

El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza?

The Gravity Threshold in the Crime of Aggression:
A New Category of the Illegal Uses of Force?

O umbral de gravidade no crime de agressão: uma
nova categoria nos usos ilícitos da força?

Luciano Pezzano*

Fecha de recepción: 3 de abril de 2015.

Fecha de aprobación: 21 de septiembre de 2015.

Doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.04](https://doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.04)

Para citar este artículo: Pezzano, L. (2015). 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 ANIDIP*, 4, 86-104, doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.04](https://doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.04)

Resumen

En este ensayo nos referiremos a los efectos que en las normas internacionales relativas al uso de la fuerza puede tener el denominado “umbral de gravedad” que se encuentra en la definición del crimen de agresión en el artículo 8 bis del Estatuto de Roma. Haciendo hincapié en la gravedad como característica definitoria de la agresión, buscaremos determinar si el umbral del artículo 8 bis introduce una nueva categoría dentro de los usos ilícitos de la fuerza. Para ello, analizaremos la agresión en el contexto de las normas internacionales relativas al uso de la fuerza y las disposiciones del artículo 8 bis, en particular, la cláusula de umbral, las referencias a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y los “entendimientos” aprobados por la Conferencia de Revisión.

PALABRAS CLAVE: *ius ad bellum*, crimen de agresión, acto de agresión, Resolución 3314 (XXIX), artículo 8 bis del Estatuto de Roma.

Abstract

In this essay we will make reference to the effects of the so called “gravity threshold” of the definition of the crime of aggression in Article 8 bis of the Rome Statute in

* Abogado (UCES 2007). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becario doctoral CONICET.

the international rules relating to the use of force. Emphasizing gravity as a defining characteristic of the aggression, we will seek to determine whether the threshold of Article 8 bis introduces a new category within the illegal uses of force. With that purpose, we will analyze aggression in the context of international rules relating to the use of force and the provisions of Article 8 bis, in particular the threshold clause, the reference to resolution 3314 (XXIX) of the General Assembly of the United Nations and the “Understandings” adopted by the Review Conference.

KEYWORDS: *jus ad bellum*, crime of aggression, act of aggression, Resolution 3314 (XXIX), Article 8 bis Rome Statute.

Resumo

Neste ensaio nos referiremos aos efeitos que nas normas internacionais relativas ao uso da força pode ter o denominado “umbral de gravidade” que se encontra na definição do crime de agressão no Artigo 8 bis do Estatuto de Roma. Fazendo ênfase na gravidade como característica definidora da agressão, buscaremos determinar se o umbral do Artigo 8 bis introduz uma nova categoria dentro dos usos ilícitos da força. Para isto, analisaremos a agressão no contexto das normas internacionais relativas ao uso da força e as disposições do Artigo 8 bis, em particular, a cláusula de umbral, a referência à resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas e os “entendimentos” aprovados pela Conferência de Revisão.

Palavras-chave: *ius ad bellum*, crime de agressão, ato de agressão, Resolução 3314 (XXIX), Artigo 8 bis do Estatuto de Roma.

Introducción

La aprobación de las enmiendas al Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) relativas al crimen de agresión en la Conferencia de Revisión de Kampala ha dado lugar a una amplia gama de estudios e investigaciones sobre los diferentes aspectos del que el Tribunal de Núremberg denominara “*supremo crimen internacional*” (Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, 2002b, 23).

En este ensayo nos referiremos a los efectos que en las normas internacionales relativas al uso de la fuerza puede tener el denominado “umbral de gravedad” que se encuentra en la definición del crimen de agresión en el artículo 8 bis ECPI.

