

R E V I S T A
TRIBUNA
INTERNACIONAL^{M.R}

Publicación del Departamento de
Derecho Internacional

Volumen 2 / N°4 / 2013

FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Rector de la Universidad de Chile

Víctor Pérez Vera
Av. Libertador Bernardo O'Higgins
1058, Santiago

Representante legal

Roberto Nahum Anuch
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Chile

Director responsable

Mario Ramírez Necochea

Editora de contenidos

Rita Lages

Ayudante de edición

Gonzalo Mellado

Comité editorial

Gonzalo Aguilar (*Universidad Andrés Bello, Chile*)

José Carlos Fernández Rosas (*Universidad Complutense de Madrid, España*)

Claudio Grossman (*American University, EE.UU.*)

Mattias Kumm (*New York University, EE.UU.*)

Hugo Llanos (*Universidad Central, Chile*)

Cecilia Medina (*Universidad Diego Portales, Chile*)

Elina Mereminskaya (*Universidad de Chile, Chile*)

Mónica Pinto (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)

Revista Tribuna Internacional^{MR}

“La Revista Tribuna Internacional es una marca registrada”.

Publicación del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su objetivo es fomentar la reflexión, el debate, el análisis y la comunicación sobre el derecho internacional en forma pluralista y con rigor científico. Se publica cada semestre en los meses de junio y diciembre mediante convocatoria abierta a la publicación de artículos y monografías inéditos, comentarios de jurisprudencia, reseñas y comentarios de libros, en los campos de derecho internacionales, derechos humanos y relaciones internacionales, tanto en castellano como en inglés.

Volumen 2/ N°4/2013

www.tribunainternacional.uchile.cl

ISSN 0719-210X

Departamento de Derecho Internacional
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Av. Santa María 076, 4° piso
Povodencia, Santiago de Chile

Diseño y producción:

Gráfica LOM

www.lom.cl

Impreso en Chile/ Printed in Chile

Algunos derechos registrados.

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de la publicación, siempre que se reconozca y cite el/ la/ los/ las autor/a/es/as y la publicación, no se realicen modificaciones a la obra y no se la utilice para fines comerciales.

ÍNDICE

Artículos

- Marco jurídico actual de la piratería: un antiguo delito del Derecho Internacional del Mar 9
Juan Cristóbal Fernández Sanz
- Las fuentes de la futura calificación del crimen de agresión por parte de la Corte Penal Internacional 33
Christian Finsterbusch
- Semántica y discursividad de la legislación chilena sobre temas migratorios. Una aproximación crítica 65
Felipe López Pérez y Nicolás López Pérez
- Reflexiones sobre la política migratoria argentina e integración regional 89
Julieta Nicolao

Comentarios de jurisprudencia

- Inmunidad en el derecho internacional: un lento proceso de evolución. Comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Alemania vs. Italia, 2012 113
Gonzalo Aguilar Cavallo
- El proyecto de modificación a la «Ley de Pesca» y el Convenio 169 de la OIT. Reflexiones en torno a un fallo del Tribunal Constitucional Chileno 139
Claudio Troncoso Repetto

Recensión

- “El conflicto entre China y Japón sobre las islas Diaoyu/Senkaku y su comparación con conflictos marítimos de América Latina” de Matías LETELIER ELTIT, por José Rodríguez Elizondo 149

Las fuentes de la futura calificación del crimen de agresión por parte de la Corte Penal Internacional¹

The sources of the future qualification of the crime of aggression by the International Criminal Court

Christian Finsterbusch

cfinsterbuschromero@gmail.com

Investigador en Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Sección de Estudios de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile; Master Universidad Paris 1 Phantéon-Sorbonne, Francia; Diplomado del Instituto Internacional de Derechos Humanos, de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, de la División de la Codificación (ONU) y del Comité Jurídico Interamericano (OEA).

Resumen: en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, del año 2010, se adoptó un concepto del crimen de agresión que deja múltiples aspectos a la interpretación, por lo que de entrar este en vigencia, los órganos de la Corte al efectuar la calificación de un caso concreto deberán, no sólo remitirse al análisis del concepto mismo establecido en Kampala, sino también a sus elaboraciones jurídicas anteriores. El autor indaga respecto de dichos desarrollos como asimismo respecto de las fuentes primarias que la Corte deberá tener presente al momento de calificar el acto, correspondiendo a la Resolución 3314 (XXIX) A.G. de Naciones Unidas y los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales y sus posteriores fallos, ambos antecedentes modelos para la creación del concepto de crimen de agresión de Kampala. Asimismo, se analizan los casos en los cuales los órganos competentes de Naciones Unidas han determinado la existencia de actos de agresión como precedente calificadorio del crimen para la Corte.

Palabras clave: crimen y acto de agresión, Corte Penal Internacional, Derecho Penal Internacional.

Abstract: at the Review Conference of the Rome Statute - which created the International Criminal Court - in 2010, a concept of the crime of aggression was adopted that leaves many aspects to interpretation, so in case it comes into force, the organs of the Court when assessing a concrete case should not only refer to the discussion of the concept established in Kampala, but also to its previous legal development. The author explores in relation to these developments as well on primary sources that the Court should bear in mind when rating the act, corresponding to Resolution 3314 (XXIX) AG United Nations and the Statutes of the International Military Courts and its subsequent judgments, both background models for the creation of the concept of crime of aggression in Kampala. Furthermore, they will have to analyse the cases in which UN bodies have determined the existence of previous acts of aggression as crime qualifying precedent.

Keywords: crime and act of aggression, International Criminal Court, International Criminal Law.

¹ Artículo enviado el 01.07.2013 y aceptado el 26.09.2013.

Introducción

Desde hace por lo menos un siglo la doctrina ha venido discutiendo respecto al concepto del delito contra la paz, conocido también como “agresión” y a su responsabilidad. Sus orígenes se remontan, sin embargo a la antigua Grecia, sin perjuicio que es en la Edad Media donde comienza a elaborarse una teoría jurídica respecto de la forma de hacer “guerra justa”, de marcada responsabilidad estatal. Posterior a la Segunda Guerra Mundial, con los juicios de Núremberg, se sanciona a criminales de guerra naciendo la responsabilidad individual en el crimen de agresión.

Aunque en diversas circunstancias históricas se han creado conceptos acerca de lo que se entiende por acto de agresión y a través de éstos se ha configurado el crimen, han sido redactados de manera genérica, como enunciados de conductas prohibidas más que como un concepto integral que involucre tanto la agresión como los elementos del tipo penal del crimen, lo que ha dificultado, por tanto, la calificación del mismo (evoluciones que, sin embargo, han aportado a la comprensión y desarrollo del tipo penal).

Fue en el Estatuto de Roma (que crea la Corte Penal Internacional, en adelante, «CPI») y posteriormente en su Conferencia de Revisión donde se determinó, por parte de la comunidad internacional un concepto de crimen de agresión, su entrada en vigencia quedó, sin embargo, supeditada al cumplimiento de ciertas condiciones.

Dicho concepto es, sin embargo, no obstante, vago e impreciso en lo que respecta a la determinación de los elementos del tipo, las características del sujeto activo y de la intención en la acción, como asimismo las situaciones en las cuales existe un “acto de agresión”, conducta fundamental para la determinación del crimen².

En consideración a lo anterior, el presente informe tiene por objeto determinar las fuentes jurídicas que la CPI podrá recurrir al momento de efectuar la calificación de la existencia del crimen de agresión, correspondiendo no sólo al concepto creado en Kampala (que no entrega todos los elementos necesarios para la calificación del mismo), a las otras normas que rigen a la Corte (los Elementos del Crimen, a los Entendimientos del mismo, entre otras); sino que se estima que las fuentes jurídicas históricas que han contribuido a la elaboración del concepto, resultarán de importancia fundamental en el cumplimiento de dicho cometido, como asimismo los casos en los cuales los órganos competentes de Naciones Unidas han determinado

² AMBOS, Kai. “The Crime of Aggression after Kampala”. *German Yearbook of International Law*. Vol. 53, 2010, 2011, pp. 463-509.

la existencia de actos correspondientes a agresión y las situaciones en las cuales los Tribunales Militares condenaron por el crimen.

Para lo anterior se analiza la Resolución 3314 (XXIX) AG ONU de 14 de diciembre de 1974 (en adelante, Resolución 3314) como fuente fundamental del concepto de crimen creado en Kampala y diferentes casos en los cuales los órganos de Naciones Unidas competentes han determinado la existencia de una agresión, tomando como elementos de análisis las situaciones contempladas en la Resolución 3314 antes indicada. Asimismo, se efectúa un breve análisis de las fuentes jurídicas de los tribunales militares internacionales.

Para efectos prácticos metodológicos del presente artículo, y sin perjuicio de su análisis en profundidad con posterioridad, se entiende por «acto de agresión» como el uso de la fuerza armada por un Estado en contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de Naciones Unidas³; mientras que el «crimen de agresión» conlleva la responsabilidad penal individual de un persona en la participación en la comisión de un «acto de agresión». Para determinar la existencia de un crimen de agresión es necesario que exista en forma previa un acto de agresión que le de origen.

Cabe hacer presente asimismo, que el presente trabajo no está dirigido a efectuar un análisis respecto de los elementos del tipo penal del crimen de agresión ni de las consideraciones tenidas por los Tribunales internacionales en la dictación de las sentencias; ni tampoco el análisis de las consideraciones de los órganos competentes de Naciones Unidas en la determinación de los actos de agresión en los diferentes ejemplos compartidos en el presente informe; si no que los esfuerzos se centran en dar a conocer las distintas elaboraciones jurídicas que la CPI podrá recurrir a los efectos de determinar tanto el acto como el crimen de agresión en el evento que su competencia se “active” en un futuro.

