

American University International Law Review

Volume 33

Issue 3 *Academy on Human Rights and Humanitarian Law Articles and Essays on Emerging Challenges in the Relationship Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law*

Article 4

2018

La Agresión Como Punto de Contacto Entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario

Luciano Pezzano

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr>



Part of the [Human Rights Law Commons](#), [International Humanitarian Law Commons](#), and the [International Law Commons](#)

Recommended Citation

Pezzano, Luciano (2018) "La Agresión Como Punto de Contacto Entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario," *American University International Law Review*. Vol. 33 : Iss. 3 , Article 4.

Available at: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol33/iss3/4>

This Academy on Human Rights and Humanitarian Human Rights Award is brought to you for free and open access by the Washington College of Law Journals & Law Reviews at Digital Commons @ American University Washington College of Law. It has been accepted for inclusion in American University International Law Review by an authorized editor of Digital Commons @ American University Washington College of Law. For more information, please contact kclay@wcl.american.edu.

LA AGRESIÓN COMO PUNTO DE CONTACTO ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

LUCIANO PEZZANO*

Si la guerra es un crimen, el primer culpable de ese crimen es el soberano que la emprende. Y de todos los actores de que la guerra se compone, debe ser culpable, en recta administración de justicia internacional, el que, la manda hacer. Si esos actos son el homicidio, el incendio, el saqueo, el despojo, los jefes de las naciones en guerra deben ser declarados, cuando la guerra es reconocida como injusta, como verdaderos asesinos, incendiarios, ladrones, expoliadores, etc. . . .

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

Juan Bautista Alberdi, “El crimen de la guerra”

I. INTRODUCCIÓN	546
II. LA AGRESIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS	548
A. LOS DERECHOS HUMANOS COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LA CRIMINALIZACIÓN DE LA AGRESIÓN.....	548
B. LA AGRESIÓN COMO VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS: EL DERECHO HUMANO A LA PAZ.....	551
C. LA AGRESIÓN COMO LIMITACIÓN A LOS DERECHOS	

* Abogado (UCES), Magister en Relaciones Internacionales (CEA - UNC), Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becario doctoral CONICET-Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC). Profesor Titular de Derechos Humanos desde la Perspectiva Internacional (UCES San Francisco). Profesor Asociado de Derecho Internacional Público y de la Integración (UCES San Francisco).

HUMANOS: LA PROHIBICIÓN DE LA PROPAGANDA DE LA GUERRA	554
III. LA AGRESIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	558
A. LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE IUS AD BELLUM Y IUS IN BELLO	558
B. HACIA UNA VISIÓN COMPATIBLE CON LA UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO	565
IV. CONSIDERACIONES FINALES	568

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario nos parece indiscutible. Desde el plano teleológico, ambos comparten el propósito de proteger a la persona humana, y desde el plano normativo, los términos de su relación quedaron firmemente establecidos en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.¹

1. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons [Legalidad de la Amenaza o el uso de Armas Nucleares], Opinión Consultiva, 1996 I.C.J. Rep. 226, ¶ 25 (8 de julio de 1996):

The Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities." "La Corte observa que la protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra, excepto por la aplicación del artículo 4 del Pacto, por el cual ciertas disposiciones pueden ser derogadas en un momento de emergencia nacional. El derecho a la vida no es, sin embargo, una disposición de este tipo. En principio, el derecho a no privarse arbitrariamente la vida se aplica también durante hostilidades.;

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory [Consecuencias Legales de la Construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado], Opinión Consultiva, 2004 I.C.J. Rep. 136, ¶ 106 (9 de julio de

No obstante, aquí sostenemos que puede existir otra forma de vincular el derecho internacional humanitario con el derecho internacional de los derechos humanos, y es a través de un concepto jurídico que se revela como transversal en el derecho internacional: la agresión.

A los fines de este ensayo, entendemos por “agresión,” tanto el acto estatal definido en el Artículo 1 de la Definición de la Agresión,² y que da lugar a responsabilidad internacional del Estado, como el crimen tipificado en el Artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,³ que origina responsabilidad penal individual.

Así, el propósito de este ensayo es doble: por un lado, demostrar la cercanía entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario a través de un concepto transversal del derecho internacional como la agresión, y, por el otro, subrayar la importancia central que la prohibición de la agresión y sus consecuencias jurídicas tienen en el derecho internacional contemporáneo.

