, continuaron las discusiones sobre la cuestión y el presidente presentó una formulación donde no se utilizaba ninguno de los verbos propuestos: “*A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de agresión” la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión o un ataque armado...*”⁷⁴. En la reunión de Princeton de 2007, la redacción se modificó incorporando la cláusula de liderazgo dentro de la misma oración, pero sin alterar la definición de la conducta⁷⁵ y en el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo Especial, la propuesta contó con un amplio apoyo, señalándose que “*mediante la utilización de la expresión “planificación, preparación, iniciación o realización” el texto reflejaba de cerca el lenguaje utilizado en Núremberg. El uso de esa expresión también permitió eludir la difícil selección de un verbo para vincular la conducta individual con el acto del Estado y en general se consideró que constituía una solución elegante*”⁷⁶.

Dicha formulación permaneció prácticamente sin cambios hasta la Conferencia de Revisión, con la particularidad de que las conductas típicas, descritas a través de sustantivos en la versión inglesa –y en las versiones españolas de los informes del Grupo de Trabajo Especial–, se tradujeron como verbos en presente indicativo en la versión española del Artículo 8 bis. Esta circunstancia no implica mayores complicaciones, considerando que en los Elementos de los Crímenes⁷⁷ –incluso en la versión inglesa– también se ha optado por una forma verbal, ya que el primer elemento reza: “*Que el autor haya planificado, preparado, iniciado o realizado un acto de agresión*”⁷⁸.

El interrogante es, entonces, qué relación puede apreciarse entre la conducta individual y el acto estatal. Habiéndose superado la idea de que el individuo participa en el acto colectivo –lo que llevaría a que, como vimos, el crimen *integraría* el acto–, la redacción, tanto del párrafo 1 del

⁷⁴ ASP: *Documentos oficiales, Continuación del quinto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/5/35, Anexo II, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007, p. 16.

⁷⁵ ASP-SGWCA: *Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007, p. 19.

⁷⁶ ASP-SWGCA: *Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/6/SWGCA/1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007, párr. 8.

⁷⁷ CLARK, Roger S.: op. cit., p. 581, nota 98.

⁷⁸ Elementos de los Crímenes, Crimen de agresión, párrafo 3.

Artículo 8 bis como del primer elemento parecería indicar que es el autor individual el que *comete* el acto de agresión, pero, como acertadamente se señalara en el documento de debate de 2005, el acto de agresión requiere de un enorme conjunto de individuos para ser cometido, pero que, por no ser los líderes del Estado no serán penalmente responsables. El autor, por lo tanto, es quien, controlando el aparato estatal, lo pone en movimiento para la ejecución de las conductas típicas.

Sin perjuicio de volver sobre esta idea, debemos señalar que la articulación de la conducta individual con el comportamiento estatal no resuelve en su totalidad nuestro problema de investigación, puesto que no termina de describir en su totalidad la relación entre acto y crimen. Prueba de ello es que dicha articulación no agota todo lo que los trabajos preparatorios de las enmiendas de Kampala pueden aportarnos a la cuestión.

Así, la discusión sobre los Elementos del Crimen de agresión, en el marco del Grupo de Trabajo Especial, puede resultar de particular interés para nuestro estudio, dado que la exacta naturaleza del acto estatal como elemento del crimen de agresión fue objeto de debates.

Como señalamos en el Capítulo I⁷⁹, la Introducción General a los Elementos de los Crímenes distingue entre elementos de conducta, circunstancia, consecuencias y contexto⁸⁰. Durante las primeras discusiones sobre la definición de la conducta individual y del acto estatal se expresó una opinión en el sentido de considerar al acto de agresión como un elemento de circunstancia⁸¹. Sin embargo, en las discusiones específicas sobre los elementos del crimen de agresión que tuvieron lugar durante el retiro de Montreux, se plantearon diferentes opiniones acerca de si el acto estatal—no siendo un elemento de conducta— constituía un elemento de circunstancia, consecuencia o contexto. Se expresaron algunas opiniones en el sentido de que algunos aspectos de cada uno de estos tipos de elementos se aplicaban al acto estatal, y que podría ser más apropiado adoptar un enfoque pragmático y simplemente especificar el elemento mental requerido, por lo que la cuestión no se discutió más⁸². En el documento de debate adoptado en el retiro de Montreux sobre Elementos de los Crímenes se menciona que el

⁷⁹ Capítulo I, Sección 6.2.3.

⁸⁰ Elementos de los Crímenes, Introducción General.

⁸¹ ASP: op. cit. en nota 62, p. 400, párr. 82; ASP-SGWCA: op. cit. en nota 73, p. 8, párr. 33.

⁸² ANGGADI, Frances, FRENCH, Greg y POTTER, James: “Negotiating the Elements of the Crime of Aggression”, en BARRIGA, Stefan y KREß, Claus: op. cit., pp. 58-80, p. 69.

acto estatal puede caracterizarse tanto como un elemento de circunstancia (en la que la conducta del autor tiene lugar) consecuencias (un resultado de la conducta del autor) o ambos⁸³. Discutidos durante la reunión de Princeton de 2009, se consideró que el acto estatal era un elemento material⁸⁴, aunque sin que se pudiera categorizar con nitidez⁸⁵.

La discusión sobre la naturaleza del acto estatal como elemento del crimen de agresión (en el contexto de los Elementos de los Crímenes), aunque no resuelta oficialmente en aras del pragmatismo, también afecta el debate sobre la relación entre el acto y el crimen. Así, si pensamos en el acto estatal como un elemento de circunstancia, entonces el crimen *integra* el acto, toda vez que la conducta individual tiene lugar en el acto estatal, lo que lo acerca a la posición de la CDI en cuanto a la participación de un individuo en un acto del Estado; pero, como vimos, la propia redacción del primer párrafo del Artículo 8 bis, en cuanto a la forma que elige para articular la conducta individual con el acto estatal, parece rechazar esta posición. Por otra parte, si lo pensamos como un elemento de consecuencia, entonces el crimen *causa* al acto, toda vez que el comportamiento estatal es un *resultado* de la conducta individual. Volveremos sobre la cuestión de una posible relación de causalidad entre acto y crimen.

Aunque la cuestión no haya sido resuelta en los trabajos preparatorios, nos resulta interesante que se haya optado por la caracterización del acto estatal como un “elemento material” genérico, sin precisar a cuál de las categorías pertenece, puesto que se acerca a nuestra posición de señalar al uso grave de la fuerza armada como el *contenido material idéntico* del acto de agresión y el crimen de agresión, identidad que refuerza la idea de una *unidad conceptual* de la agresión en el derecho internacional.

El análisis de la práctica internacional en materia de agresión, durante el dual proceso codificador del acto y del crimen de agresión muestra que no es posible recurrir exclusivamente a los trabajos preparatorios para obtener una respuesta concreta y definitiva sobre la relación entre el acto y el crimen de agresión. Las discusiones y negociaciones estuvieron tan dominadas por la forma de definir el comportamiento estatal —y, también, por el

⁸³ “2009 Montreux Draft Elements of Crimes”, en BARRIGA, Stefan y KREß, Claus: op. cit., p. 671.

⁸⁴ ASP-SGWCA: *Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/8/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2009, p. 4, párr. 16.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 3, párr. 10.

papel que cabía reconocer al Consejo de Seguridad en su determinación—que la cuestión de la relación con la conducta individual siempre fue de una u otra forma soslayada. Sin perjuicio de las diferentes interpretaciones que se puedan efectuar sobre los productos de tales negociaciones, la cuestión nunca fue ampliamente discutida.

1.2. La relación en la doctrina

La relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión, aunque subyacente en todo análisis del tema, no ha sido objeto explícito de estudio por ningún autor. Ello no significa que haya autores que seriamente nieguen que tal relación exista. Por el contrario, de una forma u otra, siempre se tiene presente esta vinculación entre una conducta individual y un comportamiento estatal.

Así, Schuster considera que la agresión es el paradigmático crimen de Estado. Nadie puede ser “observado” cometiéndolo; solo cuando el Estado del individuo ha actuado en sus designios agresivos, el comportamiento del autor deviene criminal. Un individuo no puede cometer agresión sin el Estado actuando para ejecutar sus planes⁸⁶.

⁸⁶ SCHUSTER, Matthias: “The Rome Statute and the crime of aggression: A Gordian knot in search of a sword”, *Criminal Law Forum* Vol. 14 (2003) N°1, pp. 1-57, p. 22. En similar sentido, *i. a.*: FLETCHER, Kari M.: “Defining the crime of aggression: is there an answer to the International Criminal Court’s dilemma?”, *The Air Force Law Review*, Vol. 65 (2010), pp. 229-262, p. 255; SAYAPIN, Sergey: “A great unknown: the definition of aggression revisited”, *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 17, N°2 (2008-2009), pp. 377-400, p. 380; DAWSON, Grant M.: “Defining substantive crimes within the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court: what is the crime of aggression?”, *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, Vol.19 (2000), pp. 413-452, p. 435; TRAHAN, Jennifer: “Defining ‘Aggression’: Why the Preparatory Commission for the International Criminal Court Has Faced Such a Conundrum”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 24 (2002), pp. 439-474, p. 448; BOEVING, James Nicholas: “Aggression, International Law and the ICC: An Argument for the Withdrawal of Aggression from the Rome Statute”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol 43 (2005), pp. 557-611, p. 578; VAN DER VYVER, Johan D.: “Prosecuting the Crime of Aggression in the International Criminal Court”, *University of Miami National Security & Armed Conflict Law Review*, Vol.1 (2011), pp. 1-52, p. 4; CLARK, Roger S.: “Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, N°4 (2010), pp. 1103-1115, p. 1104.

Esta visión, no obstante, no es unánime. Para algunos autores, se basa en una premisa errónea: un Estado, como una institución o entidad jurídica, no puede cometer un crimen y, en consecuencia, no puede ser declarado penalmente responsable. Desde una perspectiva de derecho penal, solamente los individuos que pertenezcan al Estado y con la capacidad de tomar decisiones pueden ser considerados autores. Por lo tanto, es imposible en derecho penal internacional hablar de un crimen de agresión llevado a cabo por un Estado⁸⁷. Vemos aquí, una vez más, una confusión entre la atribución de un hecho ilícito y la naturaleza de la responsabilidad. Que la responsabilidad de un Estado no sea de naturaleza penal no significa que no pueda atribuírsele un hecho que el derecho internacional califica como “crimen”. La agresión es, por tanto, cometida por el Estado, y no solamente por el individuo. Los redactores del Artículo 8 bis, no obstante, han dejado bien en claro que el acto de agresión es cometido por un Estado, según surge de su párrafo 2 y del Elemento 3 de los Elementos de los Crímenes, en consonancia con el párrafo 4 del Artículo 15 bis del Estatuto, que explícitamente se refiere a “un acto de agresión cometido por un Estado”.

Por lo tanto, y no obstante esta última posición minoritaria, coincidimos con la mayoría de la doctrina en afirmar que la relación entre el crimen de agresión y el acto de agresión implica una vinculación de un hecho individual con un comportamiento estatal.

Pese a reconocer su existencia, la doctrina no ha reflexionado detenidamente sobre cuál es y qué características tiene esta relación. Sí podemos encontrar, sin embargo, algunas aproximaciones a la cuestión, que nos permitirán realizar una clasificación sobre las posibles formas de abordar la relación entre acto y crimen.

Así, podemos clasificar las posiciones respecto a la relación en cinco grandes grupos: en primer lugar, quienes plantean la posible relación de *causalidad* entre acto y crimen; en segundo lugar, quienes consideran que el acto es una *condición* del crimen; en tercer lugar, quienes consideran que el acto es un *elemento* del crimen; en cuarto lugar, quienes consideran que el crimen es la *participación individual* en el acto; y, finalmente, quienes consideran que el crimen es una *derivación* o *consecuencia* del acto. En ese orden las estudiaremos.

⁸⁷ ZUPPI, Alberto L.: “Aggression as International Crime: Unattainable Crusade or Finally Conquering the Evil?”, *Penn State International Law Review*, Vol. 26 (2007), pp. 1-36, pp. 29-30.

1.2.1. *La posible relación de causalidad entre acto y crimen*

¿Puede predicarse una relación de causalidad entre el acto y el crimen? Es evidente que, desde un supuesto fáctico, el acto estatal solamente puede existir si tienen lugar las conductas individuales. La literalidad del Artículo 8 bis, párrafo primero, muestra que el acto de agresión es planificado, preparado, iniciado o realizado por los individuos que están en condiciones de controlar o dirigir la acción política o militar de un Estado; es decir, sin tales conductas, el acto de agresión no podría tener lugar. En esa forma, el acto sería una *consecuencia* del crimen.

Sayapin señala que los redactores de la definición del crimen de agresión tuvieron éxito en lograr un desarrollo progresivo en el derecho internacional, en el sentido de que fueron más allá de meramente repetir el vínculo causal entre uno o más actos criminales individuales (planear, preparar, iniciar o realizar) y el acto internacionalmente ilícito en cuestión (“una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”) y en realidad definieron el crimen individual de agresión *como una función individual en el mecanismo de cometer un acto de agresión*, del cual el Estado era previamente reconocido como el único sujeto, y *el cual es llevado a cabo por personas naturales*. Una interpretación textual del párrafo 1 del Artículo 8 bis implica que la planificación, preparación, iniciación o realización de actos de agresión es directamente ejecutada por personas naturales identificables, no por entidades estatales abstractas, y que tales actos de agresión no ocurrirían sin una participación directa (en cualquiera de los cuatro modos típicos de acción) de personas naturales específicas. La interpretación textual de este párrafo sugiere que mientras las personas naturales son los sujetos de un crimen de agresión individual, también son, al mismo tiempo, los *sujetos primarios* de un acto de agresión, mientras que el Estado en cuestión es el *sujeto secundario* de tal acto⁸⁸. Es decir, el autor opina que no solamente la conducta individual del autor causa el acto, sino que en realidad, el autor individual –en cuanto órgano del Estado– también *comete* el acto.

Quien más ha reflexionado sobre esta cuestión –y sobre la causalidad en general en los crímenes del Estatuto⁸⁹– ha sido Roger Clark, para quien

⁸⁸ SAYAPIN, Sergey: *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, Springer, La Haya, 2014, p. 259-261.

⁸⁹ CLARK, Roger S: “Drafting a General Part to a Penal Code: Some Thoughts Inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the

la causalidad ha sido un punto soslayado, y que el hecho de que el Artículo 8 bis y los Elementos de los Crímenes no traten la causalidad refleja la incapacidad de los redactores del Estatuto mismo de lidiar con el asunto⁹⁰.

Sin embargo, el autor llama la atención sobre los trabajos preparatorios de los Elementos de los Crímenes, que muestran que en algún momento se pretendió introducir la causalidad en el debate. Así, en la propuesta de Elementos del crimen de agresión, presentada por Samoa en la Comisión Preparatoria —el primer paso en la elaboración de los Elementos del crimen de agresión— se sostenía: “*El autor ordenó o participó activamente en la planificación, preparación, iniciación o comisión del acto de agresión. Notas: a) Este es un elemento de conducta. b) Las palabras “participó activamente” dan a entender que existía un vínculo entre la conducta del autor y el acto de agresión*”⁹¹. El “vínculo” al que hace referencia la nota, plantea una posible relación de causalidad entre la conducta individual y el acto de agresión, pero no se debatió.

La cuestión pareció soslayarse durante las discusiones posteriores, pero volvió a emerger durante la consideración del proyecto de Elementos en la reunión de Princeton de 2009, donde se planteó: “*La propuesta de elemento 1⁹² 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*”⁹³. Es decir, aunque se reconoció que se puede predicar cierto grado de causalidad entre la conducta individual y el acto estatal, la imposibilidad de precisar dicha causalidad impidió un pronunciamiento expreso en ese sentido.

Court’s First Substantive Law Discussion in the *Lubanga Dyilo* Confirmation Proceedings”, *Criminal Law Forum*, Vol. 19 (2008), pp. 519-552, pp. 521-523.

⁹⁰ CLARK, Roger S.: op. cit. en nota 65, p. 574, nota 51.

⁹¹ COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Elementos del crimen de agresión. Propuesta presentada por Samoa*, Documento PC-NICC/2002/WGCA/DP.2, Naciones Unidas, Nueva York, 2002, p. 6.

⁹² Que era idéntica al Elemento 1 finalmente aprobado: “*Que el autor haya planificado, preparado, iniciado o realizado un acto de agresión*”.

⁹³ ASP-SGWCA: *Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/8/INF.2, Corte Penal Internacional, La Haya, 2009, párr. 13.

Esto debe vincularse con la imposibilidad de categorizar la naturaleza del acto de agresión en cuanto elemento material del crimen, toda vez que la aceptación de la relación de causalidad con la conducta individual habría permitido considerarlo como un elemento de consecuencia, lo que, como vimos, no fue aceptado.

De manera tal que, si bien las circunstancias fácticas permitirían pensar en una posible relación de causalidad entre crimen y acto, las normas no son claras en establecer una relación de este tipo. Asimismo, desde una perspectiva estrictamente jurídica, podría pensarse que la existencia del acto *precede* a la configuración del crimen, dado que, como claramente surge del Elemento 3, para que exista el crimen, el acto de agresión *debe haber sido cometido*⁹⁴, por lo que la preparación o planificación de un acto de agresión que no se comete, no constituye un crimen a la luz del Estatuto. Es decir, para que pueda determinarse la responsabilidad individual, es necesario que se haya cometido un acto de agresión.

1.2.2. El acto de agresión como condición del crimen de agresión

La necesidad de la comisión del acto de agresión para poder establecer la responsabilidad individual por el crimen nos lleva a la segunda posición que identificamos en la doctrina. Así, para Marqués Rueda, la determinación de un acto de agresión es la condición previa para que pueda comprobarse la existencia de un crimen de agresión⁹⁵. Escudero Espinosa, comentando el Artículo 16 del Proyecto de Código de 1996 sostenía: “*Los términos ‘una agresión cometida por un Estado’ indican que esta violación del Derecho internacional cometida por un Estado es una condición sine qua non para la imputación de un crimen de agresión a un individuo determinado*”⁹⁶. En la misma línea, Ciciriello considera que el ilícito del

⁹⁴ Elementos de los Crímenes, Crimen de Agresión, Elemento 3: “*Que el acto de agresión [...] se haya cometido*”.

⁹⁵ MARQUÉS RUEDA, Efrén Gustavo: “El acto y crimen de agresión en el derecho internacional público y su repercusión en las relaciones políticas internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IX (2009), pp. 323-372, p. 360.

⁹⁶ ESCUDERO ESPINOSA, Juan Francisco: op. cit., p. 175.

Estado es una precondition del crimen del individuo⁹⁷. Por su parte, Remiro Brotóns, señala: “*la agresión es premisa del crimen*”⁹⁸.

Pensamos que afirmar que el acto de agresión es una condición del crimen puede inducir a una confusión entre el acto en sí y la determinación de su existencia, dado que, en realidad, es esta última la que verdaderamente opera como una precondition, pero de carácter *procesal*, en cuanto la atribución de la responsabilidad individual por el crimen de agresión requiere la previa determinación de la existencia de un acto de agresión.

Esta determinación previa tiene, en el marco del Estatuto de Roma, dos funciones claramente diferenciadas. Una de ellas es en cuanto al ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de agresión, de conformidad al Artículo 15 bis del Estatuto de Roma, que prevé la posibilidad de una determinación previa del Consejo de Seguridad en sus párrafo 6 y 7⁹⁹ o, en su defecto, mediante la autorización de la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad al párrafo 8 del mismo artículo (aunque la norma no establezca expresamente que esta deba realizar la determinación previa de la existencia de un acto de agresión a los fines de otorgar la autorización¹⁰⁰).

La otra es respecto de la determinación de la responsabilidad individual, que, de acuerdo al Elemento 3 de los Elementos de los Crímenes, como vimos, requiere que el acto de agresión se haya completado. Ello implicará que previamente se determine la existencia del acto de agresión, para luego verificar si en el caso se satisfacen los demás elementos del

⁹⁷ CICIRIELLO, María Clelia: *L'Aggressione in diritto internazionale. Da 'crimine' di Stato a crimine dell'individuo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2002, p. 100.

⁹⁸ REMIRO BROTONS, Antonio: “Crimen de agresión. Crimen sin castigo”, en RAMÓN CHORNET, Consuelo (Ed.): *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 121.

⁹⁹ Que disponen: “6. *El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.*

7. *Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión”.*

¹⁰⁰ Sobre las competencias de la Sección de Cuestiones Preliminares, v. CHAITIDOU, Eleni, ECKELMANS, Franziska y ROCHE, Barbara: “The Judicial Function of the Pre-Trial Division”, en KREB, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 752-815.

crimen individual, particularmente en lo referente a la participación y culpabilidad del autor.

La primera función, si bien está contemplada en el Estatuto, lo está solo respecto de uno de los supuestos de ejercicio de competencia por la Corte sobre el crimen de agresión, y no cubre todos los casos: la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad, de conformidad al Artículo 15 ter¹⁰¹, no requiere la previa determinación de la existencia de un acto de agresión¹⁰². Por otra parte, la determinación efectuada por un órgano ajeno a la Corte no puede ir en perjuicio de las conclusiones de la propia Corte al respecto, al tenor de los Artículos 15 bis, párrafo 9, y 15 ter, párrafo 4. De manera tal que la determinación de la existencia de un acto de agresión, en cuanto condición para el ejercicio de la competencia de la Corte, no solamente no funciona como tal en todos los casos, sino que tampoco resulta vinculante para esta.

Veamos, entonces, la segunda función. Al respecto, debemos señalar en primer lugar que la determinación previa del acto de agresión a los fines de la determinación de la responsabilidad individual no viene requerida expresamente por ninguna norma del Estatuto. Es, no obstante, una exigencia de la lógica, y es evidente que, como parte de la evaluación para iniciar una investigación, el Fiscal –y, llegado el caso, la Sección de Cuestiones Preliminares– deberá analizar, como cuestión previa, si se ha cometido un acto de agresión, antes de ingresar a las conductas individuales. Mas ello no viene, se insiste, exigido por las normas, sino por la propia naturaleza del crimen, como en el caso de los crímenes de lesa humanidad debe evaluarse si ha existido un ataque generalizado o sistemático contra la población civil¹⁰³ o un conflicto armado¹⁰⁴ en el caso de los crímenes de guerra¹⁰⁵. Del mismo modo, la determinación de la existencia de un acto de

¹⁰¹ V. Capítulo III, Sección 1.1.1.

¹⁰² BLOKKER, Niels y BARRIGA, Stefan: “Conditions for the Exercise of Jurisdiction Based on Security Council Referrals”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): *op. cit.*, pp. 646-651, p. 651.

¹⁰³ Estatuto de Roma, Artículo 7.1.

¹⁰⁴ Estatuto de Roma, Artículo 8. El término “conflicto armado” viene explícitamente exigido por los incisos b), c) y e), y está implícito en el inciso a), del párrafo 2 de dicho artículo.

¹⁰⁵ Tenemos presente que los dos ejemplos que aportamos corresponden a elementos de contexto, mientras que el acto de agresión es un elemento material sin categorización en los Elementos de los Crímenes, mas ello no obsta a nuestra consideración.

agresión deberá ser hecha al momento de la confirmación de los cargos¹⁰⁶ y, por supuesto, de la sentencia de primera instancia¹⁰⁷. Pero en este caso, la determinación de la existencia del acto no aparece como una condición, sino como un elemento que debe acreditarse para tener por configurado el crimen de agresión, del mismo modo que la condición de liderazgo o la ejecución de alguna de las conductas individuales.

Así, esta posición, imbuida de un notorio carácter procesal, no basta para describir la relación *sustancial* entre acto y crimen. Es por eso que algunos autores sostienen que, en realidad, el acto es un elemento del crimen.

1.2.3. El acto de agresión como elemento del crimen de agresión

La posición que reconoce al acto de agresión como un elemento del crimen es, probablemente, la más extendida en la doctrina especializada respecto del crimen de agresión. Claus Kreß lo denomina como el “elemento de conducta estatal” (*state conduct element*)¹⁰⁸, mientras que Carrie McDougall lo llama “elemento de acto estatal” (*state act element*)¹⁰⁹. Por su parte, Álvarez Dorrego afirma que el crimen de agresión está “necesariamente relacionado” con un acto de agresión, caracteriza a tal vinculación como intrínseca y dificultosa, y señala que el acto de agresión es uno de los “elementos inherentes a la existencia” del crimen¹¹⁰. Para Weisbord, el acto estatal/colectivo de agresión, y el vínculo con el perpetrador individual son los dos componentes del crimen de agresión¹¹¹, mientras que Leclerc y Byers sostienen que la responsabilidad individual y el acto de agresión

¹⁰⁶ Estatuto de Roma, Artículo 61.

¹⁰⁷ Estatuto de Roma, Artículo 74.

¹⁰⁸ KREß, Claus: “The State Conduct Element”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 412-564.

¹⁰⁹ MCDUGALL, Carrie: *The Crime of Aggression Under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 124-166.

¹¹⁰ ÁLVAREZ DORREGO, Matías: *La Corte Penal Internacional. Hacia la inclusión en el Estatuto de Roma del Crimen de Terrorismo*, Fabián J. Di Plácido Ed., Buenos Aires, 2004, p. 119.