Tenemos presente, a este respecto, que tal definición es solo “a los efectos de este Estatuto”¹, pero no es menos cierto que se trata de la primera definición del crimen de agresión con aprobación internacional desde Núremberg y que, como tal, su

1 Lo que es ratificado por el Artículo 10 ECPI y el entendimiento 4 sobre las enmiendas relativas al crimen de agresión.

relevancia y peso trascienden el sistema del ECPI. Como señala Murphy (2012), la adopción de las definiciones de “acto” y “crimen” de agresión pueden tener implicancias colaterales fuera del contexto penal, especialmente sobre las normas relativas al *ius ad bellum*. La práctica a largo plazo de la Corte Penal Internacional (CPI) de perseguir o no perseguir conductas particulares como crímenes de agresión puede afectar los entendimientos convencionales de cuáles usos de la fuerza están permitidos y cuáles no. La doctrina no es ajena a esta cuestión, pero al abordarla² suele discurrir sobre los supuestos de usos de la fuerza de discutida legalidad, como la intervención humanitaria, la defensa preventiva o la llamada “guerra contra el terror”. El enfoque que planteamos aquí, en cambio, es diferente, puesto que haremos hincapié en la gravedad como característica definitoria de la agresión buscando determinar si el umbral del artículo 8 bis ECPI introduce una nueva categoría dentro de los usos ilícitos de la fuerza. Para ello, analizaremos la agresión en el contexto de las normas internacionales relativas al uso de la fuerza y las disposiciones del artículo 8 bis ECPI.

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

Las normas que regulan el recurso a la fuerza en las relaciones internacionales están presididas por el principio de la abstención de la amenaza o el uso de la fuerza recogido en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas (Carta), el que textualmente dispone:

Los Miembros de la Organización³, 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.

Además de formar parte del derecho de la Carta (Sánchez Sánchez, 2012, 78), el principio tiene carácter consuetudinario e integra el derecho internacional general⁴, con la naturaleza de norma imperativa, o *ius cogens*⁵.

2 V., i. a., Creegan (2012); Weisbord (2009).

3 La resolución 2625 (XXV) de la AG lo hace extensivo a “Todo Estado”.

4 V. resolución 2625 (XXV) y 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.

5 V. CDI, 1967, 271; CIJ: *Militarv and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 190. V. i. a., Côt y Pellet (Dir.), 2005, 459-461; Dinstein, 2011, 104-109; Casanovas y La Rosa, 2007, 1037; Kamto, 2010, 11-12; Pintore, 2012, p. 49.

Por su parte, el artículo 1 de la Definición de la Agresión, aprobada por la resolución 3314 (XXIX) de la AG establece: “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”. De su sola lectura, se advierte una notable similitud con la formulación del principio de la abstención del uso de la fuerza⁶, a punto tal que parecería poder afirmarse que existe una identidad de contenido entre el principio y la agresión⁷, constituyendo esta última el uso de la fuerza prohibido por el principio.

Sin embargo, tal afirmación no es avalada por el derecho internacional. Así, la Carta ubica a los “actos de agresión” como una categoría separada de las “amenazas a la paz” y los “quebrantamientos de la paz” en el acápite del Capítulo VII y en el artículo 39. Además, el artículo 1.1 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 agresión. La agresión es, por tanto, una de las formas posibles de quebrantamientos de la paz. 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 del artículo 2.4— que no constituyen agresión (O’Connell y Niyazmatov, 2012, 193-194).

¿Cuál es, entonces, la forma de distinguir entre la agresión y los otros usos ilícitos de la fuerza? La propia resolución 3314 (XXIX) de la AG aporta una pauta de interpretación en el quinto párrafo de su Preámbulo, en el que 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 de la fuerza.

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,

6 Exceptuada, naturalmente, la amenaza de la fuerza, que también integra el contenido del principio pero escapa a nuestro análisis.

7 Dinstein (2011, 139), por otro lado, se esfuerza en señalar las diferencias entre el Artículo 1 de la Definición y la formulación del principio en el Artículo 2, párrafo 4 de la Carta.

incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad.

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 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 o en alguno de los supuestos del artículo 3 de la Definición, no será agresión, precisamente por carecer de esa característica fundamental.