La agresión es tan grave, y conmueve de tal modo los fundamentos mismos de la comunidad internacional, que sus efectos se proyectan por gran parte del ordenamiento jurídico, incluso sobre las normas destinadas a la protección de la persona humana.⁴

2004) (“More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights.” (“En términos más generales, la Corte considera que la protección ofrecida por las convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo por el efecto de derogaciones que se encuentran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”))).

2. *Ver* A.G. Res. 3314, art. 1 (14 de diciembre de 1974) (definiendo “agresión” como “el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.”).

3. *Ver* La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma Res. 6, Doc. O.N.U. RC/11, en art. 8 bis (11 de junio de 2010) (estableciendo el Crimen de la Agresión).

4. *Ver id.* anexo III (resaltando que un ejemplo de estas normas estructurales las provee la Carta de las Naciones Unidas la cual requiere “un examen de todas las circunstancias” para cada caso que involucre una agresión grave).

Estructuramos la exposición en dos grandes partes. En la primera, estudiaremos la relación entre la agresión y los derechos humanos, y cómo esta se proyecta sobre el bien jurídico tutelado en el crimen de agresión, en la naturaleza de la agresión como violación de derechos humanos y en la prohibición de la agresión como fundamento de una restricción a un derecho humano. En la segunda parte, analizaremos la relación de la agresión con el derecho internacional humanitario, partiendo del abordaje de la compleja relación entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*, para recurrir al derecho penal internacional como modo de acercar ambos regímenes jurídicos.

II. LA AGRESIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

Encontramos al menos tres formas en que la agresión se relaciona con los derechos humanos: en primer lugar, los derechos humanos forman parte del bien jurídico tutelado por la criminalización de la agresión; en segundo lugar, la agresión es una violación—una de las mayores—de los derechos humanos, en particular, del derecho humano a la paz; y, finalmente, la agresión prohibida que puede funcionar como fundamento para una restricción o limitación al ejercicio de un derecho humano. Analizaremos cada una de estas formas.

A. LOS DERECHOS HUMANOS COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LA CRIMINALIZACIÓN DE LA AGRESIÓN

La agresión es un crimen internacional.⁵ De hecho, y de conformidad al Estatuto de Roma, es uno de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”⁶ y bien podría sostenerse que es el *más grave* de todos ellos.⁷

5. *Ver, e.g., id.* en 9 (contextualizando que, en el Estatuto, los Estados Parte reconocen la agresión como un crimen sujeto a normas internacionales).

6. *Ver* Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ¶ 4 del preámbulo, art. 5, 12 de julio de 1998, 2187 U.N.T.S. 900 (añadiendo que esta sección del preámbulo insta la “adopción de medidas en el plano nacional” para combatir la agresión).

7. Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Doc. O.N.U. A/CN.4/SER.A/1976/Add.1(Parte 2) (1977) (explicando que la “gravedad” [de la agresión] es una característica inherente a los

Ahora bien: ¿qué valores o intereses se protegen al criminalizar la agresión? Si recurrimos a la noción penal de “bien jurídico tutelado”—aspecto poco abordado por los autores que han investigado la agresión—advertiremos que en general se considera como tal a la soberanía y la integridad territorial de los Estados, y de modo general, la paz y la seguridad internacionales.⁸ Sin embargo, Larry May rechaza un enfoque basado meramente en la soberanía estatal y se refiere a la afectación de los derechos humanos por la agresión, a punto tal de considerar que la agresión, como crimen, no debería ser definida meramente como el primer ataque contra otro Estado, sino como el primer ilícito que viola o menoscaba derechos humanos.⁹ Así, define a la agresión estatal como el primer uso de la fuerza por un Estado contra otro Estado que pone en peligro derechos humanos básicos,¹⁰ e incluso va más allá, considerando la afectación de los derechos humanos como fundamento mismo de la criminalización de la agresión, al sostener que si la idea de agresión está vinculada con poner en peligro los derechos humanos. Hay

crímenes internacionales. Durante el proceso de codificación la responsabilidad internacional del Estado en la Comisión de Derecho Internacional, la agresión se incluyó dentro de la categoría de “crímenes internacionales,” cometidos por los Estados, y se consideró que era el más grave de todos ellos, el “crimen internacional por antonomasia”).

