

LA REPÚBLICA ARGENTINA FRENTE AL CRIMEN DE AGRESIÓN*

ARGENTINA AND THE CRIME OF AGGRESSION

Luciano Pezzano⁺

RESUMEN

El presente artículo recomienda la ratificación de parte de la República Argentina de las enmiendas de Kampala al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión y analiza la incorporación de la agresión al Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014.

PALABRAS CLAVE

Crimen de agresión – Estatuto de Roma – Enmiendas de Kampala – Anteproyecto de Código Penal de 2014

ABSTRACT

This article recommends the ratification by Argentina of the Kampala amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court concerning the crime of aggression and discusses the inclusion of aggression to the 2014 Draft Criminal Code.

KEYWORDS

Crime of aggression – Rome Statute – Kampala amendments – 2014 Draft Criminal Code

SUMARIO

I. Introducción. II. Las enmiendas de Kampala en materia de agresión. III. La agresión en el Anteproyecto de Código Penal. 1) *Consideraciones preliminares*. 2) *Análisis de fondo*. 3) *Otras cuestiones*. IV. Derecho comparado. V. Consideraciones finales

I. Introducción

La aprobación, en la Conferencia de Revisión de Kampala en 2010, de las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ER) relativas al crimen de agresión devolvió actualidad a un tema sobre el que se ha discutido, tanto en el campo académico como diplomático, de manera prácticamente constante durante los últimos setenta años. No obstante el compromiso arribado en Kampala, ello no ha significado el fin de la discusión, pues son varias las cuestiones controvertidas que subsisten y han surgido otras nuevas.

Una de ellas, que se manifiesta en el contexto más amplio de la implementación del ER en los ordenamientos jurídicos nacionales, es la de la adopción y tipificación del crimen de agresión, cuestión a la que las legislaciones penales internas han sido históricamente esquivas¹. En este marco, y mientras se aguarda que la Argentina ratifique las enmiendas de Kampala, la inclusión del

* Una versión anterior de este artículo fue presentado como ponencia en el XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán, 4, 5 y 6 de septiembre de 2014 y obtuvo el Premio de la Asociación Argentina de Derecho Internacional AADI en la Sección Derecho Internacional Público.

⁺ Abogado (UCES 2007), Maestrando en Relaciones Internacionales (CEA-UNC), Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), Becario Doctoral CONICET. Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Internacional Público y de la Integración (UCES San Francisco). Miembro asociado de la AADI.

¹ Solo treinta Estados incluían la agresión en sus legislaciones penales con anterioridad a 2010; v. THE GLOBAL CAMPAIGN FOR RATIFICATION AND IMPLEMENTATION OF THE KAMPALA AMENDMENTS ON THE CRIME OF AGGRESSION: *Status of Ratification and Implementation of the Kampala Amendments on the Crime of Aggression*, disponible en <http://crimeofaggression.info/the-role-of-states/status-of-ratification-and-implementation/>.

crimen de agresión en el reciente Anteproyecto de Código Penal de la Nación es una oportunidad propicia para el análisis y la reflexión sobre las particularidades de dicho crimen.

II. Las enmiendas de Kampala en materia de agresión

La Conferencia de Revisión aprobó varias enmiendas al ER en materia de agresión². A los efectos de nuestro análisis, resulta de interés el Art. 8 bis, que contiene la definición del crimen de agresión: *«1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.*

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

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

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

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos». Al 10 de abril de 2015, veintitrés Estados habían ratificado las enmiendas en materia de agresión³, entre los que no se incluye la República Argentina. De acuerdo a la información disponible, la enmienda se encuentra a la fecha en la Presidencia de la Nación, bajo el Proyecto N° 3086/2013, con despacho favorable de la Dirección de Tratados de Cancillería⁴; sin embargo, aún no ha sido sometido al Congreso de la Nación, ignorándose las causas del retraso en el trámite de aprobación legislativa, máxime si se tiene en cuenta el firme compromiso de la Argentina con el sistema del ER y la Corte Penal Internacional (CPI).

Al respecto, en la inauguración de la Conferencia de Kampala, el representante de la Argentina declaró: *«La Argentina considera que la adopción de las enmiendas sobre agresión es*

² La resolución RC/Res.6 aprobada por la Conferencia suprimió el párrafo 2 del Art.5 ER, agregó los Arts. 8 bis, 15 ter y 15 quater, y el párrafo 3 bis del Art. 25 ER, así como modificó los Arts. 9.1 y 20.3 ER.