¹¹¹ WEISBORD, Noah: “Conceptualizing aggression”, *Duke Journal of Comparative & International Law* Vol.20 (2009), N°1, pp. 1-68, p. 23; “Prosecuting aggression”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, N°1 (2008), pp. 161-220, p. 179; “Judging aggression”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 50 (2011), pp.82-168, p. 90; V. también su intervención en el panel “Evolutions of the jus ad bellum: the crime of aggression”, *ASIL Proceedings*, Vol. 103 (2009), pp. 435-453, p. 438.

cometido por el Estado son dos elementos distintos pero relacionados de la definición del crimen de agresión¹¹².

La postura parece venir apoyada, además de por las consideraciones que efectuamos al criticar la anterior postura, por los propios Elementos de los Crímenes y sus trabajos preparatorios, que siempre se refirieron al Elemento 3 como el “elemento material del acto de agresión”¹¹³. Sin embargo, esta caracterización no parece ser adecuada con su texto, en cuanto señala que el acto de agresión “se haya cometido”, dando a entender que el elemento no es el acto como tal, sino la necesidad de que su comisión haya tenido lugar. No obstante ello, existen otros factores que nos permiten criticar esta postura, lo que efectuaremos más adelante, aunque reconocemos que es la que –hasta ahora– se esfuerza por describir con mayor precisión la relación sustancial entre acto y crimen.

Para algunos autores enrolados en esta postura, la caracterización del acto como elemento del crimen estará fuertemente influenciada por el sentido y alcance que se le asigne a la cláusula de umbral del Artículo 8 bis, párrafo 1 del Estatuto de Roma. Así es la posición de Kreß, cuando distingue entre el “elemento de conducta estatal”, que estaría definido en el párrafo 2 del Artículo 8 bis y el “elemento de conducta estatal (completo)”¹¹⁴, que es el que está definido en el párrafo 1 de dicho artículo, calificado por la cláusula de umbral, y solamente este último, es decir, “el acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”, será un elemento del crimen de agresión. Sin perjuicio de tratarse de una interpretación que no compartimos¹¹⁵, la postura es insuficiente para describir la relación entre acto y crimen, desde el momento en que se parte de considerar que existirían actos de agresión que no formarían parte del crimen de agresión.

Una variante de esta postura es la que parte de la base de reconocer una *naturaleza dual* al crimen de agresión. En ese sentido, Ambos afirma: “*el crimen de agresión tiene una naturaleza dual que comprende, en un nivel macro, el acto de agresión estatal colectivo, y, en un nivel micro, el*

¹¹² LECLERC-GAGNÉ, Elise y BYERS, Michael: “A question of intent: the crime of aggression and unilateral humanitarian intervention”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 41 (2009), pp. 379-390, p. 382.

¹¹³ ASP-SGWCA: op. cit., en nota 93, párr. 16.

¹¹⁴ KREß, Claus: op. cit., p. 428.

¹¹⁵ V. Capítulo II, Sección 6.4.

crimen individual de agresión”¹¹⁶. Es decir, la postura tiene en común con la que estamos analizando el hecho de considerar al acto de agresión como un elemento del crimen –en sentido amplio–, pero a la vez, considera al crimen de agresión –en sentido estricto– como la conducta individual. Sin embargo, el mismo autor sostiene que ambos niveles tienen una diferencia cualitativa, que estaría dada por la cláusula de umbral¹¹⁷, de manera tal que solamente puede haber responsabilidad individual –es decir, *crimen de agresión*– por un acto de agresión, si se cruza el umbral de gravedad¹¹⁸. Sin perjuicio de recordar –una vez más– nuestro conocido rechazo a este tipo de interpretación de la cláusula de umbral, no podemos dejar de ver una contradicción en este razonamiento: si el crimen –en sentido amplio– comprende tanto al acto como a la conducta individual –o crimen en sentido estricto–, ¿por qué establecer una distinción cualitativa entre ambos niveles, cuyo único efecto es dejar fuera del crimen todos los supuestos del acto que presuntamente no alcanzarían el umbral de gravedad? Entendemos que existen dos formas de salvar esta contradicción: o bien descartar que el crimen comprenda dos niveles, manteniendo la idea de una diferencia cualitativa, o negar que la cláusula de umbral introduzca una diferencia cualitativa entre el acto y el crimen.

La primera de estas alternativas es planteada por Scheffer, quien, partiendo del supuesto del ejercicio de la competencia de la Corte sobre un crimen de agresión, considera que el Artículo 15 bis, párrafo 4, describe un crimen de agresión “*resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte*”, identificando así el crimen como un subconjunto del acto de agresión¹¹⁹. No está de más destacar, no obstante, que esta alternativa nos deja fuera de la postura bajo análisis, ya que no solo el acto de agresión dejaría de ser un elemento del crimen –puesto que, en todo caso, solamente algunos actos de agresión serían elementos del crimen y otros no–, sino que, además, el crimen formaría parte del acto.

La segunda alternativa, más cercana a nuestra posición de no reconocer diferencia cualitativa alguna entre la materialidad del acto y del crimen

¹¹⁶ AMBOS, Kai: *El crimen de agresión después de Kampala*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 39.

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ KEMP, Gerhard: *Individual Criminal Liability for the International Crime of Aggression*, 2ª ed. Intersentia, Cambridge, 2016, p. 186.

¹¹⁹ SCHEFFER, David: “The Complex Crime of Aggression under the Rome Statute”, *Studies in Transnational Legal Policy*, Vol. 43 (2011), pp. 173-188, p. 180.

de agresión, presenta, no obstante, las mismas dificultades que señalaremos más adelante, comunes a esta postura en general.

1.2.4. El crimen de agresión como participación individual en un acto colectivo

Reisinger Coracini y Wrangle consideran que la estructura del crimen de agresión en el Estatuto de Roma asume que el individuo está participando en un acto colectivo, el acto de agresión¹²⁰. Antes de la Conferencia de Revisión, Sánchez Legido había afirmado: “*el de agresión es, como se ha señalado gráficamente, un crimen de dos niveles o un crimen de doble piso, en el sentido de que viene constituido por la participación o implicación de un individuo (el elemento individual) en un acto atribuible a un Estado (el elemento colectivo)*”¹²¹. Es significativo que este último autor se enrole en la ya reseñada postura de considerar a la agresión como un crimen dual que involucra dos elementos (uno individual y uno colectivo), pero se incline por pensar que la relación está dada por la participación individual en el acto colectivo.

Como expresamos *supra*, al comentar el Artículo 16 del Proyecto de Código de 1996, y los primeros intentos de articular esta idea en el marco del Grupo de Trabajo Especial, el autor del crimen de agresión no es un mero “partícipe” –en el sentido jurídico-penal del término– de un acto colectivo: él es quien, estando en condiciones de controlar o dirigir el aparato estatal, provoca la existencia misma de ese acto. Así lo sostiene Kostic, quien piensa que el crimen de agresión es la responsabilidad individual que está atada a un acto de agresión, a la vez que sostiene que el líder responsable tiene que tener control sobre el acto de agresión¹²².

¹²⁰ REISINGER CORACINI, Astrid y WRANGLE, Pal: “The Specificity of the Crime of Aggression”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): op. cit., pp. 307-350, p. 312.

¹²¹ SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel: “Uso de la fuerza, Consejo de Seguridad y Corte Penal Internacional: la represión penal del crimen de agresión”, en HUESA VINAIXA, Rosario (Coord.): *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva. Intersección de sistemas. Estudios en homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 219-259, pp. 224-225.

¹²² KOSTIC, Drew: “Whose Crime is it Anyway? The International Criminal Court and the Crime of Aggression”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22 (2011), pp. 109-141, p. 118.

En consecuencia, no puede considerarse que el individuo *participe* del acto estatal, por lo que no consideramos esta posición suficiente para describir la relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión.

1.2.5. *El crimen de agresión como consecuencia del acto de agresión*

Otra forma de abordar la relación entre el acto y el crimen es a través de la vinculación de las responsabilidades emergentes de cada uno, esto es de la responsabilidad internacional del Estado agresor –que para nosotros es agravada– y la responsabilidad penal individual de los autores del crimen de agresión. Así, como hemos visto¹²³, existen ciertos efectos de la responsabilidad penal individual que se proyectan no sobre los autores, sino sobre el Estado. De esta circunstancia, podría pensarse que la responsabilidad penal individual es, en realidad, una consecuencia del acto de agresión y siendo la principal consecuencia, como hemos estudiado, del crimen de agresión, no podría más que concluirse que el propio crimen de agresión no es más que una consecuencia del acto de agresión. Ello es lo que vemos en la posición de Eiroa, quien sostiene que el crimen de agresión es una “simple derivación” del acto de agresión”¹²⁴.

Esta posición nos suscita, *a priori*, dos críticas. La primera es que para arribar a esta conclusión, pensamos, es necesario sostener que las consecuencias del crimen de agresión se agotan en la responsabilidad individual y que las posibles sanciones contra los responsables no son más que consecuencias dentro del sistema de seguridad colectiva; es decir, llevar la evidente interconexión entre las consecuencias del acto y del crimen hacia un único conjunto de consecuencias producidas por el acto estatal de agresión. La segunda, de carácter más general, es que implica una visión estatócrica en la que solamente puede pensarse en la responsabilidad penal individual como una parte de la responsabilidad estatal, poco compatible con las tendencias actuales en la materia¹²⁵, como veremos más adelante.

Es verdad que esta postura tiene el valor de contemplar las consecuencias, tanto del acto como del crimen de agresión, consecuencias, que según

¹²³ Capítulo III, Sección 1.3.2.3.2.4.

¹²⁴ EIROA, Pablo D.: *La Corte Penal Internacional. Fundamentos y Jurisdicción*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 201.

¹²⁵ V. BONAFÈ, Beatrice I.: *op. cit.*, pp. 52-62.

señalamos en el Capítulo III¹²⁶ y ampliaremos más adelante, están profundamente interconectadas entre sí y constituyen un elemento fundamental al estudiar la relación entre acto y crimen. Sin embargo, tanto por las críticas apuntadas, como las que realizaremos a continuación, no consideramos que constituya una descripción suficiente de la relación entre ambos conceptos.

1.2.6. Una valoración de conjunto

Hemos visto que varias de las posturas intentadas para describir la relación entre acto y crimen son pasibles de demasiadas críticas como para ser consideradas en el análisis. Hay dos, no obstante, que por tener en cuenta aspectos de la agresión que hemos destacado en capítulos anteriores, merecen una ulterior consideración. Se trata, por un lado, de la postura –mayoritaria, como se dijo, entre los estudios sobre el crimen de agresión– que considera que el acto es un elemento del crimen y, por el otro lado, de la postura que –poniendo énfasis en los múltiples y variados efectos de la agresión– califica al crimen como una consecuencia del acto.

Pensar en el acto de agresión como un elemento del crimen de agresión (postura que ilustramos en la Figura 8) tiene el valor de tomar en cuenta la inescindible vinculación, tanto fáctica como jurídica, de la conducta individual con el comportamiento estatal en un nivel sustancial. Sin embargo, deja fuera del análisis las consecuencias jurídicas de la atribución a un Estado de ese acto. Ello sucede porque, en realidad, solamente la *materia- lidad* del acto de agresión –esto es, el uso grave de la fuerza armada contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de un Estado o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas¹²⁷– es la que integra el crimen de agresión, coincidiendo con lo que hemos señalado como su elemento material. Viéndolo así, entonces, no solamente nos muestra que el acto *no integra* el crimen, sino también que se refuerza la unidad conceptual de la agresión ante la identidad material en la definición de ambas categorías.

Al mismo tiempo, quienes sostienen que el acto de agresión es simplemente un elemento del crimen de agresión no solamente disminuyen su importancia, sino que no aseguran que *todos* los actos de agresión impliquen

¹²⁶ Capítulo III, Sección 3. V. este Capítulo, Sección 3.1.

¹²⁷ Arg. Artículos 1 y 2 de la Definición de la Agresión y Artículo 8 bis, párrafo 2, Estatuto de Roma.

necesariamente un crimen de agresión, toda vez que, como se mencionó, la postura está fuertemente marcada por una interpretación de la cláusula de umbral que, en nuestra opinión, no se condice con uno de los caracteres definitorios de la agresión, que es su gravedad¹²⁸.

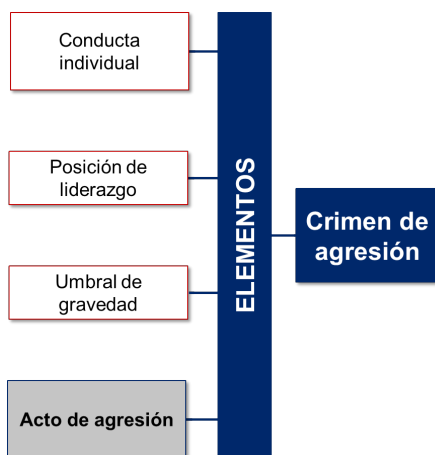


Figura 8 – El acto de agresión como elemento del crimen de agresión

Por otra parte, la posición que sostiene que el crimen de agresión no es más que una consecuencia del acto de agresión (que ilustramos en la Figura 9), si bien soluciona la segunda crítica apuntada –solo en la medida en que se reconozca como una consecuencia necesaria y no eventual–, no permite apreciar la singularidad e importancia del crimen de agresión en el derecho internacional contemporáneo. ¿Qué sentido tiene afirmar que la agresión es el “supremo crimen internacional” si lo reducimos a una mera consecuencia de un acto estatal –por más que se trate de un acto muy grave–? Por otra parte, y como veremos, la dualidad de responsabilidades muestra que la naturaleza de la responsabilidad penal individual es diferente de la responsabilidad estatal agravada, aunque reconozcan un origen común¹²⁹. Siendo así, vemos difícil sostener que el crimen de agresión sea una mera consecuencia del acto estatal.

¹²⁸ Capítulo II, Sección 7.

¹²⁹ BONAFÈ, Beatrice I: op. cit., p. 253.



Figura 9 – El crimen de agresión como consecuencia del acto de agresión

Ambas posturas, no obstante sus méritos, se muestran como insuficientes para describir todos los aspectos de la relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión. Asimismo, advertimos que en ambas subyace la idea de subordinación de uno de los conceptos al otro. Es decir, quienes ven al acto de agresión como un elemento, se posicionan desde el crimen de agresión, mientras quienes ven a este como una consecuencia, lo hacen desde el acto de agresión.

Así las cosas, pensamos que un enfoque que contribuya a destacar la importancia y singularidad tanto del acto de agresión como del crimen de agresión es más conveniente e ilustrativo de la relación entre ambos conceptos. En ese sentido, podríamos rescatar el planteo de los autores que entienden que la agresión es un “crimen dual”¹³⁰ o un “crimen de dos niveles”¹³¹, por cuanto parecería enmarcarse en ese enfoque, pero nos introduce una confusión terminológica, dado que este “crimen” sería distinto del “crimen” individual, por cuanto lo comprende, y, al mismo tiempo, introduce una diferenciación entre el acto de agresión y el crimen de agresión en virtud de la interpretación de la cláusula de umbral que no compartimos. De allí que solamente rescatemos su iniciativa inicial, al intentar ver la relación desde una perspectiva un poco más amplia.

¹³⁰ AMBOS, Kai: op. cit., p. 39; y KEMP, Gerhard: op. cit., p. 186.

¹³¹ SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel: op. cit., 224

Y es precisamente desde un enfoque amplio, que no subordine uno de los conceptos al otro, y que tenga en cuenta todos sus elementos definitorios y sus consecuencias, que consideramos que es posible plantear al acto de agresión y al crimen de agresión, cual si fueren las dos caras de una misma moneda, no como dos categorías diferentes, sino como dos aspectos de una misma categoría jurídica internacional: la agresión. A esta perspectiva dedicaremos el resto de este capítulo.

2. Los caracteres de la agresión

El enfoque integral que proponemos parte, como se dijo, de considerar todos los elementos definitorios¹³² y consecuencias jurídicas¹³³ del acto de agresión y del crimen de agresión, para identificar, en cada uno de ellos, los caracteres comunes. La existencia de estos caracteres ya ha sido insinuada en nuestras consideraciones en capítulos anteriores, y pensamos que su identificación y la vinculación que tenga entre sí contribuirán a describir la relación entre el acto y el crimen.

2.1. El primer carácter: la gravedad de la agresión

Hemos señalado desde el Capítulo I¹³⁴ que lo que diferencia al acto de agresión de otros usos de la fuerza es su *gravedad*¹³⁵. También hemos analizado en el Capítulo II el valor y la importancia del umbral de gravedad o “cláusula de umbral” en la configuración del crimen de agresión, que en

¹³² Que hemos estudiado en los Capítulos I y II.

¹³³ Que hemos estudiado en el Capítulo III.

¹³⁴ V. Capítulo I, Sección 7.

¹³⁵ Las fuentes relevantes en materia de agresión en idioma inglés, utilizan los términos “*serious*” (Definición de la Agresión, Preámbulo, quinto párrafo; Estatuto de Roma, Preámbulo, cuarto párrafo, y Artículos 1 y 5; Entendimientos relativos a las enmiendas sobre el crimen de agresión, 6 y 7; Proyecto de 1996, Artículo 19, párrafo 3, inc. a); Proyecto de 2001, Artículo 40) y “*gravity*” (Definición de la Agresión, Artículos 2 y 3 inc. g); Estatuto de Roma, Artículo 8 bis, párrafos 1 y 2, inc. g); Entendimientos relativos a las enmiendas sobre el crimen de agresión, 6 y 7), aunque las fuentes relativas a otros crímenes, utilizan al término “*grave*” (*i. a.*, Estatuto de Roma, Preámbulo, tercer párrafo, y Artículos 7.2.f), 8.2.a) y 8.2.b.xxii). No pensamos que la diferencia entre *serious/seriousness* y *grave/gravity* tenga alguna relevancia jurídica, máxime si consideramos que los textos en francés siempre utilizan los términos “*grave/s*” y “*gravité*” al igual que en los textos en español utilizan “*grave/s*” y “*gravedad*”.

nuestra opinión ratifica ese carácter esencial que la gravedad reviste en la agresión¹³⁶.

También hemos señalado que no es propósito de esta investigación problematizar la noción misma de gravedad¹³⁷, ni evaluar su pertinencia como criterio distintivo de la agresión. Nuestra finalidad es meramente descriptiva, en el sentido de identificar a la gravedad como el elemento que caracteriza a la agresión y la distingue de otros usos de la fuerza.

Dicho esto, cabe hacer algunas consideraciones respecto de este carácter, dado que incluso en lo que respecta a la agresión, la gravedad puede adquirir diferentes significados según la encontremos en la definición de acto y crimen o en sus consecuencias, significados vinculados entre sí y, entendemos, concordantes.

2.1.1. La gravedad en el acto de agresión

En primer lugar, y en lo que respecta al acto de agresión, el carácter de gravedad se pone de manifiesto tanto en lo que respecta a su misma definición como a sus consecuencias jurídicas.

Así, respecto de la definición, la gravedad aparece expresamente mencionada en tres oportunidades en la Definición de la Agresión¹³⁸, como hemos visto en los Capítulos I¹³⁹ y II¹⁴⁰, y es, como queda dicho, lo que diferencia a la agresión de otros usos ilícitos de la fuerza armada, tal como lo sostuvo la Corte Internacional de Justicia¹⁴¹. Como carácter definitorio, y sin perjuicio de nuestra aclaración previa, podemos identificar a la gravedad tanto por la intensidad de la fuerza empleada como por la magnitud en sus efectos.

¹³⁶ V. Capítulo II, Sección 7.

¹³⁷ Sobre la discusión de la gravedad en general, V., BONAFÈ, Beatrice I.: op.cit., p. 72 y ss.; JØRGENSEN, Nina H. B.: *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 106 y ss.

¹³⁸ Definición de la Agresión, Preámbulo, quinto párrafo, y Artículos 2 y 3, inc. g).

¹³⁹ Capítulo I, Sección 4.2.

¹⁴⁰ Capítulo II, Sección 2.

¹⁴¹ CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 191; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 161, párr. 51.

Respecto de las consecuencias jurídicas del acto de agresión, es probablemente en materia de responsabilidad donde más se aprecia el carácter de gravedad. No solamente porque los trabajos de la CDI muestran que la gravedad de la agresión es lo que la caracterizó como “crimen internacional”¹⁴² –y, de hecho, llegó a sostenerse que la agresión era *el más grave* de los crímenes internacionales¹⁴³–, o como uno de los ejemplos paradigmáticos de “violación grave de obligación emanada de norma imperativa de derecho internacional general”¹⁴⁴ –que se reconoció como grave en sí misma¹⁴⁵–, sino porque sus consecuencias son agravadas para el agresor¹⁴⁶, es decir, que son más graves que las consecuencias de otros hechos ilícitos.

2.1.2. La gravedad en el crimen de agresión

En el caso del crimen de agresión, la gravedad aparece en su definición, concretada en la denominada “cláusula de umbral”, del primer párrafo del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, ratificada por el Entendimiento 6¹⁴⁷. Según estudiamos en profundidad en el Capítulo II¹⁴⁸, el valor de la cláusula de umbral es confirmar la gravedad como característica definitoria del elemento material del crimen de agresión, lo que en realidad es reiterar la gravedad como carácter del acto de agresión.

Al mismo tiempo, y a diferencia de lo que sucede con el acto de agresión, no advertimos que la gravedad se ponga de manifiesto en las consecuencias del crimen de agresión. Si bien se trata de uno de los “crímenes *más graves* de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”¹⁴⁹, ninguna de sus consecuencias parece ser más grave que la de los otros crímenes, tanto en materia de responsabilidad penal individual, como en la posible consecuencia en materia de sanciones para sus autores en el marco del sistema de seguridad colectiva que estudiamos.

¹⁴² Artículo 19, párrafo 3, inc. a) del Proyecto de 1996

¹⁴³ CDI: op. cit. en nota 53, p. 108, párr. 33.

¹⁴⁴ Artículo 40 del Proyecto de 2001.

¹⁴⁵ CDI: op. cit. en nota 56, p. 121, párr. 8.

¹⁴⁶ V. Capítulo III, Sección 1.3.2.3.3.

¹⁴⁷ Que reconoce que la agresión es “*la forma más grave y peligrosa de uso ilícito de la fuerza*”.

¹⁴⁸ Capítulo II, Sección 7.

¹⁴⁹ Estatuto de Roma, Preámbulo, cuarto párrafo, y Artículos 1 y 5.

2.1.3. Una visión global

Graficamos las similitudes y diferencias de la gravedad como carácter del acto de agresión y el crimen de agresión en la siguiente tabla (Figura 10), en el entendimiento de que una visión de conjunto nos permitirá apreciar mejor la cuestión.

	Acto de agresión	Crimen de agresión
Definición	Definición de la Agresión (Preámbulo, quinto párrafo; Artículos 2 y 3, inc.g) CIJ: <i>Nicaragua</i> , párr. 191; <i>Plataformas petroleras</i> , párr. 51.	Artículo 8 bis Estatuto de Roma
Consecuencias jurídicas	Responsabilidad internacional agravada (Artículo 41.3 Proyecto 2001)	...

Figura 10 – Tabla comparativa de la gravedad en el acto y crimen de agresión

Esta forma de visualizar la gravedad en el acto y en el crimen nos permite advertir que lo que tienen en común ambos conceptos es la gravedad en su *definición*, aunque no en sus consecuencias jurídicas. Pero un análisis más detenido nos hará ver que, en realidad, la gravedad del crimen de agresión se encuentra no en la conducta individual, sino en su elemento material que, como sabemos, coincide con la materialidad del acto de agresión. Es decir, la gravedad en los elementos definatorios del acto de agresión y el crimen de agresión es la *misma*. Esto confirma nuestra ya adelantada opinión de que existe una identidad material entre el acto y el crimen, que se traduce en una unidad conceptual de la agresión. Al mismo tiempo, la diferencia de la gravedad en las consecuencias jurídicas nos refiere a la posibilidad de realizar una distinción en la materia.

2.2. El segundo carácter: la singularidad de la agresión

Entendemos por “singularidad” la propiedad que hace a un concepto (en este caso, la agresión), único y diferente de otros¹⁵⁰. Tomamos esta no-

¹⁵⁰ En ese sentido, el Diccionario de la Lengua Española define a la singularidad como “Distinción o separación de lo común” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Dicciona-*

ción de los estudios acerca del Holocausto y sus características diferenciadas que lo hacen incomparable a otras graves atrocidades de la historia¹⁵¹. La idea de que la agresión es diferente de otros ilícitos internacionales no es, sin embargo, original¹⁵². Así, Kamto se refiere a la “particularidad” (*particularité*) de la agresión¹⁵³, mientras que Reisinger Coracini y Wrangle se refiere a la “especificidad” (*specificity*) del crimen de agresión, aunque con un sentido crítico¹⁵⁴.

Del mismo modo en que procedimos con la gravedad, analizaremos a continuación cómo este carácter se pone de manifiesto tanto en el acto de agresión como en el crimen de agresión.

2.2.1. La singularidad del acto de agresión

El acto de agresión es, por sus consecuencias, diferente de cualquier otro hecho ilícito internacional atribuible a un Estado.