Comentando este artículo, Broms (1977, 346) sostiene que la intención fue 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, da al Consejo de Seguridad (CS) 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 consecuencias.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha hecho eco de la distinción en el caso de la *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*:

En lo que respecta a ciertos aspectos particulares del principio en cuestión [el principio de la abstención de la amenaza y el uso de la fuerza], será necesario distinguir la formas más graves del uso de la fuerza (aquellas que constituyen un ataque armado) de las formas menos graves. Al determinar la regla jurídica que se aplica a estas últimas, la Corte puede abreviar nuevamente en las formulaciones contenidas en la Declaración de 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 (resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General). [...] Junto a ciertas descripciones que pueden hacer referencia a la agresión, este texto incluye otras que se refieren solamente a formas menos graves de uso de la fuerza⁸.

Del pasaje surge claramente que la CIJ hace una distinción entre “las formas más graves del uso de la fuerza”, que son las que constituyen un ataque armado o

8 CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., párr. 191.

agresión, de “las formas menos graves”. En ese sentido, compartimos la posición de Stein (2005, 21) cuando sostiene que la CIJ usa los términos “ataque armado” y “agresión” de forma intercambiable, para referirse a las formas más graves del uso de la fuerza, en oposición a las formas menos graves que no constituyen ataque armado o agresión. La CIJ reiteró su criterio de distinción, con cita al precedente *Nicaragua*, en su fallo en el asunto de las *Plataformas petroleras* (Islamic Republic of Iran v. United States of America, 2003). La jurisprudencia confirma así la distinción que venimos afirmando entre las diferentes violaciones al principio del uso de la fuerza: por un lado, la agresión (que la Corte equipara al “ataque armado”) y por el otro, los usos menos graves de la fuerza.

La Comisión de Derecho Internacional (2002, 47) también se refirió a la gravedad de la agresión en sus comentarios al proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, al señalar que solo habría responsabilidad individual por el crimen de agresión “si el comportamiento del Estado constituye una violación suficientemente grave de la prohibición” del artículo 2.4 de la Carta.

En el derecho internacional, por tanto, encontramos dos formas posibles de uso ilícito de la fuerza (y como tal, contrario al artículo 2.4 de la Carta): la agresión, que es la forma más grave, y las “formas menos graves”, que no equivalen a actos de agresión.

2. La definición del crimen de agresión en el Estatuto de Roma

De acuerdo a las enmiendas aprobadas en la Conferencia de Revisión (2010, 19-24), el artículo 8 bis ECPI dispone en su párrafo primero:

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.

En su párrafo segundo, establece:

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 continuación enumera los actos de agresión, tomados textualmente del artículo 3 de la Definición de la Agresión.

De esa forma, el párrafo 1 define al “crimen de agresión”, mientras el párrafo 2 se refiere al “acto de agresión”. La interpretación literal de los términos del párrafo 1 nos induce 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. Esta misma interpretación nos podría llevar a sostener que se abre de este modo una nueva categoría de usos ilícitos de la fuerza: así, tendríamos los usos menos graves de la fuerza; los “simples” actos de agresión, que solo dan lugar a responsabilidad del Estado; y los actos de agresión que constituyen una violación manifiesta de la Carta, que dan lugar a responsabilidad penal individual y son así crímenes de agresión.

Cabe recordar que Remiro Brotóns (2006, pp. 120-121), analizando las disposiciones ya mencionadas de la Carta y la resolución 3314 (XXIX), así como la jurisprudencia de la CIJ y recordando que la competencia de la CPI está limitada a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”⁹, se pregunta:

¿Se pretende ahora sugerir que sólo 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 sólo cuando traspasan un determinado umbral de gravedad son calificables de agresión, como ya en su día declaró la Corte Internacional de Justicia[...]?

El interrogante 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. Para responderlo, investigaremos los fundamentos y alcance de la cláusula de umbral en el artículo 8 bis ECPI, el alcance de la referencia a la resolución 3314 (XXIX) y los “entendimientos” respecto de las enmiendas que aprobó la Conferencia de Revisión.