³ *UN Treaty Collection*, disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=en

⁴ Correspondencia electrónica del autor con la Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores.

indispensable»⁵, y tres años después, el representante ante las Naciones Unidas sostuvo: «*La otra cuestión que quisiera destacar es el crimen de agresión. Mi país, como muchos otros Estados partes, está comprometido con la ratificación, a la brevedad posible, de las enmiendas de Kampala. A pesar de la gran dificultad encontrada para hacer una referencia sustantiva al crimen de agresión en la resolución de esta Asamblea General, debido a la oposición firme de muy pocas delegaciones, la Argentina continuará trabajando para poder llegar con 30 ratificaciones a una fecha anterior a 2017 a fin de activar de esa manera la jurisdicción de la Corte, tal como fue previsto en Kampala*»⁶. A este compromiso político debe sumarse la directa e intensa participación de la Argentina en el largo proceso de negociación que llevó a la incorporación de la agresión al ER, desde Roma a Kampala. Solo a título de ejemplo, podemos mencionar que la representante argentina, Silvia Fernández de Gurmendi (magistrada de la CPI desde 2010 y actual Presidenta del tribunal), coordinó el Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión de la Comisión Preparatoria de la CPI⁷, y que la Argentina, junto con Brasil y Suiza, presentaron la propuesta que en la Conferencia de Revisión contribuyó a destrabar las negociaciones sobre la condiciones de ejercicio de la competencia de la Corte (la propuesta “ABS”)⁸.

De esta forma, la ratificación de las enmiendas al ER por parte de la Argentina aparece, en nuestra opinión, como una necesidad imperiosa, no solo para cumplir con un compromiso asumido, sino también para no actuar en clara contradicción con la conducta históricamente desplegada por nuestro país con relación a la CPI.

III. La agresión en el Anteproyecto de Código Penal

El Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, redactado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por Decreto 678/2012 del 7 de mayo de 2012, regula lo atinente al crimen de agresión en el Art. 72, que se encuentra en el Libro Segundo, Título I, “Delitos contra la humanidad”, Capítulo II, “Crímenes de guerra y agresión. Tratos inhumanos, empleo de medios prohibidos o desleales”. Dicho artículo dispone:

Crimen de agresión y crímenes gravísimos de guerra

1. Será penado con el máximo de la pena de prisión prevista en el artículo 20º, el que cometiere un hecho de agresión previsto en el artículo 8º bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

*2. La misma pena se impondrá cuando cualquiera de las conductas contenidas en este Capítulo, formare parte de un plan o política, o se cometieren a gran escala*⁹.

1) Consideraciones preliminares

Las primeras consideraciones que se pueden realizar acerca de lo dispuesto en este artículo son relativas a la técnica legislativa empleada: para el crimen de agresión, el legislador ha optado por la remisión directa al Art. 8 bis ER, cuando para el resto de las conductas tipificadas en el Título se ha inclinado por su redacción en forma autónoma, reproduciendo en algunos casos disposiciones

⁵ *Intervención del Secretario de Relaciones Exteriores de la República Argentina Emb. Victorio Taccetti. Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma*, disponible en: [http://www.iccnw.org/documents/ICC-RC-gendeba-Argentina-SPA\(1\).pdf](http://www.iccnw.org/documents/ICC-RC-gendeba-Argentina-SPA(1).pdf)

⁶ ASAMBLEA GENERAL: Acta literal de la 42º sesión. Sexagésimo octavo período de sesiones. Documento A/68/PV.42. Naciones Unidas, Nueva York, 2013, p. 1. V. también ASAMBLEA GENERAL: Acta literal de la 31º sesión. Sexagésimo séptimo período de sesiones. Documento A/67/PV.31. Naciones Unidas, Nueva York, 2012, p. 20.

⁷ V. FERNANDEZ DE GURMENDI, SILVIA A.: “The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court”, *Fordham International Law Journal*, vol. 25, N° 3 (Marzo 2002), pp. 589-605.

⁸ CONFERENCIA DE REVISIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: Documentos oficiales. Documento RC/11, La Haya, 2010, p. 75 y ss. V. TRAHAN, JENNIFER, “The Rome Statute’s Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference” *International Criminal Law Review*, Vol. 11 (2011), pp. 29-104, pp. 68-70.

⁹ *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014, p. 374.

del propio ER u otros tratados relevantes¹⁰ y adoptando tipos propios en otros¹¹. La exposición de motivos no explica esta circunstancia, limitándose a comentar: «El inciso 1º remite para el crimen de agresión al Estatuto de Roma, donde se enumeran una serie de actos que son tomados, a su vez, de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1974. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI 1998) fue ratificado por la República Argentina el 8 de febrero de 2001»¹². En este aspecto, cabe señalar que la exposición de motivos no solo es insuficiente, sino que no tiene presente el origen del Art. 8 bis ER. Como se vio, el mismo es producto de las enmiendas aprobadas en la Conferencia de Revisión, nueve años después de la ratificación de la República Argentina y casi ocho desde la entrada en vigor del ER. La referencia a la manifestación del consentimiento de la Argentina en obligarse por el ER –sin enmendar– es, entonces, irrelevante en lo que respecta al crimen de agresión. Pero el mayor inconveniente que encontramos con la remisión es que la misma se ha efectuado con relación a una norma que no está en vigor para nuestro país¹³. Es razonable suponer que los miembros de la Comisión asumieron con toda lógica que la Argentina ratificaría las enmiendas con anterioridad a la aprobación del Código Penal, teniendo en cuenta el compromiso que asumiera, como hemos citado. No obstante ello, quizás habría sido conveniente aclararlo en la Exposición de Motivos.