En primer lugar, y asimilando como hemos hecho¹⁵⁵ la noción de “ataque armado” del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas con la de acto de agresión, este es el único de los usos ilícitos de la fuerza y el único de los crímenes internacionales/violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas que habilita el recurso a la legítima defensa¹⁵⁶, tal como se reconoció durante los trabajos de la CDI sobre responsabilidad internacional¹⁵⁷. Así, Graefrath y Mohr sostuvieron que la agresión ocupa un lugar específico dentro de la categoría de crímenes internacionales dado que es la única violación del derecho internacional que permite el uso de la

rio de la Lengua Española. Edición del Tricentenario, disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=singularidad>, al 31 de diciembre de 2020).

¹⁵¹ TRAVERSO, Enzo: “La singularidad de Auschwitz. Un debate sobre el uso público de la historia”, *Cuicuilco*, Vol. 11, N°31 (mayo-agosto 2004), pp. 1-16.

¹⁵² BONAFÈ, Beatrice I.: op. cit., p. 223.

¹⁵³ KAMTO, Maurice: *L’agression en droit international*, A. Pedone, Paris, 2010, p. 17.

¹⁵⁴ REISINGER CORACINI, Astrid y WRANGE, Pal: op. cit., pp. 307-350.

¹⁵⁵ V. Capítulo II, Sección 1.2.

¹⁵⁶ V. Capítulo III, Sección 1.2.

¹⁵⁷ CDI: *Quinto informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz*, Adición, Documento A/CN.4/453/Add.2, Naciones Unidas, Ginebra, 1993, p. 13, párr. 19.

fuerza para suprimirla¹⁵⁸. Esta distinción de la agresión dentro inclusive de los crímenes internacionales había tenido expresión en el proyecto de Artículo 15 del Relator Especial Riphagen¹⁵⁹, lo que lleva a Wyler a recordar que, aunque el Artículo 19 del Proyecto de 1996 no creaba ninguna jerarquía entre los crímenes y no era exhaustivo, el énfasis estaba puesto en la agresión, y que el Artículo 15 del proyecto de Riphagen lo consideraba el “crimen entre crímenes” al hacer de este su único objeto¹⁶⁰.

En segundo lugar, y atento al ya citado Artículo 75 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y los desarrollos posteriores de la CDI en la materia¹⁶¹, el acto de agresión ocasiona consecuencias únicas para el agresor en cuestiones de tratados, no hallándose consecuencias similares para ningún otro supuesto.

Finalmente, si no se aceptara la existencia de un régimen de responsabilidad agravada para todos los crímenes internacionales/violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas, ya hemos planteado que existen indicios suficientes para predicar la existencia de dicho régimen al menos para la agresión¹⁶². En tal caso, y a falta de evidencia que permita ampliar dichas consecuencias para los Estados autores de otros crímenes internacionales, podría aceptarse que la agresión también es diferente a todos ellos en materia de responsabilidad internacional.

Pero la existencia de consecuencias exclusivas del acto de agresión no agota su singularidad, puesto que, como se señaló¹⁶³, ningún hecho ilícito internacional genera tal cantidad ni variedad de consecuencias. De manera tal, que bien podemos afirmar que la singularidad del acto de agresión es *doble*.

¹⁵⁸ GRAEFRATH, Bernhard y MOHR, Manfred: “Legal consequences of an act of aggression: the case of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait”, *Austrian Journal of Public International Law*, Vol. 43 (1992), pp. 109-138, p. 111.

¹⁵⁹ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1985*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1987, p. 15.

¹⁶⁰ WYLER, Eric: “From ‘State Crime’ to Responsibility for ‘Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law’”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, Nº5 (2002), pp. 1147-1160, p. 1155.

¹⁶¹ V. Capítulo III, Sección 1.4.

¹⁶² V. Capítulo III, Sección 1.3.2.3.3.

¹⁶³ V. Capítulo III, Sección 3.

2.2.2. *La singularidad del crimen de agresión*

A diferencia del acto de agresión, cuya singularidad viene dada por sus consecuencias, la singularidad del crimen de agresión se halla en sus elementos definatorios.

Como señalamos en el Capítulo I¹⁶⁴, dos elementos del crimen de agresión, en la forma en que ha sido tipificado en el párrafo 1 del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, son únicos y propios de este crimen y no se hallan en ninguno de los otros “crímenes de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” sobre los que tiene competencia la Corte Penal Internacional según el Artículo 5 de su Estatuto: la cláusula de liderazgo¹⁶⁵ y la existencia *sine qua non* de un acto estatal¹⁶⁶ de agresión para configurar el crimen. La CDI ya había advertido sobre ambos elementos: respecto del segundo, hemos comentado *supra* su posición, mientras que sobre el primero, expresó en su comentario al Artículo 2 del Proyecto de Código de 1996: “*El crimen de agresión tiene características especiales que lo distinguen de los demás delitos comprendidos en el código. La agresión solo puede cometerse por personas que sean agentes del Estado y que utilicen sus facultades para dar órdenes y los medios que el Estado pone a su disposición para cometer ese crimen*”¹⁶⁷.

Como también señalamos¹⁶⁸, hay una relación lógica entre ambos elementos, desde que si el crimen presupone un acto estatal solo podrá perpetrarlo quien esté en condiciones de movilizar las fuerzas de ese Estado para cometer dicho acto. El crimen individual de agresión es, por tanto, inescindible del acto estatal de agresión.

Reisinger Coracini y Wrangle agregan dos características más del crimen de agresión que pueden justificar su especificidad –o, para nosotros, su singularidad–: que el blanco de la agresión sea un Estado; y que el crimen de agresión se refiere al *ius ad bellum*¹⁶⁹.

El primero surge claramente de la definición del acto de agresión en el párrafo 2 del Artículo 8 bis: para calificar como agresión, el uso de la fuerza

¹⁶⁴ Capítulo I, Sección 6.2.2 y 6.2.3.

¹⁶⁵ REISINGER CORACINI, Astrid y WRANGE, Pal: op. cit., pp. 309-312; AMBOS, Kai: op. cit., p. 46.

¹⁶⁶ REISINGER CORACINI, Astrid y WRANGE, Pal: op. cit., pp. 312-317.

¹⁶⁷ CDI: op. cit. en nota 39, p. 22, párr.5.

¹⁶⁸ V. Capítulo I, Sección 6.2.3.

¹⁶⁹ REISINGER CORACINI, Astrid y WRANGE, Pal: op. cit., pp. 307.

armada debe estar dirigido contra un Estado, lo que lleva a los autores citados a sostener que esta formulación estatocéntrica sugiere que, a diferencia de los otros crímenes de competencia de la Corte, el crimen de agresión está menos vinculado con la protección de los derechos de los individuos que con la protección de los derechos de los Estados¹⁷⁰.

Esto lleva de inmediato a preguntarnos quiénes pueden ser las víctimas del crimen de agresión. Como señala Pobjie, el crimen de agresión puede ser distinguido de los otros crímenes dentro de la competencia de la Corte sobre la base de que los individuos no tienen intereses jurídicos afectados, dado que el objeto de la prohibición de la agresión y el crimen de agresión a ella asociado es la paz internacional. A diferencia de los otros crímenes, el crimen implica una violación del *ius ad bellum* en lugar del *ius in bello* o el derecho internacional de los derechos humanos, y el *ius ad bellum* está dirigido a proteger la integridad territorial y la independencia política de los Estados soberanos. En virtud de ello, la conducta prohibida está dirigida contra un Estado, que es así la víctima de la agresión, y no se hace referencia a las pérdidas humanas, ni estas resultan necesariamente del acto de agresión. Así, el daño que surge de la agresión es un daño a los intereses estatales¹⁷¹. Dicha apreciación puede, no obstante, matizarse. La misma autora da una serie de argumentos en virtud de los cuales puede sostenerse que los individuos también son víctimas del crimen de agresión¹⁷², pero no deja de ser importante señalar el rasgo diferenciador de los otros crímenes. Aun cuando pueda predicarse que los seres humanos son víctimas de la agresión¹⁷³, el primer damnificado directo es –en todo caso– el Estado, puesto que así está definido el propio crimen. Ello no sucede en ninguno de los otros crímenes, en virtud de los cuales el Estado puede –o no– ser un damnificado indirecto –por ejemplo, cuando las víctimas son sus nacionales–, y su interés jurídico muchas veces no pasa de su posición como miembro de la comunidad internacional¹⁷⁴.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 318.

¹⁷¹ POBJIE, Erin: “Victims of the Crime of Aggression”, en KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): *op. cit.*, pp. 816-860, p. 821.

¹⁷² *Ibidem*, pp. 839-847.

¹⁷³ Recordemos aquí la posición de Larry May, al considerar que la agresión es en sí misma, y fundamentalmente, una violación de derechos humanos (MAY, Larry: *Aggression and Crimes Against Peace*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 208).

¹⁷⁴ No queremos decir con esto que los Estados no puedan considerarse lesionados ante la comisión de un crimen internacional/violación grave de una norma imperativa, cuestión que permanece discutida atento a lo dispuesto por el Artículo 48 del Proyecto de

Finalmente, se ha señalado que la agresión se diferencia marcadamente del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra en que, a diferencia de estos, se refiere al *ius ad bellum*¹⁷⁵. Reisinger Coracini y Wrangle objetan que se trate de una diferencia en la naturaleza del crimen de agresión. Aunque es correcto, reconocen, que el crimen de agresión concierne al *ius ad bellum*, sostienen que no es cierto que los otros tres crímenes se relacionen con un único ordenamiento jurídico: solamente los crímenes de guerra se refieren exclusivamente al *ius in bello*, como una directa contraparte del *ius ad bellum*. El genocidio y los crímenes de lesa humanidad, por otra parte, pueden ser cometidos en tiempos de guerra y en tiempos de paz. Los crímenes simplemente se relacionan con diferentes ramas del derecho internacional: mientras las disposiciones del crimen de agresión criminalizan violaciones manifiestas de la prohibición del uso de la fuerza, los crímenes de guerra criminalizan las violaciones graves del derecho internacional humanitario, y los crímenes de lesa humanidad y el genocidio criminalizan violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos¹⁷⁶. Compartimos esta opinión: el hecho de que el crimen de agresión se refiera al *ius ad bellum* no implica una diferencia sustancial con los otros crímenes, desde el momento en que cada uno de ellos se refiere a una rama diferente del ordenamiento jurídico internacional. Por otra parte, tal presunta diferencia no trae ninguna consecuencia sobre la interpretación o aplicación de las disposiciones del crimen de agresión, por lo que no hemos de considerarla al momento de analizar su singularidad.

2.3. El tercer carácter: la unidad de la agresión

Sostenemos que la gravedad del acto y del crimen de agresión es la misma, por cuanto se refiere a un elemento material que es idéntico en ambos; esta identidad material, pensamos, nos habla de una unidad conceptual de la agresión. Al mismo tiempo, sostenemos que la singularidad del crimen de agresión se apoya, entre otras cosas, en el hecho de que está

2001. Lo que sostenemos es que, en el caso de los crímenes de derecho internacional contemplados en el Estatuto de Roma –crímenes de responsabilidad individual–, los Estados no aparecen como víctimas directas de ningún otro crimen además de la agresión.

¹⁷⁵ CRYER, Robert, FRIMAN, Hakan, ROBINSON, Darryl y WILMSHURST, Elizabeth (Eds.): *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 267.

¹⁷⁶ REISINGER CORACINI, Astrid y WRANGLE, Pal: op. cit., p. 323.

inescindiblemente ligado a un comportamiento estatal cuyo contenido es precisamente ese elemento material.

Pero si el crimen de agresión es inescindible del acto de agresión, inmediatamente nos preguntamos si es posible invertir los términos de dicha afirmación, esto es, si el acto de agresión es inescindible del crimen de agresión.

Para poder sostenerlo, todo acto de agresión debería dar lugar, invariablemente, a un crimen de agresión. Es decir, desde nuestro enfoque integral, eso significaría que toda agresión daría lugar simultáneamente a responsabilidad internacional del Estado y a responsabilidad penal individual. A diferencia de lo que sucede con el caso inverso¹⁷⁷, carecemos de una solución normativa explícita y debemos determinar si es posible derivarlo implícitamente de las normas aplicables.

Así, la cuestión del significado y alcance de la denominada cláusula de umbral revela su importancia crucial; de allí que hayamos dedicado todo un capítulo a su análisis¹⁷⁸. Ello por cuanto la tesis que hemos criticado y que sostiene que no todo acto de agresión da lugar a un crimen de agresión niega la inescindibilidad del acto con el crimen, mientras que la tesis contraria, que aquí defendemos, la afirma.

Así las cosas, debemos revisitarse la cuestión en orden a determinar sus implicancias sobre los caracteres de la agresión desde un enfoque integral.

Imaginemos entonces el supuesto teórico de un acto de agresión que no satisfaga los requisitos de la cláusula de umbral y que, por tanto, no sea lo suficientemente grave como para configurar un crimen de agresión.

En tal caso, nos enfrentaríamos a un acto de agresión que no es (suficientemente) grave. Pero para poder afirmar esto deberíamos, o bien sostener que la agresión no es grave o pensar que hay actos de agresión más graves que otros. Cualquiera de las dos posiciones nos resulta inadmisibles. La primera es un absurdo desde el momento en que lo que define a la agresión es la gravedad, como se señaló en reiteradas oportunidades a lo largo de las páginas precedentes. La segunda no niega *per se* la gravedad de la agresión, pero choca con lo que a nuestro juicio es un obstáculo lógico insalvable, y es la consideración de que la agresión “es la forma más grave y peligrosa de uso ilícito de la fuerza”, tanto en el contexto del acto de agresión¹⁷⁹

¹⁷⁷ Expresada con claridad en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma.

¹⁷⁸ V. Capítulo II.

¹⁷⁹ Definición de la Agresión, Preámbulo, quinto párrafo.

como en el contexto del crimen de agresión¹⁸⁰. Si la agresión siempre es la forma más grave de uso ilícito de la fuerza, ¿cómo podría haber *formas más graves que la más grave*?

En definitiva, no creemos posible sostener dicha tesis sin negar o, cuanto menos cuestionar, la gravedad de la agresión como su carácter definitorio, carácter que acabamos de sostener.

Por el contrario, nuestra tesis –por demás asentada en la totalidad de las normas aplicables y en la jurisprudencia internacional relevante, como vimos en el Capítulo II¹⁸¹– no solamente no cuestiona la gravedad de la agresión, sino que la refuerza, permitiendo responder a nuestro interrogante en el sentido de que el acto de agresión también es inescindible del crimen de agresión.

Si, entonces, acto y crimen son dos elementos que no pueden separarse, bien puede afirmarse que ambos son aspectos o facetas de una misma categoría jurídica, la agresión, y que, por tal motivo, la agresión es unitaria. La unidad, entonces, es el tercer carácter de la agresión.

2.4. Hacia una relación entre los caracteres de la agresión

Hemos identificado tres caracteres de la agresión: gravedad, singularidad y unidad. Como hemos visto en este capítulo, los caracteres se manifiestan tanto en el acto de agresión como en el crimen de agresión, son comunes a ellos, y aparecen tanto en sus elementos definitorios como en sus consecuencias jurídicas.

A modo de apretada síntesis, y sin el ánimo de la exhaustividad que caracterizó nuestro anterior análisis, podemos afirmar, que, principalmente, la gravedad es un carácter de la agresión frente a otros usos ilícitos de la fuerza; la singularidad es un carácter frente a los otros crímenes internacionales; y la unidad es un carácter frente a sí misma.

Y es en realidad el carácter de unidad lo que responde a nuestro principal objeto de investigación acerca de cuál es la relación acto-crimen: la agresión es una sola y los dos conceptos son dos aspectos o facetas de la misma categoría jurídica, como si fueran las dos caras de una misma moneda.

¹⁸⁰ Entendimiento 6 a las enmiendas relativas al crimen de agresión.

¹⁸¹ Capítulo II, Sección 7.

Sin embargo, nos preguntamos: ¿cuál es la relación entre los tres caracteres? ¿Son simplemente tres caracteres iguales o es posible trazar una derivación lógica entre ellos?

Para aceptar la idea de una unidad de la agresión tiene que partirse, como se dijo, de reconocer que todo acto de agresión da lugar a un crimen de agresión, lo que hacemos, y que, para negarlo, como también se dijo, tendría que negarse que la gravedad es un carácter de la agresión. La gravedad, entonces, aparece como una *condición necesaria* de la unidad.

Pero la gravedad es un carácter que la agresión comparte con otros crímenes¹⁸², sea en cuanto acto estatal¹⁸³ como crimen individual¹⁸⁴. Por ejemplo, el genocidio, que es igualmente un crimen grave¹⁸⁵, no presenta el carácter de unidad, pues puede dar lugar indistinta o conjuntamente a responsabilidad estatal e individual. Esto significa que la gravedad en cuanto carácter de la agresión no aparece como condición suficiente de su unidad. Ese papel estará desempeñado por la singularidad, dado que es el carácter que distingue a la agresión de los otros crímenes, en los dos sentidos señalados.

Entonces, gravedad y singularidad, en cuanto caracteres de la agresión, aparecen como condiciones –necesaria y suficiente– de la unidad de la agresión.

Sin embargo, la relación entre los caracteres no se agota en estas consideraciones. Como señalamos más arriba, gravedad y singularidad no aparecen siempre en los elementos definitorios y las consecuencias de acto y crimen. La gravedad aparece en los elementos definitorios de ambos, pero solo en las consecuencias jurídicas del acto de agresión, mientras que la singularidad aparece en las consecuencias del acto de agresión, pero no en sus elementos definitorios, sucediendo lo inverso en el crimen de agresión. Será la interacción entre los caracteres la que nos permitirá explicar estas diferencias: así, como hemos visto, la unidad de la agresión explica por qué

¹⁸² V. op. cit en nota 137.

¹⁸³ Puesto que se trata de una “violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa”. V. Artículo 40 del Proyecto de 2001 y su comentario.

¹⁸⁴ Dado que, de acuerdo al Artículo 5 del Estatuto de Roma, es uno de los “crímenes más graves de transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

¹⁸⁵ Eso llevó a la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda a sostener que el genocidio es el “crimen de crímenes” (TPIR: Sala de Primera Instancia, *The Prosecutor vs. Jean Kambanda*; fallo de 4 de septiembre de 1998, ICTR 97-23-S, párr. 16).

la gravedad en los elementos definitorios del acto y del crimen es idéntica. Por otra parte, el acto de agresión es singular porque la agresión es *grave*, de allí sus consecuencias jurídicas particulares y exclusivas; mientras que el crimen de agresión es singular porque la agresión es *única*, dado que requiere necesariamente para su configuración el elemento estatal –y la cláusula de liderazgo con el que está lógicamente vinculado–.

En definitiva, la unidad de la agresión, derivada e interrelacionada con los caracteres de gravedad y singularidad describe la relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión: ambos son los aspectos inescindibles de una misma categoría jurídica internacional (Figura 11).



Figura 11 - La agresión como categoría única según nuestro enfoque integral

3. Las diferentes consecuencias de la agresión: unidad en la diversidad

Sostenemos que acto y crimen son dos aspectos de una misma categoría jurídica, la agresión, que se caracteriza por su gravedad, su singularidad y su unidad. Sin embargo, la unidad entre el acto y el crimen no equivale a su *identidad*. Esta solo existe dentro de los elementos definitorios, concretamente en el plano material, en lo que respecta al uso grave de la fuerza armada contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de un Estado o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

Pero este mismo hecho es atribuible a dos sujetos diferentes, y diferentes son, como hemos visto, las consecuencias jurídicas que generan. El interrogante que se nos plantea es: ¿atenta la diferencia en las consecuencias jurídicas del acto y del crimen contra la unidad de la agresión o, por otro lado, la confirma, al insertarse en el enfoque integral que proponemos?

Para responderlo, en primer lugar, analizaremos la ya señalada interconexión entre las consecuencias del acto de agresión y del crimen de agresión, y en segundo lugar, considerando que la principal diferencia que surge entre las consecuencias de ambos es en materia de responsabilidad, estudiaremos si esta dualidad de responsabilidades confirma o refuta la unidad de la agresión.

3.1. La interconexión entre las consecuencias de la agresión

Las consecuencias de la agresión están fuertemente conectadas entre sí, como vimos en el Capítulo III¹⁸⁶, y consideramos tal interconexión como un claro indicio de la unidad de la agresión. Así, como señalamos¹⁸⁷, y respecto de las consecuencias propias del acto de agresión, las que surgen en el sistema de seguridad colectiva son difíciles de diferenciar de las consecuencias para todos los Estados en virtud del Artículo 41 del Proyecto de 2001 en materia de responsabilidad internacional; la legítima defensa, consecuencia exclusiva de la agresión, también está íntimamente vinculada a las medidas del sistema de seguridad colectiva, en virtud de lo establecido por el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁸⁸; también los efectos en el Derecho de los Tratados¹⁸⁹, particularmente en virtud de lo dispuesto por el Artículo 75 de la Convención de Viena de 1969, están unidos a las medidas adoptadas en el sistema de seguridad colectiva; y, finalmente, todas las consecuencias son susceptibles de ser englobadas dentro de las “otras consecuencias” en virtud del derecho internacional, de acuerdo al Artículo 41.3 del Proyecto de 2001¹⁹⁰.

Pero las conexiones no finalizan ahí. También las consecuencias del acto de agresión se vinculan con las consecuencias del crimen de agresión. Así, hemos calificado como una medida del Artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas –y, como tal, como una consecuencia del acto de agresión en el marco del sistema de seguridad colectiva– la remisión de una situación a la Corte Penal Internacional en la que pueda haberse cometido un crimen de agresión¹⁹¹, a tenor del Artículo 15 ter del Estatuto de Roma.

¹⁸⁶ Capítulo III, Sección 3.

¹⁸⁷ V. Capítulo III, Sección 1.3.2.3.2.4.

¹⁸⁸ V. Capítulo III, Sección 1.2.

¹⁸⁹ V. Capítulo III, Sección 1.4.

¹⁹⁰ V. Capítulo III, Sección 1.3.2.3.2.4.

¹⁹¹ V. Capítulo III, Sección 1.1.

Ello implica una ineludible vinculación con la determinación de la responsabilidad penal individual por la comisión del crimen de agresión, la que hemos señalado como la principal de sus consecuencias¹⁹². También la posibilidad de la adopción de sanciones por parte del Consejo de Seguridad contra los individuos que resulten presuntos autores de un crimen de agresión puede ser considerada como una medida adoptada en virtud del sistema de seguridad colectiva¹⁹³. Finalmente, desde una perspectiva también podría verse la responsabilidad individual como una consecuencia del acto de agresión, puesto que tiene efectos sobre el Estado, según señalamos¹⁹⁴. Sin embargo, nuestra posición al respecto se rige por la idea de la dualidad de responsabilidades, que desarrollaremos más adelante, como un carácter necesario de la agresión, pero que también ilustra la interconexión de las responsabilidades emergentes, para el Estado y para los individuos.

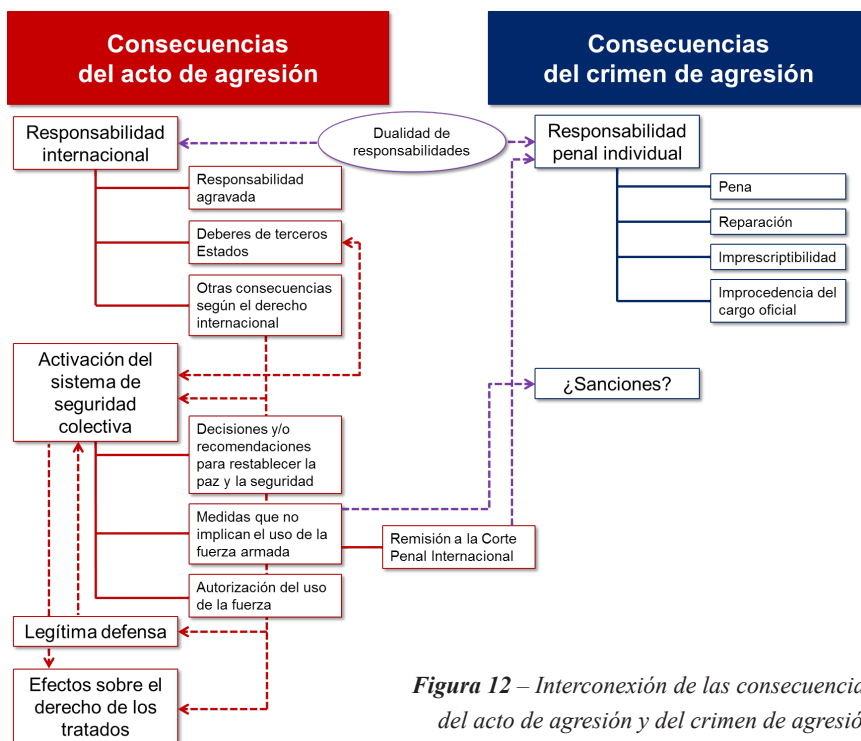


Figura 12 – Interconexión de las consecuencias del acto de agresión y del crimen de agresión

192 V. Capítulo III, Sección 2.1.

193 V. Capítulo III, Sección 2.2.

194 V. Capítulo III, Sección 1.3.2.3.2.4.

Ilustramos esta serie de relaciones y conexiones en la Figura 12, y lo que nos permite apreciar esta expresión gráfica es que el grado de interconexión entre las diferentes consecuencias es tal que, no obstante las diferencias que puedan existir, no parecen bastar para negar la unidad de la agresión, sino que, al contrario, la ratifican.