³ Artículo 1 de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General y N° 2, párrafo primero del artículo 8 bis del Estatuto de Roma.

I. Órganos competentes en la determinación del acto y del crimen de agresión

1. Calificación por parte de la Corte Penal Internacional

En conformidad el Estatuto de Roma (en adelante, «ER»)⁴, la Corte Penal Internacional (en adelante, «CPI») constituye el órgano encargado de determinar la existencia de los crímenes de su competencia, incluido en un futuro el de agresión, en conformidad con los criterios existentes en el propio Estatuto⁵. Las entidades facultadas para remitir una situación a la Corte, los Estados Partes del Estatuto y el Consejo de Seguridad, no deberán efectuar una calificación oficial de la existencia de la criminalidad de los hechos, si no que remitirán situaciones en las cuales, a su criterio, existe un acto de agresión y aparentemente se cometió un crimen, por el hecho de existir fundadas razones de lo anterior⁶.

El otro órgano de la CPI que posee la facultad de abrir una investigación constituye el Fiscal que debe, para lo anterior, haber razonablemente determinado qué hechos revisten los caracteres de agresión y si existen las características del tipo que permiten asimismo determinar la existencia de un delito de agresión⁷, correspondiendo a la Sala de Cuestiones Preliminares entregar la autorización para abrir una investigación⁸.

Para los efectos anteriores, el artículo 8 bis del Estatuto de Roma entrega el concepto de crimen de agresión. Mientras que en su párrafo 1 se señalan los elementos del crimen individual de agresión, el párrafo 2 establece las distintas conductas correspondientes a actos de agresión, antecedente previo de la existencia del crimen⁹. Dispone:

“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 agre-

⁴ Adoptado por la Conferencia de plenipotenciarios para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, 17 julio de 1998 (A/CONF.183/9). Puede consultarse la versión castellana en: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁵ INTERNACIONAL CRIMINAL COURT. *Policy Paper on Preliminary Examinations* (draft). N° V *Initiation of Preliminary Examination*. The Hague, 4 October 2010, pp. 5 y ss.

⁶ Artículo 13 c del ER.

⁷ Artículo 15 N° 3 del ER.

⁸ Artículo 15 N° 4 del ER.

⁹ Resolución RC/Res.6. Aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf> [Consulta: 23 mayo 2013].

sión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”. Las diferentes conductas correspondientes a agresión (párrafo 2), para efectos metodológicos del presente informe serán analizadas en el título 3 del capítulo IV.

La CPI, antes de determinar la existencia del crimen, deberá primeramente establecer la existencia del acto de agresión generador del crimen. En la realización de este ejercicio, desde nuestra perspectiva se estima que resultará de significativa importancia para ella verificar si alguno de los órganos de la ONU competentes para su determinación han calificado con anterioridad la existencia del acto.

En dicha calificación, la CPI no se encuentra obligada a basarse en la determinación de la existencia de un acto de agresión efectuada en forma presente o en el pasado, por los órganos competentes de la ONU, constituyendo un análisis absolutamente independiente respecto del realizado por estos¹⁰. Sin embargo se estima que este poseerá un peso jurídico de tal magnitud que le servirá, al menos de guía en la determinación del crimen.

Asimismo, en el evento de que no exista una calificación actual de un acto de agresión por parte de un órgano de la ONU competente para ello, y sea, por tanto, la CPI la que deba efectuar la calificación, las determinaciones anteriores sobre la existencia de un acto de agresión por los órganos de la ONU le servirán a la Corte de fuente y precedente.

Por todo lo anterior, resulta trascendental para los objetivos del presente artículo establecer en forma previa los órganos competentes que en la actualidad poseen competencias en la determinación de la existencia de un acto de agresión, lo que se analizará a continuación, para luego estudiar los desarrollos referentes al acto y el delito de agresión.

2. Órganos competentes en la determinación del acto de agresión

a) El Consejo de Seguridad (en adelante, «CS»), en conformidad a lo indicado anteriormente, es el órgano principal competente en la determinación de un acto de agresión, tal como lo regula la Resolución 3314 y los artículos 24 y 39 de la Carta de Naciones Unidas¹¹.

¹⁰ VALLARTA MARRÓN, José Luis. “La incorporación del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. N.º 11, 2011, pp. 435-461.

¹¹ NACIONES UNIDAS. Carta de las Naciones Unidas, 24 de octubre de 1945, 1 UNTS XVI, disponible en: <<http://www.un.org/es/documents/charter/>> [Consulta: 23 mayo 2013].

Sin perjuicio que diversos autores hayan criticado el rol poco activo que ha cumplido el CS en la determinación y calificación de crímenes de agresión¹², este ha determinado igualmente le existencia de agresiones cometidas por¹³:

- Rhodesia del Sur en contra de Mozambique¹⁴;
- Rhodesia del Sur en contra de la República Popular de Angola, la República Popular de Mozambique y la República de Zambia¹⁵;
- Sudáfrica y Rhodesia del Sur en contra de Zambia¹⁶;
- Rhodesia del Sur en contra de Zambia¹⁷;
- Sudáfrica en contra de Angola Botsuana, Lesoto, Seychelles y otros Estados del África austral¹⁸;
- Sudáfrica en contra de Angola¹⁹;
- Sudáfrica en contra de Lesoto²⁰;
- Ataques perpetrados en contra de Benín por una fuerza mercenaria²¹;

¹² REMIRO BROTONS, ANTONIO. *Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo*. Documento de Trabajo nº 10. Fundación para las Relaciones Internacionales y el diálogo exterior (FRIDE), Madrid, 2005.

¹³ NACIONES UNIDAS. Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas “Documentos”. Disponible en: <<http://www.un.org/es/documents/sc/>> [Consulta: 23 mayo 2013].

¹⁴ Resolución 386 (1976) del 17 de marzo. Disponible en <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/386%20\(1976\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/386%20(1976))> [Consulta: 28 septiembre 2013]; y Resolución 411 (1977) de 30 de junio. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/411%20\(1977\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/411%20(1977))> [Consulta: 28 septiembre 2013].

¹⁵ Resolución 445 (1979) del 8 de marzo. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/445%20\(1979\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/445%20(1979))> [Consulta: 28 septiembre 2013].

¹⁶ Resolución 326 (1973) del 2 de febrero. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/326%20\(1973\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/326%20(1973))> [Consulta: 28 septiembre 2013]. ; y Resolución 455 de 23 de noviembre de 1979. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/455%20\(1979\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/455%20(1979))> [Consulta: 28 septiembre 2013].

¹⁷ Resolución 424 (1978) del 17 de marzo. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/424%20\(1978\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/424%20(1978))> [Consulta: 28 septiembre 2013].

¹⁸ Resolución 418 (1977) del 4 de noviembre. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/418%20\(1977\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/418%20(1977))> [Consulta: 28 septiembre 2013].

¹⁹ Resolución 387 (1976) de 31 de marzo. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/387%20\(1976\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/387%20(1976))> [Consulta: 28 septiembre 2013].; y Resolución (1984) 546 del 6 de enero. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/546%20\(1984\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/546%20(1984))> [Consulta: 28 septiembre 2013].

²⁰ Resolución 527 (1982) del 15 de diciembre. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/527%20\(1982\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/527%20(1982))> [Consulta: 28 septiembre 2013].Y Resolución 580 (1985) del 30 de diciembre. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/580%20\(1985\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/580%20(1985))> [Consulta: 28 septiembre 2013].

²¹ Resolución 405 (1977) del 14 abril. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/405%20\(1977\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/405%20(1977))> [Consulta: 28 septiembre 2013].

- Ataques perpetrados por Israel en contra de Túnez²²;
- Invasión de Irak en contra de Kuwait²³.

No obstante constituir el CS el órgano fundamental competente en la determinación del crimen de agresión y en el accionar en este sentido, el análisis de la Carta de la ONU nos permite concluir que este no es el único órgano con competencia y con facultades de actuación, como veremos a continuación.

b) La Asamblea General (en adelante, «AG»), de acuerdo con los párrafos 2 y 3 del artículo 11 de la Carta de la ONU, puede intervenir en cualquier cuestión que afecte la paz y la seguridad internacionales, lo que incluye obviamente actos de agresión, pudiendo hacer recomendaciones al Estado o Estados interesados o al CS. Es decir, podría darle a conocer al CS respecto de una situación que en conformidad a la AG constituye una agresión o directamente de esta a los Estados involucrados.

El artículo 14 de la Carta dispone, por su parte, que “Salvo lo dispuesto en el Artículo 12, la Asamblea General podrá recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones, sea cual fuere su origen, que a juicio de la Asamblea puedan perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones, incluso las situaciones resultantes de una violación de las disposiciones de esta Carta que enuncian los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas”. Por lo que puede recomendar medidas en el evento que determinese la existencia de una agresión.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 14 antes mencionado se remite al artículo 12 de la Carta, disponiendo una limitación al actuar de la AG, consistente en la abstención de su conocimiento siempre que el asunto esté siendo conocido por el CS.

La interpretación de las normas anteriores respecto de las facultades de la AG para conocer y resolver sobre una agresión se encuentra confirmada en la Resolución 377 (V) sobre “Unión pro Paz”, de la AG del 3 de noviembre de 1950²⁴, que dispuso:

²² Resolución 573 (1985), del 4 de octubre. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/573%20\(1985\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/573%20(1985))> [Consulta: 28 septiembre 2013]; y Resolución 611 (1988) del 25 de abril. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/611%20\(1988\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/611%20(1988))> [Consulta: 28 septiembre 2013].