La segunda consideración se relaciona con la ubicación sistemática del crimen de agresión dentro del método adoptado por el Anteproyecto. Es posible sostener que, al ubicar a la agresión en el mismo capítulo de los crímenes de guerra, y, en particular, en un artículo cuyo segundo inciso contiene un agravante para el resto de las conductas tipificadas en el capítulo y que, salvo la pena establecida, no tiene relación directa alguna con la agresión, no se han tenido en cuenta sus características particulares ni su singularidad.

En ese sentido, y desde la óptica del derecho internacional, consideramos que se ha perdido de vista la gran diferencia que existe entre la agresión y los crímenes de guerra, y que está dada porque la norma primaria que prohíbe la agresión pertenece al ámbito del *ius ad bellum*, presidido en el derecho internacional contemporáneo por el principio de la abstención de la amenaza y el uso de la fuerza, mientras que la norma primaria que prohíbe los crímenes de guerra se encuentra en el campo del *ius in bello*, al que pertenecen las normas del derecho internacional humanitario¹⁴. El Art. 72, así como está redactado con sus dos incisos y dentro del Capítulo II del Título I, introduce una innecesaria confusión entre *ius ad bellum* y *ius in bello*. La propia exposición de motivos

¹⁰ Así, por ejemplo, el Art. 66 del Anteproyecto, referido a los delitos de lesa humanidad, que reproduce la mayor parte de los apartados del Art. 7 ER.

¹¹ Es el caso del Art. 64 del Anteproyecto, relativo al genocidio, que adopta una definición propia, diferente del Art. 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y del Art. 6 ER, justificándose la opción en la Exposición de Motivos.

¹² *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, cit., pp. 165-166.

¹³ De acuerdo a la resolución RC/Res.6 de la Conferencia de Revisión, las enmiendas relativas al crimen de agresión entran en vigor de conformidad al Art. 121.5 ER, el que establece un procedimiento de entrada en vigor para cada Estado, un año después de la ratificación de la enmienda. Ello es diferente del procedimiento para que la Corte tenga competencia respecto del crimen, que requiere la adopción de una decisión por una mayoría de los Estados Parte, no antes del 1º de enero de 2017 y después del transcurso de un año desde la ratificación de treinta Estados (Arts. 15 bis y 15 ter ER). Al respecto, V. AMBOS, KAI: “El crimen de agresión después de Kampala. Dykinson. Madrid, 2011, p. 60 y ss; y KOSTIC, DREW: “Whose crime is it anyway? The International Criminal Court and the crime of aggression”. *Duke Journal of Comparative & International Law* Vol. 22 (2011), pp. 109-141, p. 112 y ss. La cuestión de la entrada en vigor de las enmiendas se venía discutiendo con anterioridad a Kampala, v. CLARK, ROGER S.: “Ambiguities in Articles 5(2), 121 and 123 of the Rome Statute”, *Case Western Reserve Journal of International Law* Vol. 41 (2009), pp. 413-427; y FERENCZ, DONALD M.: “Bringing the crime of aggression within the active jurisdiction of the ICC”, *Case Western Reserve Journal of International Law* Vol. 42 (2009), pp. 531-542.

¹⁴ Sobre la distinción, V. BUGNION, FRANÇOIS: “Guerre juste, guerre d’agression et droit international humanitaire”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, N° 847 (2002), pp. 523-546, y, no obstante su visión crítica, v. también BOEVING, JAMES NICHOLAS: “Aggression, International Law, and the ICC: an Argument for the Withdrawal of Aggression from the Rome Statute”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, no. 2, (2005), pp. 557-611; y PAULUS, ANDREAS: “Second Thoughts on the Crime of Aggression”. *EJIL* Vol. 20 (2009) No. 4, pp. 1117-1128, p. 1126. Manteniendo la distinción, pero desde una perspectiva positiva, KRESS, CLAUS: “Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus” *EJIL* Vol. 20 (2009) No. 4, pp. 1129-1146, pp. 1133-1135.

parece reconocer tácitamente esta confusión, al tratar el segundo inciso del Art. 72 junto al resto del articulado referido a los crímenes de guerra y no en el comentario específico del artículo¹⁵.

Desde la óptica de la dogmática penal, y recurriendo a la noción de “bien jurídico tutelado” –aspecto poco abordado por los autores que han investigado la agresión–, podemos advertir aún más las diferencias entre la agresión y los crímenes de guerra. En el primer caso, el bien jurídico tutelado es la soberanía y la integridad territorial de los Estados, y de modo general, la paz y la seguridad internacionales¹⁶, mientras que en el segundo, son los derechos fundamentales de las personas protegidas en los conflictos armados, así como “los principios del derecho de gentes, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública”¹⁷, que bien puede considerarse comprendido dentro del “bienestar de la humanidad” al que se hace referencia en el tercer párrafo del Preámbulo del ER.