3.2. La dualidad de responsabilidades y la unidad de la agresión

Aunque la interconexión de sus consecuencias parezca confirmar la unidad de la agresión, aún es necesario considerar la que aparece como la principal de las diferencias entre acto y crimen: las distintas responsabilidades emergentes.

Así, del acto de agresión, atribuible a un Estado, se origina la responsabilidad internacional de ese Estado, responsabilidad, que como hemos señalado, es agravada¹⁹⁵, por tratarse de una violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional. Del crimen de agresión, atribuible a un individuo, por su parte, surge la responsabilidad penal de dicho individuo¹⁹⁶, en virtud del derecho internacional.

La Corte Internacional de Justicia, en su fallo sobre el fondo en el caso de la *Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia)* se refirió a la coexistencia de la responsabilidad internacional del Estado con la responsabilidad internacional de individuo en lo que denominó “dualidad de responsabilidades” y consideró que se trata de una característica constante del derecho internacional, que se refleja en el Artículo 25.4 del Estatuto de Roma y en el Artículo 58 del Proyecto de 2001, al que calificó como “la otra cara de la moneda”¹⁹⁷. Así, la Corte confirmó tres ideas: que las dos responsabilidades pueden coexistir; que existe una dualidad de responsabilidades; y que esta dualidad se pone de manifiesto en las normas mencionadas.

¹⁹⁵ V. Capítulo III, Sección 1.3.2.3.3 y Capítulo IV, Sección 3.

¹⁹⁶ V. Capítulo III, Sección 2.1.

¹⁹⁷ CIJ: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, párr. 173.

La primera idea ya ha sido afirmada aquí y surge de nuestras propias conclusiones relativas a las consecuencias de la agresión: las responsabilidades coexisten y no son excluyentes, sino complementarias¹⁹⁸.

La segunda idea, en cuanto a denominar esta coexistencia como “dualidad de responsabilidades” nos resulta de lo más acertada y la adoptamos porque, entendemos, describe con claridad la idea de que dos regímenes de responsabilidad se activan *por un mismo hecho*. Bonafè comparte esta idea al sostener que la responsabilidad agravada del Estado y la responsabilidad penal individual tienen un origen común: la violación grave de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto¹⁹⁹. La autora agrega que, al disponer el ordenamiento jurídico dos conjuntos de consecuencias –para los Estados y para los individuos– ante el incumplimiento del mismo tipo de obligaciones internacionales, esta dualidad se caracteriza por cierta unidad en lo que respecta a las normas primarias²⁰⁰. Volveremos más adelante con esta cuestión.

Finalmente, las dos normas mencionadas por la Corte son de interés para el análisis, por cuanto, efectivamente, aparecen como las dos caras de la dualidad de responsabilidades. Así, el Artículo 25.4 del Estatuto de Roma establece: “*Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional*”. Aunque el Estatuto solamente trata acerca de la responsabilidad penal individual, dado que la Corte Penal Internacional solamente tiene competencia respecto de las personas naturales –arg. Artículo 25.1–, la disposición deja a salvo la posible responsabilidad del Estado “conforme al derecho internacional”, es decir, en virtud de otras normas del ordenamiento jurídico que le atribuyan dicha responsabilidad por la comisión de los crímenes de la competencia de la Corte. La cuestión no es menor, puesto que no solamente confirma la idea de la dualidad de responsabilidades, sino también que el Estado puede ser responsable por la comisión de conductas que el derecho internacional

¹⁹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: “Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited”, en RAGAZZI, Mauro (Ed.): *International Responsibility Today – Essays in Memory of O. Schachter*, M. Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 253-269, p. 258.

¹⁹⁹ BONAFÈ, Beatrice: op. cit., p. 23.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 24.

califica como crímenes²⁰¹, con independencia de la calificación que se le pretenda asignar a dicha responsabilidad²⁰².

La cuestión fue discutida en el marco de los trabajos de la CDI sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, y tuvo su expresión en el Artículo 5 del Proyecto de Código de 1991: *“El procesamiento de un individuo por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no exonera a ningún Estado de responsabilidad en derecho internacional por un acto o una omisión que le sea atribuible”*²⁰³. En la segunda lectura se modificó la redacción pero se mantuvo la misma idea general, a tenor del Artículo 4 del Proyecto de Código de 1996: *“El hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional”*²⁰⁴.

Fue precisamente en ese contexto que el Relator Especial Doudou Thiam llamó la atención sobre la dualidad de responsabilidades en la agresión: *“Cuando hay agresión, la responsabilidad del Estado y la del individuo tienen el mismo contenido ratióne materiae. Sin embargo, las dos se superponen y no se confunden. No tienen el mismo contenido ratióne personae. Existe sin embargo la tendencia a confundirlas simplemente porque, en caso de agresión, los individuos a que nos estamos refiriendo son necesariamente gobiernos. Sin embargo, los dos conceptos no pueden estar sujetos al mismo régimen en razón de que son personas jurídicas diferentes y, por lo tanto, deben ser considerados separadamente”*²⁰⁵. El pasaje nos parece de una enorme riqueza para nuestro análisis. Por un lado, ratifica la dualidad de responsabilidades, emergente de un mismo ilícito internacional, aclarando que los regímenes de responsabilidad son diferentes y separados. Además, señala la particularidad que tiene esta dualidad en el caso de la agresión, en el que los individuos –autores del crimen– son

²⁰¹ V. Capítulo IV, Sección 3.

²⁰² La doctrina especializada, no obstante, no se hace eco de estas ideas, limitándose a reafirmar que la competencia de la Corte se proyecta solamente sobre individuos (SCHA-BAS, William: *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 587-588).

²⁰³ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1994, p.102.

²⁰⁴ CDI: op. cit. en nota 39, pp. 25-26.

²⁰⁵ CDI: op. cit. en nota 29, p. 84, párr. 251.

necesariamente órganos del Estado (“gobiernos”), por lo que da a entender que la dualidad de responsabilidades aparece como necesaria en caso de la agresión. Finalmente, ratifica la identidad material –y así la unidad– de la agresión, al plantear que la responsabilidad del Estado y la del individuo tienen el mismo contenido *ratione materiae*.

Por su parte, el Artículo 58 del Proyecto de 2001 dispone: “*Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado*”. Como se advierte de su sola lectura, se trata, efectivamente, de la otra cara de la moneda del Artículo 25.4 del Estatuto de Roma. En su comentario, la CDI expresó: “*Cuando los delitos contra el derecho internacional hayan sido cometidos por funcionarios del Estado, ocurre muchas veces que el propio Estado es responsable de los hechos de que se trate o por no haberlos prevenido o sancionado. En algunos casos, en particular la agresión, el Estado, por definición, se encuentra implicado. Aun en este caso, la cuestión de la responsabilidad individual es, en principio, distinta a la cuestión de la responsabilidad del Estado. El enjuiciamiento y la sanción de los funcionarios del Estado que cometieron el hecho ilícito no eximen al Estado de su propia responsabilidad por el comportamiento internacional ilícito*”²⁰⁶.

No podemos dejar de señalar que la CDI haya destacado a la agresión en su comentario, sosteniendo que en tal caso, el Estado se encuentra implicado “por definición”. Ello es así por cuanto, como venimos insistiendo desde el Capítulo I²⁰⁷, no es posible la configuración del crimen de agresión sin la existencia de un acto de agresión, y este solamente puede ser cometido por un Estado. Es decir, siempre que exista responsabilidad penal individual por un crimen de agresión, existirá responsabilidad internacional del Estado por el acto de agresión que lo constituye²⁰⁸.

La dualidad de responsabilidades es una característica posible de todo crimen de derecho internacional, en la medida en que sea perpetrado por uno o más individuos que revistan de la calidad de órganos estatales o bien, su comportamiento pueda ser atribuido a un Estado. Al respecto, Drnas de Clément ha señalado que “*en todos los casos de crímenes contemplados*

²⁰⁶ CDI: op. cit. en nota 56, p. 152.

²⁰⁷ Capítulo I, Sección 6.2.3.

²⁰⁸ AKANDE, Dapo y TZANAKOPOULOS, Antonios: “The Crime of Aggression in the ICC and State Responsibility”, *Harvard International Law Journal (Online Journal)*, Vol. 58 (2017), pp. 33-36.

en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y Ruanda y en el Estatuto de la CPI, a más de la responsabilidad del individuo criminal, existirá necesariamente la doble responsabilidad del Estado ya que ninguna de las graves violaciones de competencia de los Tribunales o de la Corte, de conformidad a sus elementos, puede trascender al plano internacional sin que haya mediado acto de Estado, dadas las características de esas violaciones. Así, la figura del “genocidio” requiere que los actos se perpetren con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, lo que implica uso de fuerza y continuidad de acción en el tiempo, situación impensable si hubiese existido la debida contención del hecho por parte del Estado, aun cuando la acción genocida hubiese sido iniciada por particulares. Los “crímenes de lesa humanidad” requieren que los actos se cometan como “parte de un ataque generalizado o sistemático”, el que aún iniciado por particulares, implica la intervención inmediata del Estado, en tanto, los “crímenes de guerra” requieren para su configuración que los actos se cometan como “parte de un plan o política”, “a gran escala”, lo que exige la acción del Estado y, con ello, base de la doble responsabilidad: la del Estado como persona jurídica por el acto de Estado (crimen internacional) y la personal del individuo brazo ejecutor del acto estatal (crimen de derecho internacional)”²⁰⁹. Es verdad que es difícil imaginar la comisión de tales crímenes sin la necesaria utilización del aparato estatal²¹⁰; sin embargo, ello se trata de una cuestión fáctica, ya que en ninguno de ellos el acto estatal forma parte de la definición jurídica o tipificación del crimen²¹¹. Dicho de otro modo, es teórica y jurídicamente posible que tales crímenes se cometan sin un accionar estatal en ese sentido, pero no lo es con la agresión, que necesaria e ineludiblemente requiere de la comisión del acto estatal para que se pueda determinar la responsabilidad penal individual. Así también lo reconoció Jørgensen, al plantear que si un crimen como la agresión solo puede ser cometido por individuos que ocupan las más altas

²⁰⁹ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*). Dimensión sustancial”, en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Coord.): *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*. Tomo I. Drnas-Lerner Editores. Córdoba, 2003, pp. 647-680, pp. 677-678.

²¹⁰ REISINGER CORACINI, Astrid y WRANGE, Pal: op. cit., p. 314.

²¹¹ La salvedad viene dada por los crímenes de lesa humanidad, que requieren de una “política de un Estado o de una organización”, a tenor del Artículo 7.2.a) del Estatuto de Roma, pero la sola mención a la organización –no estatal– implica que la intervención del Estado no es exclusiva.

esferas de decisión de un Estado, es legítimo hablar de una responsabilidad del Estado por un crimen sin excluir la responsabilidad individual de líderes y organizadores²¹².

Es decir, en la medida en que un crimen de agresión *solamente* puede ser perpetrado por individuos que estén en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, la dualidad de responsabilidades ya no es solo posible, como en los otros crímenes, sino *necesaria*. Bonafè ya lo había advertido, al señalar que el solapamiento entre la responsabilidad estatal agravada y la responsabilidad penal individual por la agresión se debe al hecho de que, en virtud del derecho internacional, los actos de agresión siempre entrañan una responsabilidad dual²¹³. Partiendo, como lo hacemos nosotros, de que el uso grave de la fuerza armada que da origen a la responsabilidad estatal es materialmente el mismo que genera la responsabilidad individual, la autora concluye que existe una relación muy cercana entre la responsabilidad estatal e individual por agresión. En ambo casos el acto criminal es el mismo, y la responsabilidad penal individual surge de la misma violación grave que entraña la responsabilidad estatal agravada. Por lo tanto, concluye la autora, parece imposible hablar de una disociación o completa autonomía de la responsabilidad penal individual en cuanto concierne al crimen de agresión, sino que la responsabilidad individual parece íntimamente conectada con la responsabilidad estatal agravada que surge de la misma conducta²¹⁴.

Pero, al mismo tiempo que la dualidad de responsabilidades sucede de forma necesaria en la agresión, debemos destacar que esto solamente es así en la agresión²¹⁵. Es decir, la dualidad de responsabilidades aparece como necesaria exclusivamente en la agresión, lo que, una vez más, ratifica su carácter singular.

La dualidad de responsabilidades cumple así dos funciones distintas pero complementarias: la primera función es reforzar la idea de que el acto de agresión y el crimen de agresión se diferencian en cuanto a sus consecuencias, toda vez que la naturaleza de la responsabilidad estatal

²¹² JØRGENSEN, Nina H. B.: op. cit., pp. 151-152.

²¹³ BONAFÈ, Beatrice I.: op. cit., p. 27.

²¹⁴ Ibidem, p. 114.

²¹⁵ PELLET, Alain: "La responsabilité des dirigeants pour crime international de l'Etat. Quelques remarques sommaires au point de vue du droit international", en DOUCET, Ghislaine (Ed.): *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Calmann-Lévy, Paris, 2003, pp. 195-208. p. 207.

es diferente de la responsabilidad individual. Así lo planteaba el Relator Especial Thiam y la CDI, y lo comparte Álvarez Dorrego, cuando afirma: “*estos niveles de responsabilidades no se excluyen entre sí, sino que son compatibles el uno con el otro; son diferentes, independientes y pueden, por lo tanto, coexistir. Asimismo, la naturaleza de ambos tipos de responsabilidad es diferente, dado que mientras la responsabilidad estatal es de carácter reparatorio, la responsabilidad del individuo persigue un fin sancionatorio. La simultaneidad de responsabilidades es innegable en el DI contemporáneo*”²¹⁶.

Pero al mismo tiempo que refuerza la diferencia entre acto y crimen en sus consecuencias, la dualidad de responsabilidades confirma su *unidad conceptual*. Siendo una característica propia y única de la agresión, siempre que exista responsabilidad penal individual existirá responsabilidad estatal –agravada, como se ha expuesto–, dado que no puede existir un crimen de agresión sin un acto de agresión, tal cual surge del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma y fue reconocido por la CDI en su citado comentario al Artículo 58 del Proyecto de 2001. A la vez, y tal cual lo hemos expuesto en el Capítulo II²¹⁷, nuestra interpretación de la cláusula de umbral del Artículo 8 bis, a la luz de las normas que rigen el *ius ad bellum* nos permite afirmar que tampoco puede existir un acto de agresión sin un crimen de agresión, por lo que la responsabilidad estatal agravada también estará siempre acompañada por la responsabilidad penal individual. Así, la dualidad de responsabilidades aparece como una genuina y singular expresión de la unidad de la agresión.

La dualidad de responsabilidades, como la adoptamos, plantea que la responsabilidad del Estado y la del individuo emergen de un mismo hecho. Eso no significa necesariamente que impliquen una misma calificación jurídica. En el caso de la agresión, sostenemos que acto y crimen coinciden en cuanto a su materialidad: el elemento material es idéntico en ambos. Pero, no obstante esta identidad, el hecho de que el derecho internacional denomine “acto de agresión” al comportamiento estatal y “crimen de agresión” a la conducta individual, nos hace preguntar si, efectivamente, ese hecho constituye una única violación a una obligación o, si, por el contrario, se trata de dos violaciones diferentes.

²¹⁶ ÁLVAREZ DORREGO, Matías: op. cit., p. 132.

²¹⁷ Capítulo II, Sección 7.

Este interrogante se inserta en el planteo que a menudo se realiza en el campo de la responsabilidad penal individual en virtud del derecho internacional, acerca de si están los individuos obligados por las normas internacionales²¹⁸. La existencia de reglas de responsabilidad, esto es, normas secundarias, presupone la existencia de normas primarias cuya violación activa las reglas de responsabilidad²¹⁹. Es decir, junto a una norma secundaria que establece que la agresión es un crimen de responsabilidad individual existe otra norma primaria que prohíbe la agresión. Nuestro interrogante, entonces, debe ser reformulado, en el sentido de si esa norma primaria es una norma específica que prohíbe a los individuos cometer un crimen de agresión o es la misma norma primaria que prohíbe la agresión a los Estados.

Como adelantamos, Bonafè reconoce que existe en la dualidad de responsabilidades cierta unidad en las normas primarias violadas. Esta unidad, sostiene la autora, no significa necesariamente que las normas primarias que entrañan la responsabilidad estatal agravada sean idénticas a las que generan la responsabilidad penal individual en virtud del derecho internacional. Puede presumirse que la unidad de la responsabilidad del Estado y del individuo al nivel de normas primarias significa que ambos regímenes se originan de la violación de normas primarias que tienen por objeto la protección de los mismos intereses colectivos de la comunidad internacional entera, y tienen la misma estructura, esto es, establecer una relación jurídica entre el Estado o el individuo y la comunidad internacional en su conjunto²²⁰.

Por su parte, Gaeta, refiriéndose específicamente al genocidio y a los crímenes de guerra, sostiene que los dos regímenes de responsabilidad –estatal e individual– pueden ser activados por la violación de dos normas primarias diferentes, cada una forjada sobre la particular naturaleza de sus destinatarios y las consecuencias de la conducta ilícita que se les atribuye²²¹. Sin embargo, tanto la naturaleza de los destinatarios como las

²¹⁸ MILANOVIC, Marko: “Is the Rome Statute Binding on Individuals? (And Why We Should Care)”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9 (2011), pp. 25-52.

²¹⁹ Debemos a Roberto Ago la distinción entre los dos tipos de normas (CDI: *Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial*, Documento A/CN.4/233, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1970*, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York, 1972, p. 191, párr. 11).

²²⁰ BONAFÈ, Beatrice I.: op. cit., p. 24.

²²¹ GAETA, Paola: “On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?”, *European Journal of International Law*, Vol. 18, N°4 (2007), pp. 631-648, p. 636.

consecuencias parecen vincularse más con las normas secundarias que con las primarias, por lo que no podemos compartir tal argumentación.

Así, no nos parece convincente pensar en la existencia de tal norma primaria específica con relación al crimen de agresión. Por el contrario, pensamos que la prohibición de la agresión es una norma de importancia tan fundamental para la comunidad internacional que bien puede resultar vinculante tanto para los Estados como para los individuos. Se trata del ejemplo paradigmático de norma de *ius cogens*²²² y de obligación *erga omnes*²²³, y dado que, como sostiene Bassiouni, los individuos son considerados penalmente responsables en virtud del derecho internacional por ciertos crímenes, llamados “crímenes de *ius cogens*”²²⁴, no podemos más que concluir que será el propio derecho imperativo el que establece la proscripción que el derecho penal internacional –norma secundaria– luego determinará las consecuencias de su violación y las formas de atribuirla a un individuo.

En otras palabras, la norma primaria que prohíbe la agresión es la misma tanto para el acto como para el crimen. La diferencia estará, por tanto, en los diferentes juegos de normas secundarias que se activan como resultado de su violación, que darán lugar a la dualidad de responsabilidades.

En el mismo sentido, Bonafè considera que un elemento crucial de la relación entre las responsabilidades es la correspondencia de la conducta equivalente a un crimen internacional y que da lugar tanto a la responsabilidad estatal como a la individual. Por lo tanto, sostiene, la conducta de la que surge una responsabilidad dual en virtud del derecho internacional no puede ser calificada en forma diferente de acuerdo a si tal conducta es evaluada desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado o del individuo. Al igual que nosotros, considera que no hay dudas de que la misma prohibición de la agresión está dispuesta en virtud de una norma primaria dirigida tanto a Estados como a individuos. Así, la misma conducta –un acto estatal de agresión– simultáneamente llevará a la responsabilidad agravada del Estado y a la responsabilidad penal individual en virtud del derecho internacional. Eso le lleva a sostener que la unidad de las normas

²²² CDI: op. cit. en nota 56, p. 120, párr. 4.

²²³ CIJ: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, párr. 33.

²²⁴ BASSIOUNI, M. Cherif: “The Subjects of International Criminal Law: *Ratione Personae*”, en BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.): *International Criminal Law*, Vol. I, Tercera Edición, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, pp. 41-70, p. 41.

primarias puede explicar satisfactoriamente la relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad individual con respecto a los elementos de la responsabilidad internacional, como por ejemplo, el requisito de gravedad que, en el caso de la agresión viene dado directamente por la norma primaria cuya violación activa la responsabilidad dual, siendo así, un elemento común²²⁵. No podemos estar más de acuerdo con estas consideraciones, ya que coinciden con gran parte de nuestro planteo: la dualidad de responsabilidades se explica a través de la unidad en la norma primaria, cuya violación está dada por un comportamiento material que es el mismo en ambos regímenes de responsabilidad²²⁶, y que será la que dará, entre otras cosas, el carácter de gravedad de la agresión.

De esta manera, podemos dar respuesta al interrogante que nos planteamos, y concluir que la dualidad de responsabilidades no solamente no atenta contra la unidad de la agresión, sino que la confirma. En ese sentido, no deja de ser interesante que incluso a partir de la principal diferencia que podemos trazar entre el acto de agresión y el crimen de agresión, –esto es, en materia de responsabilidad–, podemos reforzar el carácter unitario de la agresión: aunque pueda ser atribuida a sujetos diferentes y así, dar lugar –en todo caso– a dos regímenes de responsabilidades, tanto el hecho material que constituye la violación de una obligación, como la norma primaria fuente de esa obligación son únicos. La dualidad de responsabilidades ratifica la unidad de la agresión.

4. Consideraciones finales

El análisis que hemos desarrollado en estas páginas, además de las conclusiones que ya hemos adelantado, nos suscita dos reflexiones de carácter general.

En primer lugar, revela la insuficiencia de las posiciones doctrinarias que se han elaborado para describir la relación entre acto de agresión y crimen de agresión, insuficiencia que se manifiesta no solo por la escasa atención que la cuestión mereció de parte de los autores, sino también por su limitado valor analítico, atento a las diferentes críticas de las que resultan pasibles, según se ha podido demostrar.

²²⁵ BONAFÈ, Beatrice I.: op. cit., pp. 245-246.

²²⁶ *Ibidem*, p. 247.

En segundo lugar, y unido a ello, se advierte la necesidad de superar los enfoques parciales, que plantean la relación desde alguno de los conceptos –subordinando así al otro–, y reemplazarlos por un enfoque integral, que tome al acto y al crimen como aspectos de una misma categoría jurídica: la agresión. Desde el punto de vista de la responsabilidad por los crímenes internacionales, Bonafè advierte sobre los riesgos de incrementar el foco de atención en la responsabilidad individual en detrimento de la responsabilidad del Estado por los mismos actos, o más en general, de una concepción compartimentalizada de la responsabilidad del Estado y del individuo en virtud del derecho internacional²²⁷.

Compartimos esta apreciación. Sin perjuicio de ampliar nuestra reflexión en las conclusiones, es esta visión compartimentalizada –no solamente de la agresión, sino de todo el derecho internacional– la que ha llevado a la doctrina a no reparar en lo que para nosotros es un dato casi obvio: la unidad de la agresión.

Es que, como se demuestra en este capítulo, la consecuencia de abordar la problemática de la relación entre el acto y el crimen desde un enfoque integral como el que proponemos no es ni más ni menos que reconocer la unidad de la agresión en el derecho internacional.

Este enfoque integral, que nos permite apreciar la unidad de la agresión como descripción adecuada de la relación entre el acto y el crimen, salva, como hemos visto, todas las críticas que pueden hacerse a las restantes posturas: permite describir una relación sustancial, y no meramente procesal entre ambos conceptos; tiene en cuenta todos los elementos de ambos, así como sus consecuencias jurídicas; y comprende todos los posibles casos de actos y crímenes, sin excluir a ningún acto por no reunir algún presunto requisito. De esa forma, a través de la unidad, queda salvaguardada la gravedad de la agresión.

Así es como el enfoque integral también contribuye a identificar los caracteres de la agresión y las relaciones entre ellos. Gravedad, singularidad y unidad describen y distinguen a la agresión de cualquier otro hecho ilícito internacional, tanto en el ámbito de las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas/crímenes internacionales como en el de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Y aunque estos dos ámbitos marcan la principal diferencia que puede trazarse entre el acto de agresión y el crimen

²²⁷ BONAFÈ, Beatrice I.: *op. cit.*, p. 43.

de agresión, la dualidad de responsabilidades –necesaria en la agresión, a diferencia de todos los demás crímenes internacionales, como muestra de su carácter singular–, al reconocer un origen común, no solo en la materialidad del hecho, sino también en la existencia de una única norma primaria violada, refuerza el carácter unitario de la agresión.

En definitiva, el enfoque integral que proponemos no solamente permite abordar ambos aspectos, acto y crimen, sin priorizar uno en desmedro del otro, sino que también, y principalmente, responde de forma satisfactoria el problema de investigación, mediante el reconocimiento de la gravedad, la singularidad y la unidad de la agresión.

CONCLUSIONES

“Si vous avez la force, il nous reste le droit”.

Victor Hugo
Cromwell, 1827

A través de la presente investigación, hemos procurado dar respuesta tanto a los interrogantes que nos planteamos al comienzo, como a los que se fueron presentando conforme avanzábamos. Cada capítulo nos permitió abordar, con un criterio que nos pareció lógico, los objetivos que nos propusimos con miras a resolver nuestro problema principal: la relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión en el derecho internacional¹.