²³ Resolución 660 (1990) del 2 de agosto. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/660%20\(1990\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/660%20(1990))> [Consulta: 28 septiembre 2013]; y Resolución 667 (1990) del 16 de septiembre. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/667%20\(1990\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/667%20(1990))> [Consulta: 28 septiembre 2013]; entre otras resoluciones.

²⁴ En: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/063/41/IMG/NR006341.pdf?OpenElement>> [Consulta 23 mayo 2013].

“1. Resuelve que si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad de sus miembros permanentes, dejara de cumplir con su responsabilidad primordial por el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales en todo caso que resultara haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinaría inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los Miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y seguridad internacionales...” (énfasis añadido).

En este mismo sentido, en una opinión consultiva de la CIJ del año 1962 “sobre ciertos gastos de las Naciones Unidas”²⁵, se afirmó que “la responsabilidad conferida al CS por el artículo 24 de la Carta es “principal pero no exclusiva”. Asimismo señaló que “La Carta deja abundantemente en claro que, la AG ha de ocuparse también de la paz y la seguridad internacionales. El artículo 14 autoriza a ésta a recomendar “medidas” para el arreglo pacífico de cualquiera situaciones que puedan poner en riesgo las relaciones amistosas entre naciones”.

En concordancia con lo anterior, de las resoluciones adoptadas por la AG se han detectado los siguientes casos en los cuales se ha pronunciado sobre la existencia de una agresión²⁶:

- En la condena a Estados Unidos de América, Francia y Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda, por haber usado su veto en el CS donde la mayoría de estados había declarado favorable la adopción de medidas tendientes a aislar a Sudáfrica con el objeto de obligarla a retirarse de Namibia²⁷;
- En la declaración sobre “la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos interiores de los Estados y la protección de su independencia y de su soberanía”²⁸;
- La intervención en Corea del Gobierno Popular Central de la República Popular de China²⁹;

²⁵ ICJ Reports. Advisory Opinion of 20 July 1962 *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*. Disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/49/5259.pdf>> [Consulta: 28 septiembre 2013].

²⁶ Naciones Unidas. Resoluciones de la Asamblea General. “Documentos”. En: <<http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>> [Consulta 23 mayo 2013].

²⁷ Resolución 36/121, adoptada el 10 de diciembre de 1981. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/414/82/IMG/NR041482.pdf?OpenElement>> [Consulta 23 mayo 2013], entre otras resoluciones en este mismo sentido.

²⁸ Resolución 2131 XXAG, adoptada el 21 de diciembre de 1965. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/222/69/IMG/NR022269.pdf?OpenElement>> [Consulta 23 mayo 2013]

²⁹ Resolución 498 (V), adoptada el 1 de febrero de 1950. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/744/57/IMG/NR074457.pdf?OpenElement>> [Consulta 23 mayo 2013].

- La AG adopta una serie de recomendaciones por la Ocupación de Sudáfrica en Namibia³⁰;
- Una serie de resoluciones denunciando a Sudáfrica por actos de agresión en contra de Botsuana, Mozambique, Seychelles, Suazilandia, Zambia y Zimbabue³¹;
- En contra de Israel por la ocupación del territorio palestino³²;
- En contra de Israel por el bombardeo de las instalaciones nucleares iraquíes³³;
- En contra de Israel por la agresión a el Líbano³⁴;
- Por la ocupación continua de los altos del Golán por parte de Israel³⁵;
- En contra de Serbia y Montenegro por la agresión cometida en territorio de Bosnia Herzegovina³⁶.

c) La Corte Internacional de Justicia (en adelante, «CIJ»). La CIJ posee, dentro de las facultades entregada por la Carta de la ONU (Anexo “Estatuto de la Corte internacional de Justicia y Reglamento de la Corte³⁷), la facultad para dictar medidas provisionales³⁸.

En 1979 tras el triunfo de la Revolución Islámica en Irán y la toma de la Embajada de Estados Unidos en Teherán por parte de simpatizantes del régimen, el CS adoptó

³⁰ Entre otras las resoluciones: 1899 (XVIII), adoptada el 6 de noviembre 1963. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/189/13/IMG/NR018913.pdf?OpenElement>> [Consulta 23 mayo 2013] y S-9/2 adoptada el 3 de mayo de 1978.

³¹ Resolución 36/121 A, adoptada el 10 de diciembre de 1981. Disponible en: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/9526199.10240173.html>> [Consulta 23 mayo 2013]; entre otras.

³² Resolución 3314 (XXXIX), adoptada el 5 de diciembre de 1975. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/790/34/PDF/NR079034.pdf?OpenElement>> [Consulta 23 mayo 2013].

³³ Resolución 36/27, adoptada el 13 de noviembre de 1981. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/413/88/IMG/NR041388.pdf?OpenElement>> [Consulta 23 mayo 2013]

³⁴ Resolución 37/43, adoptada el 3 de diciembre de 1982. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/432/83/IMG/NR043283.pdf?OpenElement>> [Consulta 23 mayo 2013].

³⁵ Resolución 37/123 A, adoptada el 16 de diciembre de 1982. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/433/63/IMG/NR043363.pdf?OpenElement>> [Consulta 23 mayo 2013], entre otras resoluciones.

³⁶ Resoluciones: 46/242, adoptada el 25 de agosto de 1992. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/599/36/IMG/NR059936.pdf?OpenElement>> [Consulta 23 mayo 2013] y 47/121 adoptada el 18 diciembre 1992.

³⁷ Sección D “Procedimientos incidentales”, artículos 73 y siguientes. En: <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjrules.php>> [Consulta: 23 mayo 2013].

³⁸ Artículo 41 ER.

medidas encaminadas a conseguir la liberación del personal consular y diplomático retenido en las Misiones. Ante el fracaso de las medidas, Estados Unidos solicitó a la CIJ la práctica de medidas provisionales en contra del gobierno iraní.

El 15 de diciembre de 1979 la Corte dictó la providencia condenando a Irán por su actuación³⁹. Sin embargo, durante el desarrollo del asunto, surgieron dudas con respecto a si la CIJ tenía facultades para conocer del mismo por el hecho de que se encontraba en conocimiento del CS.

Ante lo anterior la Corte indicó que “En tanto que en el artículo 12 de la Carta prohíbe expresamente a la Asamblea General hacer recomendación alguna sobre una controversia o situación mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando sus funciones con respecto a tal controversia o situación, ninguna disposición de la Carta o el Estatuto de la Corte establece una restricción de esa índole en lo tocante al funcionamiento de la Corte. Las razones son claras. Incumbe a la Corte resolver las cuestiones jurídicas de cualquier tipo respecto de las cuales se contrapongan las partes en una controversia” (énfasis añadido).

Otro caso emblemático fue la demanda presentada por Nicaragua ante la Corte en contra de Estados Unidos por el asunto de “actividades militares y para-militares en y en contra de su territorio y soberanía”⁴⁰. En ella la Corte fundamentó su competencia para conocer del asunto por las mismas razones indicadas en lo manifestado en el caso precedente, agregando que “Al Consejo se le han asignado funciones de naturaleza política, mientras que la Corte ejerce funciones puramente judiciales. Por consiguiente, ambos órganos pueden desempeñar sus funciones separadas pero complementarias con respecto a los mismos acontecimientos”⁴¹.

De esta manera la CIJ dejó en claro que es competente para conocer de un asunto relacionado con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales de manera simultánea al conocimiento del mismo pueda estar desarrollando el CS, por el hecho que su análisis es de carácter eminentemente jurídico el cual difiere del análisis político que desarrolla el CS.

³⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran* (United States of America v. Iran), judgment of 24 May 1980 Disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/64/9545.pdf>> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁴⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in And against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986. Disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁴¹ Idem.

II. El acto de agresión en el desarrollo del derecho internacional

1. Antecedentes

En la antigüedad, en particular en Roma y Atenas, la guerra era objeto de controversia, se distinguía entre la guerra justa (*bellum justum*) y la guerra injusta (*bellum injustum*)⁴², siendo la agresión sinónimo de guerras “injustas”⁴³.

Entre las naciones del medioevo, por su parte, la teoría de la “guerra justa” fue la creación doctrinaria imperante. Los escritos de diversos autores⁴⁴, establecieron la premisa filosófica de la legitimidad de la guerra⁴⁵, esta no la prohibía, sino que describía las condiciones para una guerra legítima, a saber, la existencia de una causa justa en defensa de intereses legítimos, imposibilidad de solución pacífica, y proporcionalidad entre el acto ilícito y la guerra planeada⁴⁶, las guerras legítimas tenían que ser moralmente justificables, como en la auto-defensa o en la corrección de un daño recibido⁴⁷.

Hugo Grocio retiró las consideraciones de tipo religioso de la teoría de la guerra justa, reconociendo la legitimidad de esta solamente si era justa, no era justa ergo si respondía a una injusticia que era determinada por el derecho natural⁴⁸, aquellos que desencadenaban una guerra ilegal serían personalmente responsables por su agresión⁴⁹.

El Derecho Internacional evolucionó a la reglamentación de la guerra más que a su prohibición creándose un verdadero “Derecho a la guerra (*jus ad bellum*)”, las Conferencias

⁴² Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*, 4ª reimpresión. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México D.F., 1988, pp. 390-405.

⁴³ Cicerón opinaba que “...las guerras injustas son aquellas que se emprenden sin existir buenas razones, salvo por venganza o por una invasión enemiga, no puede llevarse a cabo ninguna guerra justa”. En: Cicerón, Marco Tulio. *Sobre la República. Sobre las Leyes*. Libro III, 35 (Estudio Preliminar y traducción de José Guillén). Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 102.