De esta manera, lo conveniente habría sido separar el inciso dos como un artículo independiente dentro del mismo capítulo, y agregar el crimen de agresión como un nuevo capítulo en el Título I¹⁸. Así lo considera Orozco Torres: “... tanto en el plano doctrinal como en el institucional, este crimen debe ser considerado dentro de la categoría de los crímenes del Derecho Internacional consuetudinario, junto al de Genocidio, Lesa humanidad y Guerra, pero en una subcategoría aparte de los demás, en la que la paz y seguridad de la humanidad son el Bien Jurídico Tutelado”¹⁹.

2) Análisis de fondo

Efectuadas estas consideraciones, corresponde que se proceda al análisis sustantivo del Art. 72, inc. 1º. De acuerdo a lo allí establecido, la conducta típica es “cometer un hecho de agresión previsto en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma”. El primer inconveniente con el que se tropieza es que el Art. 8 bis ER no prevé ningún “hecho de agresión”. Por el contrario, la norma internacional se refiere a las tan conocidas como no siempre claras nociones de “crimen de agresión” y “acto de agresión”, cuyos caracteres, contenidos, alcance y relación han sido y son ampliamente discutidos en la doctrina. A los efectos de esta ponencia, podemos considerar que el “crimen de agresión” se refiere a la conducta individual, que consiste en “planificar, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión”, y el “acto de agresión”, al hecho ilícito del Estado, que consiste en “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”. Por la propia naturaleza de las normas que analizamos, resulta evidente que cuando el Anteproyecto menciona el “hecho de agresión”, se está refiriendo a la conducta individual que el ER llama “crimen de agresión”, aunque nos resulte inexplicable por qué la Comisión recurrió al término “hecho” (mientras que en la exposición de motivos dice “crimen”),

¹⁵ Anteproyecto de Código Penal de la Nación, cit., pp. 163-164.

¹⁶ OROZCO TORRES, LUIS ERNESTO: “Crimen de Agresión: Problemas Actuales”. Universidad Internacional de Andalucía, 2012. p. 187. Al respecto, Zapico Barbeito afirma: “lo que resulta directamente atacado no es la vida o el bienestar de los seres humanos indefensos sino que el ataque se produce a la soberanía, la independencia política o la integridad territorial del Estado, y más ampliamente, la paz y la seguridad internacional, valor primordial de la Organización de las Naciones Unidas. Nos encontramos pues con bienes jurídicos que descansan sobre una realidad inmaterial, y ante un delito que se debe calificar como pluriofensivo, pues como decimos, con el ataque un Estado no sólo se vulnera la soberanía e integridad de ese Estado sino que también se ha perjudicado la paz y la seguridad internacionales, otro bien jurídico que aunque inmaterial, es de vital importancia” (ZAPICO BARBEITO, MÓNICA: “El crimen de agresión y la Corte Penal Internacional”, disponible en [http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/17\)Crimen_de_agresion_y_Corte_Penal_Internacional_Zapico.pdf](http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/17)Crimen_de_agresion_y_Corte_Penal_Internacional_Zapico.pdf), p.10). Por su parte, May rechaza un enfoque basado meramente en la soberanía estatal y se refiere a la afectación de los derechos humanos por la agresión (MAY, LARRY: “Aggression and Crimes Against Peace”, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 208).

¹⁷ Se trata de la célebre “cláusula Martens”, reconocida por el Derecho Internacional Humanitario, tanto en los Convenios de Ginebra de 1949 (Art. 63 del Convenio I; Art. 62 del Convenio II; Art. 142 del Convenio III, Art. 158 del Convenio IV) como en los Protocolos Adicionales de 1977 (Art.1.2 Protocolo Adicional I; Cuarto párrafo del Preámbulo, Protocolo Adicional II).

¹⁸ Ello es plenamente compatible con el método del Anteproyecto, que contiene numerosos ejemplos de capítulos con un solo artículo.

¹⁹ OROZCO TORRES, LUIS ERNESTO: op. cit., p. 199.

máxime cuando la confusión terminológica es uno de los no pocos problemas que rodean a la agresión.

El tema no es menor y corresponde que nos detengamos en el mismo. Es precisamente en la formulación del Art. 8 bis ER donde se advierte la distinción entre el “crimen de agresión”, como un delito que da origen a responsabilidad penal individual y el “acto de agresión”, como un hecho ilícito atribuible a un Estado. Esta distinción trae importantes consecuencias en materia de responsabilidad internacional y de los órganos competentes en su determinación, entre otras. Tal distinción, sin embargo, no se ve con claridad en varios de los antecedentes internacionales en materia de agresión. En el Estatuto y la sentencia del Tribunal de Núremberg²⁰, así como en los “Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg”, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)²¹, el crimen era «*planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión*», mientras que el “acto de agresión», que ya estaba contenido –mas no definido– en la Carta de las Naciones Unidas²², parecía ser irrelevante. Una visión opuesta es la que parece surgir del proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de la CDI de 1954²³, en el que el acto *es* un crimen. La distinción recién vendría con posterioridad a la Definición de la Agresión²⁴, en la que se aprecia que la agresión es cometida por un Estado. De allí que tanto en el proyecto de Código de la CDI de 1991²⁵ como en el de 1996²⁶, se distinga entre el crimen de agresión (imputable al individuo que actúe como “dirigente u organizador”) y el acto de agresión y la guerra de agresión, respectivamente (como hecho atribuible a un Estado).