El Capítulo I nos mostró que **la recepción del crimen de agresión en el Estatuto de Roma no solamente ratificó los principios que venían firmemente establecidos desde Núremberg** –que la agresión es un crimen según el derecho internacional y que genera responsabilidad penal individual–, **sino que representó la articulación definitiva de la conducta individual –el crimen de agresión– con el hecho estatal –el acto de agresión–**. Pero también vimos que dicha articulación no fue fácil, puesto que **el proceso histórico de Núremberg a Kampala** que nos propusimos describir no solamente estuvo marcado por un sinnúmero de factores extrajurídicos que imposibilitaron durante años una definición aceptable de la agresión, sino también porque –ya en el plano normativo–, **no se trató de un único proceso lineal, sino de dos procesos diferentes, con orígenes distintos, que solamente hacia el final, y ya en el marco del Estatuto de Roma, convergieron en una única vía, notoriamente influenciada**

¹ Presentamos aquí nuestras conclusiones redactadas en el contexto del desarrollo de la investigación, destacando en negrita aquellas que, por ser los aspectos fundamentales de la tesis planteada, se constituyen en premisas de nuestra conclusión final, la que, como respuesta al problema de investigación, destacamos en negrita y cursiva.

por ese pasado dual. No es exagerado, entonces, referirnos a un “doble proceso”, o a un proceso “dual”.

Así es que consideramos en el Capítulo I que lo más importante de destacar del resultado de este proceso dual, expresado en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, es que, **se trate del acto o del crimen, la materialidad de la agresión es la misma.** Es por ello que **definimos a la agresión como el uso grave 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.**

Pero el Estado es una entidad abstracta y, por lo tanto, para que ese uso de la fuerza pueda tener lugar, debe ser llevado a cabo por individuos, **y dado que solamente algunos individuos están en condiciones de movilizar un aparato estatal con ese fin, la responsabilidad penal, según el derecho internacional, estará limitada a aquellos individuos que controlen o dirijan efectivamente la acción política o militar de un Estado y que preparen, planifiquen, inicien o realicen dicho uso grave de la fuerza armada.**

Materialmente, entonces, el acto de agresión y el crimen de agresión coinciden. Pero **a la vez, ese uso grave de la fuerza armada da lugar a dos tipos de responsabilidad, según el sujeto al cual pueda atribuirse.** Así, entonces, pudimos cumplir nuestro objetivo de identificar los caracteres de acto y crimen, para detectar elementos comunes –en su contenido material– y sus diferencias –en cuanto a las consecuencias que se atribuyen a los sujetos–.

La distinción entre acto de agresión y crimen de agresión, entonces, se justifica en cuanto a la atribución y a las consecuencias jurídicas que de ellos se deriven, pero no en su contenido, contenido que, tal como ilustró –no sin dificultades– el largo proceso codificador dual, y se materializó en la Definición de la Agresión y en el Artículo 8 bis, **implica dos elementos definitorios esenciales, el uso de la fuerza armada y la gravedad.**

A partir de esta identidad material, según nos mostró el Capítulo I, **la agresión se puede visualizar como una categoría jurídica única,** cualidad esta que también tuvo algún rasgo en el mismo proceso codificador, no obstante su complejidad y carácter dual: la propia decisión de la Asamblea General de suspender la labor de la CDI sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad hasta contar con una definición de la agresión muestra una clara intención en ese sentido, ra-

tificada por la reanudación de esa labor luego de la aprobación de la resolución 3314 (XXIX). Que la propia Definición de la Agresión haya recorrido todo el camino hasta encontrarse mencionada expresamente en el párrafo 2 del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma confirma dicha apreciación: **para que exista un crimen de agresión debe existir necesariamente un acto de agresión, y ese acto de agresión no es otro que el mencionado en la Carta de las Naciones Unidas y definido en el anexo de la resolución 3314 (XXIX)**. Y aquí debemos insistir sobre el punto que ya señalamos en el Capítulo I: no es posible interpretar los dos párrafos del Artículo 8 bis de manera aislada, como si se refirieran a dos conceptos completamente diferentes sin vinculación entre sí. La norma es clara: no puede haber crimen de agresión sin acto de agresión. Subsistió, no obstante, y esto es crucial para determinar la relación entre ambos conceptos, el interrogante de si puede o no existir un acto de agresión sin un crimen de agresión, cuestión que desarrollamos en el Capítulo II.

En ese sentido, el análisis que realizamos en el Capítulo II nos permite afirmar que **la cláusula de umbral en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma no introduce una nueva categoría de usos ilícitos de la fuerza que distinga entre actos de agresión que dan lugar a responsabilidad estatal y responsabilidad penal individual –y que así constituyan un crimen de agresión– de aquellos que solo implican la responsabilidad estatal. Su finalidad no es otra que ratificar la naturaleza de la agresión, como la forma más grave de uso ilícito de la fuerza**, frente a las formas menos graves de violación del principio consagrado en el Artículo 2.4 de la Carta.

Dicho en otros términos, el Artículo 8 bis ratifica que **el crimen de agresión es *per se* grave** y que los usos de la fuerza prohibidos por el derecho internacional serán competencia de la Corte Penal Internacional solo cuando alcancen el umbral pertinente.

La conclusión del Capítulo II es doble: en primer lugar, queda reforzada la idea de que **la agresión es grave, y que la gravedad es la característica diferenciadora de la agresión**. En segundo lugar, **no hay usos de la fuerza más graves que la agresión como tampoco actos de agresión más graves que otros**. Nada en las normas aplicables, particularmente la Carta de las Naciones Unidas y la Definición de la Agresión, ni en la jurisprudencia internacional relevante, parece apoyar la distinción entre los actos de agresión. Por el contrario, siendo la agresión grave en sí misma, tal distinción redundaría en un vaciamiento de significado al concepto.

De ese modo, la cláusula de umbral en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, leída en el contexto de las normas internacionales sobre el uso de la fuerza² y a la luz de los trabajos preparatorios, solamente puede confirmar nuestra primera conclusión, a la vez que no modifica la segunda: la agresión siempre es grave y siempre dará lugar a responsabilidad estatal e individual³. Por lo tanto, quedó también resuelto nuestro interrogante del Capítulo I: **así como no puede haber crímenes sin actos, tampoco puede haber actos sin crímenes.**

El repaso efectuado a las opiniones doctrinarias mostró, no obstante, la existencia de una corriente que le otorga relevancia jurídica al concepto de “guerra de agresión”, mencionado en el Artículo 5.2 de la Definición de la Agresión. Aunque sostuvimos que ello no impide nuestra anterior conclusión, consideramos pertinente analizar la cuestión, en el sentido de determinar cuál es el valor jurídico, si es que tiene alguno, del concepto de “guerra de agresión” en el derecho internacional contemporáneo y si es posible considerarla como una suerte de subespecie de agresión que pudiese ser más grave que los actos de agresión y, en tal caso, cuál sería su relación con el crimen de agresión. Por formar parte de lo que identificamos como el “problema terminológico de la agresión”, lo discutimos en el Capítulo IV.

Pero antes de atacar tal problema, debimos detenernos en lo que aparece como la principal diferencia entre el acto de agresión y el crimen de agresión, producto de su atribución a sujetos tan diferentes para el derecho internacional: las consecuencias jurídicas.

Así, según pudimos apreciar en el Capítulo III, **tanto el acto de agresión como el crimen de agresión originan una importante cantidad de consecuencias jurídicas, varias de ellas de gran magnitud, reflejo de la gravedad de la agresión. Estas consecuencias no solamente se caracterizan por su magnitud, sino también por su variedad, por cuanto, como se vio, se proyectan por diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico internacional:** el sistema de seguridad colectiva, las normas sobre el uso

² Como reflexionaremos más adelante, se trata de una característica esencial de nuestro enfoque integral: las disposiciones del Estatuto de Roma en materia de agresión deben ser leídas a la luz de la totalidad del ordenamiento jurídico vigente, y no en lo que, en otro contexto, se ha denominado un “aislamiento clínico del derecho internacional” (OMC: *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, informe del Órgano de Apelación (WT/DS2/AB/R), 29 de abril de 1996, p. 18).

³ Ello con independencia de que en la práctica puedan hacerse efectivas ambas formas de responsabilidad.

de la fuerza, las normas sobre responsabilidad internacional, el Derecho de los Tratados y el Derecho Penal Internacional, pudiendo insinuarse también ciertas consecuencias en el Derecho Internacional Humanitario y en el Derecho de los Derechos Humanos. **Esta variedad de consecuencias y ámbitos donde se producen nos habla de una enorme “fuerza expansiva” de la agresión y la centralidad que su prohibición tiene en el ordenamiento jurídico internacional.** Es que **la agresión es tan grave que conmueve los cimientos mismos de la sociedad internacional**, por cuanto consiste, como se ha dicho, en la *“destrucción de la base social de la comunidad internacional”*⁴.

Otro rasgo que destacamos en el Capítulo III, es que, no obstante su número y variedad, **las consecuencias de la agresión están profundamente interconectadas entre sí**, a punto tal de resultar difícil distinguir a qué ámbito normativo pertenecen, como se vio al estudiar ciertas consecuencias en materia de responsabilidad internacional y su relación con el sistema de seguridad colectiva, o la discusión sobre el fundamento de las consecuencias en materia de tratados. **Esta interconexión**, que se manifiesta tanto hacia el interior de las consecuencias del acto de agresión y del crimen de agresión, como entre ambos conjuntos, aporta datos sobre la relación misma entre acto y crimen, por cuanto **nos vuelve a hablar de la unidad de la agresión**, no ya en cuanto a su contenido material, que es idéntico, sino también **en cuanto al aspecto que diferencia a ambos conceptos: incluso a través de las diferencias, la agresión muestra su unidad.**

También notamos en el Capítulo III que **algunas de las consecuencias que estudiamos son propias y exclusivas de la agresión, distinguiéndose así de otros usos de la fuerza, de otros hechos ilícitos e, incluso, de otras violaciones graves de normas imperativas.** Al mismo tiempo, y en parte como derivación de lo anterior, **ningún otro hecho ilícito internacional da lugar a la cantidad y variedad de consecuencias que origina la agresión.** De esa forma, **las consecuencias de la agresión –es decir, tanto del acto como del crimen– revelan que la agresión es distinta.** Llamamos *singularidad* a esta característica de la agresión, que la hace ser diferente a otros hechos ilícitos.

⁴ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*). Dimensión sustancial”, en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Coord.): *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*. Tomo I. Drnas-Lerner Editores. Córdoba, 2003, pp. 647-680, p. 669.

Un aspecto particular de esta singularidad, y que se puso de manifiesto en el Capítulo III, es lo que la Corte Internacional de Justicia ha denominado “dualidad de responsabilidades”⁵, es decir, la posibilidad de que un mismo hecho ilícito, calificado como violación grave de una norma imperativa y como crimen de derecho internacional, origine tanto responsabilidad estatal como individual. Esta, que es una característica posible en los demás crímenes listados en el Artículo 5 del Estatuto de Roma, aparece como una característica *necesaria* del crimen de agresión, toda vez que presupone para su configuración la existencia de un acto estatal. La dualidad de responsabilidades, entonces, aparece como un aspecto de la relación entre acto y crimen que, como tal, no puede ser soslayado en el análisis, por lo que lo profundizamos en el Capítulo V.

El Capítulo IV no solamente tuvo por objeto dar cumplimiento a nuestro objetivo acerca de aportar mayor claridad a lo que denominamos el “problema terminológico” de la agresión, sino también abordar algunos problemas que en la misma área se suscitaron durante el transcurso de la investigación.

Así, en el primer caso, creemos haber logrado precisar, al menos en lo que respecta a los alcances de la presente investigación, los conceptos involucrados en la determinación de la relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión en el derecho internacional.

No obstante la característica de multivocidad de la agresión, **es posible identificar un sentido preciso que las normas jurídicas internacionales le asignan al término y cómo puede distinguirse de otros conceptos** similares.

De tal forma, la posibilidad de un uso político de nociones como “agresión” o “acto de agresión”, y su uso efectivo en la práctica del Consejo de Seguridad, no empecen a su significado jurídico a la luz de la Carta de las Naciones Unidas y la Definición de la Agresión. Por el contrario, creemos haber demostrado en el Capítulo IV que la práctica del Consejo de Seguridad, por más errática que pueda parecer, no hace más que reforzar que **la agresión, tal cual está nombrada en la Carta y definida en la resolución 3314 (XXIX) es un concepto jurídico, con graves consecuencias –las**

⁵ CIJ: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, párr. 173.

más severas que prevé el derecho internacional—, y de allí que no se recurra a su determinación explícita.

Para entrar en el segundo caso, uno de los problemas que se nos presentó fue el de si el acto de agresión podía seguir siendo considerado un “crimen internacional”, en el sentido del Artículo 19 del Proyecto de 1996. En el Capítulo IV no solamente nos inclinamos por la afirmativa, sino que pensamos que **la agresión puede ser considerada como una de las más sólidas pruebas de la subsistencia del “crimen internacional” como *no-men iuris* en el derecho internacional**, no obstante su virtual desaparición en el Proyecto de 2001. **La centralidad de la prohibición de la agresión en el derecho contemporáneo y la gravedad de sus consecuencias ameritan su calificación como crimen** y, a la vez, la coexistencia de responsabilidad penal individual con la responsabilidad estatal —que llamamos “dualidad de responsabilidades”—, nos interpela acerca de por qué calificar a la agresión como crimen cuando la comete un individuo y no cuando lo comete un Estado, siendo que necesariamente ambas conductas se producirán simultáneamente. Es decir, **calificar como crimen al mismo acto de agresión nos habla de la *unidad* de la agresión**, y, como comentaremos más adelante, se vuelve una pieza relevante para nuestro objetivo principal.

Finalmente, el Capítulo IV reveló la importancia de tener en cuenta el contexto⁶ histórico y normativo al momento de precisar el significado jurídico de un término. En ese sentido, destacamos que todo intento de extrapolar las conclusiones de los Tribunales de Núremberg y Tokio al derecho internacional actual debe realizarse con mucho cuidado: **la agresión ya no se entiende con referencia al concepto de “guerra”, sino a la prohibición del uso de la fuerza** como está consagrada en el Artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, y la evolución del derecho internacional contemporáneo a partir de dicha prohibición y su aceptado carácter consuetudinario⁷ e imperativo⁸, ha llevado al vaciamiento de todo significado jurídico en la noción de “guerra”. **No teniendo la guerra, en-**

⁶ No podemos dejar de insistir en la importancia del contexto normativo al momento de interpretar las disposiciones relativas a la agresión, como parte esencial de nuestro enfoque integral.

⁷ CIJ: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004, p. 136, párr. 87, con cita de *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 187-190.

⁸ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1967, p. 271.

tonces, significado alguno en el derecho internacional contemporáneo, la pretendida subsistencia del concepto de “guerra de agresión”, como una presunta categoría más grave dentro de la agresión –y que incluso quiere utilizarse para pretender justificar una distinción material entre el acto de agresión y el crimen de agresión–, **carece de todo sustento.**

Identificados los elementos comunes del acto de agresión y del crimen de agresión, así como sus diferencias, y aclaradas las cuestiones terminológicas y conceptuales involucradas, pudimos abordar en profundidad y directamente la relación entre ambos conceptos.

El Capítulo V, tras repasar y criticar los abordajes realizados con anterioridad a la relación, demostró **la necesidad de recurrir a otra perspectiva: un enfoque integral**, cuya derivación lógica no es ni más ni menos que reconocer la unidad de la agresión en el derecho internacional.

Este enfoque integral, que nos permite apreciar la unidad de la agresión como descripción adecuada de la relación entre el acto y el crimen, salva, como hemos visto, **todas las críticas que pueden hacerse a las restantes posturas:** permite describir una relación sustancial, y no meramente procesal, entre ambos conceptos; tiene en cuenta todos los elementos de ambos, así como sus consecuencias jurídicas; y comprende todos los posibles casos de actos y crímenes, sin excluir a ningún acto por no reunir algún presunto requisito. De esa forma, **a través de la unidad, queda salvaguardada la gravedad de la agresión.**

Así es como **el enfoque integral también contribuye a identificar los caracteres de la agresión y las relaciones entre ellos. Gravedad, singularidad y unidad describen y distinguen a la agresión de cualquier otro hecho ilícito internacional**, tanto en el ámbito de las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas/crímenes internacionales como en el de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Y aunque estos dos ámbitos marcan la principal diferencia que puede trazarse entre el acto de agresión y el crimen de agresión, **la dualidad de responsabilidades –necesaria en la agresión, a diferencia de todos los demás crímenes internacionales, como muestra de su carácter singular–, al reconocer un origen común, no solo en la materialidad del hecho, sino también en la existencia de una única norma primaria violada, refuerza el carácter unitario de la agresión.**

En definitiva, el enfoque integral que proponemos no solamente permite abordar ambos aspectos, acto y crimen, sin priorizar uno en desmedro del otro, sino que también, y principalmente, responde de forma satisfacto-

ria el problema de investigación, mediante el reconocimiento de la gravedad, la singularidad y la unidad de la agresión.

Pero el análisis que desarrollamos en el Capítulo V, además de las conclusiones que planteamos, nos suscitó dos reflexiones de carácter general.

En primer lugar, el análisis reveló la insuficiencia de las posiciones doctrinarias que se han elaborado para describir la relación entre acto de agresión y crimen de agresión, insuficiencia que se manifiesta no solo por la escasa atención que la cuestión mereció de parte de los autores⁹, sino también por su limitado valor analítico, atento a las diferentes críticas de las que resultan pasibles, según se ha podido demostrar.

En segundo lugar, y unido a ello, se advierte **la necesidad de superar los enfoques parciales**, que plantean la relación desde alguno de los conceptos –subordinando así al otro–, **y reemplazarlos por un enfoque integral**, que tome al acto y al crimen como aspectos de una misma categoría jurídica: la agresión. Como vimos, desde el punto de vista de la responsabilidad por los crímenes internacionales, ya Bonafè había advertido sobre los riesgos de incrementar el foco de atención en la responsabilidad individual en detrimento de la responsabilidad del Estado por los mismos actos, o más en general, de una concepción compartimentalizada de la responsabilidad del Estado y del individuo en virtud del derecho internacional¹⁰. Ya hemos mencionado que compartimos esta apreciación, que se hace más notoria en el caso de la agresión, en los que los autores contemporáneos se centran mucho más en el estudio del crimen y sus consecuencias que en el acto estatal¹¹. Sin perjuicio de ampliar nuestra reflexión más adelante, es esta

⁹ No hay ninguna obra dedicada exclusivamente a nuestro problema, y las menciones a la cuestión son más que reducidas en los estudios dedicados al acto o al crimen.

¹⁰ BONAFÈ, Beatrice I.: *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 43.

¹¹ No podemos ignorar la existencia de razones de carácter histórico que explican este cambio del foco de atención. Con la introducción de la noción de “crimen internacional” en 1976, las dos décadas que le siguieron contaron con una enorme producción doctrinaria en la materia, y la Guerra del Golfo de 1990-1991 constituyó un hito, no solamente por ser la implementación del sistema de seguridad colectiva más parecida a la imaginada en 1945, sino porque permitió apreciar los alcances –y también los límites– de un régimen de responsabilidad agravada. Sin embargo, a mediados de los ‘90, a raíz de las atrocidades en los Balcanes y en África, que llevaron a la creación del TPIY y el TPIR, y la reactivación del proyecto de crear una corte penal permanente, coronado con la aprobación y subsecuente entrada en vigor del Estatuto de Roma, la responsabilidad penal individual pasó a ser el centro de atención, a la vez que la noción de “crimen internacional” se licuó en el Proyecto de 2001. Dado que las siguientes dis-

visión compartimentalizada –no solamente de la agresión, sino de todo el derecho internacional– la que ha llevado a la doctrina a no reparar en lo que para nosotros es un dato casi obvio: **la unidad de la agresión.**

Es que **toda la estructura de la presente investigación lleva a esa conclusión.** Podemos afirmar, a modo de apretada síntesis de lo ya expuesto, que el Capítulo I reveló la identidad de contenido material entre el acto de agresión y el crimen de agresión. El Capítulo II reforzó que ese contenido material idéntico en ambos conceptos se caracteriza por su *gravedad*. El Capítulo III nos mostró que esa gravedad también se ve reflejada en la magnitud de las consecuencias de la agresión. La variedad de estas consecuencias, que no se aprecia en ningún otro hecho ilícito internacional, pone de manifiesto la *singularidad* de la agresión, mientras que la interconexión entre todas esas consecuencias, tanto del acto como del crimen, nos habla de la *unidad* de la agresión.

Por otro lado, los problemas terminológicos que abordamos en el Capítulo IV también se vincularon directamente con esta cuestión. El hecho que dedicáramos gran parte del Capítulo IV a desarrollar los argumentos que nos permiten sustentar la afirmación de que **el acto de agresión sigue siendo un “crimen internacional”** no fue algo caprichoso ni meramente anecdótico, sino que obedeció a un propósito fundamental: demostrar los caracteres de la agresión en el derecho internacional. Así, **es evidente que el carácter de gravedad¹² subyace a la noción misma de “crimen internacional”**, pero lo mismo puede predicarse de su sucesora la “violación grave”, lo que revela la insuficiencia de la gravedad como carácter definitorio. Es por ello que **recurrimos a la unidad de la agresión, a través de la identidad de su elemento material, para concluir que lo que la califica como “crimen” en el derecho penal internacional es lo mismo que permite calificar como tal al acto del Estado, y eso es, precisamente, porque el acto estatal es inescindible del crimen de agresión, haciéndolo singular. Gravedad, singularidad y unidad son las que nos permiten sostener la subsistencia de la noción de “crimen internacional” en la agresión.** Al mismo tiempo, aceptar que la noción de “guerra de agresión” subsiste en el derecho internacional contemporáneo implica no solamente

cusiones sobre agresión tuvieron lugar en el marco del Estatuto de Roma, es lógico que los autores se centraran más en el crimen que en el acto, mas ello no justifica enfoques tan parcializados.

¹² En cualquiera de los dos sentidos que la doctrina le atribuye a la gravedad, ya sea por la índole de la obligación violada o por el carácter y magnitud de la violación misma.

ir en contra de la evolución de las normas, sino también, negar que la agresión sea siempre grave y abrir la puerta para quebrar su unidad; de allí que la hayamos descartado.

Finalmente, **la dualidad de responsabilidades** en el Capítulo V, **consecuencia de la diferente naturaleza de los sujetos a quienes se atribuye la violación grave de una obligación tan fundamental para la comunidad internacional, refuerza la unidad de la agresión en su propio origen, al ser dicha violación *la misma* en ambos casos, puesto que la norma primaria violada es una sola.**

De modo tal que así se resuelve nuestro problema de investigación: ***ACTO DE AGRESIÓN Y CRIMEN DE AGRESIÓN NO SON DOS CATEGORÍAS JURÍDICAS COMPLETAMENTE SEPARADAS, SINO DOS ASPECTOS DE UNA MISMA CATEGORÍA JURÍDICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL: LA AGRESIÓN, QUE ES GRAVE, SINGULAR Y UNITARIA. AUNQUE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE EMERGEN DE ACTO Y CRIMEN SON DIFERENTES – PERO INTERCONECTADAS–, ELLO OBEDECE A LA DIFERENTE NATURALEZA DE LOS SUJETOS A LOS QUE SE ATRIBUYE, PERO NO DEL HECHO ILÍCITO ÚNICO QUE LES DA ORIGEN, QUE NO ES MÁS QUE LA VIOLACIÓN GRAVE DE LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA, UNA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.***

Debemos reconocer que la diferencia entre **nuestra conclusión** y la doctrina mayoritaria nos sorprende. Y nuestra sorpresa se debe a que no vemos en la conclusión rasgos de creatividad, sino que **es la derivación lógica del análisis de las normas aplicables a la agresión**. Su originalidad –si es que cabe el término– radica en que no se ha planteado anteriormente, pese a que las normas interpretadas y los documentos estudiados son los mismos con los que han contado lo autores que nos precedieron en la consideración de la materia.

Por ello es que creemos oportuno esbozar algunas hipótesis de explicación de este singular fenómeno que, como adelantábamos en la Introducción, se volvió una suerte de “problema del problema”.