⁴⁴ Entre ellos Aristóteles, Cicerón, San Agustín y Santo Tomás

⁴⁵ Remiro Brotons, Antonio. *Derecho Internacional*. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 91.

⁴⁶ Vioti, Aurelio. “En busca de una simbiosis: El Consejo de Seguridad en el campo humanitario”. *International Review of the Red Cross*. N.º 865, 2007, pp. 3-6.

⁴⁷ Entre ellos Isidoro de Sevilla y Francisco de Vitoria. En Hernández Campos, Augusto. “Definición del Crimen de Agresión: Evolución del Concepto de Crimen contra la Paz hasta el Tribunal Internacional de Núremberg”. *Revista de Derecho y Ciencia Política*. Vol. 66, N.ºs 1 y 2, 2009, pp. 116-118.

⁴⁸ Grotius, Hugo. *On the Law of War and Peace* (translated by A. C. Campbell, A.M.). Batoche Books, Kitchener, Ontario, 2001. Disponible en: <<http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/grotius/Law2.pdf>> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁴⁹ Incluso oficiales militares que podrían haber prevenido el daño cabían en esta responsabilidad. En conformidad a lo anterior Grocio fue el primer tratadista que habló de la responsabilidad individual por actos de agresión internacional

de la Paz de La Haya de 1889⁵⁰ y 1907⁵¹. constituyen un reflejo de lo anterior⁵².

El periodo que va desde las Convenciones de La Haya hasta después de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional creó un conjunto de tratados internacionales multilaterales en vista a regular el derecho a la guerra y la preservación de la paz como objetivo fundamental de la comunidad internacional, cambiando el paradigma desde la regulación a la prohibición de la guerra⁵³. Lo anterior se vio reflejado una vez finalizada la Primera Guerra Mundial, en el Tratado de Versalles (1919)⁵⁴, que creó la Sociedad de las Naciones (SDN), cuyo objetivo fue establecer las bases para la paz y la reorganización de las relaciones internacionales.

El Pacto de la Sociedad de 1919 estableció las primeras disposiciones legales tendientes a promover la solución pacífica de las controversias internacionales, el desarme y a limitar el recurso a la guerra como último mecanismo de solución de diferencias. Con respecto al acto de agresión, en el artículo 10 del Pacto se incluyó de manera implícita la noción de “agresión” y de “amenaza de agresión”⁵⁵. Un acto de agresión contra la integridad territorial y la independencia política de los estados miembros resultaba contraria a las obligaciones contraídas por ellos mismos, autorizando a la SDN a “tomar cualquier acción que pudiese ser considerada racional y eficaz para salvaguardar la paz de las naciones”⁵⁶.

Posterior a la finalización de la Primera Guerra Mundial, se adoptó en París el año 1928 el “Tratado General para la Renuncia de la Guerra o mejor conocido como

⁵⁰ Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <<http://www.un.org/es/iccj/hague.shtml>> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁵¹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. “Permanencia y cambios en Derecho Internacional”. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. 10 de Mayo 2005. Disponible en: <<http://www.racmyp.es/docs/discursos/D11.pdf>> [Consulta 23 mayo 2013]. También en Corte Internacional de Justicia. “Las Conferencias de Paz de La Haya y la Corte Permanente de Arbitraje (CPA)”. Disponible en: <<http://www.un.org/es/iccj/hague.shtml>> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁵² Las Conferencias no cumplieron tal objetivo, no obstante lograron generar consensos en torno a nuevas normas para la conducción de la guerra y establecer un mecanismo de solución pacífica de controversias.

⁵³ Entre estos, los principales fueron, las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre Solución Pacífica de Controversias Internacionales, el Tratado de Versalles de 1919, el Convenio de la Sociedad de las Naciones de 1920 y el Pacto *Briand-Kellogg* de 1928.

⁵⁴ Tratado de Paz firmado por las potencias europeas que puso fin oficialmente a la Primera Guerra Mundial.

⁵⁵ “Los Miembros de la Sociedad se comprometen a respetar y a preservar contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política existente de todos los Miembros de la Sociedad. En caso de agresión, de amenaza o de peligro de agresión, el Consejo determinará los medios para asegurar el cumplimiento de esta obligación” Disponible en: <http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii/lecturas/leccion-7/Pacto_de_la_Sociedad_de_Naciones.pdf> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁵⁶ Artículo 11.

Pacto de Briand-Kellog⁵⁷. En su texto, las partes renunciaban a la guerra “como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas” y se comprometían a que la solución a sus controversias nunca sería buscada por otros medios que no fuesen los pacíficos⁵⁸. (Pacto que como no posee cláusula de denuncia o prescripción, se encuentra en vigor en la actualidad).

2. Los Tribunales Militares Internacionales

Finalizada la Primera Guerra Mundial (1919) ya existía la consciencia por parte de la comunidad internacional, de que la agresión perpetrada por un Estado tenía su origen en actos individuales, comenzando a desarrollarse oficialmente el concepto de responsabilidad penal individual⁵⁹. Fundada en dicha concepción dominante a partir de esta fecha, la Conferencia de Paz de París (1919) creó una Comisión con la finalidad de determinar la responsabilidad de los autores de la Guerra y la ejecución de sanciones para estos, la que concluyó que los países perdedores habían declarado la guerra en ejecución de una política de agresión⁶⁰. Si bien no se acusó por crimen de agresión se recomendó que la agresión debiera ser moralmente condenada y que a futuro tales atrocidades contra los principios del Derecho internacional deberían ser castigadas⁶¹.

Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, los representantes de las cuatro potencias aliadas⁶² se reunieron en Londres⁶³ en la Conferencia Internacional sobre Juicios Militares. Dicha instancia conllevó a la adopción, (el 8 de agosto de 1945), del Acuerdo de Londres sobre el Proceso y Castigo de los Mayores Criminales de Guerra del Eje Europeo, que incluyó como Anexo el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (en adelante “TMI”)

⁵⁷ U.S. Department of State. Office of the historian. “The Kellogg-Briand Pact, 1928”. Disponible en: <<http://history.state.gov/milestones/1921-1936/Kellogg>> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁵⁸ Firmado en París el 27 de agosto de 1928 por Estados Unidos y Francia. Este tratado, que inicialmente tuvo naturaleza bilateral, fue luego ratificado por aproximadamente 63 estados del mundo 18, incluyendo a Alemania. Disponible en: <<http://www.dipublico.com.ar/instrumentos/56.html>> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁵⁹ SALMÓN, Elizabeth; BAZAY, Lorena. *El Crimen de Agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad.*, 1ª edición. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad del Perú (IDEHPUCP), 2011, p. 14.

⁶⁰ NINO, Carlos. “El Castigo como respuesta a las violaciones de los Derechos Humanos, una perspectiva global”, global”. En: *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del proceso.* Emecé Editores, Buenos Aires, pp. 17-75 (traducción del original “Punishment as a Response to Human Rights Violations”, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1996, pp. 3-40).

⁶¹ Ídem.

⁶² Estados Unidos, Francia, Reino Unido y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

⁶³ El 26 junio al 8 agosto 1945.

o Carta o Estatuto de Londres⁶⁴, disponiendo las normas y procedimientos que regirían el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (en adelante “TMI”)⁶⁵ y los crímenes de su competencia, con el objetivo de juzgar a los criminales de la Segunda Guerra Mundial.

Dicho Estatuto le entregó al tribunal como competencia el conocimiento de la participación en un plan o conspiración común para perpetrar crímenes contra la paz⁶⁶, planear, iniciar o desencadenar guerras de agresión y otros crímenes contra la paz, crímenes de guerra (violaciones de las leyes y costumbres de la guerra) y crímenes contra la humanidad (como exterminio y esclavitud)⁶⁷. En el proceso se condenaron a dieciséis de los veintidós acusados⁶⁸.

Otros dos tribunales militares internacionales continuaron con los procesos en contra de los criminales de guerra: el Consejo Aliado de Control⁶⁹ y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tokio). La Ley N° 10 del Consejo (*Control Council Law n°10*)⁷⁰, correspondió a una versión modificada del Estatuto del Tribunal de Núremberg y contenía el fundamento jurídico de los juicios a celebrarse para este Tribunal, como para juicios posteriores que se celebrarían por tribunales alemanes, con competencia para juzgar Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz o Crímenes contra la Humanidad⁷¹. Hubo 185 acusados, 30 sentencias condenatorias a muerte, 120 condenas a prisión, una condena *in absentia* y 35 absoluciones⁷².

⁶⁴ Disponible en: <<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁶⁵ En el anexo al Acuerdo de Londres para el enjuiciamiento de los criminales de guerra del Eje europeo de 1945, el anexo incluye el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg.

⁶⁶ Principalmente, “planeación, preparación, iniciación o realización de una guerra de agresión, o una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o garantías, o participación en un plan común o conspiración para el cumplimiento de cualquiera de los precedentes”.

⁶⁷ Artículo 6 del ER. También en: El Tribunal Internacional Militar de Núremberg. “El juicio de Núremberg”. Disponible en: <http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/imt_int/flyer_sp.pdf> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁶⁸ El proceso contra los criminales de guerra Nazi se inició el 20 de noviembre de 1945 y terminó el 31 de agosto de 1946, la sentencia se pronunció el 30 de septiembre y el 1 de octubre de 1946

⁶⁹ El Consejo Aliado de Control, órgano que gobernó la Alemania ocupada después de la Segunda Guerra Mundial entre los años 1946 a 1947. Se encontró integrado por representantes de Francia, Estados Unidos, Reino Unido y la ex URSS.