8. LUIS ERNESTO OROZCO TORRES, CRIMEN DE AGRESIÓN: PROBLEMAS ACTUALES 187 (2012); Mónica Zapico Barbeito, *El crimen de agresión y la Corte Penal Internacional*, en EL DERECHO PENAL ENTRE LA GUERRA Y LA PAZ: JUSTICIA Y COOPERACION PENAL EN LAS INTERVENCIONES MILITARES INTERNACIONALES 623, 630 (Stefano Manacorda & Adán Nieto eds., 2009) (afirmando que “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.”).

9. *Ver, e.g.*, LARRY MAY, AGGRESSION AND CRIMES AGAINST PEACE [AGRESIÓN Y CRIMINES CONTRA LA PAZ] 4 (2008) (discutiendo que al definir “agresión” de esta manera se establecería un marco similar al utilizado para crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra).

10. *Ver id.* en 208 (asumiendo que la agresión no comenzó con propósitos legítimos como autodefensa o protección de otro estado).

entonces un sentido en el que la idea de la agresión sola, entendida como meramente cruzar las fronteras sin provocación, no podría ser vista finalmente como el más grave de los crímenes internacionales, como se alegó en los juicios de Núremberg; en su lugar, es la vinculación de la guerra con las violaciones de derechos humanos donde está el daño normativo hecho por la agresión.¹¹

Si bien la posición del autor citado es minoritaria, no puede negarse que se enraíza en la tradición jurídica en materia de criminalización de la agresión, pues ya el Tribunal de Nuremberg sostuvo: “War is essentially an evil thing. Its consequences are not confined to the belligerent States alone but affect the whole world. To initiate a war of aggression, therefore, is not only an international crime; it is the supreme international crime differing only from other war crimes in that it contains within itself the accumulated evil of the whole.”¹² Al calificarlo como “supremo crimen internacional,” por contener la maldad acumulada de todos los crímenes, está reconociendo la multiplicidad de bienes jurídicos tutelados. Ello es así por cuanto la guerra librada a consecuencia de una agresión no solo es en sí misma una negación de derechos fundamentales, sino que desencadena—y la experiencia de la Segunda Guerra Mundial lo había demostrado con una singular crueldad—una incontenible serie de violaciones a las normas más elementales de protección de la dignidad humana.

Ello fue claramente puesto de manifiesto en la Proclamación de Teherán, cuando dispone que: “La denegación general de los derechos humanos que acarrear los actos de agresión produce indecibles sufrimientos humanos y provoca reacciones que podrían sumir al mundo en conflictos cada vez mayores. Es obligación de la comunidad internacional cooperar para erradicar tales azotes.”¹³

11. *Ver id.* en 44 (explicando que el precedente de Núremberg debe ser entendido a la luz de la agresión ocurrida y no exclusivamente basado en los atropellos del holocausto).

12. INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL NUREMBERG, I TRIAL OF THE MAJOR WAR CRIMINALS BEFORE THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL [TRIBUNAL DE LOS PRINCIPALES CRIMINALES DE GUERRA ANTE EL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL] 186 (1947) (argumentando que la opinión minoritaria tiene validez y se refleja en el dictamen del Tribunal de Núremberg).

13. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Proclamación de Teherán, ¶ 10, Doc. O.N.U. A/ConF.32/41 (13 de mayo de 1968) (citando la Proclamación de

B. LA AGRESIÓN COMO VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS: EL DERECHO HUMANO A LA PAZ

Los derechos humanos que pueden verse afectados como consecuencia de una agresión son difíciles de enumerar por su vastedad, pero hay un derecho que la agresión indudablemente vulnera en toda su extensión: el derecho humano a la paz.¹⁴

Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos considera que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,”¹⁵ y reconoce que toda persona “tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos,”¹⁶ el reconocimiento expreso del derecho a la paz es un logro más bien reciente. Teniendo el antecedente de la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz,¹⁷ que, entre otras cosas, proclamó “solemnemente que los pueblos de nuestro planeta tienen el derecho sagrado a la paz,” y declaró, “solemnemente que proteger el derecho de los pueblos a la paz y fomentar su realización es una obligación fundamental de todo Estado,” en 2010, el Consejo de Derechos

Teherán).