La primera de estas hipótesis es de carácter metodológico, por cuanto, como se ha podido apreciar, los autores tienden a ver la relación entre el acto y el crimen posicionándose desde uno de los dos conceptos –princi-

palmente, y entre los autores contemporáneos, desde el crimen de agresión¹³— y no realizan un enfoque integral. A la vez, quienes sí tratan ambos conceptos, o bien no reflexionan en profundidad sobre la relación¹⁴, o la sitúan en un espectro que cubre otros crímenes y a la vez se limita a las consecuencias en materia de responsabilidad¹⁵. Aunque esta última perspectiva presenta el inconveniente de limitar el estudio de la relación entre ambas dimensiones a la esfera de la responsabilidad —que, como hemos visto, no agota las consecuencias jurídicas de la agresión— y, además, no contribuye a subrayar que la agresión es *distinta* de otros crímenes internacionales —lo que incluso puede dificultar la elaboración de conclusiones generales aplicables a todos los casos—, tiene la ventaja de realizar, como nosotros, un enfoque integral, que comprende tanto la dimensión individual como la estatal de los ilícitos involucrados. De esa forma, refuerza la importancia de interpretar las normas relativas a la agresión dentro de un contexto amplio, que no se limite a ciertos sectores del derecho internacional, sino que las aborde con una visión global. Esto no es más, pensamos, que una derivación de la propia naturaleza de la agresión como la hemos descrito en estas páginas. Porque la agresión, según hemos visto, afecta a toda la comunidad internacional y sus consecuencias se expanden por múltiples sectores del ordenamiento jurídico¹⁶. Su análisis y consideración,

¹³ Lo limitado de esos enfoques para analizar nuestro problema se advierte si notamos que, si bien el Artículo 8 bis resuelve dos de los principales problemas en torno al acto y al crimen, esto es, su definición y su articulación entre sí, no alcanza a cubrir todos los aspectos de la relación. Esto viene dado por el alcance del propio Estatuto, limitado al establecimiento de la responsabilidad penal de las personas naturales (Artículo 25). Es necesario un enfoque más amplio, que salga de los límites del Estatuto, aunque reconociendo y valorando sus aportes —fundamentales, por otra parte—, y que nos permita ver la totalidad de las consecuencias jurídicas de la agresión en el derecho internacional.

¹⁴ Es el caso de la tantas veces citada obra de Kamto, *L'agression en droit international*.

¹⁵ Es el caso de Bonafè o los citados trabajos de Nollkaemper.

¹⁶ Así, además de todas las consecuencias desarrolladas en el Capítulo III y las mencionadas sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, la agresión también tiene efectos en el Derecho Internacional del Medio Ambiente (que exploramos, entre otras cosas, en PEZZANO, Luciano: “Responsabilidad Internacional Ambiental por conflicto armado”, *Cuaderno de Derecho Ambiental*, N° VII (2015), pp. 207-258), y en las normas sobre el comercio internacional, a tenor de las excepciones del Artículo XXI del GATT (PEZZANO, Luciano: “El Artículo XXI del GATT y la agresión”, ponencia presentada al XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, Córdoba, septiembre de 2019).

entonces, debe hacerse a la luz de todas las normas aplicables, y en ese entendimiento hemos procedido.

Pero a la vez, y estrechamente vinculado a lo anterior, parecen subyacer cuestiones más profundas que nos mueven a la segunda hipótesis. En ese sentido, notamos en la discusión que hay visiones que desde lo jurídico parecen enrolarse en la denominada “fragmentación” del derecho internacional¹⁷ y proponen un análisis del Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, aislado por completo de las normas del derecho internacional general. Ello se pone de manifiesto en el recurso –implícito en la mayoría de los casos– al Artículo 10 del Estatuto de Roma¹⁸, y al Entendimiento 4 de los Entendimientos relativos al crimen de agresión¹⁹, que puede aparecer como un esfuerzo por hacer del sistema del Estatuto de Roma un régimen cerrado en pugna con la unidad del orden jurídico.

No podemos compartir estas visiones. No obstante lo dispuesto en el Artículo 10, las normas del Estatuto pueden interpretarse a la luz del derecho internacional general²⁰ y, en el caso particular de la agresión, el Artí-

¹⁷ No es nuestra intención introducirnos en tan compleja discusión, pero sí señalarla. V. CDI: *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi*, Documento A/CN.4/L.682, Naciones Unidas, Ginebra, 2006; PAGLIARI, Arturo: “Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos”, *Ars Boni et Aequi*, N°5 (2009), pp. 11-38; DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: *El derecho internacional ambiental como subdisciplina del derecho internacional público en la ‘era global’*, disponible en: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-derecho-internacional-ambiental-como/at_download/file, al 1 de junio de 2018, y los autores allí citados.

¹⁸ “Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”.

¹⁹ “Se entiende que las enmiendas que abordan la definición del acto de agresión y el crimen de agresión lo hacen únicamente a los efectos del presente Estatuto. De conformidad con el artículo 10 del Estatuto de Roma, las enmiendas no se interpretarán en el sentido de que limiten o menoscaben en modo alguno las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”.

²⁰ En ese sentido, debemos recordar que el Artículo 21 del Estatuto de Roma dispone, entre otras cosas: “1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”. Es decir, en cuanto respecta a la aplicación del derecho, existe una primacía del Estatuto, pero igualmente se reconoce la posibilidad de aplicar

culo 8 bis expresamente menciona dos instrumentos cuya relevancia hemos destacado una y otra vez en estas páginas: la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 3314 (XXIX). Esa referencia no puede ser inocua y no solamente sirven a los fines de interpretar las disposiciones del Estatuto en materia de agresión, sino que demuestran que el sistema de la Corte Penal Internacional, particularmente en esta materia, no es un régimen cerrado, sino que se integra en el ordenamiento jurídico internacional vigente²¹.

Incluso el mismo proceso codificador –con todas las dificultades que hemos estudiado– parece confirmar nuestra apreciación. Tenemos que reconocer que la Conferencia de Revisión podría haber adoptado cualquier definición del crimen de agresión que no estuviera necesariamente vinculada a la resolución 3314 (XXIX)²² y que, incluso, no tuviera en cuenta el concepto de “acto de agresión”²³, como de hecho planteaban algunas propuestas. Sin embargo, no fue así, y el crimen se terminó definiendo por referencia al acto de agresión tal cual había sido definido en 1974, con expresa mención de la resolución. Es más, los mismos participantes en el

“principios y normas del derecho internacional”. A la vez, nada obsta a que la Corte recurra al derecho internacional para *interpretar* las disposiciones del propio Estatuto, toda vez que tal posibilidad está contemplada en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuya aplicación ha sido reconocida por la Sala de Apelaciones de la propia Corte (CPI-SA: *Situation in the Democratic Republic of Congo - Judgment on Prosecutor’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal*, ICC-01/04-168, 13 de julio de 2006, párr. 33).

²¹ Un aspecto al que no hemos hecho referencia, pero que podría constituir una crítica a nuestra posición, es el hecho de que las enmiendas de Kampala han sido aceptadas solamente por un reducido número de Estados Partes en el Estatuto y que, por tanto, no tienen aplicación general. A ello podemos responder recordando que el Estatuto de Roma no solamente está abierto a todos los Estados (Artículo 125), sino que la Corte Penal Internacional tiene una competencia universal en potencia, toda vez que el Consejo de Seguridad puede remitirle una situación en la que parezcan haberse cometido crímenes en el territorio o por nacionales de cualquier Estado, sean o no partes en el Estatuto (Artículos 12.2 y 13, inc. b), facultad que está expresamente reconocida para el caso de la agresión (Artículo 15 ter) y que no tiene otro origen, como señalamos en el Capítulo III, que la Carta de las Naciones Unidas.

²² Aunque sí a la Carta de las Naciones Unidas, atento el mandato del Artículo 5.2 del Estatuto.

²³ En ese sentido, las nociones de “uso de la fuerza” o “ataque armado” igualmente podían llegar a satisfacer el requisito del Artículo 5.2 del Estatuto.

proceso reconocieron²⁴ que la diferencia fundamental entre el crimen de agresión y el acto de agresión era en materia de responsabilidad: mientras que el primero solamente comprometía la responsabilidad individual, el segundo originaba responsabilidad el Estado. Ahora bien, si la definición a adoptar solamente era válida para los fines del Estatuto –como expresamente lo disponen ambos párrafos del Artículo 8 bis, reforzado por el Entendimiento 4 y el Artículo 10– y la Corte solamente tiene competencias sobre las personas naturales –Artículo 25.1–, ¿por qué preocuparse por un concepto relativo a la responsabilidad del Estado? Pensamos que, aun cuando no fuera un desenlace inevitable –insistimos, podría haber sido de otra forma–, quizás fue la convicción de la unidad del orden jurídico lo que llevó a los redactores del Artículo 8 bis a la definición del crimen que más se acercara al sentido de la agresión –en cuanto acto estatal– en el derecho internacional.

Precisamente si hacemos referencia al proceso codificador, no debe olvidarse que el Entendimiento 4 tiene un origen concreto en las propuestas de los Estados Unidos a la Conferencia de Revisión²⁵ y su redacción final fue fruto de un compromiso político, cuyos efectos jurídicos son más que dudosos²⁶. Sabemos que en la historia de la agresión está plagada de compromisos de este tipo, inevitables cuando quienes intervienen en las negociaciones son representantes de Estados, sujetos

²⁴ FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A.: “The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court”, *Fordham International Law Journal* Vol. 25 (2002), pp. 589-605, p. 597.

²⁵ KREß, Claus *et al.*: “Negotiating the Understandings on the crime of aggression”, en: BARRIGA, Stefan y KREß, Claus: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 81-97, p. 92-93

²⁶ Pensamos así no solamente por la dudosa naturaleza de los Entendimientos (HELLER, Kevin Jon: “The uncertain legal status of the aggression understandings”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, N°1 (2012), pp. 229-248), sino porque la disposición es innecesaria a la luz del Artículo 10 del Estatuto (ZIMMERMANN, Andreas y FREIBURG, Elisa: “Article 8 bis. Crime of aggression”, en TRIFFTERER, Otto y AMBOS, Kai (Eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3ª edición, C.H. Beck, 2015, pp. 580-618, p. 585) y no se puede negar que, no obstante lo que diga, la definición del crimen, por ser la primera acordada de forma multilateral y para un órgano de tal relevancia en la comunidad internacional tendrá notoria influencia en el derecho internacional general (SCHABAS, William: *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 308).

políticos por naturaleza. Es, por tanto, comprensible que los Estados actúen movidos por intereses políticos.

Lo que nos resulta más difícil de comprender, y esta es nuestra última hipótesis, es que algunos juristas parezcan más preocupados porque sus opiniones sean políticamente aceptables que jurídicamente correctas. Sería ingenuo y hasta erróneo pretender un análisis completamente aséptico del Derecho, separado de las circunstancias históricas y políticas en las que las normas son creadas, interpretadas y aplicadas, pero pensamos que tales circunstancias no pueden llevarnos a conclusiones que colisionan con normas y principios bien establecidos y amenazan con fragmentar la unidad del orden jurídico.

De más está decir que reconocemos que solamente aceptando la unidad del orden jurídico, el enfoque integral de la agresión que aquí planteamos adquiere su total dimensión y significado. De otra forma, deberíamos reconocer que cada vez que un conjunto de normas se refiere a la “agresión” lo hace con un sentido propio, diferente al de otros, y eso no es lo que parece surgir del análisis de las páginas que anteceden. Por el contrario, la unidad de la agresión no solamente es una derivación de adoptar un enfoque integral basado en la unidad del orden jurídico, sino que a la vez, por sus múltiples consecuencias y fuerza expansiva, demuestra dicha unidad.

Es que pensamos que la idea de agresión se encuentra en el centro mismo del sistema jurídico nacido en 1945. Aun quienes creemos en la humanización del derecho internacional debemos reconocer que ningún otro fenómeno internacional genera tantas consecuencias jurídicas, consecuencias que se prolongan sobre diferentes ramas del derecho internacional y que no se verifican respecto de ningún otro crimen internacional, ni siquiera uno tan execrable y que conmueve tanto la conciencia de la humanidad como el genocidio²⁷.

²⁷ Podría pensarse que la evolución del derecho internacional llevará a que las consecuencias del genocidio sean algún día comparables a las de la agresión. En ese sentido, nos preguntamos si el concepto de “Responsabilidad de Proteger”, en cuanto, entre otras cosas, reconoce la responsabilidad de las Naciones Unidas, a través del Consejo de Seguridad, de adoptar una “respuesta oportuna y decisiva” en caso de que los Estados no protejan a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad –es decir, la activación del sistema de seguridad colectiva ante estas atrocidades– constituye un paso en ese sentido. Exploramos el concepto y su origen en PEZZANO, Luciano: *La Responsabilidad de Proteger en las Naciones Unidas*, CEA-UNC/Advocatus, Córdoba, 2016.

Cuando el Tribunal de Núremberg sostuvo que la agresión era “el crimen supremo”, se fundó en el argumento netamente moral de la “maldad” que ella contenía. Ese carácter moral no implica necesariamente que no podamos resignificar esa afirmación a la luz de los desarrollos del derecho internacional y vincular la idea de “maldad” a la de *gravedad*. Es que, como se ha dicho en reiteradas oportunidades a lo largo de estas páginas, la agresión es tan grave que conmueve los cimientos mismos de la comunidad internacional. Es por eso que el derecho internacional contemporáneo se construyó sobre una norma que protegiera esos cimientos. Esa norma no es otra que la prohibición de la agresión, prohibición que, pensamos haber demostrado aquí, está dirigida tanto a Estados como a individuos, y cuya violación genera consecuencias que se proyectan sobre la totalidad del ordenamiento jurídico.

Así, concluimos, en medio de una sociedad internacional convulsionada, en el inconcluso debate entre objetivistas y subjetivistas²⁸, entre visiones comunitaristas y bilaterales de la responsabilidad internacional, y frente a los riesgos de un relativismo fragmentador del Derecho Internacional, la unidad de la agresión que aquí sostenemos se alza a la vez como demostración y consecuencia de la unidad del orden jurídico.

²⁸ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “La inconclusa puja entre objetivistas y subjetivistas en los proyectos sobre responsabilidad internacional de la Comisión de Derecho Internacional”, en ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando et al. (Ed.): *El Derecho Internacional entre lo jurídico y lo político. Homenaje al profesor Rafael Nieto Navia*, Colección estudio de derecho internacional N° 12, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 21-39.

BIBLIOGRAFÍA

“Spesso i libri parlano di altri libri”.

Umberto Eco

Il nome della rosa, 1980

Jurisprudencia

Corte Permanente de Justicia Internacional

Case Concerning the Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) (Jurisdiction), Serie A, N° 9.

Corte Internacional de Justicia

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 114.

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 161.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 3.

Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, p. 95.

Tribunal Militar Internacional

Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Vol. I, International Military Tribunal, Núremberg, 1947.

Corte Penal Internacional

SA: *Situation in the Democratic Republic of Congo - Judgment on Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, ICC-01/04-168, 13 de julio de 2006.*

SPI II: *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad al Bashir, Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir, ICC-02/05-01/09, 6 de julio de 2017.*

SPI II: *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad al Bashir, Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir, ICC-02/05-01/09, 12 de diciembre de 2017.*

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

SA: *Prosecutor v. Duško Tadić a.k.a. "Dule". Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995.*

Tribunal Penal Internacional para Rwanda

SPI: *The Prosecutor vs. Jean Kambanda*; fallo de 4 de septiembre de 1998, ICTR 97-23-S.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101.

Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C N° 105.

Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C N° 116.

Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N° 153.

Comisión de Reclamaciones Etiopía-Eritrea

Partial Award, Jus Ad Bellum, 19 de diciembre de 2005.

Decision N°7: Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability, 27 de julio de 2007.

Ethiopia's Damages Claims, Final Award, 17 de agosto de 2009.

Sistema de Solución de Diferencias de la OMC

Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional, informe del Órgano de Apelación (WT/DS2/AB/R), 29 de abril de 1996.

Documentos Internacionales

Asamblea General

Comité sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas

Report of the 1966 Special Committee on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States, Documento A/6230, Naciones Unidas, Nueva York, 1966.

Report of the Special Committee on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States, Documento A/6799, Naciones Unidas, Nueva York, 1967.

Report of the Special Committee on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States, Documento A/7326, Naciones Unidas, Nueva York, 1968.

Informe del Comité Especial de los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, Documento A/7619, Naciones Unidas, Nueva York, 1969.

Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión

Report of the Special Committee on the Question of Defining Aggression, Documento A/7185/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1968.

Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión, Documento A/7620, Naciones Unidas, Nueva York, 1969.

Special Committee on the Question of Defining Aggression, Summary records of the 52nd to 66th meetings, Naciones Unidas, Nueva York, 1970.

Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión, Documento A/8019, Naciones Unidas, Nueva York, 1970.

Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión, Documento A/8419, Naciones Unidas, Nueva York, 1971.

Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión, Documento A/8719, Naciones Unidas, Nueva York, 1972.

Special Committee on the Question on Defining Aggression. Sixth session. Summary records of the one hundredth to one hundred and ninth meetings, Naciones Unidas, Ginebra, 1973.

Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión, Documento A/9019, Naciones Unidas, Nueva York, 1973.

Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión, Documento A/9619, Naciones Unidas, Nueva York, 1974.

Otros

Draft resolution on the definition of aggression, Documento A/C.1/608, Naciones Unidas, Nueva York, 1950.

Question of defining aggression. Report by the Secretary-General, Documento A/2211, Naciones Unidas, Nueva York, 1952.

Report of the Special Committee on the Question of Defining Aggression, Documento A/2638, Naciones Unidas, Nueva York, 1953.

Question of Defining Aggression. Comments received from Governments, Documento A/2689, Naciones Unidas, Nueva York, 1954.

Question of Defining Aggression. Report of the Sixth Committee, Documento A/2806, Naciones Unidas, Nueva York, 1954.

Informe de la Comisión Especial para la Cuestión de la Definición de la Agresión, Documento A/3574, Naciones Unidas, Nueva York, 1957.

Question of Punishment of War Criminals and of Persons who have committed Crimes Against Humanity. Report of the Secretary-General, Documento A/7174, Naciones Unidas, Nueva York, 1968.

Documentos Oficiales. 1727ª sesión plenaria, Documento A/PV.1727, Naciones Unidas, Nueva York, 1968.

Sixth Committee. Summary record of the 1471st meeting, Documento A/C.6/SR.1471, Naciones Unidas, Nueva York, 1974.

Sixth Committee. Summary record of the 1482nd meeting, Documento A/C.6/SR.1482, Naciones Unidas, Nueva York, 1974.

Sixth Committee. Summary record of the 1483rd meeting, Documento A/C.6/SR.1483, Naciones Unidas, Nueva York, 1974.

Documentos Oficiales. 2319ª sesión plenaria, Documento A/PV.2319, Naciones Unidas, Nueva York, 1974.

Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una corte penal internacional, Documento A/50/22, Naciones Unidas, Nueva York, 1995.

Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional, Documento A/51/22(Vol.I), Naciones Unidas, Nueva York, 1996.

Resoluciones y decisiones de la Asamblea General, Volúmenes pertinentes.

Consejo de Seguridad

Documentos oficiales. 473ª sesión, Documento S/PV.473, Nueva York, 1950.

Documentos oficiales. 474ª sesión, Documento S/PV.474, Nueva York, 1950.

Documentos oficiales. 476ª sesión, Documento S/PV.476, Nueva York, 1950.

Acta taquigráfica provisional de la 2932ª sesión, Documento S/PV.2932, Naciones Unidas, Nueva York, 1990.

Acta taquigráfica provisional de la 2933ª sesión, Documento S/PV.2933, Naciones Unidas, Nueva York, 1990.

Acta taquigráfica provisional de la 2934ª sesión, Documento S/PV.2934, Naciones Unidas, Nueva York, 1990.

Acta taquigráfica provisional de la 2938ª sesión, Documento S/PV.2938, Naciones Unidas, Nueva York, 1990.

Acta taquigráfica provisional de la 2940ª sesión, Documento S/PV.2940, Naciones Unidas, Nueva York, 1990.

Acta taquigráfica provisional de la 2951ª sesión, Documento S/PV.2951, Naciones Unidas, Nueva York, 1990.

Acta taquigráfica provisional de la 2963ª sesión, Documento S/PV.2963, Naciones Unidas, Nueva York, 1990.

Cartas idénticas de fecha 12 de diciembre de 2000 dirigidas al Secretario General y al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Argelia ante las Naciones Unidas, Documento A/55/686-S/2000/1183, Naciones Unidas, Nueva York, 2000.

Resoluciones y decisiones del Consejo de Seguridad, Volúmenes pertinentes

Comisión de Derecho Internacional

Anuarios e informes de la Comisión

Informe de la Comisión de Derecho Internacional. Segundo Periodo de Sesiones, Documento A/1316, Naciones Unidas, Nueva York, 1950.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su tercer período de sesiones. Documento A/1858, Naciones Unidas, Nueva York, 1951.

- Yearbook of the International Law Commission 1951*, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York, 1957.
- Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su sexto período de sesiones*, Documento A/2693, Naciones Unidas, Nueva York, 1954.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1967.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1970*, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York, 1972.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1977.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1977.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1980*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1981.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1983*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1984.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1983*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1985.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1985*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York, 1986.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1985*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1987.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1985*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1987.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1986*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1988.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1988*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York, 1990.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1988*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1991.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1993.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1994.

- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1994*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1997.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1995*, Vol. II, (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1998.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2000*, Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2005.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2007*, Vol. I. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2014.
- Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 63º período de sesiones*. Documento A/66/10. Naciones Unidas, Nueva York, 2011.

Informes de Relatores Especiales y Grupos de Trabajo

- 13º Informe sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, Documento A/CN.4/466, Naciones Unidas, Ginebra, 1995.
- Quinto informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz*, Adición, Documento A/CN.4/453/Add.2, Naciones Unidas, Ginebra, 1993.
- Quinto informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz*, Adición, Documento A/CN.4/453/Add.3, Naciones Unidas, Ginebra, 1993.
- Séptimo informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz*, Documento A/CN.4/469, Naciones Unidas, Ginebra, 1995.
- Séptimo informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz*, Adición, Documento A/CN.4/469/Add.1, Naciones Unidas, Ginebra, 1995.

Primer informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial James Crawford, Adición, Documento A/CN.4/490/Add.1, Naciones Unidas, Ginebra, 1998.

Primer informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial James Crawford, Adición, Documento A/CN.4/490/Add.3, Naciones Unidas, Ginebra, 1998.

Tercer informe sobre la Responsabilidad de los Estados, del Relator Especial James Crawford, Adición, Documento A/CN.4/507/Add.4, Naciones Unidas, Ginebra, 2000.

Responsabilidad de los Estados. Proyecto de artículos aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura, Documento A/CN.4/L.600, Naciones Unidas, Ginebra, 2000.

Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi, Documento A/CN.4/L.682, Naciones Unidas, Ginebra, 2006.

Tercer informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Documento A/CN.4/700, Naciones Unidas, Nueva York, 2016.

Corte Penal Internacional

Conferencia de Roma

Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional, Documento A/CONF.183/2/Add.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1998.

Comisión Preparatoria

Recopilación de las propuestas relativas al crimen de agresión, Documento PCNICC/1999/INF/2, Naciones Unidas, Nueva York, 1999.

Actuaciones de la Comisión Preparatoria en sus períodos de sesiones primero, segundo y tercero, Documento PCNICC/1999/L.5/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1999.

Documento de referencia sobre el crimen de agresión, preparado por la Secretaría. Documento PCNICC/2000/WGCA/INF/1, Naciones Unidas, Nueva York, 2000.

Propuesta presentada por Alemania, Documento PCNICC/2000/WGCA/DP.4, Naciones Unidas, Nueva York, 2000.

Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su noveno período de sesiones, Documento PCNICC/2002/L.1/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 2002.

Documento de debate propuesto por el Coordinador, Documento PCNICC/2002/WGCA/RT.1, Naciones Unidas, Nueva York, 2002.

Documento de debate propuesto por el Coordinador, Documento PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2, Naciones Unidas, Nueva York, 2002.

Elementos del crimen de agresión. Propuesta presentada por Samoa, Documento PCNICC/2002/WGCA/DP.2, Naciones Unidas, Nueva York, 2002.

Examen histórico de la evolución en materia de agresión, Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1, Naciones Unidas, Nueva York, 2002.

Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión

Documentos oficiales, Cuarto período de sesiones, Documento ICC-ASP/4/32, Anexo II. A, Corte Penal Internacional, La Haya, 2005.

Documentos oficiales, Cuarto período de sesiones, Documento ICC-ASP/4/32, Anexo II. B, Corte Penal Internacional, La Haya, 2005.

Documentos oficiales, Cuarto período de sesiones, Documento ICC-ASP/4/32, Anexo II. D, Corte Penal Internacional, La Haya, 2005.

Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, Documento ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2006.

Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, Documento ICC-ASP/5/SWGCA/1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2006.

Documento de debate propuesto por el Presidente sobre el crimen de agresión, Documento ICC-ASP/5/SWGCA/2, Naciones Unidas, Nueva York, 2007.

Documentos oficiales, Continuación del quinto período de sesiones, Documento ICC-ASP/5/35, Anexo II, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007.

Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, Documento ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007.

Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, Documento ICC-ASP/6/SWGCA/1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2007.

Documentos oficiales, Continuación del sexto período de sesiones, Documento ICC-ASP/6/20/Add.1, Anexo II, Corte Penal Internacional, La Haya, 2008.

Documento de debate propuesto por el Presidente sobre el crimen de agresión (versión revisada de enero de 2009), Documento, ICC-ASP/7/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2009.

Documentos oficiales, Continuación del séptimo período de sesiones, Documento ICC-ASP/7/20/Add.1, Anexo II, Corte Penal Internacional, La Haya, 2009.

Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, Documento ICC-ASP/8/SWGCA/INF.1, Corte Penal Internacional, La Haya, 2009.

Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, Documento ICC-ASP/8/INF.2, Corte Penal Internacional, La Haya, 2009.

Conferencia de Kampala

Documentos oficiales, Documento RC/11, Corte Penal Internacional, La Haya, 2010.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados

Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties (First session), Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York, 1969.

Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas

Decisión N°7 del Consejo de Administración: Criterios aplicables a categorías adicionales de reclamaciones, Documento S/AC.26/1991/7/Rev.1, Naciones Unidas, Ginebra, 1992.

Doctrina**Libros**

- ÁLVAREZ DORREGO, Matías: *La Corte Penal Internacional. Hacia la inclusión en el Estatuto de Roma del Crimen de Terrorismo*, Fabián J. Di Plácido Ed., Buenos Aires, 2004.
- ÁLVAREZ UNDURRAGA, Gabriel: *Metodología de la investigación jurídica*, Universidad Central de Chile. Santiago, 2002.
- AMBOS, Kai: *El crimen de agresión después de Kampala*, Dykinson, Madrid, 2011.
- AUSTIN, Jay E. y BRUCH, Carl E. (Ed.): *The environmental consequences of war*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- BARRIGA, Stefan y KREß, Claus: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- BASSIOUNI, M. Cherif: *International Criminal Law*, Tercera Edición, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008.
- BELLELLI, Roberto (Ed.): *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate, 2010.
- BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan y REDGEWELL, Catherine: *International Law and the Environment*, Tercera edición, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- BONAFÈ, Beatrice I.: *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- BROWNLIE, Ian: *International Law and the Use of Force by States*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- CASSESE, Antonio, GAETA, Paola y JONES, John R. W. D.: *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- CICIRIELLO, María Clelia: *L'Aggressione in diritto internazionale. Da 'crimine' di Stato a crimine dell'individuo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2002.
- COMELLAS AGUIRREZÁBAL, María Teresa: *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el Derecho Internacional Humanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

- CORTEN, Olivier y KLEIN, Pierre (Eds.): *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- CORTEN, Olivier: *The Law Against War. The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010.
- COT, Jean Pierre y PELLET, Alain (Dir.): *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Tercera edición, Economica, Paris, 2005.
- CRAWFORD, James y PELLET, Alain (Eds.): *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- CRYER, Robert, FRIMAN, Hakan, ROBINSON, Darryl y WILM-SHURST, Elizabeth (Eds.): *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- DE WET, Erika: *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, Portland, 2004.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimosexta edición, Tecnos, Madrid, 2007.
- DINSTEIN, Yoram: *War, Aggression and Self-Defence*, Cuarta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- DINSTEIN, Yoram: *War, Aggression and Self-Defence*, Quinta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- DÖRR, Oliver y SCHMALENBACH, Kirsten (Eds.): *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2012.
- EIROA, Pablo D.: *La Corte Penal Internacional. Fundamentos y Jurisdicción*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
- ESCUADERO ESPINOSA, Juan Francisco: *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad. Hacia la paz por la justicia*, Editorial Dilex, Madrid, 2004.
- FEIGHERY, Timothy J., GIBSON, Christopher S. y RAJAH, Trevor M.: *War Reparations and the UN Compensation Commission: Designing Compensation After Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- FERENCZ, Benjamin B.: *Defining International Aggression. The Search for World Peace. A Documentary History and Analysis*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 1975.

- POLITI, Mauro y NESI, Giuseppe (Eds.): *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Ashgate, Aldershot, 2004.
- GRAY, Christine: *International Law and the Use of Force*, 3ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- GREEN, James A.: *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2009.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y LUCIO, Pilar Baptista: *Metodología de la investigación*, McGraw-Hill, México, 1996.
- HUESA VINAIXA, Rosario (Coord.): *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva. Intersección de sistemas. Estudios en homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo: *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, 1958.
- JØRGENSEN, Nina H. B.: *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- KAMTO, Maurice: *L'agression en droit international*, A. Pedone, Paris, 2010.
- KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 4ª edición, 9ª reimpresión, 2009.
- KEMP, Gerhard: *Individual Criminal Liability for the International Crime of Aggression*, 2ª edición, Intersentia, Cambridge, 2016.
- KOLB, Robert: *Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2009.
- KREß, Claus y BARRIGA, Stefan (Eds.): *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- LAMBERTI ZANARDI, Pierluigi: *La Legitima Difesa nel Diritto Internazionale*, Giuffré Ed., Milán, 1972.
- MAY, Larry: *Aggression and Crimes Against Peace*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- MCDOUGALL, Carrie: *The Crime of Aggression Under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

- MURPHY, Sean D., KIDANE, Won y SNIDER, Thomas R.: *Litigating War: Mass Civil Injury and the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- NYIRI, Nicolas: *The United Nations' Search for a Definition of Aggression*, Peter Lang Publishing, New York, 1989.
- OROZCO TORRES, Luis Ernesto: "Crimen de Agresión: Problemas Actuales". Universidad Internacional de Andalucía, 2012.
- PASTOR RIDRUEJO, José A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Decimoquinta edición, Madrid, 2011.
- PEZZANO, Luciano: *La Responsabilidad de Proteger en las Naciones Unidas*, CEA-UNC/Advocatus, Córdoba, 2016.
- PINTORE, Eduardo José: *La Legítima Defensa en el Derecho Internacional*, Ciencia Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba, 2012.
- POMPE, Cornelis Arnold: *Aggressive War: An International Crime*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1953.
- RUYS, Tom: *'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- SALMÓN, Elizabeth (Coord.): *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*, IDEHPUCP, Lima, 2011.
- SANDS, Philippe: *Principles of International Environmental Law*, Segunda edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- SAYAPIN, Sergey: *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, Springer, La Haya, 2014.
- SCHWEIGMAN, David: *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Kluwer Law International, La Haya, 2001.
- SCHABAS, William: *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- SIMMA, Bruno et al. (Eds.): *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Volumen II, 3ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2012.

- SOLERA, Oscar: *Defining the Crime of Aggression*, Cameron May, Londres, 2007.
- STONE, Julius: *Aggression and world order: a critique of United Nations theories of aggression*, The Lawbook Exchange, Clark, 2006.
- TOMUSCHAT, Christian y THOUVENIN, Jean-Marc (Ed.): *The fundamental rules of the international legal order. Jus cogens and obligations erga omnes*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005.
- TRIFFTERER, Otto y AMBOS, Kai (Eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3ª edición, C.H. Beck, 2015.
- UNWCC: *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, 1948.
- VILLIGER, Mark E.: *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009.
- WEILER, Joseph H. H., CASSESE, Antonio y SPINEDI, Marina (Eds.): *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Walter de Gruyter, Berlin, 1988.

Capítulos de libros

- BOS, Adriaan: "Crimes of State: In Need of Legal Rules?", en KREIJEN, Gerard *et al.* (Eds.): *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 221-237.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: "Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited", en RAGAZZI, Mauro (Ed.): *International Responsibility Today – Essays in Memory of O. Schachter*, M. Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 253-269.
- CANNIZZARO, Enzo: "On the Special Consequences of a Serious Breach of Obligations Arising out of Peremptory Rules of International Law", en CANNIZZARO, Enzo (Ed.): *The Present and Future of Jus Cogens*, Sapienza, Roma, 2015.
- CARDONA LLORENS, Jorge: "El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales", en DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Las Organizaciones Internacionales*, Decimotercera edición, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 216-264.

- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier: “Nuevas oportunidades y viejos circunloquios de la Corte Internacional de Justicia: A propósito de la legítima defensa (preventiva) en la historia de una violación grave de la prohibición del uso de la fuerza que no quiso ser llamada agresión. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de diciembre de 2005 en el asunto relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio, QUEL LÓPEZ, Francisco Javier y LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma (Eds.): *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, pp. 419-450.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “La inconclusa puja entre objetivistas y subjetivistas en los proyectos sobre responsabilidad internacional de la Comisión de Derecho Internacional”, en ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando et al. (Ed.): *El Derecho Internacional entre lo jurídico y lo político. Homenaje al profesor Rafael Nieto Navia*, Colección estudio de derecho internacional N° 12, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 21-39.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*). Dimensión sustancial”, en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Coord.): *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Tomo I, Drnas-Lerner Editores. Córdoba, 2003, pp. 647-680.
- GRAHAM, James: “The Compensation of Damage as Result of the State’s International Responsibility: An Overview”, en ANDRES, Gabriel E. y PAVÓN PISCITELLO, Daniel (Dir.): *Responsabilidad internacional de los Estados. Desarrollo actual, perspectivas y desafíos*, Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 2012, pp. 43-56.
- GRAY, Christine: “The International Court of Justice and the Use of Force”, en TAMS, Christian y SLOAN, James (Eds.): *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 237-261.
- GREENWOOD, Christopher: “State Responsibility and Civil Liability for Environmental Damage Caused by Military Operations”, en GRUNAWALT, Richard J., KING, John E. y MCCLAIN, Ronald S. (Eds.): *Protection of the Environment During Armed Conflict*, Naval War College, Newport, 1996, pp. 397-415.

- KAZAZI, Mojtaba: “Environmental Damage in the Practice of the UN Compensation Commission”, en BOWMAN, Michael y BOYLE, Alan: *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 111-132.
- KREß, Claus: “The International Court of Justice and the ‘Principle of Non-Use of Force’”, en WELLER, Marc (Ed.): *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 561-602.
- MAISON, Rafaëlle: “Les poursuites pénales internationales comme modalité de réparation du crime d’Etat”, en AA.VV: *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Vol. I, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2004, pp. 807-826.
- MURPHY, John F: “Crimes Against Peace at the Nuremberg Trial”, en GINSBURGS, George y KUDRIAVTSEV, Vladimir N. (Eds.): *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1990, pp. 141-153.
- NOLLKAEMPER, André: “State Responsibility for International Crimes: A Review of Principles of Reparation”, en CONSTANTINIDES, Aristotle y ZAIKOS, Nikos (Eds.): *The Diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 487-518.
- O’CONNELL, Mary: “The prohibition of the use of force”, en WHITE, Nigel D. y HENDERSON, Christian: *Research Handbook on International Conflict and Security Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 89-119.
- PELLET, Alain: “La responsabilité des dirigeants pour crime international de l’Etat. Quelques remarques sommaires au point de vue du droit international”, en DOUCET, Ghislaine (Ed.): *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Calmann-Lévy, Paris, 2003, pp. 195-208.
- PEZZANO, Luciano: “El principio de la prohibición del uso de la fuerza en la práctica del Consejo de Seguridad del siglo XXI”, en PINTORE, Eduardo (Dir.): *El uso de la fuerza en el derecho internacional contemporáneo*, Gráfica Trejo, Córdoba, 2018, pp. 7-50.
- RAO, Pemmaraju Sreenivasa: “International Crimes and State Responsibility”, en RAGAZZI, Mauro (Ed.): *International Responsibility Today*

– *Essays in Memory of O. Schachter*, M. Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 63-80.

REMIRO BROTONS, Antonio: “Crimen de agresión. Crimen sin castigo”, en RAMÓN CHORNET, Consuelo (Ed.): *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 91-129.

WYLER, Eric A. y CASTELLANOS-JANKIEWICZ, León A.: “Serious Breaches of Peremptory Norms”, en NOLLKAEMPER, André y PLAKOKEFALOS, Ilias (Ed.): *Principles of Shared Responsibility in International Law: An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 284-311.

ZYBERI, Gentian: “Responsibility of States and Individuals for Mass Atrocity Crimes”, en NOLLKAEMPER, André y PLAKOKEFALOS, Ilias: *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 236-262.

Artículos

AA.VV.: “Evolutions of the jus ad bellum: the crime of aggression”, *ASIL Proceedings*, Vol. 103 (2009), pp. 435-453.

AA.VV.: “Report of the Cleveland Experts Meeting: The International Criminal Court and the Crime of Aggression”, *Case Western Reserve Journal of International Law* Vol. 41 (2009), pp. 429-467.

ABI SAAB, Georges: “The Uses of Article 19”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, N°2 (1999), pp. 339-351.

AKANDE, Dapo y TZANAKOPOULOS, Antonios: “The Crime of Aggression in the ICC and State Responsibility”, *Harvard International Law Journal (Online Journal)*, Vol. 58 (2017), pp. 33-36.

ALSTON, Philip: “The Security Council and Human Rights: Lessons to be Learned from the Iraq-Kuwait Crisis and its Aftermath”, *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 13 (1990/1991), pp. 107-176, p. 138.

BARRIGA, Stefan y GROVER, Leena: “A Historic Breakthrough on the Crime of Aggression”, *American Journal of International Law*, Vol. 105, N°3 (2011), pp. 517-533.

- BASSIOUNI, M. Cherif: "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, N°4 (1996), pp. 63-74.
- BLOKKER, Niels: "The Crime of Aggression and the United Nations Security Council", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20 (2007), pp. 867-894.
- BLUM, Gabriella: "The Crime and Punishment of State", *The Yale Journal of International Law* Vol. 38 (2013), pp. 57-122.
- BOEVING, James Nicholas: "Aggression, International Law and the ICC: An Argument for the Withdrawal of Aggression from the Rome Statute", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol 43 (2005), pp. 557-611.
- BOTHE, Michael: "Security Council's Targeted Sanctions against Presumed Terrorists", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, N°3 (Julio 2008); pp. 541-556.
- BOWETT, Derek: "The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures", *European Journal of International Law*, Vol. 5 (1994), pp. 89-101.
- BROMS, Bengt Baltzar: "The Definition of Aggression", *RCADI* (1977), pp. 299-400.
- BUGNION, François: "Just wars, wars of aggression and international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, N°849, pp. 3-26 (2003).
- BUSH, Jonathan: "'The Supreme... Crime' and Its Origins: The Lost Legislative History of the Crime of Aggressive War", *Columbia Law Review*, Vol. 102, N°8 (2002), pp. 2324-2424.
- CARON, David D.: "The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council", *American Journal of International Law*, Vol. 87, N°4 (1993), pp. 552-588.
- CASSIN, Vernon *et al.*: "The Definition of Aggression", *Harvard International Law Journal*, Vol. 16 (1975), pp. 589-613.
- CASTAGNETTI, Luisa: "The Damages Awards of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission: War Damages and Reparations for Violation of *Jus Ad Bellum*", *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. 19, N° 1 (2009), pp. 279- 295.

- CEBADA ROMERO, Alicia: “Los conceptos de *obligación erga omnes*, *ius cogens* y *violación grave* a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 4 (2002).
- CHAUMONT, Charles y FISCHER, Georges: “Explication juridique d’une définition de l’agression”, *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 2 (1956), pp. 521-529.
- CLARK, Roger S: “Drafting a General Part to a Penal Code: Some Thoughts Inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court’s First Substantive Law Discussion in the *Lubanga Dyilo* Confirmation Proceedings”, *Criminal Law Forum*, Vol. 19 (2008), pp. 519-552.
- CLARK, Roger S.: “Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, N°2 (2010), pp. 689-711.
- CLARK, Roger S.: “Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, N°4 (2010), pp. 1103-1115.
- DAWSON, Grant M.: “Defining substantive crimes within the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court: what is the crime of aggression?”, *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, Vol.19 (2000), pp. 413-452.
- DE LA RASILLA DEL MORAL, Ignacio: “Hobbes, Kant and the Likely Impact of the I.L.C.’S Articles on State Responsibility”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N°11 (2006).
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “El daño deliberado y substancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general”, *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* N° 78, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 265-296.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Sentido y alcance de la determinación por parte del Consejo de Seguridad de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, *XXX Curso de Derecho Interna-*

cional del Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la OEA, Washington, 2004, pp. 77-134.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: *El derecho internacional ambiental como subdisciplina del derecho internacional público en la 'era global'*, disponible en: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-derecho-internacional-ambiental-como/at_download/file, al 1 de junio de 2018.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: *Responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a normas imperativas de derecho internacional general*, disponible en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/responsabilidad-internacional-de-los-estados-por-1/at_download/file, al 31 de diciembre de 2017.

DRUMBL, Mark A.: "The push to criminalize aggression: something lost amid the gains?", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 41 (2009), pp. 291-319.

FASSBENDER, Bardo: "Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights", *International Organizations Law Review*, Vol. 3 (2006), pp. 437-485.

FEINAUGLE, Clemens A.: "The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals", *German Law Journal*, Vol. 9, N°11 (2008), pp. 1513-1539.

FERENCZ, Benjamin B.: "Enabling the International Criminal Court to punish aggression", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 6 (2007), pp. 551-566.

FERENCZ, Donald M.: "Bringing the Crime of Aggression Within the Active Jurisdiction of the ICC", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 42 (2009), pp. 531-542.

FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A.: "The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court", *Fordham International Law Journal*, Vol. 25 (2002), pp. 589-605.

FLETCHER, Kari M.: "Defining the crime of aggression: is there an answer to the International Criminal Court's dilemma?", *The Air Force Law Review*, Vol. 65 (2010), pp. 229-262.

- GAETA, Paola: "On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?", *European Journal of International Law*, Vol. 18, N°4 (2007), pp. 631-648.
- GATTINI, Andrea: "The UN Compensation Commission: Old Rules, New Procedures on War Reparations", *European Journal of International Law*, Vol. 13, N°1 (2002), pp. 161-181.
- GILL, T. D.: "Legal and some political limitations on the power of the UN Security Council to exercise its enforcement powers under Chapter VII of the Charter", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXVI (1995), pp. 33-138.
- GILLETT, Matthew: "The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, N°4 (2013), pp. 829-864.
- GLENNON, Michael J.: "The Blank-Prose Crime of Aggression", *Yale Journal of International Law*, Vol. 35 (2010), pp. 71-114
- GOWLLAND-DEBBAS, Vera: "Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43 (1994), pp. 55-98.
- GRAEFRATH, Bernhard y MOHR, Manfred: "*Legal consequences of an act of aggression: the case of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait*", *Austrian Journal of Public International Law*, Vol. 43 (1992), pp. 109-138.
- GRAEFRATH, Bernhard: "*Iraqi reparations and the Security Council*", *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 55 (1995), pp. 1-68.
- GREEN, James A.: "Questioning the preemptory status of the prohibition of the use of force", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32 (2011), pp. 215-257.
- GREENWOOD, Christopher: "New World Order or Old? The Invasion of Kuwait and the Rule of Law", *Modern Law Review*, Vol. 55, N°2 (1992), pp. 153-178.
- GREENWOOD, Christopher: "The Concept of War in Modern International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36 (1987), pp. 283-306.
- GREENWOOD, Christopher: "War, Terrorism, and International Law", *Current Legal Problems*, Vol. 56, N°1 (2003), pp. 505-530.

- GUTHERIE, Peter: "Security Council Sanctions and the Protection of Individual Rights", *NYU Annual Survey of American Law*, Vol. 60 (2004), pp. 491-542.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo: "La responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada (la conformación del hecho ilícito internacional)", *Cursos de derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, N°1 (1989), pp. 183-310.
- HEINSCH, Robert: "The Crime of Aggression after Kampala: Success or Burden for the Future", *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, N°2 (2010), pp. 713-743
- HELLER, Kevin Jon: "Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression", *European Journal of International Law*, Vol. 18, N°3 (2007), pp. 477-497.
- HELLER, Kevin Jon: "The uncertain legal status of the aggression understandings", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, N°1 (2012), pp. 229-248.
- HOGAN-DORAN, Justin y VAN GINKEL, Bibi T.: "Aggression as a Crime under International Law and the Prosecution of Individuals by the Proposed International Criminal Court", *Netherlands International Law Review*, Vol. 43 (1996) pp 321-351.
- IDI: *Annuaire de l'Institut de droit international - Session de Santiago du Chili*, Vol. 72 (2007).
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION: *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, 2010, disponible en http://www.rulac.org/assets/downloads/ILA_report_armed_conflict_2010.pdf, al 31 de diciembre de 2020.
- KELSEN, Hans: "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?", *The International Law Quarterly* Vol. 1, N°2 (1947), pp. 153-171.
- KENNY, Cómán: "Responsibility to recommend: the role of the UN General Assembly in the maintenance of international peace and security", *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 3, N°1 (2016), pp. 3-36.
- KESTENBAUM, Jocelyn Getgen: "Closing Impunity Gaps for the Crime of Aggression", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17, N°1 (2016), pp. 51-79.

- KLEIN, Pierre: “Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, N°5 (2002), pp. 1241-1255.
- KOH, Harold Hongju y BUCHWALD, Todd F.: “The Crime of Aggression: The United States Perspective”, *American Journal of International Law*, Vol. 109 (2015), pp. 257-295.
- KORAN, Surendran: “The International Criminal Court and Crimes of Aggression: Beyond the Kampala Convention”, *Houston Journal of International Law*, Vol. 34, N°2 (2011), pp. 231-288.
- KOSTIC, Drew: “Whose Crime is it Anyway? The International Criminal Court and the Crime of Aggression”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22 (2011), pp. 109-141
- KREß, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: “The Kampala compromise on the crime of aggression”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, N°5 (2010), pp. 1179-1217.
- KREß, Claus: “Time for decision: Some thoughts on the immediate future of the crime of aggression: A reply to Andreas Paulus”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, N°4 (2009), pp. 1129-1146.
- LANG, Anthony F.: “Crime and Punishment: Holding States Accountable”, *Ethics & International Affairs*, Vol. 21, N°2 (2007), pp. 239-257.
- LAUTERPACHT, Elihu: “The Legal Irrelevance of the ‘State of War’”, *Proceedings of the American Society of International Law*, Vol. 62 (1968), pp. 58-68.
- LAVERS, Troy: “(Pre)determining the crime of aggression: has the time come to allow the International Criminal Court its freedom?”, *Albany Law Review*, Vol. 71 (2008), pp.299-307.
- LAVERS, Troy: “The New Crime of Aggression: A Triumph for Powerful States”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 18, N°3 (2013), pp. 499-522.
- LECLERC-GAGNÉ, Elise y BYERS, Michael: “A question of intent: the crime of aggression and unilateral humanitarian intervention”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 41 (2009), pp. 379-390.

- LERNER, Nathan: "The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes", *Israel Law Review* Vol.4 (1969), pp 512-522.
- MANCINI, Marina: "A Brand New Definition for the Crime of Aggression: The Kampala Outcome", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 81 (2012), pp. 227-248.
- MARQUÉS RUEDA, Efrén Gustavo: "El acto y crimen de agresión en el derecho internacional público y su repercusión en las relaciones políticas internacionales", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 9 (2009), pp. 323-372.
- MARTENCZUK, Bernd: "The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?", *European Journal of International Law*, Vol. 10 (1999), pp. 517-547.
- MATHESON, Michael J.: "The Damage Awards of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 9 (2010), pp. 1-15.
- MCCORMACK, Timothy L. H. y SIMPSON, Gerry J.: "The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: *An appraisal of the substantive provisions*", *Criminal Law Forum*, Vol. 5, N°1 (1994), pp 1-55.
- MCDUGALL, Carrie: "When Law and Reality Clash - The Imperative of Compromise in the Context of the Accumulated Evil of the Whole: Conditions for the Exercise of the International Criminal Court's Jurisdiction over the Crime of Aggression", *International Criminal Law Review*, Vol. 7, N° 2 (2007), pp. 277-333.
- MERON, Theodor: "Defining aggression for the International Criminal Court", *Suffolk Transnational Law Review* Vol. 25 (2001), pp. 1-15.
- MILANOVIĆ, Marko: "Is the Rome Statute Binding on Individuals? (And Why We Should Care)", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9 (2011), pp. 25-52.
- MILANOVIĆ, Marko: "State Responsibility for Genocide", *European Journal of International Law*, Vol. 17, N°3 (2006), pp. 553-604.
- MORELLO, Romina: "Crime of Aggression: is the ICC limited to investigating only the gravest of the already grave acts of aggression?", *Monitoring Peace Processes*, N°4 (2016-2017), pp. 1-35.

- MURPHY, Sean D.: "Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court", *European Journal of International Law* Vol. 20, N°4 (2009), pp. 1147-1156.
- NOLLKAEMPER, André: "Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, N° 3 (2002), pp. 615-640.
- NOLLKAEMPER, André: "Systemic Effects of International Responsibility for International Crimes", *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 8 (2010), pp. 313-352.
- O'CONNELL, Mary Ellen & NIYAZMATOV, Mirakmal: "What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, N°1 (2012), pp. 189-207.
- O'DONOVAN, Michael: "Criminalizing war: toward a justifiable crime of aggression", *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 30 (2007), pp. 507-530.
- OKOWA, Phoebe N.: "Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55 (2006), p. 742-753.
- ORAKHELASHVILI, Alexander: "Overlap and Convergence: The Interaction Between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 12 (2007), pp. 157-196.
- ORAKHELASHVILI, Alexander: "Peremptory Norms and Reparation for Internationally Wrongful Acts", *Baltic Yearbook of International Law*, Vol. 3, N°1 (2003), pp. 19-55.
- ORAKHELASHVILI, Alexander: "Undesired, Yet omnipresent: Jus ad Bellum in its relation to other areas of international law", *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 2, N°2 (2015), pp. 238-256.
- PAGLIARI, Arturo: "Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos", *Ars Boni et Aequi*, N°5 (2009), pp. 11-38.
- PAULUS, Andreas: "Second thoughts on the crime of aggression", *European Journal of International Law*, Vol. 20, N°4 (2009), pp. 1117-1128.
- PELLET, Alain: "Can a State commit a crime? Definitely, Yes!", *European Journal of International Law*, Vol. 10, N°2 (1999), pp. 425-434.