9 Según se afirma en el cuarto párrafo del Preámbulo y los Artículos 1 y 5 ECPI.

2.1. Fundamentos y alcance de la cláusula de umbral

Los trabajos preparatorios muestran que la existencia de una cláusula de umbral en el crimen de agresión se remonta a las propuestas presentadas durante la Conferencia de Roma y la subsiguiente Comisión Preparatoria (1999). En su forma actual, aparece ya en el documento de debate propuesto por el Coordinador del Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión de la propia Comisión Preparatoria (2002a). En dicho momento, 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 agresión (Fernández de Gurmendi, 2002, 597).

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) (ASP, 2005, 420).

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 CPI los casos dudosos (ASP, 2009, 22) y que dicho umbral era compatible con las referencias del ECPI a los “crímenes más graves” (ASP-SWGCA, 2006, 7). 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 gris (ASP, 2008, 4). Esta postura fue la que más amplio apoyo obtuvo (ASP, 2007, 11; ASP-SWGCA, 2007a, 12).

Por otro lado, algunos participantes consideraban que no era necesario un calificativo adicional al término “violación de la Carta”, argumentando 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 calificaciones (ASP-SWGCA, 2006, 7) 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 CPI por

motivo de falta de gravedad o magnitud insuficiente (ASP, 2008, p. 4; ASP, 2009, p. 22). Además, ya quedaba implícito un umbral en la limitación de la competencia de la Corte a “los crímenes más graves” conforme al ECPI (ASP, 2008, p. 4), en el uso restrictivo del término “agresión” que se hacía en la Carta (ASP, 2007, 11), y en que la agresión se consideraba como el crimen máximo (ASP-SWGCA, 2007a, 12).

De estos trabajos no se puede afirmar que 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 CPI 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.

La doctrina parece dividida en cuanto a esta cuestión. Autores como Clark (2010, p. 697), Weisbord (2011, p. 166), Kostic (2011, p. 123) o Trahan (2011, pp. 58-59) 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. Por su parte, Murphy (2009, pp. 1150-1151), 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 la misma.

Otros autores mantienen una postura ambigua y algo contradictoria al respecto. Así, Paulus (2009, p. 1121) 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, Lavers (2013, p. 505) 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, critican¹⁰ la definición del “acto de agresión” en el ECPI. Así, para Scheffer (2012, pp. 212-213), la definición de “acto

10 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, 2012,

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 Schaack (2010, 340), 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”. Koran (2012, pp. 252-254) va más allá, al afirmar que la definición del párrafo 2 del artículo 8 bis no estipula un requisito de ilegalidad¹¹, pero reconoce que —como veremos— la referencia 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 CPI, 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, Krefß & Holtzendorff (2010, 1192-1193) 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, Krefß (2009, 1135) 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. Heinsch (2010, pp. 730-731) comparte

272), en razón de la “naturaleza eminentemente política de la determinación de tal gravedad” (Marqués Rueda, 2009, 364)

11 El requisito de ilegalidad se pone de manifiesto en la incompatibilidad del uso de la fuerza con la Carta.

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. Gillett (2013, 852) 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 Petty (2009, 116) 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 (2011, 48) 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...”. Incluso antes de la finalización de las tareas del Grupo de Trabajo Especial, Sánchez Legido (2008, 231) 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, Solera (2010, 806-808) 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 fuerza de menor magnitud. Es en este contexto de establecer una distinción entre las diferentes formas de fuerza que surge la idea de establecer un umbral para determinar qué magnitud de fuerza sería agresiva.

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 CPI 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 agresión (O’Connell y Niyazmatov, 2012, 201). 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—, los autores no problematizan la cuestión de qué sucedería 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 alcanzan el umbral del artículo 8 bis, no pueden ser considerados actos de agresión a los efectos del ECPI (Sayapin, 2014, 262).