⁷⁰ Del 20 de diciembre de 1945. Define el crimen contra la paz para incluir: “Inicio de invasiones de otros países y guerras de agresión en violación de leyes y tratados internacionales, incluyendo pero no limitados a planeación, preparación, inicio o sostenimiento de una guerra de agresión, o una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o garantías, o participación en un plan o conspiración común para el cumplimiento de cualquiera de los anteriores”.

⁷¹ FRASCHINA, Andrea Verónica. “Los Tribunales Militares Internacionales” (Capítulo I. Antecedentes Históricos). En: *Análisis comparativo de la competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados*. N.º 21, Colección Veracruz. Ediciones de la Fundació Càtedra Iberoamericana, Palma de Mallorca, 2008. Disponible en: <<http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/1.-Los-Tribunales-Militares-Internacionales..cid210831>> [Consulta 23 mayo 2013].

⁷² Cada uno de los doce procesos se concentraba en un grupo de autores, así fueron acusados representantes de

El crimen de agresión⁷³ se encontraba definido de manera similar al existente en el Estatuto de TMI de Nuremberg modelo, asimismo del existente en el Estatuto del Tribunal Militar para Lejano Oriente (Tribunal de Tokio)⁷⁴, que poseyó competencia para juzgar por cuatro crímenes⁷⁵, a saber, crímenes contra la paz y crímenes de guerra⁷⁶, crímenes contra la humanidad⁷⁷, genocidio⁷⁸ y complot de guerra⁷⁹. Este último Tribunal encontró culpables de haber cometido una guerra de agresión a los veinticuatro acusados de crímenes contra la paz⁸⁰.

3. La responsabilidad individual en la Agresión: nacimiento del crimen de agresión

Durante el desarrollo del proceso de Núremberg, el TMI demostró que los crímenes contra la paz habían sido parte del Derecho internacional consuetudinario desde antes de 1939, enfatizando la naturaleza preexistente del delito como reflejo de las normas convencionales que surgieron luego de la Primera Guerra Mundial, incluyendo el Pacto Briand-Kellogg⁸¹. Asimismo, argumentó que las personas que participaron en la comisión del crimen se encontraban en una posición de alto poder político, lo que hacía imposible haber desconocido el delito que cometían y su disvalor⁸².

En la sentencia del proceso de Núremberg, el TMI dejó en claro que “Iniciar una guerra de agresión, por tanto, no es solamente un crimen internacional; es el crimen supremo internacional que se diferencia sólo de otros crímenes de guerra en que contiene en sí mismo la maldad acumulada de todos”⁸³.

la profesión médica, de la administración de justicia, de las fuerzas armadas, de la economía y de la industria, como también dirigentes del Estado y del Partido Nacionalsocialista. Ídem.

⁷³ En su artículo II, párrafo. 1 (inc. a) de la Ley No. 10. *Supra*.

⁷⁴ Artículo 5º.

⁷⁵ *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*. Disponible en: <<http://lib.law.virginia.edu/imtfe/content/page-3-5>> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁷⁶ Que se basaron en la existencia de una premeditación para alterar la paz y la existencia de asesinatos, torturas, violaciones contrarios a las Leyes de la Guerra.

⁷⁷ Cuando se trataba del exterminio y muerte en masa.

⁷⁸ Cuando se trataba de la misma muerte en masa pero de grupos étnicos determinados.

⁷⁹ Entendido como proceso para atentar contra la seguridad interior de un Estado soberano.

⁸⁰ SELLARS, Kristen. “Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo”. *European Journal of International Law*. Vol. 21, N.º 4, 2011, pp. 1085-1102.

⁸¹ Ídem.

⁸² Sentencia del TMI en Núremberg leída el 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946.

⁸³ Ídem.

A pesar de las sentencias emitidas por el Tribunal⁸⁴, no se definió lo que era “agresión” o “guerra de agresión”. Tampoco lo hizo el Estatuto del TMI, aunque en su artículo 6º, párrafo a), se intentó precisarla al disponer que la “Planificación, preparación, inicio o el sostenimiento de una guerra de agresión, o una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o garantías, o participación en un plan o conspiración común para el cumplimiento de cualquiera de los anteriores”⁸⁵.

El último párrafo de ese artículo dispone que “Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación o ejecución de un plan o conspiración común para cualquiera de los anteriores crímenes son responsables por todos los actos efectuados por cualquier persona en ejecución de dicho plan”⁸⁶. Es decir, si el párrafo a), del artículo 6 determina las acciones que configuran el tipo penal, es el último párrafo del mismo que determina la individualización de la responsabilidad, siendo, en conformidad a dicho análisis, “una persona” el sujeto activo de responsabilidad internacional por la perpetración de crímenes contra la paz.

4. Los principios de Núremberg

En 1946 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Resolución 95 (I)⁸⁷, con la cual confirmó determinados principios provenientes del Estatuto del Tribunal de Núremberg y sus sentencias, pasando a conocerse como “Los Principios de Núremberg”⁸⁸.

La AG, con su adopción, tuvo por objetivo “expresar su aprobación y apoyo de los conceptos generales y estructuras jurídicas del derecho penal que se derivaban de forma explícita e implícita de dicho Estatuto y de los fallos”, convirtiéndolos en principios generales de derecho consuetudinario con carácter vinculante para los Estados miembros de la comunidad internacional⁸⁹.

⁸⁴ El Tribunal de Núremberg concluyó, en sus sentencias, que los líderes alemanes habían sido responsables por ataques e invasiones premeditadas y sin provocación en perjuicio de estados vecinos y culpables de haber cometido crímenes contra la paz por haber utilizado la fuerza armada en violación de las obligaciones internacionales previamente aceptadas.

⁸⁵ En: <<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ “Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Núremberg”, de 11 de diciembre de 1946 (A/RES/95(I)). Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/036/55/IMG/NR003655.pdf?OpenElement>> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁸⁸ CASSESE, Antonio. *Afirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg*. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009. Disponible en: <http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁸⁹ *Ibid.*

La importancia de la creación de estos principios radicó en el hecho que, hasta esta fecha, no existía un concepto de crimen de agresión en el Derecho Internacional, sino que solo la indicación de las acciones que configuraban el mismo, por tanto, constituyen lineamiento a seguir a objeto de determinar en qué circunstancias se encontraba en presencia de un crimen de esta naturaleza.

En la opinión de Kemp, estos principios “responden a la clara intención de la comunidad internacional de preservar el legado que había dejado Núremberg, en relación a la existencia de principios de criminalidad individual por la comisión del crimen de agresión”⁹⁰. Estos son el (I) principio de responsabilidad penal individual, (II) la existencia de la responsabilidad penal con arreglo al derecho internacional incluso si el derecho interno no sanciona un acto que constituye delito de derecho internacional, (III) la denegación de la inmunidad a toda persona que haya actuado “como Jefe de Estado o funcionario a cargo de departamentos del Gobierno”⁹¹, (IV) la excepción de responsabilidad por cumplimiento de una orden de un superior, (V) el derecho a un juicio imparcial, (VI) la codificación de las tres categorías de delitos previstos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal (delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad) y (VII) la incorporación de la “complicidad” como conducta punible.

IV. La Organización de Naciones Unidas y la determinación del acto y crimen de agresión

1. La Carta de Naciones Unidas y la agresión

La Carta de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, «ONU») establece los derechos y las obligaciones de los Estados Miembros para con la organización y la comunidad internacional; sus órganos y procedimientos. En lo que concierne al crimen de agresión, en el artículo 2º inciso 4, se establece explícitamente “la prohibición del uso de la fuerza” en contra de otro Estado⁹² (énfasis añadido).

⁹⁰ KEMP, Gerhard. *Individual criminal liability for the international crime of aggression*. Dissertation presented for the Degree of Doctor of Law at Stellenbosch University, March 2008, p. 140.

⁹¹ Este principio se basa en el artículo 7 del ER. El Tribunal también reafirmó la abolición de la doctrina de “acto de Estado”.

⁹² Disponiéndose que “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. Carta de Naciones Unidas. Disponible en: <<http://www.un.org/es/documents/charter/>> [Consulta: 23 mayo 2013].

Esta prohibición constituye una norma imperativa de Derecho internacional y piedra angular del actual orden internacional, sin embargo, no entrega una definición ni los elementos del acto de agresión⁹³, disponiendo de un mecanismo institucional para la determinación de los actos constitutivos de agresión⁹⁴: “el Consejo de Seguridad”⁹⁵, en cumplimiento de su obligación de mantenimiento de la paz y seguridad internacional⁹⁶. Con arreglo al capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas⁹⁷ es competente para hacer recomendaciones o decidir qué medidas han de emplearse a este respecto.

2. La Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General relativa a la definición de agresión

Antecedentes. Mediante la Resolución 688 (VII) de 20 de diciembre de 1952⁹⁸, la AG de la ONU estableció la Comisión Especial sobre la cuestión de la agresión (en adelante, «CE») para la realización de un estudio de fondo sobre esta.

Este proyecto, una vez finalizado, fue presentado a la AG de la ONU, la que el 14 de agosto de 1974, mediante la Resolución 3314 (XXIX) relativa a la definición de agresión⁹⁹ adoptó un concepto. Lo anterior tenía por objeto principal proporcionar al Consejo de Seguridad una definición que le sirviera de orientación al momento de analizar su existencia¹⁰⁰.

Concepto. La Resolución determinó a la agresión como “...el uso de la fuerza armada por un Estado en contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de Naciones Unidas...” (artículo 1º); dispone asimismo que “La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional” (artículo 5º Nº 2).