- PELLET, Alain: "Response to Koh and Buchwald's Article: Don Quixote and Sancho Panza Tilt at Windmills", *American Journal of International Law*, Vol. 109, N°3 (2015), pp. 557-569.
- PELLET, Alain: "The New Draft Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Requiem for States' Crime?", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXXII (2001), pp. 55-79.
- PETKOV, Szilvia: "The State as a Criminal Again? The 2007 ICJ Judgment on the Application of the Genocide Convention Viewed from a Criminal Law Perspective", *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 12 (2007), pp. 103-130.
- PETTY, Keith A.: "Criminalizing force: resolving the threshold question for the crime of aggression in the context of modern conflict", *Seattle University Law Review*, Vol. 33 (2009), pp. 105-150.
- PEZZANO, Luciano: "Control de constitucionalidad de los actos de los órganos de las Naciones Unidas: una aproximación desde la perspectiva de la Corte Internacional de Justicia", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XV (2015), pp. 47-91.
- PEZZANO, Luciano: "El Artículo XXI del GATT y la agresión", ponencia presentada al XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, Córdoba, septiembre de 2019.
- PEZZANO, Luciano: "El principio de la abstención del uso de la fuerza y la agresión", *Cuaderno de Derecho Internacional*, N° VIII (2013), pp. 105-134.
- PEZZANO, Luciano: "El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza?", *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal*, Vol. 4 (2015), pp. 86-104.
- PEZZANO, Luciano: "Fuentes de las obligaciones generales de los Estados en el sistema universal de protección de los derechos humanos", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XXI (2012), pp. 67-106.
- PEZZANO, Luciano: "La Agresión como Punto de Contacto entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario", *American University International Law Review*, Vol. 33 (2017), pp. 545-570.

- PEZZANO, Luciano: “La Primera Guerra Mundial y la prohibición de la agresión”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Vol. XVI (2015), pp. 229-258.
- PEZZANO, Luciano: “Responsabilidad Internacional Ambiental por conflicto armado”, *Cuaderno de Derecho Ambiental*, N° VII (2015), pp. 207-258.
- PINTORE, Eduardo: “La caracterización del concepto de ataque armado del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas a través de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, N° VI (2012), pp. 49-76.
- POLITI, Mauro: “The ICC and the Crime of Aggression. A Dream that Came Through and the Reality Ahead”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10 (2012), pp. 267-288.
- QUESADA ALCALÁ, Carmen: “El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global”, *Cuadernos de estrategia*, N°160 (2013), pp. 77-116.
- REDDI, Vimalen J.: “The ICC and the Crime of Aggression: A Need to Reconcile the Prerogatives of the SC, the ICC and the ICJ”, *International Criminal Law Review*, Vol. 8, N° 4 (2008), pp. 655-686.
- REISMAN, W. Michael: “The Constitutional Crisis in the United Nations”, *American Journal of International Law*, Vol. 87 (1993), pp. 83-100.
- ROSENFELD, Friedrich: “Individual Civil Responsibility for the Crime of Aggression”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10 (2012), pp. 249-265.
- RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda: “La regulación jurídica de las violaciones graves de obligaciones esenciales emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general en el Proyecto de Artículos de la CDI”, *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, N°2 (2005), pp. 67-130.
- RUYS, Tom: “The meaning of ‘force’ and the boundaries of the *Jus ad Bellum*: Are ‘minimals’ use of force excluded from UN Charter Article 2(4)?”, *The American Journal of International Law*, Vol. 108 (2014), pp. 159-210.
- RUYS, Tom: “The impact of the Kampala definition of aggression on the law on the use of force”, *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 3, N°2 (2016), pp. 187-193.

- SALAS, Graciela R.: “Caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo”, *Cuaderno de Derecho Internacional* N° VI (2012), pp. 12-28.
- SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel: “La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 14 (2011), pp. 317-358.
- SAYAPIN, Sergey: “A Curious Aggression Trial in Ukraine: Some Reflections on the *Alexandrov and Yerofeyev* Case”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, N°5 (2018), pp. 1093-1104.
- SAYAPIN, Sergey: “A great unknown: the Definition of Aggression revisited”, *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 17, N°2 (2008), pp. 377-400.
- SCHABAS, William A.: “State policy as an element of international crimes”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 98, N° 3 (2008), pp. 953-982.
- SCHABAS, William: “The Human Right to Peace”, *Harvard International Law Journal (Online Journal)*, Vol. 58 (2017), pp. 28-32.
- SCHACHTER, Oscar: “The Quasi-Judicial Role of the Security Council and the General Assembly”, *American Journal of International Law*, Vol. 58, N° 4 (1964), pp. 960-965.
- SCHACHTER, Oscar: “United Nations Law in the Gulf Conflict”, *American Journal of International Law*, Vol. 85, N° 3 (Jul. 1991), pp. 452-473.
- SCHAEFFER, Robert: “The Audacity of Compromise: The UN Security Council and the Pre-conditions to the Exercise of Jurisdiction by the ICC with Regard to the Crime of Aggression”, *International Criminal Law Review*, Vol. 9 (2009), pp. 411-433.
- SCHEFFER, David: “A Pragmatic Approach to Jurisdictional and Definitional Requirements for the Crime of Aggression in the Rome Statute”, *Case Western Reserve Journal of International Law* Vol. 41 (2009), pp. 397-411.
- SCHEFFER, David: “El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Política criminal*, Vol. 7, N°13 (2012), pp. 209-229.

- SCHEFFER, David: "The Complex Crime of Aggression under the Rome Statute", *Studies in Transnational Legal Policy*, Vol. 43 (2011), pp. 173-188.
- SCHULTZ, Nikolaus: "Was the War on Iraq Illegal? - The German Federal Administrative Court's Judgement of 21st June 2005", *German Law Journal*, Vol. 7, N° 1 (2005), pp. 25-44.
- SCHUSTER, Matthias: "The Rome Statute and the crime of aggression: A Gordian knot in search of a sword", *Criminal Law Forum* Vol. 14 (2003) N°1, pp. 1-57.
- SOLERA, Oscar: "The Definition of the Crime of Aggression: Lessons Not Learned", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 42 (2010), pp. 801-823.
- STEIN, Mark S.: "The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Security Council's power to determine Aggression?", *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 16 (2005), pp. 1-36.
- TAMS, Christian J.: "Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State?", *European Journal of International Law*, Vol. 13, N°5 (2002), pp. 1161-1180.
- TAN, Chet: "Punishing Aggression as a Crime Against Humanity: A Noble but Inadequate Measure to Safeguard International Peace and Security", *American University Law Review*, Vol. 29, N°1 (2013), pp. 145-164.
- TORRES BERNARDEZ, Santiago: "Examen de la définition de l'agresion. Troisième session du Comité créé en application de la résolution 1181 (XII) de l'Assemblée Générale (New York, 1965)", *Annuaire français de droit international*, Vol. 11 (1965), pp. 528-545.
- TOUFAYAN, Mark: "A Return to *Communitarianism*? Reacting to 'Serious Breaches of Obligations Arising under Peremptory Norms of General International Law' under the Law of State Responsibility and United Nations Law", *Annuaire canadien de Droit international 2004*, pp. 197-251.
- TOURINHO, Marcos: "Towards a world police? The implications of individual UN targeted sanctions", *International Affairs*, Vol. 91, N°6 (2015), pp. 1399-1412.

- TRAHAN, Jennifer: "Defining 'Aggression': Why the Preparatory Commission for the International Criminal Court Has Faced Such a Conundrum", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 24 (2002), pp. 439-474.
- TRAHAN, Jennifer: "The Relationship between the International Criminal Court and the U. N. Security Council: Parameters and Best Practices", *Criminal Law Forum* Vol. 24 (2013), pp. 417-473.
- TRAHAN, Jennifer: "The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference", *International Criminal Law Review*, Vol. 11, N°1 (2011), pp. 49-104.
- TRAVERSO, Enzo: "La singularidad de Auschwitz. Un debate sobre el uso público de la historia", *Cuicuilco*, Vol. 11, N°31 (mayo-agosto 2004), pp. 1-16.
- UERPMANN-WITZACK, Robert: "Armed Activities on the Territory of the Congo Cases", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible en: <http://www.socialglobalstudies.com/LAW%2012/maxplanckarmedactivitiesontheterritoryofthecongocases.pdf>, al 31 de diciembre de 2020.
- VALLARTA MARRÓN, José Luis: "La incorporación del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI (2011), pp. 435-461.
- VAN DER VYVER, Johan D.: "Prosecuting the Crime of Aggression in the International Criminal Court", *University of Miami National Security & Armed Conflict Law Review*, Vol.1 (2011), pp. 1-52.
- VAN SCHAACK, Beth: "The Grass That Gets Trampled When Elephants Fight: Will the Codification of the Crime of Aggression Protect Women?", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 15 (2010), pp. 327-368.
- WECKEL, Philippe : "Le chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de Sécurité", *Annuaire français de droit international*, Vol. 37 (1991), pp. 165-202.
- WEERAMANTRY, J. Romesh: "Eritrea's Damages Claims (Eritrea v. Ethiopia), Final Award. Ethiopia's Damages Claims (Ethiopia v. Eritrea), Final Award", *American Journal of International Law*, Vol. 104, N°3 (2010), pp. 480- 488.

- WEISBORD, Noah: "Conceptualizing aggression", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 20, N°1 (2009), pp. 1-68.
- WEISBORD, Noah: "Judging Aggression", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 50 (2011), pp. 82-168.
- WEISBORD, Noah: "Prosecuting aggression", *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, N°1 (2008), pp.161-220.
- WENAWESER, Christian y ALAVI, Sina: "From Nuremberg to New York: The Final Stretch in the Campaign to Activate the ICC's Jurisdiction over the Crime of Aggression", *Harvard International Law Journal (Online Journal)*, Vol. 58 (2017), pp. 20-23.
- WOLFRUM, Rüdiger: "Judicial Control of Security Council Decisions", *Yearbook of Institute of International Law - Tallinn Session*, Vol. 76 (2007), pp. 413-408.
- WRIGHT, Quincy: "The Outlawry of War and the Law of War", *American Journal of International Law*, Vol. 47 (1953), pp. 365-376.
- WYLER, Eric: "From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law'", *European Journal of International Law*, Vol. 13, N°5 (2002), pp. 1147-1160.
- ZAPICO BARBEITO, Mónica: "El crimen de agresión y la Corte Penal Internacional", disponible en [http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/17\)_Crimen_de_agresion_y_Corte_Penal_Internacional_Zapico.pdf](http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/17)_Crimen_de_agresion_y_Corte_Penal_Internacional_Zapico.pdf), al 31 de diciembre de 2017.
- ZEGVELD, Liesbeth: "Victims' Reparations Claims and International Criminal Courts: Incompatible Values", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, N°1 (2010), pp. 79-111.
- ZOUREK, Jaroslav: "Enfin une définition de l'agression", *Annuaire français de droit international*, Vol. 20 (1974), pp. 9-30.
- ZUPPI, Alberto L.: "Aggression as International Crime: Unattainable Crusade or Finally Conquering the Evil?", *Penn State International Law Review*, Vol. 26 (2007), pp. 1-36.

Otros recursos electrónicos

CIJ : *Affaire Relative Aux Activites Armées sur le Territoire du Congo (République Démocratique du Congo C. Ouganda) Mémoire de la Repu-*

blique Démocratique du Congo, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/8321.pdf>, al 31 de diciembre de 2020.

CIJ: *The Court has decided to postpone the public hearings on the question of reparations due to open on 18 November 2019*, comunicado de prensa N° 2019/48 <https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20191113-PRE-01-00-EN.pdf>, al 30 de abril de 2020.

CAZAU, Pablo: *Introducción a la investigación en ciencias sociales*. 3ª edición, Buenos Aires, 2006, disponible en: <http://tecnoeduka.110mb.com/documentos/investiga/libros/cazau%20-%20metodologia.pdf>, al 31 de diciembre de 2020.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*. Edición del Tricentenario, disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=singularidad>, al 31 de diciembre de 2020.

ÍNDICE GENERAL

Abreviaturas utilizadas.....	15
<i>Contents / Sommaire</i>	17
Agradecimientos	19
Prólogo, de Zlata Drnas de Clément	21
Introducción	25

PRIMERA PARTE:

LA AGRESIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Capítulo I: El largo proceso para definir la agresión

1. El acto de agresión en la Carta de las Naciones Unidas	45
2. La guerra de agresión como “crimen contra la paz”	51
3. La agresión en las Naciones Unidas	56
3.1. El período inicial: en busca de una definición integral	56
3.2. La definición del acto de agresión.....	63
3.2.1. Las Comisiones Especiales de la Asamblea General	63
3.2.2. Principales cuestiones surgidas durante el proceso.....	66
3.2.2.1. La forma de la definición: general, enumerativa o mixta.....	66
3.2.2.2. El contenido: uso de la fuerza.....	68
3.2.2.3. El elemento subjetivo y el objetivo: <i>animus</i> <i>aggressionis</i> vs. principio de anterioridad.....	69

3.2.2.4. El problema de la agresión indirecta	72
4. La Definición de la Agresión	73
4.1. Naturaleza y función de la Definición.....	73
4.2. Contenido de la Definición	77
5. La búsqueda por definir el crimen de agresión	83
5.1. La Comisión de Derecho Internacional – Segunda etapa	83
5.2. El camino hacia Roma	87
5.3. De Roma a Kampala	89
5.4. Las principales cuestiones surgidas durante el proceso	91
5.4.1. La definición del comportamiento estatal	92
5.4.2. La articulación de la conducta individual con el comportamiento estatal.....	97
6. El crimen de agresión en el Estatuto de Roma	100
6.1. La definición del crimen de agresión en la Conferencia de Revisión.....	100
6.2. El crimen individual de agresión (párrafo 1 del Artículo 8 bis).....	101
6.2.1. Las conductas individuales	102
6.2.2. La cláusula de liderazgo.....	103
6.2.3. El acto estatal como elemento del crimen.....	104
6.3. El acto estatal de agresión (párrafo 2 del Artículo 8 bis)	106
6.3.1. Diferencias con la Definición de la Agresión.....	106
6.3.2. Carácter taxativo de la enumeración	107
6.3.3. La referencia a la resolución 3314 (XXIX).....	109
7. Hacia una visión integral de la agresión	110

Capítulo II: El denominado “umbral de gravedad”: ¿hay actos de agresión sin crimen de agresión?

1. La agresión en el contexto de las normas sobre el uso de la fuerza... 114	114
1.1. La agresión y los usos menos graves de la fuerza.....	114
1.2. La agresión y el ataque armado.....	117
1.3. La gravedad como carácter inherente de la agresión	122
2. El problema: el umbral de gravedad del Artículo 8 bis y la agresión en el derecho internacional.....	124
3. Origen, fundamentos y alcance de la cláusula de umbral	126
3.1. Antecedentes	126

3.2. Los trabajos preparatorios	127
3.3. Las opiniones doctrinarias.....	137
3.4. Nuestra posición.....	143
4. La referencia a la resolución 3314 (XXIX)	144
5. Los Entendimientos	149
6. ¿Es el crimen de agresión un <i>tertium genus</i> ?	154
6.1. El umbral de gravedad, el ataque armado y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia	157
6.2. La herencia de Núremberg y un crimen que no es guerra.....	159
6.3. La “agresión” como violación grave de una norma imperativa.....	161
6.4. La Definición de la Agresión: esa gran desconocida	162
6.5. Conclusión: <i>tertium non datur</i>	164
7. Consideraciones finales.....	165

Capítulo III: Las consecuencias jurídicas de la agresión:

Entre el quebrantamiento de la paz y el crimen internacional

1. Consecuencias del acto de agresión	169
1.1. La activación del sistema de seguridad colectiva.....	169
1.1.1. Consideraciones generales	169
1.1.2. La práctica de la Organización.....	172
1.1.2.1. La Guerra de Corea.....	174
1.1.2.2. La Guerra del Golfo.....	176
1.2. La legítima defensa	183
1.3. La responsabilidad internacional.....	186
1.3.1. La responsabilidad como consecuencia de la agresión en los desarrollos de la Asamblea General	186
1.3.2. La cuestión en el marco de la Comisión de Derecho Internacional	191
1.3.2.1. La agresión como hecho ilícito.....	191
1.3.2.2. La agresión como crimen internacional	192
1.3.2.3. La agresión como violación grave de una norma imperativa.....	201
1.3.2.3.1. La gravedad inherente de la agresión.....	205
1.3.2.3.2. Las consecuencias específicas de la agresión según el Artículo 41.....	208

1.3.2.3.2.1. La obligación de cooperar para poner fin a la violación	208
1.3.2.3.2.2. La obligación de no reconocimiento	210
1.3.2.3.2.3. La obligación de no prestar ayuda o asistencia.....	212
1.3.2.3.2.4. Las “otras consecuencias”	213
1.3.2.3.3. ¿Existe una responsabilidad agravada para el agresor?.....	218
1.3.3. La responsabilidad por agresión en la práctica internacional.....	223
1.3.3.1. El caso del Iraq	223
1.3.3.2. El caso de Etiopía y Eritrea	231
1.3.3.3. El caso de las Actividades armadas en el territorio del Congo	235
1.3.3.4. Una valoración de conjunto	245
1.4. Los efectos en el Derecho de los Tratados	245
1.4.1. Las Convenciones de Viena	246
1.4.2. Efectos de los conflictos armados en los tratados	251
2. Consecuencias jurídicas del crimen de agresión.....	254
2.1. Responsabilidad penal individual	254
2.1.1. Fundamento de la responsabilidad individual.....	255
2.1.2. Efectos de la responsabilidad penal individual	257
2.1.2.1. Penas aplicables	257
2.1.2.2. Improcedencia del cargo oficial.....	257
2.1.2.3. Imprescriptibilidad.....	258
2.1.2.4. Reparación a las víctimas	259
2.1.3. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad individual	261
2.2. ¿Es posible aplicar sanciones a los autores de un crimen de agresión?.....	261
3. Consideraciones finales.....	266

SEGUNDA PARTE:
UNA DISCUSIÓN CONCEPTUAL SOBRE LA AGRESIÓN

Capítulo IV: ¿Acto? ¿Crimen? ¿Guerra? El problema terminológico en la agresión

1. El problema: la agresión como un concepto multívoco.....	272
2. El acto estatal: ¿“agresión” o “acto de agresión”?.....	273
2.1. La presunta diferencia entre la “agresión” y el “acto de agresión”	274
2.2. Los distintos significados del “acto de agresión”.....	275
2.2.1. La naturaleza de la determinación por el Consejo de Seguridad	276
2.2.2. La discrecionalidad del Consejo de Seguridad	278
2.3. La “agresión” como rótulo político.....	284
3. La doble identidad del crimen de agresión	286
3.1. Argumentos doctrinarios para sostener la subsistencia del crimen internacional.....	287
3.1.1. La complementariedad entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional	288
3.1.2. La afectación de los intereses fundamentales o superiores de la comunidad internacional	290
3.1.3. La existencia de un régimen de responsabilidad agravada del Estado	290
3.1.4. La aplicación de los criterios a la agresión	291
3.2. Un argumento normativo a favor de la subsistencia del crimen internacional de agresión	296
3.3. El crimen internacional no implica una responsabilidad penal del Estado	296
3.4. Conclusión: el crimen internacional no ha muerto, pues vive en la agresión.....	299
4. La “guerra de agresión”	300
4.1. La presunta subsistencia del concepto de “guerra de agresión”.....	301
4.1.1. La “guerra de agresión” en Núremberg y Tokio	302

4.1.2. La “guerra de agresión” en la resolución 2625 (XX) y la Definición de la Agresión	308
4.1.3. La “guerra” en sentido material	315
4.2. El significado de la “guerra” en el derecho internacional contemporáneo	317
5. Consideraciones finales.....	322

TERCERA PARTE:

LA RELACIÓN ENTRE EL ACTO DE AGRESIÓN Y EL CRIMEN DE AGRESIÓN

Capítulo V: Un enfoque integral de la agresión

1. La relación acto/crimen en la práctica internacional y en la doctrina	327
1.1. La relación en la práctica internacional.....	327
1.1.1. La CDI (primera parte).....	329
1.1.2. Las Comisiones y Comités Especiales de la Asamblea General.....	331
1.1.3. La CDI (segunda parte).....	334
1.1.4. El camino de Roma a Kampala.....	341
1.2. La relación en la doctrina	348
1.2.1. La posible relación de causalidad entre acto y crimen.....	350
1.2.2. El acto de agresión como condición del crimen de agresión	352
1.2.3. El acto de agresión como elemento del crimen de agresión	355
1.2.4. El crimen de agresión como participación individual en un acto colectivo	358
1.2.5. El crimen de agresión como consecuencia del acto de agresión	359
1.2.6. Una valoración de conjunto	360
2. Los caracteres de la agresión	363
2.1. El primer carácter: la gravedad de la agresión	363
2.1.1. La gravedad en el acto de agresión	364
2.1.2. La gravedad en el crimen de agresión.....	365

2.1.3. Una visión global	366
2.2. El segundo carácter: la singularidad de la agresión	366
2.2.1. La singularidad del acto de agresión	367
2.2.2. La singularidad del crimen de agresión	369
2.3. El tercer carácter: la unidad de la agresión	371
2.4. Hacia una relación entre los caracteres de la agresión	373
3. Las diferentes consecuencias de la agresión: unidad en la diversidad	375
3.1. La interconexión entre las consecuencias de la agresión	376
3.2. La dualidad de responsabilidades y la unidad de la agresión.....	378
4. Consideraciones finales.....	387
Conclusiones	391
Bibliografía	409

*

Índice de Figuras

Figura 1 - El enfoque integral de la investigación en el derecho internacional	33
Figura 2 - El ataque armado como especie de la agresión	119
Figura 3 - La agresión como especie del ataque armado	119
Figura 4 - Esquema de tres niveles de uso de la fuerza según Kreß.....	156
Figura 5 - Doble esquema de tres niveles de uso de la fuerza según Akande y Tzanakopoulos	157
Figura 6 - Esquema simplificado de usos de la fuerza.....	165
Figura 7 - Línea histórica del proceso codificador dual.....	328
Figura 8 - El acto de agresión como elemento del crimen de agresión	361
Figura 9 - El crimen de agresión como consecuencia del acto de agresión	362
Figura 10 - Tabla comparativa de la gravedad en el acto y crimen de agresión	366

Figura 11 - La agresión como categoría única según nuestro enfoque integral.....	375
Figura 12 - Interconexión de las consecuencias del acto de agresión y del crimen de agresión	377

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de octubre de 2021

Correspondencia con el autor:
luciano.pezzano@unc.edu.ar

Arte de tapa y contratapa:

*La gravedad de la agresión y
la unidad del orden jurídico:
un taumátropo*

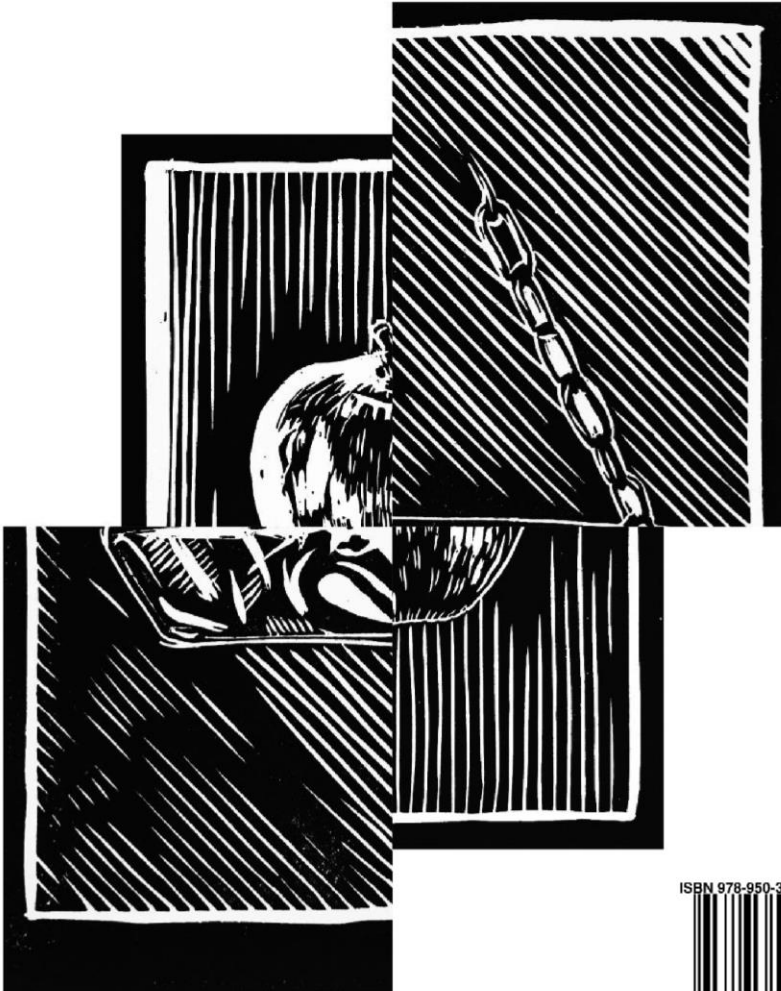
Xilografía de Pablo Beccerra



UNC

Facultad de Derecho
Universidad Nacional
de Córdoba

ADVOCATUS



ISBN 978-950-33-1644-3



9 789503 316443