Se insiste: nos resulta imposible de explicar por qué frente a esta realidad, compleja *per se*²⁷, el Anteproyecto introduce una terminología diferente, sobre todo teniendo en cuenta la remisión que se efectúa a una norma que no contiene tal término. En ese sentido, si la Comisión deseaba apartarse de la terminología empleada por el Art. 8 bis ER, podría haber escogido definir al “hecho de agresión” de manera autónoma, pero no fue ese el caso.

Ello plantea ciertos interrogantes sobre el *alcance* de la remisión efectuada por la norma: ¿se remite a la norma *in totum*, o solo a la descripción de la conducta típica? ¿Qué valor tiene la definición de “acto de agresión” y los supuestos contemplados en el párrafo 2 del Art. 8 bis? ¿Se incluye la cláusula de liderazgo que caracteriza al crimen de agresión?

En nuestra opinión, la remisión debe entenderse a la totalidad de la norma. La misma exposición de motivos parece confirmar esta afirmación en lo referente a la definición y supuestos de acto de agresión del párrafo 2 del Art. 8 bis, al mencionar la «*serie de actos que son tomados, a su vez, de la resolución 3314 (XXIX)*». Asimismo, y dado que la conducta típica establecida en el

²⁰ El artículo 6 del Estatuto del Tribunal incluía entre los delitos de su competencia: «*a) Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados...*» (negrita añadida). V. COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: “Examen histórico de la evolución en materia de agresión”, Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1. Naciones Unidas, Nueva York, 2002

²¹ En el inciso a) del Principio VI se incluía como delito contra la paz «*planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión*».

²² Artículos 1.1 y 39.

²³ El Art.2 del Proyecto disponía «*Son delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad los siguientes actos: 1) Todo acto de agresión, inclusive el empleo por las autoridades de un Estado de la fuerza armada contra otro Estado para cualquier propósito que no sea la legítima defensa nacional o colectiva o la aplicación de una decisión o recomendación de un órgano competente de las Naciones Unidas. 2) Toda amenaza hecha por las autoridades de un Estado de recurrir a un acto de agresión contra otro Estado*» (negrita añadida).

²⁴ Contenida en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, y a la que se hace referencia en el Art. 8 bis ER.

²⁵ El Art.15.1 del Proyecto establecía: «*El que en calidad de dirigente o de organizador proyecte o ejecute un acto de agresión, u ordene que sea ejecutado, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...]*».

²⁶ El Art. 16 del Proyecto disponía: «*El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión*»

²⁷ Y que puede volverse incluso más compleja si se analiza cuál es la relación que existe entre el acto de agresión y el crimen de agresión.

Art. 72 del Anteproyecto es “cometer un hecho [i.e., un crimen] de agresión previsto en el Artículo 8 bis del Estatuto de Roma”, y de conformidad a dicho artículo solo puede cometer un crimen de agresión quien, “*estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado*” planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión, la remisión ha de entenderse a la norma completa. De otro modo, faltarían elementos que caracterizan al crimen.

3) Otras cuestiones

También es posible analizar el Art. 72 en el contexto de las otras normas del Anteproyecto de Código Penal, de lo cual surgen interesantes aspectos a considerar²⁸.

En primer lugar, podemos señalar lo relativo a la competencia de los tribunales argentinos en materia de agresión²⁹, sobre todo teniendo en cuenta que, de acuerdo a la conducta típica de que se trate, el crimen de agresión puede tener diferentes lugares de comisión. Así, lo habitual será que las conductas de “planificar” y “preparar” un acto de agresión tendrán lugar en el territorio del Estado agresor, mientras que la conducta de “realizar” un acto de agresión, tendrá lugar, en general, en el territorio del Estado víctima³⁰. ¿Qué crímenes de agresión podrían juzgar, entonces, los tribunales argentinos? El Anteproyecto no contiene disposiciones específicas en la materia, por lo que corresponde aplicar las normas generales que respecto del ámbito de aplicación del mismo establece su Art. 2³¹. Por aplicación del principio de territorialidad, reconocido en el inciso a) de la norma, quedan comprendidos los delitos cuya conducta o resultado tengan lugar en territorio argentino. De esa forma, quedan comprendidos tanto los casos en que la República Argentina sea el Estado agresor (ya que las conductas de planificar, preparar e iniciar un acto de agresión tendrán lugar, como se dijo, en territorio argentino) como los que la Argentina sea el Estado víctima, ya que el resultado de la agresión se producirá en territorio argentino. El único caso que podría plantear una duda es el relativo a la conducta de “realizar un acto de agresión” –conducta que, como se mencionó, tiene lugar en el territorio del Estado víctima– en el altamente improbable caso en que la Argentina fuera el Estado agresor. Como el Anteproyecto no recepta el principio de la personalidad activa –que sí está receptado en el ER–, tal caso podría quedar fuera del ámbito de aplicación de la ley argentina, aunque por vía interpretativa podría sostenerse –y no sin razón– que, dado que el crimen de agresión solo puede ser cometido por quien está en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, lo cual se ejercerá normalmente en el

²⁸ Limitamos el análisis al contexto del propio Anteproyecto por razones de extensión, sin perder de vista que al remitir directamente al Art. 8 bis ER, todas las dificultades interpretativas de tal norma se trasladan al ordenamiento argentino y son susceptibles de discusión y estudio.