2.2. La referencia a la resolución 3314 (XXIX)

En el análisis, es lícito que también nos preguntemos 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 –incluyendo su preámbulo y su artículo 2– 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 CS el artículo 4 de la Definición y que podría redundar en una ampliación del listado del párrafo 2 del artículo 8 bis¹². Lo que aquí nos concierne, en cambio, es si la cláusula *de minimis* del artículo 2, y su acento en la gravedad como elemento característico del acto de agresión (que también subraya el quinto párrafo del preámbulo de la Definición), puede tener alguna relevancia en la interpretación del “acto de agresión” según el artículo 8 bis. Lo mismo se pregunta Koran (2011, 253), aunque solo insinúa la posibilidad de recurrir al artículo 2 de la Definición. Para Krefß (2009, 1137), en cambio, los artículos 2 y 4 de la Definición no son aplicables por la CPI. Por su parte, Petty (2009, 117) 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 ECPI, en particular, en el artículo 17.1, inciso d).

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)...” (ASP-SWGCA, 2007b, 3), 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” (ASP, 2008, 13).

12 V., i. a., Kostic, 2011, 128; Solera, 2010, 810; Ambos, 2011, 44.

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 –y no antes de la definición general–, lo que bien podría interpretarse como una referencia solo al artículo 3 de la Definición. Incluso si fuera así, creemos, que la enumeración fuera “de conformidad” con dicho artículo implicaría tener en cuenta lo que el mismo dispone, incluyendo la “*sujeción a las disposiciones del artículo 2*” de la misma Definición (Dinstein, 2011, 139-140).

En definitiva, consideramos que la incorporación de la totalidad de la resolución (Barriga, 2012, 27) es posible en la medida en que sus disposiciones no sea incompatibles con la naturaleza del ECPI y la función de la CPI como órgano judicial independiente, y nos resulta claro que la cláusula *de minimis* del artículo 2 no lo es, toda vez que es 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 Niyazmatov (2012, 200), 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.

2.3. Los entendimientos

La Conferencia de Revisión aprobó —a iniciativa de los Estados Unidos, que no habían participado de las actividades del Grupo de Trabajo (Trahan, 2011, 73-78)— una serie de entendimientos, de naturaleza discutida (Heller, 2012), pero que pueden tener relevancia en esta cuestión.

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 combinación (Trahan, 2011, 78; Van Schaack, 2010, 364) de las citadas disposiciones del quinto párrafo del preámbulo y del artículo 2 de la Definición de la Agresión¹³, y aunque pareciera destacarse la

13 El entendimiento se asemeja al Artículo 2 de la Definición a propuesta de Irán, lo que fue aceptado por los Estados Unidos (Kreß, Von Holtzendorff, 2010, 1206).

“gravedad”, junto a las “consecuencias” —que no aparecen mencionadas en el artículo 8 bis (Heinsch, 2010, 729)— 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).

La importancia de este entendimiento radica, por el contrario, en que —acercando una vez más el texto y el espíritu de la resolución 3314 (XXIX) al ECPI— ratifica la relevancia de la gravedad como elemento característico del acto de agresión. A la vez, el entendimiento refleja que las investigaciones de la CPI 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 peligrosas (Van der Vyver, 2011, 26).

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: por un lado, pareciera dar a entender, en contra de lo que proponemos, que un acto de agresión podría no constituir una violación manifiesta de la Carta; no obstante, ello sería contrario al entendimiento 6, a la interpretación de la cláusula de umbral tal cual la apuntamos *supra*, y al alcance de la referencia de la resolución 3314 (XXIX). Por el otro lado, su última frase parece significar que con solo dos de los componentes bastaría para configurar la violación manifiesta (Heinsch, 2010, 729; Kostic, 2011, 124; Gillett, 2013, 854), pero del resto del entendimiento, y en particular del uso de la conjunción “y” en el artículo 8 bis, surge que se deben reunir los tres componentes (Trahan, 2011, 78; Kreß & Von Holtzendorff, 2010, 1207; Weisbord, 2011, 90; Koran, 2011, 254) de características, gravedad y escala.