14. Christian Guillermet-Fernández & David Fernández Puyana, *Analysis and Assessment of the Right to Peace in Light of the Latest Developments at the Human Rights Council* [Análisis y evaluación del derecho a la paz, en la luz de los últimos acontecimientos en el Consejo de Derechos Humanos], 2 ERUDITO 94, 94-116 (2016) (explicando los avances realizados desde la presentación del informe de la tercera sesión del Open-Ended Working Group sobre el derecho a la paz por el presidente-relator ante el CDH en su sesión de septiembre); ver Lina M. Escobar M., et al., *El Derecho A La Paz. ¿Una Norma Programática, Con Tendencia A Lo Normativo O A Lo Semántico?*, 123 VNIVERSITAS 144, 144 (2011) (argumentando que mantener la paz es el mayor problema que afecta a la humanidad hoy en día).

15. A.G. Res. 217 (III) A, Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo (10 de diciembre de 1948) (“[W]hereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world. . .”).

16. *Id.* art. 28 (“Everyone is entitled to a social and international order in which the rights and freedoms set forth in this Declaration can be fully realized.”).

17. Ver A.G. Res. 39/11, Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, ¶ 1 (12 de noviembre de 1984) (demonstrando la aprobación por parte de la Asamblea General de la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz).

Humanos pidió a su Comité Asesor¹⁸ que le presentara un proyecto de declaración sobre el derecho a la paz. Tras la presentación del proyecto del Comité Asesor,¹⁹ el Consejo creó un Grupo de Trabajo,²⁰ que celebró tres períodos de sesiones para elaborar un proyecto. Mediante resolución 32/28, el Consejo de Derechos Humanos aprobó el proyecto, y lo elevó a la Asamblea General, quien, a través de su resolución 71/189, adoptó la Declaración sobre el Derecho a la Paz.²¹

Aunque, como veremos, en el texto final, no hubo menciones a la agresión, sí encontramos algunas en los trabajos preparatorios. Así, muchas delegaciones en el Grupo de Trabajo opinaron que el derecho a la paz no era un concepto nuevo, sino que ya existía en el marco normativo del derecho internacional. La prohibición de los actos de agresión contenida en la Carta de las Naciones Unidas era así la base del derecho a la paz.²² Varias delegaciones consideraron esencial incluir los principios de no agresión y de prohibición del uso de la fuerza en el proyecto.²³ También se sugirió incluir una referencia a las enmiendas del Estatuto de Roma relativas al crimen de agresión, pero varias delegaciones expresaron su preocupación considerando que las mismas aún no estaban en vigor, por lo que se propuso una referencia genérica a la agresión o a los actos de

18. El Consejo de Derechos Humanos Res. 14/3, Doc. O.N.U. A/65/53, ¶¶ 15-16 (17 de junio de 2010).

19. *Ver* Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, Informe del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de los pueblos a la paz, Doc. O.N.U. A/HRC/20/31 (2012) (presentando el proyecto de establecer el derecho a la paz al Comité Asesor).

20. El Consejo de Derechos Humanos Res. 20/15, Doc. O.N.U. A/HRC/RES/20/15, en 2 (17 de julio de 2012) (estableciendo un grupo de trabajo para promover el derecho a la paz).

21. A.G. Res. 71/189, Declaración sobre el Derecho a la Paz (2 de febrero de 2016) (declarando el establecimiento del derecho a la paz).

22. *Ver* El Consejo de Derechos Humanos, Informe del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre un proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho a la paz en su tercer período de sesiones, Doc. O.N.U. A/HRC/29/45, en 6 (26 de mayo de 2015) (explicando cómo el derecho a la paz se basa en la Carta de las Naciones Unidas y su prohibición de la agresión, y cómo ha aparecido el derecho a la paz en los instrumentos regionales).