Establece, por su parte, una presunción en virtud de la cual el primer Estado que utilice la fuerza en contra del otro, corresponderá a una prueba *prima facie* de la existencia de

⁹³ BASSIOUNI, M. Cherif y FERENCZ, Benjamín B. “The crime against peace”. En: BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law*, 2nd edition, Vol. 1. Transnational Publishers, New York, 1999, p. 322.

⁹⁴ “Determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, en conformidad con el artículo 39.º de la Carta.

⁹⁵ Artículo 23, inciso 1.º, de la Carta.

⁹⁶ Artículo 24 de la Carta.

⁹⁷ “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”.

⁹⁸ Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/083/04/IMG/NR008304.pdf?OpenElement>> [Consulta: 23 mayo 2013].

⁹⁹ Disponible en: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/6346443.29547882.html>> [Consulta: 23 mayo 2013].

¹⁰⁰ Wilmshurst, Elizabeth. United Nations Audiovisual Library of International Law “Definición de Agresión”. En: <http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/da/da_s.pdf> [Consulta: 23 mayo 2013].

agresión, salvo que el CS determine lo contrario, como por ejemplo que el acto no hubiere sido suficientemente grave para considerarlo una agresión (artículo 2º).

Asimismo, el artículo 3º establece los casos que serán considerados como agresión como aquellos independientemente de la existencia o no de una declaración de guerra. (Casos que serán analizados en forma separada en el N° 3 de este capítulo). Sin embargo, se dispone que dicha enumeración no es taxativa pudiendo el CS determinar otros actos constitutivos de agresión en conformidad con la Carta de la ONU (artículo 4º).

Características. Del análisis de las disposiciones antes indicadas de la resolución, se pueden determinar las siguientes características del acto de agresión:

- La agresión se limita sólo al uso de la Fuerza Armada;
- El empleo de la fuerza debe efectuarse en violación de la Carta de la ONU, es decir, no se producirá agresión en los casos autorizados por la Carta de empleo de la fuerza;
- El uso de la fuerza armada debe ser utilizada por el Primer Estado;
- La agresión se aplica sólo a las relaciones entre los Estados, debiendo consistir en la utilización de la fuerza armada, por parte de un Estado, en contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado. Por tanto situaciones como la fuerza armada en el interior de un Estado no quedan comprendidas dentro de esta definición;
- La agresión se basa en situaciones objetivas, la existencia de un acto (ataque armado), un nexo de causalidad entre el acto y el agredido y una consecuencia que es la violación de una norma jurídica internacional;
- La existencia del listado de conductas constitutivas de agresión, corresponden a conductas directas, deja afuera todas las otras formas de agresión indirectas (como actos subversivos, atentados terroristas, la injerencia extranjera en territorio de otro Estado, etc.)
- El listado de actos del artículo 3 no es exhaustivo y el CS podrá determinar otros tipos de actos constitutivos de agresión en conformidad con la Carta de la ONU;
- Los actos y los efectos de éstos deben ser de una gravedad suficiente para ser considerados como actos de agresión;
- No se refiere a la amenaza de agresión;
- Se consagra el principio de “*Ex injuria ius non oritur*”, el acto ilícito no genera derechos, como consecuencia del acto de agresión;
- No se hace mención a la responsabilidad individual ni tampoco al grado de participación.

Aporte y Críticas. La importancia del concepto contenido en la Resolución 3314 (XXIX) constituye el reconocimiento a un nivel universal que la guerra de agresión es una violación grave del Derecho internacional, lo que ha sido reconocido por la comunidad internacional, sin perjuicio de ello, la doctrina ha coincidido que las deficiencias más importantes, de la Resolución con respecto a la elaboración del concepto son la falta de mención de la responsabilidad personal y de la forma de participación en el acto¹⁰¹.

Con respecto al carácter obligatorio de la Resolución, el solo hecho de provenir de la AG no le otorga un valor directo vinculante, pero sí poseería valor consuetudinario (como se analizará más adelante en el N° 4 del presente capítulo).

3. Análisis particular de las conductas contenidas en el artículo 3 de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General

En la Conferencia de Kampala (Resolución RC/Res. 6)¹⁰², se acordó el texto del nuevo artículo 8bis del ER., que contiene la definición de crimen de agresión y además la de los artículos 15bis y 15ter, referidos al ejercicio de la jurisdicción sobre este crimen. En el artículo 8 bis, párrafo 1¹⁰³, se señalan los elementos del delito mientras que en el párrafo 2 se mencionan los actos de agresión.

La fuente del segundo numerando del artículo 8 bis del Estatuto de Roma (que contiene los casos de agresión) constituyen los artículos 1° y 3° de la Resolución 3314 (XXIX) de la AG ONU (en adelante “la Resolución 3314”), lo anterior se colige por el hecho que el artículo 8 bis efectúa una indicación expresa de lo anterior, además de consagrar los mismos actos existentes en la Resolución 3314c constitutivos de agresión¹⁰⁴. La CPI se encontrará, por tanto, con la situación que para determinar si se encuentra en presencia de un crimen de agresión, deberá verificar primeramente la existencia de uno de los actos constitutivos del mismo, siendo los mismos casos o situaciones contenidas en la Resolución 3314.

¹⁰¹ MARQUES 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.

¹⁰² Aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf> [Consulta: 23 mayo 2013].

¹⁰³ “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”.

¹⁰⁴ GILLET, Matthew. “The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court”, *International Criminal Law Review* vol.13, N.º4, 2013, pp. 3-8. Véase también en AMBOS, Kai, *op. cit.*, pp. 463-509.

Una vez que se encuentre determinada la existencia de la agresión, la CPI deberá identificar la existencia de la responsabilidad individual en el acto, a objeto de iniciar un procedimiento, en conformidad se encuentra indicado en el artículo 8 bis Nº 1 del ER. Disposición normativa que encuentra su fuente en el artículo 6, párrafo a, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg¹⁰⁵, puesto que la indicada norma del ER dispone de los conceptos esenciales del numerando, en términos muy similares al existente en la norma del Estatuto del Tribunal de Núremberg antes indicada, constituyendo su fuente¹⁰⁶. Asimismo, otro antecedente de su elaboración constituyó lo dispuesto en el Principio I de Núremberg¹⁰⁷.

Volviendo a la determinación del acto de agresión, como acto fundamental fuente del crimen de agresión, los órganos competentes, de acuerdo al Estatuto de Roma, deberán efectuar un análisis de la existencia de estas conductas, si bien la Corte posee plena libertad y autonomía en la determinación de un crimen de agresión, las situaciones en las cuales los órganos de Naciones Unidas, con competencia para ello, han determinado su existencia, constituirán importantes precedentes y antecedentes, fundamento de su calificación.

Analizaremos a continuación cada una de las conductas contenidas en el artículo 3 de la Resolución, entregándose ejemplos de casos, para cada una de ellas, en donde los órganos competentes de Naciones Unidas han determinado la existencia de la conducta.

a) El ataque de las fuerzas armadas de un Estado en territorio de otro Estado

Constituye un ataque realizado de las Fuerzas armadas regulares de un Estado en contra de otro Estado, con un objetivo ofensivo, contra objetivos militares, creando un estado de guerra entre los dos estados. Corresponde a un ataque armado de gran amplitud, lo que se diferencia de una simple incursión armada¹⁰⁸.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ “Crímenes contra la paz: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados”. El último párrafo de ese artículo dispone que “Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación o ejecución de un plan o conspiración común para cualquiera de los anteriores crímenes son responsables por todos los actos efectuados por cualquier persona en ejecución de dicho plan. Disponible en: <<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>> [Consulta: 23 mayo 2013].

¹⁰⁷ “Principio de responsabilidad penal individual con arreglo al derecho internacional”, según el cual “los delitos contra el derecho internacional son cometidos por los hombres y no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional”.

¹⁰⁸ Ambas se diferencian por su duración y amplitud. VALLARTA MARRÓN, José Luis. “El Derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado. ¿Se justifica una interpretación extensiva para

La CIJ se pronunció a su respecto en la sentencia del caso “relativo a las plataformas petroleras”¹⁰⁹, a propósito de los ataques contra las fuerzas navales y la marina de los Estados Unidos. La Corte dispuso que el concepto de agresión se entiende como el “ataque armado”, “no se aplica a la sola asistencia a rebeldes bajo la forma de abastecimiento de armas o apoyo logístico”¹¹⁰, ratificando el hecho que el ataque debe ser un ataque ofensivo de un Estado en contra de otro de gran magnitud descartando las simples escaramuzas o ataques de inferior rango.

b) La invasión

Se entiende como la penetración, la irrupción del enemigo, de las fuerzas armadas de un Estado en el territorio de un Estado extranjero con un objetivo de ocupación, de anexión, de pillaje o de toma de botín o de búsqueda de concesiones estratégico-militares¹¹¹. La invasión se distingue de la ocupación por el hecho que la primera es solo un fenómeno militar, naciendo los problemas habituales ligados a las conductas de hostilidades, mientras que la ocupación supone la existencia de una autoridad efectiva por el Estado enemigo excluyendo aquellas del gobierno establecido¹¹². Puede ser planificada con el objetivo de realizarse a través de entradas sucesivas o a través de una sola vez, comporta asimismo el elemento de premeditación, existe una planificación en su realización.

En lo que respecta a casos de determinación de actos de “invasión” por parte de órganos de la ONU, en el caso de “actividades armadas sobre el territorio del Congo”, La República Democrática del Congo (en adelante RDC) sostuvo que Uganda había perpetrado actos de agresión a su territorio, en violación del artículo 2 N° 4 de la Carta de la ONU. La CIJ si bien no pronuncia en su fallo la palabra “agresión” consideró que la operación como el apoyo y el entrenamiento entregado a la Armada de Liberación del Congo (ALC) al ala militar del Movimiento de Liberación del Congo (MLC) constituía una violación por Uganda de los principios de no recurso a la fuerza y de no intervención agregando que había constituido una “intervención militar ilícita”¹¹³.

incluir medidas preventivas y punitivas? Una visión Israeli”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N° 9, 2009, pp. 69-115. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/9/art/art3.htm>> [Consulta: 23 mayo 2013].