²⁹ El análisis se realiza sin perjuicio de las cuestiones problemáticas acerca del juzgamiento del crimen de agresión por tribunales nacionales y las cuestiones relativas a la complementariedad. V., al respecto, JURDI, NIDAL NABIL: “The domestic prosecution of the crime of aggression after the International Criminal Court Review Conference: possibilities and alternatives”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 14 (2013), pp. 1-20; VAN SCHAAK, BETH: “Par in Parem Imperium Non Habet. Complementarity and the Crime of Aggression” *Journal of International Criminal Justice* Vol. 10 (2012), pp. 133-164;

³⁰ La cuestión del lugar donde se comete el crimen de agresión está discutida. V. GRUPO DE TRABAJO ESPECIAL SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN: “Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión”. Documento ICC-ASP/7/20, Anexo III, La Haya, 2008, párr. 28-29; KOSTIC, DREW: op. cit., pp. 137-138; WEISBORD, NOAH: “Judging aggression”. *Columbia Journal of Transnational Law* Vol. 50 (2011), pp. 82-168, p. 101.

³¹ “Este Código se aplicará a los delitos:

- a) Territorialidad. En que la conducta o el resultado tengan lugar en el territorio de la Nación Argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción.
- b) Real o de defensa. Que afecten bienes jurídicos que se hallen en el territorio de la Nación Argentina.
- c) Funcional. Cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades nacionales en desempeño de su cargo, según lo que disponga el derecho internacional.
- d) Universal y otros. Cometidos en el extranjero y que conforme al derecho internacional deban o puedan ser juzgados por los tribunales nacionales.
- e) Personalidad pasiva. Cometidos en el extranjero contra ciudadanos argentinos, que lesionen sus bienes personalísimos y no hayan sido juzgados en el lugar de comisión, con previa anuencia del Poder Ejecutivo Nacional”.

territorio del Estado que se controla, la conducta de “realizar” también puede tener lugar –aunque sea parcialmente– en el territorio del Estado agresor.

En segundo lugar, se pueden señalar las cuestiones relativas a la participación. Como lo reconoce la doctrina, la agresión es un crimen caracterizado por el mando (se lo denomina *leadership crime*)³², de allí que el Art. 8 bis ER establece que solo puede ser cometido por quien está “en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”. Ante esta característica tan particular de la agresión, la Conferencia de Revisión también resolvió enmendar el Art. 25 ER, relativo a las formas de participación, agregando un párrafo 3 bis que dispone: «*Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado*». En la práctica, implica la impunidad para todos aquellos que hayan participado en cualquier grado en la comisión del acto de agresión, si no están alcanzados por la cláusula de mando. Al respecto, Ambos considera «*altamente cuestionable la amplia excepción de responsabilidad que resulta para todos aquellos que no pertenecen al círculo de mando, y seguramente va a dar lugar a muchas críticas*»³³.

No obstante lo apuntado, no existe en el Anteproyecto una norma semejante, resultando aplicables las reglas generales previstas en el Art. 9 del mismo. De esa forma, *v. gr.*, funcionarios del Ministerio de Defensa u oficiales del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas que elaboren planes con miras a la comisión de un acto de agresión o, incluso, el personal que participe directamente de las operaciones, podría ser considerado cómplice o partícipe del crimen de agresión, en la medida en que dichas conductas implicarían “cooperar de cualquier modo a la ejecución del hecho” (Art. 9, inc. 2 del Anteproyecto). ¿Se trató de una toma de posición respecto a las críticas que suscita la limitación de la cláusula de mando o tan solo de una omisión? El silencio de la exposición de motivos en la materia impide una respuesta definitiva a tal interrogante.

Finalmente, corresponde que efectuemos algunos comentarios respecto de la pena establecida para el crimen. Para ello, el artículo dispone que el autor del crimen de agresión «*será penado con el máximo de la pena de prisión prevista en el artículo 20º*». Sin embargo, el Art. 20 no se refiere a la pena de prisión, sino a los recursos previstos para la determinación de la pena y los límites máximos de las penas aplicables. Es el Art. 21, inc. 1º, el que dispone el máximo de la duración de la prisión, estableciéndolo en treinta años. Consideramos, por lo tanto, que se trata de un error material de la publicación del Anteproyecto, y que la remisión debe entenderse efectuada a este último. Esto aclarado, dos cuestiones llaman la atención en el análisis: la primera es que es el único caso en todo el Anteproyecto que para establecer la pena de un delito se remite al Art. 21 en lugar de determinarla directamente; y la segunda es que no establece escala penal alguna, imponiendo una pena única y fija de treinta años de prisión, caso también único en el Anteproyecto (para el genocidio, por ejemplo, se fija una escala de entre veinte y treinta años de prisión), convirtiendo la agresión en el delito más gravemente penado de nuestro ordenamiento (no obstante considerarse en la propia Exposición de Motivos, precisamente al justificar el máximo de treinta años para la prisión establecido en el Art. 21, que el genocidio es “el más grave de los crímenes”³⁴).