Consideraciones finales

El análisis que antecede nos permite afirmar que el umbral en el artículo 8 bis ECPI 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 ECPI en el *ius ad bellum* (O'Connell y Niyazmatov, 2012, 201), 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 CPI solo cuando alcancen el umbral pertinente (Quesada Alcalá, 2013, 90-91).

La cuestión, no obstante, permanece abierta, y solo la jurisprudencia de la CPI, una vez que se active su competencia respecto del crimen de agresión conforme al complejo procedimiento adoptado en Kampala, podrá traer alguna respuesta definitiva.

Referencias

- Ambos, K. (2011), *El crimen de agresión después de Kampala*, Madrid: Dykinson.
- ASP (2005), *Documentos oficiales, Cuarto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/4/32, Anexo II. D, La Haya: Corte Penal Internacional.
- ASP (2007), *Documentos oficiales, Continuación del quinto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/5/35, Anexo II, La Haya: Corte Penal Internacional.
- ASP (2008), *Documentos oficiales, Continuación del sexto período de sesiones*, Documento ICC-ASP/6/20/Add.1, Anexo II, La Haya: Corte Penal Internacional.
- ASP (2009), *Documentos oficiales, Continuación del séptimo período de sesiones*, Documento ICC-ASP/7/20/Add.1, Anexo II, La Haya: Corte Penal Internacional.
- ASP-SWGCA (2006), *Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1, La Haya: Corte Penal Internacional.
- ASP-SWGCA (2007a), *Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1, La Haya: Corte Penal Internacional.
- ASP-SWGCA (2007b), *Documento de debate propuesto por el Presidente sobre el crimen de agresión*, Documento ICC-ASP/5/SWGCA/2, La Haya: Corte Penal Internacional.
- Barriga, S. (2012), Negotiating the Amendments on the crime of aggression. En Barriga, S. y Krefß, C. (Ed.), *The travaux préparatoires of the crime of aggression* (3-57), Cambridge: Cambridge University Press.
- Broms, B. B. (1977), The Definition of Aggression, *RCADI*, 154, 299-400.

- Casanovas y La Rosa, O. (2007), El principio de la prohibición del uso de la fuerza. En Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público* (1033-1062),. Decimosexta edición. Madrid: Tecnos.
- CDI (1967), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, Vol. II, Nueva York: Naciones Unidas.
- CDI (2002), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, Vol. II, Segunda Parte, Nueva York: Naciones Unidas.
- CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136.
- CIJ, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003*, p. 161.
- CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, p. 14.
- Clark, R. S. (2010), 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*, 2(2), 689-711.
- Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999), *Recopilación de las propuestas relativas al crimen de agresión*, Documento PCNICC/1999/INF/2, Nueva York: Naciones Unidas.
- Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (2002a), *Documento de debate propuesto por el Coordinador*, Documento PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2, Nueva York: Naciones Unidas.
- Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (2002b), *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1. Nueva York: Naciones Unidas.
- Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2010), *Documentos Oficiales*, Documento RC/11, La Haya: Corte Penal Internacional.
- Cot, J. P. & Pellet, A. (Dir.) (2005), *La Charte des Nations Unies*. Tercera edición. Tomo I. París: Economica.
- Creegan, E. (2012), Justified uses of force and the crime of aggression, *Journal of International Criminal Justice*, 10(1), 59-82.