¹⁰⁹ *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment 6 November 2003. *I.C.J. Reports* 2003.

¹¹⁰ Traducción propia.

¹¹¹ ROUSSEAU, Charles. *Droit des conflits armés*. Pédone, Paris, 1983, p. 134.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning armed activities on the territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Judgment of 19 December 2005. *I.C.J. Reports*. N° 165, p. 63.

c) Ocupación militar

Una ocupación militar es aquella resultante de una invasión, de la instalación efectiva, de las fuerzas armadas de un Estado beligerante sobre todo o parte del territorio enemigo en tiempo de guerra¹¹⁴.

La definición anterior se inspira en el artículo 42 del Reglamento anexo a la Convención de La Haya (IV) de 1907 que dispone que “Se considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo (...). La ocupación no se extiende sino a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse”¹¹⁵.

La CIJ determinó la existencia de una ocupación en el caso relativo a las “consecuencias jurídicas para los Estados en la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado”¹¹⁶ y en el caso sobre las “actividades armadas sobre el territorio del Congo”. En este último, la CIJ dispuso que Uganda constituía una potencia ocupante en el territorio del Congo, igualmente si éste último país ejercía un control sobre una cierta parte de su territorio¹¹⁷.

Asimismo, en la invasión de Estados Unidos y Reino Unido a Irak en 2003 el Consejo de Seguridad en su Resolución Nº 1483, sostuvo la existencia de un acto de ocupación¹¹⁸.

d) Anexión

Es un acto unilateral por el cual un Estado incorpora a su territorio todo o una parte del territorio de otro Estado¹¹⁹. La anexión resulta una conquista territorial, es decir la adquisición de un territorio al término de un conflicto armado, cuando seguido a la ce-

¹¹⁴ ROUSSEAU, Charles, *op. cit.*, p. 134.

¹¹⁵ Disponible en: <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>> [Consulta 23 mayo 2013]

¹¹⁶ Dispone que “un territorio es considerado como ocupado cuando se encuentra bajo la autoridad de la armada enemiga, y que la ocupación no se extiende si no al territorio donde esta autoridad se encuentra establecida y en la medida de ejercerla” (traducción propia). INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Advisory opinion “Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian Territory”*, 9 July 2004. *I.C.J. Reports*, Nº 78, p.167.

¹¹⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Advisory opinion “Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian Territory”*, *op. cit.*, p. 231.

¹¹⁸ Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4761ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2003. Disponible en: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1483>> [Consulta 23 mayo 2013].

¹¹⁹ KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 254.

sación de hostilidades uno de los Estados mantiene la posesión de una parte del territorio del otro y establece en él su soberanía sin que haya intervenido un tratado de paz¹²⁰.

Lo anterior en conformidad como se ha indicado anteriormente, a partir de la introducción en Derecho Internacional consuetudinario de la prohibición general de recurso a la fuerza y de la declaración de Naciones Unidas de 1970 relativa a los principios de derecho internacional que rigen las relaciones amistosas¹²¹.

El CS, determinó que los actos realizados en el territorio de Kuwait por parte de Irak en el año 1990, correspondían a un acto de anexión, declarando “que la anexión de Kuwait por Irak en cualquier forma y por cualquier pretexto carece de validez jurídica y ha de considerarse nula y sin valor”¹²².

e) 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

El presente hecho constitutivo de agresión contenido en la Resolución incluye dos tipos de actos, por un lado el bombardeo y por otro el empleo de armas contra un territorio. Con respecto al bombardeo se ha entendido, por parte de la doctrina, como el ataque por medio del envío a distancia sobre un objetivo determinado de proyectiles de un cierto poder de destrucción¹²³.

El empleo de armas, asimismo, puede realizarse por medios distintos al bombardeo, como por ejemplo con el envío de enginas motorizadas tales como vehículos blindados, carros de asalto, armas ligeras montadas a vehículos, etc¹²⁴.

El CS estimó que el bombardeo y la destrucción, realizado por parte de Israel de un reactor nuclear en Irak, el 7 de junio de 1981, constituyó un ejemplo de agresión de esta clase. Evitando referirse a la existencia de un acto de agresión se limitó a condenar “el

¹²⁰ NGUYEN QUOC, Dinh, DAILLIER, Patrick et PELLET, Alain. *Droit international public*, 5^{ème} édition, LGDJ, París, 1994 pp. 536-537.

¹²¹ Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, que contiene 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 Naciones Unidas”. pp. 131. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/352/86/IMG/NR035286.pdf?OpenElement>> [Consulta: 03 octubre 2013].

¹²² Naciones Unidas, S/Res. 662 (1990) de 9 de agosto de 1990, pp.22. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/662%20\(1990\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/662%20(1990))> [Consulta: 23 mayo 2013].

¹²³ KAMTO, Mauricio. *L'Agresion en Droit International*. Pédone, Paris, 2010, p. 36-39.

¹²⁴ *Ibid.*

ataque militar de Israel que viola claramente la Carta de Naciones Unidas y las normas del comportamiento internacional”¹²⁵.

Como consecuencia de lo anterior, la AG se sustituyó del CS en este dominio y condenó a Israel, (igualmente si su Resolución no posee consecuencias jurídicas presenta fuerza moral), disponiendo que “1.condena enérgicamente a Israel por su acto de agresión premeditado y sin precedentes cometido en contravención de la Carta de las Naciones Unidas y de las normas de conducta internacional...”¹²⁶. (Énfasis añadido).

f) El bloqueo de puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado

Según Rousseau “el bloqueo es un modo de hostilidad propia de la guerra en el mar, es la medida por la cual un Estado beligerante declara la prohibición de comunicaciones, para la entrada y salida, entre la alta mar y el litoral enemigo, prohibición sancionada por el arresto y la captura de naves que lo contravienen”¹²⁷. Tiene por objetivo cortar toda comunicación con el exterior al enemigo y obligarlo a su rendición.

Si bien se asocia el bloqueo a un hecho ocurrido en el mar, este no es solamente marítimo y puede, en la actualidad, extenderse al tráfico aéreo y a todos otros medios de comunicación afín de aislar totalmente al Estado.

Como caso más recurrente de determinación de bloqueo en el Derecho Internacional corresponde a la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas en que exhorta a los Estados Unidos de América a poner fin al bloqueo que ejerce sobre Cuba¹²⁸, dicha resolución es reiterada cada año¹²⁹.

¹²⁵ Resolución 487 (1981), del 19 de junio de 1981. Disponible en: <<http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/0/6c57312cc8bd93ca852560df00653995?OpenDocument>> [Consulta: 01 octubre 2013].

¹²⁶ Resolución 36/27 del 13 de noviembre de 1981 sobre la “Agresión armada israelí contra las instalaciones nucleares iraquíes y sus graves consecuencias para el sistema internacional establecido respecto de la utilización de la energía nuclear con fines pacíficos, al no proliferación de las armas nucleares y la paz y seguridad internacionales”. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/413/88/IMG/NR041388.pdf?OpenElement>> [Consulta: 23 mayo 2013].

¹²⁷ ROUSSEAU, Charles, *op. cit.*, pp. 258-259.

¹²⁸ Resolución 67/4 del 67º período de sesiones “Necesidad de poner fin al bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por los Estados Unidos de América contra Cuba”. Resolución 61/11 del 61º período de sesiones. Del 29 de enero de 2013. En: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/67/4>> [Consulta: 23 mayo 2013].

¹²⁹ El documento, adoptado por 21 años consecutivos, obtuvo 188 votos a favor, tres en contra (Estados Unidos, Israel y Palau) y las abstenciones de Islas Marshall y Micronesia. Centro de Noticias ONU. 13 de noviembre de 2012. Disponible en: <<http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=24969>> [Consulta: 23 mayo 2013].

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

Consiste en el ataque de las fuerzas armadas regulares de un Estado en contra, no del territorio de otro Estado, sino de las fuerzas armadas de éste, sean terrestres, navales o aéreas o contra incluso su flota mercante. La condena por parte de la CIJ en contra de Estados Unidos por el ataque y destrucción de las Plataformas Petroleras situadas sobre la Plataforma Continental de Irán en el Golfo arabo pérsico, constituye un acto de este tipo¹³⁰.

h) 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

Es una hipótesis de complicidad entre el Estado que presta sus fuerzas armadas que se encuentran en el territorio de otro Estado, para que este último las utilice con fines de agresión en contra de un tercer Estado. Situación existente en la sentencia de la CIJ relativa a “Actividades militares de Uganda en el Congo (RDC)”.

Esta situación se produjo cuando tropas ugandeses se encontraban en territorio de la RDC bajo el consentimiento de este último país en conformidad con un acuerdo mutuo entre ambos países, con el objeto de prevenir y combatir los ataques de fuerzas rebeldes que pudieran ocasionarse en la frontera de ambos países.

Pero esta autorización, según la Corte, no provenía de un acuerdo formal, por lo que podía ser retirada en cualquier momento por el gobierno de la RDC. Lo anterior se produjo con la declaración de 27 de julio de 1998, en virtud de la cual el Presidente de la RDC, pone fin a la presencia militar de toda fuerza militar extranjera en el Congo.