IV. Derecho comparado

Un repaso por el Derecho comparado puede arrojar luz acerca de cómo se ha incorporado el crimen de agresión a las legislaciones penales nacionales. Hasta la fecha, seis Estados han

³² GRUPO DE TRABAJO ESPECIAL SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN: “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, 2007, párr. 9-12; HELLER, KEVIN JON: “Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression”, *The European Journal of International Law* Vol. 18 N°3 (2007), pp. 477-497; VAN DER VYVER, JOHAN D.: “Prosecuting the Crime of Aggression in the International Criminal Court”. *University of Miami National Security & Armed Conflict Law Review*, Vol. 1, 2010-2011, pp. 1-56, pp. 18-22; WEISBORD, NOAH: “Conceptualizing aggression”. *Duke Journal of Comparative & International Law* Vol.20 (2009) N°1 pp. 1-68, p. 43 y ss.

³³ AMBOS, KAI: op. cit., p. 49.

³⁴ *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, cit., p. 100.

incorporado la agresión a sus códigos penales con posterioridad a las enmiendas del ER³⁵ (Croacia, Ecuador, Eslovenia Luxemburgo, la República Checa y Samoa), advirtiéndose al menos tres formas diferentes de redacción del tipo penal.

Por un lado, los Estados que han adoptado directamente la redacción del Art. 8 bis ER, con el agregado de la pena, como es el caso del Art. 136 quinquies del Código Penal de Luxemburgo (Título I bis de su parte especial, “Violaciones graves del derecho internacional humanitario”), de acuerdo a la ley de 27 de febrero de 2012³⁶, al que, sin embargo, se le ha quitado la referencia a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, del Art. 103 del Código Penal de Eslovenia (Capítulo XIV –primero de su parte especial–, “Crímenes contra la humanidad”)³⁷, que incluye que el autor puede ser “un funcionario u otra persona”, tampoco menciona la resolución 3314 (XXIX) y suprime el supuesto de agresión del apartado d) del párrafo 2 del Art. 8 bis ER, y de la sección 7A de la Ley de la Corte Penal Internacional de 2007 (según la *International Criminal Court Amendment Act*, de 21 de octubre de 2014), que incluye, además de la remisión al Art. 8 bis, cualquier otro acto que constituya un crimen de agresión de acuerdo al derecho internacional consuetudinario, convencional o a los principios generales del Derecho³⁸

Por otro lado, los Estados que adoptaron una redacción similar a la del Art. 8 bis ER, con algunas variantes en las conductas típicas, como el Art. 89 del Código Penal de Croacia de 2011 (Capítulo IX –primero de su parte especial–, “Crímenes contra la humanidad y la dignidad humana”)³⁹, que distingue tres conductas: “usar las fuerzas armadas” para cometer un acto de

³⁵ V. nota 2.

³⁶ «1) Se califica como crimen de agresión la planificación, la preparación, la iniciación o la realización, por una persona que esté en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, de un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

A los efectos del apartado primero, 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.

Se trata de los actos siguientes: [reproducción textual de la enumeración del párrafo 2 del Art. 8 bis ER].

2) Las infracciones enumeradas en el párrafo 1) son reprimidas con reclusión de diez a quince años». Disponible en <http://www.legilux.public.lu/rgl/2012/A/0410/A.html>, traducción propia.

³⁷ “1) El funcionario u otra persona que, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, 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, será sentenciado a al menos quince años de prisión.

2) 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. Cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: [reproducción textual de la enumeración del párrafo 2 del Art. 8 bis ER, con excepción del apartado d)]. Disponible en http://crimeofaggression.info/documents/2/Slovenia_excerpt_criminal_code.pdf, traducción propia.

³⁸ “Crimen de agresión. 1) Una persona que, en Samoa o en otro lugar, cometa un crimen de agresión comete una ofensa y podrá ser condenado a prisión perpetua.

2) A los fines de esta sección, “crimen de agresión” es un acto especificado en el Artículo 8 bis del Estatuto e incluye cualquier otro acto que al tiempo y en el lugar de su comisión constituya un crimen de agresión de acuerdo al derecho internacional consuetudinario, o el derecho internacional convencional o sea criminal de acuerdo a los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad de naciones, constituya o no una contravención del derecho vigente en el tiempo y lugar de su comisión”. Disponible en http://crimeofaggression.info/documents/2/Samoa_ICC_Amendment_Act.pdf, traducción propia.