- Dinstein, Y. (2011), *War, Aggression and Self-Defence*. Quinta edición. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fernández de Gurmendi, S. A. (2002), The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court, *Fordham International Law Journal* 25, 589-605.
- Gillett, M. (2013), The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court, *International Criminal Law Review*, 13(4), 829-864.
- Heinsch, R. (2010), The Crime of Aggression after Kampala: Success or Burden for the Future, *Goettingen Journal of International Law*, 2(2), 713-743.
- Heller, K. J. (2012): The uncertain legal status of the aggression understandings, *Journal of International Criminal Justice*, 10(1), 229-248.
- Kamto, M. (2010), *L'agression en droit international*. Paris: A. Pedone.
- Koran, S. (2011). The International Criminal Court and Crimes of Aggression: Beyond the Kampala Convention, *Houston Journal of International Law*, 34(2), 231-288.
- Kostic, D. (2011), Whose Crime is it Anyway? The International Criminal Court and the Crime of Aggression, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 22, 109-141.
- Kreß, C (2009), Time for decision: Some thoughts on the immediate future of the crime of aggression: A reply to Andreas Paulus, *European Journal of International Law*, 20(4), 1129-1146.
- Kreß, C., & Von Holtzendorff, L. (2010), The Kampala compromise on the crime of aggression, *Journal of International Criminal Justice*, 8(5), 1179-1217.
- Lavers, T. (2013), The New Crime of Aggression: A Triumph for Powerful States, *Journal of Conflict and Security Law*, 18(3), 499-522.
- Marqués Rueda, E. G. (2009), El acto y crimen de agresión en el derecho internacional público y su repercusión en las relaciones políticas internacionales, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 9, 323-372.
- Murphy, S. D. (2009), Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court, *European journal of international law*, 20(4), 1147-1156.
- Murphy, S. D. (2012), *The Crime of Aggression at the ICC*, Recuperado de: http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1907&context=faculty_

publications&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.ar%2Fscholar%3Fq%3DMurphy%2B%2522the%2Bcrime%2Bof%2B aggression%2Bat%2Bthe%2BICC%2522%26btnG%3D%26hl%3Des%26as_sdt%3D0%252C5%26as_vis%3D1#search=%22Murphy%20crime%20aggression%20ICC%22

- O'Connell, M. E., & Niyazmatov, M. (2012). What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute, *Journal of International Criminal Justice*, 10(1), 189-207.
- Orozco Torres, L. E. (2012), *Crimen de agresión: problemas actuales*, Universidad Internacional de Andalucía.
- Paulus, A. (2009), Second thoughts on the crime of aggression, *European journal of international law*, 20(4), 1117-1128.
- Petty, K. A. (2009), Criminalizing force: resolving the threshold question for the crime of aggression in the context of modern conflict, *Seattle University Law Review*, 33, 105-150.
- Pintore, E. J. (2012), *La legítima Defensa en el Derecho Internacional*. Córdoba: Ciencia Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.
- Quesada Alcalá, C. (2013), El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global, *Cuadernos de estrategia*, 160, 77-116.
- Remiro Brotóns, A. (2006), Crimen de agresión. Crimen sin castigo. En Ramón Chornet, C. (Ed.), *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Salmón, E. (Coord.) (2011), *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*, Lima: IDEHPUCP.
- Sánchez Legido, A. (2008), Uso de la fuerza, Consejo de Seguridad y Corte Penal Internacional: la represión penal del crimen de agresión. En Huesa Vinaixa, R. (Coord.), *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva. Intersección de sistemas. Estudios en homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana*, Madrid: Marcial Pons.
- Sánchez Sánchez, R. E. (2012), La definición del crimen de agresión. En Olásolo Alonso, H. y Cuenca Curbello, S., *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional*, Vol. I (pp. 77-86.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sayapin, S. (2014), *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, La Haya: Springer.

- Scheffer, D. (2012), El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Política criminal*, 7(13), 209-229.
- Solera, O. (2010): The Definition of the Crime of Aggression: Lessons Not Learned, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 42, 801-823.
- Stein, M. S. (2005), 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* 16, 1-36.
- Trahan, J. (2011), The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference, *International Criminal Law Review*, 11(1), 49-104.
- Van der Vyver, J. D. (2011), Prosecuting the Crime of Aggression in the International Criminal Court, *University of Miami National Security & Armed Conflict Law Review*, 1, 1-52.
- Van Schaack, B. (2010), 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*, 15, 327-368.
- Weisbord, N. (2009), Conceptualizing aggression, *Duke Journal of Comparative & International Law* 20(1), 1-68.
- Weisbord, N. (2011), Judging Aggression, *Columbia Journal of Transnational Law*, 50, 82-168.