Sin perjuicio de lo anterior, las tropas militares de Uganda, continuaron operando, realizando el 11 de septiembre de 1998 una operación militar denominada “Safe Heaven” en contra de los grupos rebeldes, desde territorio congolés, las que terminaron con la toma de dos ciudades en Uganda, actuaciones que escapaban absolutamente al acuerdo original que tenía por objeto prestarse ayuda mutua en el combate en las fronteras de

¹³⁰ Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 2003-2007. Caso *Plataformas Petroleras* (República Islámica del Irán contra los Estados Unidos de América). Fallo de 6 de noviembre de 2003. Conclusión de la CIJ, párrafo 78 del fallo, p. 20. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_2003-2007.pdf> [Consulta: 23 mayo 2013].

ambos países de los grupos rebeldes.

La CIJ sin mencionar que Uganda había cometido un acto de agresión condenó a ésta igualmente, disponiendo “que la República de Uganda, por actos de saqueo, pillaje y explotación de los recursos naturales congoleños cometidos por miembros de las fuerzas armadas de Uganda en el territorio de la República Democrática del Congo y por el incumplimiento de las obligaciones que le incumbían como Potencia ocupante en el distrito de Ituri de prevenir actos de saqueo, pillaje y explotación de los recursos naturales congoleños, violó sus obligaciones para con la República Democrática del Congo con arreglo al derecho internacional”¹³¹.

i) 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

Situación similar a la anterior, con la diferencia que en él existe un consentimiento expreso por parte del Estado que presta el territorio para la realización de una agresión, por parte del Estado al cual el territorio fue entregado para la perpetración del acto ilícito.

En opinión de Prieto Sanjuán, en las diversas actuaciones que pudieren plantearse en esta situación, podría, tanto el Estado que presta su consentimiento para que las fuerza armadas se instalen en él como el Estado al cual pertenecen las tropas, poseer responsabilidad en la perpetración del acto y en el crimen de agresión¹³².

Del análisis de distinta literatura y fallos al respecto no se encontró la ocurrencia de un caso determinado por los órganos competentes de la ONU de esta naturaleza.

j) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas de 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

¹³¹ Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 2003-2007. Caso “Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Uganda)”. Fallo de 19.12. 2005, *op. cit.*, p. 152.

¹³² PRIETO SANJUÁN, Rafael. “Acuerdos de cooperación y bases militares en territorio extranjero: ¿un acto de agresión...?” [en línea]. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Décimo Aniversario, 2012, pp. 27-64. Disponible en: < <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/11.5/art/art2.pdf>> [Consulta: 23 mayo 2013].

La agresión no constituye sólo la acción de fuerzas armadas regulares de un Estado a través de una frontera internacional, ella incluye asimismo el envío, por parte de un Estado, de grupos armados correspondientes a grupos no oficiales destinado al cumplimiento de acciones armadas de gran magnitud contra otro Estado.

El CS en sus resoluciones 404 (1977)¹³³ y 405 (1977)¹³⁴ consideró que el ataque armado de “mercenarios” contra la República Popular de Benín el 16 de enero de 1977, constituía una agresión armada en contra de ese país. Sin perjuicio de esta condena no entregó responsabilidad a ningún Estado en la misma.

En el caso de “las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua”, la CIJ en la misma lógica, dispuso que “... la Corte no ve la razón de rechazar admitir en derecho internacional consuetudinario la prohibición de agresión armada pueda aplicarse al envío por un Estado de bandas armadas sobre el territorio de otro Estado si esta operación es tal, por sus dimensiones y sus efectos, que ella tendría que ser calificada de agresión armada y no de simple incidente de frontera si ella hubiera sido el hecho de fuerzas armadas regulares...”¹³⁵.

4. Discusión respecto del valor jurídico de la definición de acto de agresión contenida en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General

a) Valor recominatorio

Desde la discusión en la elaboración del concepto de agresión contenido en la Resolución 3314 (XXIX) A.G. (Fuente directa del concepto acordado en “Kampala”) se estableció que este poseería valor recominatorio, no siendo obligatorio, por tanto, para la determinación de los actos de agresión por el CS. El artículo 2 consagró lo anterior entregándole al CS la facultad de determinar la “inexistencia de agresiones” con base a circunstancias “pertinentes” y en la “gravedad de las consecuencias”, cuando un Estado hace el primer uso de la fuerza armada. Es decir, se le recomienda tener en cuenta al CS esta definición como le convenga, en tanto sirva de guía para determinar, conformemente a la Carta la existencia de un acto de agresión, pero no lo hace obligatorio ni tampoco es limitativo de actuaciones.

¹³³ De 8 de febrero. Disponible en: <[<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/404%20\(1977\)>](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/404%20(1977))> [Consulta: 23 mayo 2013].

¹³⁴ De 14 de abril. Disponible en: <[<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/405%20\(1977\)>](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/405%20(1977))> [Consulta: 23 mayo 2013].

¹³⁵ *Op. cit.*, p. 104 [traducción propia].

El último párrafo del Preámbulo dispone que la cuestión de saber si hubo un acto de agresión es un asunto de análisis en cada caso particular por parte del CS, pero que no obstante lo anterior, es deseable formular los principios fundamentales que servirán de guía para determinarlos contenidos en la Resolución, siendo los contenidos en la enumeración de situaciones.

Reafirma lo anterior¹³⁶ el hecho que la AG, en conformidad a la Carta de Naciones Unidas, no tiene competencia para obligar al CS, el que, por tanto, no se encuentra ligado por la Resolución 3314 (XXIX) de la AG como si fuera un tratado, una decisión de la CIJ o una jurisdicción creada por ella misma (como por ejemplo los tribunales penales para la Ex Yugoslavia y Ruanda).

b) Derecho internacional consuetudinario

La Carta de Naciones Unidas no se refiere específicamente a la agresión, la que tampoco hace parte del Derecho convencional o de carácter universal, no existiendo, por tanto, un concepto derivado de una fuente convencional que obligue al CS en su calificación.

No obstante lo anterior, en el asunto de “las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua”, la CIJ resolvió que respecto de la fuente que prohíbe la agresión armada lo siguiente: “el derecho consuetudinario continua de existir al lado del derecho convencional”¹³⁷, luego indica que: “la descripción que figura en el artículo 3, línea g, d y e de la definición de agresión anexada a la resolución 3314 (XXIX) de la AG puede ser considerada como la expresión de derecho internacional consuetudinario”¹³⁸.

La calificación otorgada por la CIJ del carácter consuetudinario del crimen de agresión, contenida en la Resolución 3314 de la AG, en las indicadas situaciones, limitaría, por tanto, el poder absolutamente discrecional que poseería el CS en la calificación del crimen en conformidad a lo indicado en el título anterior del presente análisis, debiendo dejarse guiar por los casos que en la resolución se encuentran establecidos¹³⁹.

¹³⁶ Que la Resolución contiene principios guías en la determinación del crimen para el CS sin obligarlo.

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 94.

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ BEDJAOU, Mohammed. *The New World Order and the Security Council. Testing the legality of its acts.* Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1994, pp. 19-35.

CONCLUSIONES

La Corte Penal Internacional es el órgano competente para juzgar la conducta individual por la existencia de crímenes de agresión, pudiendo iniciar por *mutuo proprio* una investigación o ser remitida a ella por el CS o los estados partes del Estatuto de Roma. Previo a la determinación de la existencia de un crimen se debe calificar la existencia del acto de agresión.

El Consejo de Seguridad y la Asamblea General de Naciones Unidas, como asimismo la Corte Internacional de Justicia, poseen, en conformidad a la Carta de la ONU y la interpretación de la misma, competencia para calificar un acto de agresión, habiendo en la práctica realizado lo anterior en diferentes oportunidades. Dichas calificaciones realizadas por estos órganos, como las presentes a la ocurrencia de un hecho, constituirán sin duda para la CPI importantes precedentes en el momento de calificar la existencia del acto de agresión.

El artículo 6, párrafo a, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMI) es el antecedente de creación del artículo 8 bis N° 1 del ER, creado en la Conferencia de Revisión de Kampala, que determina la responsabilidad individual en el crimen de agresión. Mientras que los artículos 1° y 3° de la Resolución 3314 (XXIX) de la AG ONU (la Resolución 3314), constituyen los antecedentes de creación del artículo 8 bis N° 2 del ER.

Por lo que, al constituir, las indicados normas fuentes directas del concepto creado en Kampala, la Corte, al momento de calificar un acto y crimen de agresión, desde nuestra perspectiva, podrá asimismo recurrir a las fuentes jurídicas antecedentes de la creación tanto del Estatuto del Tribunal de Núremberg, cuanto a la Resolución 3314 y los casos en los cuales en forma precedente ambos se han utilizado para calificar un determinado acto y/o crimen de agresión.

En la primera situación, “referida al concepto de Núremberg”, la forma como los Tribunales Militares Internacionales calificaron la conducta ilícita proveniente de la participación en la realización de un acto de agresión. Mientras que en el segundo caso, el de “la Resolución 3314”, la forma como los órganos de la ONU con competencia para ello han determinado la existencia de actos de agresión en los diferentes casos o situaciones indicadas en el artículo 8 bis.

Asimismo, resultará interesante como influyen en esta determinación otras fuentes jurídicas, como por ejemplo, el contenido del Pacto de Briand-Kellog y los principios derivados del derecho internacional consuetudinario respecto del crimen de agresión.

Lo indicado en el presente informe tendrá, sin embargo, validez sólo en el evento que se active la competencia de la CPI (en conformidad a lo dispuesto en el artículo 5 N° 2, del texto final del ER), debiendo mantenerse, por tanto, hasta ese momento el actual concepto de crimen de agresión existente en el Estatuto de Roma.