³⁹ “1) Quien estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, usa las fuerzas armadas de 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 ejecutando un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, será sentenciado a prisión de al menos cinco años o a largo plazo.

2) Quien tome parte en las operaciones de las fuerzas armadas referidas en el párrafo 1 de este Artículo será sentenciado a prisión por un término de entre tres y quince años.

3) Quien directa y públicamente incite al crimen de agresión será sentenciado a prisión por un término de entre uno y diez años.

agresión; “participar en las operaciones de las fuerzas armadas” que cometen el acto de agresión, e “incitar” el crimen de agresión.

Finalmente, se encuentran los Estados que han adoptado una redacción propia del tipo penal relativo al crimen de agresión, aunque inspirado por las enmiendas de Kampala: es el caso del Art. 88 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador de 2014 (Capítulo Primero de su parte especial, “Graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario”, Sección Primera, “Delitos contra la humanidad”)⁴⁰ y del Parágrafo 405a del Código Penal de la República Checa (Título XIII de su parte especial, “Crímenes de lesa humanidad, crímenes contra la paz y crímenes de guerra”, Parte 2, “Crímenes contra la paz y crímenes de guerra”)⁴¹.

Como se advierte a primera vista, solo una de las legislaciones citadas ha recurrido a la remisión directa al ER, la de Samoa (que incluye las enmiendas de Kampala como anexo⁴²), mientras que las otras han optado por la redacción, reproduciendo con mayor o menor fidelidad el texto del Art. 8 bis, todas distinguen entre el *crimen* de agresión (aunque algunas no lo mencionan explícitamente) y el *acto* de agresión, sin introducir una tercera categoría confusa y todas legislan la agresión en un artículo, íntegramente dedicado al crimen, sin incorporar referencias a otros delitos. La principal variación la encontramos en el método seguido: ninguna ubica a la agresión de forma aislada en un capítulo propio dentro del título de los crímenes internacionales.

Exceptuando los aspectos señalados, este breve repaso demuestra que en general, las soluciones adoptadas en el Derecho comparado evitan gran parte de los inconvenientes que encontramos en el Anteproyecto de Código Penal argentino y pueden resultar una interesante fuente de consulta al momento del debate legislativo.

V. Consideraciones finales

No se nos escapa la alta improbabilidad de que el juez argentino se enfrente a la necesidad de perseguir penalmente un crimen de agresión. Sin embargo, creemos que ello no es óbice para contar con una legislación penal adecuada, ni mucho menos para reflexionar sobre la misma y las cuestiones interpretativas que puedan plantearse. Así, y conforme a lo expresado, consideramos conveniente modificar el Art. 72, inc. 1º del Anteproyecto, redactándolo de forma similar al Art. 8 bis ER, sin remisión alguna, determinando explícitamente la pena que corresponda y separarlo de su actual inc. 2º, considerando la posibilidad de incluirlo en un capítulo aparte dentro del Título I.

4) Cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como un acto de agresión referido en el párrafo 1 de este Artículo: [reproducción textual de la enumeración del párrafo 2 del Art. 8 bis ER]. Disponible en http://crimeofaggression.info/documents/2/Croatia_excerpt_criminal_code.pdf, traducción propia.

⁴⁰ “Agresión.- La persona, independientemente de la existencia o no de declaración de guerra, que estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, ordene o participe activamente en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión o ataque armado contra la integridad territorial o la independencia política del Estado ecuatoriano u otro Estado, fuera de los casos previstos en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, será sancionada con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años”. Disponible en <http://www.asambleanacional.gob.ec/system/files/document.pdf>.

⁴¹ “El que, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, en contra de las disposiciones del derecho internacional planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que implica el uso de la fuerza por parte de ese Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, y que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, será reprimido con prisión de doce a veinte años o sanción excepcional”. Disponible en <http://portal.gov.cz/app/zakony/zakonStruct.jsp?page=4&idBiblio=68040&recShow=491&fulltext=40~2F2009~20Sb.&nr=&part=&name=&rpp=100#parCnt>, traducción propia.

⁴² Debe señalarse, no obstante, que a diferencia del método seguido por el Anteproyecto de Código Penal, la legislación de Samoa adopta la remisión al ER para *todos* los tipos penales de crímenes internacionales, en las secciones 5, 6 y 7 de la Ley de la Corte Penal Internacional, incluyendo en todos los casos la remisión a otras fuentes del derecho internacional. El texto completo de la ley (sin la reforma de 2014) puede verse en: http://www.parliament.gov.ws/new/wp-content/uploads/01.Acts/Acts%202007/International_Criminal_Court_Act_2007_-_Eng.pdf.

No podemos dejar de señalar que, no obstante las observaciones efectuadas, la decisión de incluir a la agresión en el Código Penal argentino subraya la importancia que para nuestro país reviste la prevención y sanción de los crímenes internacionales y la lucha contra la impunidad. En ese sentido, insistimos, la necesidad de la ratificación de las enmiendas al Estatuto de Roma se vuelve para la Argentina no solo un compromiso político sino también un imperativo moral.