23. *Id.* en 7 (describiendo las diferencias de opinión sobre si la prohibición de la agresión o sus excepciones deberían enfatizarse en la declaración del derecho a la paz).

agresión.²⁴ Como adelantamos, ninguna de estas iniciativas prosperó, pero en su extenso preámbulo, la Declaración menciona dos veces²⁵ al “flagelo de la guerra,” recordando y parafraseando el primer párrafo del Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas,²⁶ reafirma que, “puesto que las guerras nacen en la mente de los seres humanos, es en la mente de los seres humanos donde deben erigirse los baluartes de la paz,”²⁷ y hace referencia dos veces el principio de la abstención de la amenaza y uso de la fuerza.²⁸

En su Artículo 1, establece: “Toda persona tiene derecho a disfrutar de la paz de tal manera que se promuevan y protejan todos los derechos humanos y se alcance plenamente el desarrollo.”²⁹ La paz aparece así en una doble condición: como derecho humano en sí misma, y como base o condición para que se promuevan y protejan todos los derechos.

La ausencia de una referencia expresa a la agresión en el texto de la Declaración—de muy difícil negociación, debido a los cambios y modificaciones que sufrió desde el proyecto del Comité Asesor—no deben llevarnos a pensar que no hay una relación entre la agresión y el derecho a la paz. La prohibición de la agresión y el derecho a la paz son dos nociones que indudablemente se relacionan y se justifican mutuamente: como se dijo en el Grupo de Trabajo, la prohibición de la agresión da sustento normativo al derecho a la paz, mientras que es la violación del derecho a la paz lo que da un sentido

24. *Id.* en 9 (explicando que hacer referencia al estatuto de Roma en la declaración sería un problema porque algunas de sus enmiendas a la agresión no se habían aplicado).

25. A.G. Res. 71/189, *súpra* nota 21, en 3 (haciendo referencia a “el flagelo de la guerra” dos veces).

26. Carta O.N.U. preámbulo, ¶ 1 (explicando la intención de proteger a las generaciones posteriores del flagelo de la guerra).

27. Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura ¶ 1 (2014) (“Que, puesto que las guerras nacen en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz. . .”).

28. A.G. Res. 71/189, *súpra* nota 21, en 3 (aclarando las obligaciones de todos los Estados Miembros para resolver sus disputas internacionales de manera pacífica).

29. *Id.* en 6 (resaltando la importancia de desarrollar estrategias internacionales, nacionales, y regionales para ayudar a combatir el racismo, la xenofobia, y las formas similares de intolerancia).

a la prohibición de la agresión desde la perspectiva de la protección de la dignidad humana.³⁰

C. LA AGRESIÓN COMO LIMITACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS:
LA PROHIBICIÓN DE LA PROPAGANDA DE LA GUERRA

Pero la relación entre la agresión y los derechos humanos no se agota en la evidente afectación de estos últimos con motivo de la primera. De hecho, la única norma de derechos humanos dirigida exclusivamente a la agresión contiene una limitación al ejercicio de un derecho humano. Así, el Artículo 20.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: “Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.”³¹

El Artículo 20 ha sido caracterizado como un elemento extraño en el sistema del Pacto, ya que no reconoce un derecho humano específico, sino que establece limitaciones a un derecho, la libertad de expresión reconocida en el Artículo 19.³²

Si bien la norma no menciona a la “agresión,” sino a la “guerra,” podemos considerarla como una mención implícita o indirecta, ya que, en primer lugar, la palabra “guerra” no tiene, en el derecho internacional contemporáneo, significado jurídico alguno,³³ y, en

30. Ver Alfred de Zayas, *Peace as a Human Right—The Jus Cogens Prohibition of Aggression* [La Paz como un derecho—La prohibición de la Agresión de Jus Cogens], ALFRED DE ZAYAS' HUM. RTS. CORNER (8 de septiembre de 2013), <https://dezayasalfred.wordpress.com/2013/09/08/peace-as-a-human-right-the-jus-cogens-prohibition-of-aggression/> (enfaticando que el derecho a la paz no se agota con la prohibición de la agresión).

31. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 20.1, 16 de diciembre de 1966, 999 U.N.T.S. 171 (señalando que el artículo 20 también establece que la ley prohibirá toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia).

32. MANFRED NOWAK, U.N. COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CCPR COMMENTARY [NACIONES UNIDAS PACTO INTERACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: COMENTARIO] 468 (2d ed. 2005) (deduciendo que el Artículo 20 también impone limitaciones a otros derechos, como la libertad de religión, asociación, y reunion).

33. Mary Ellen O'Connell & Mirakmal Niyazmatov, *What is Aggression?: Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute* [¿Que es la agresión?: Comparando el Jus ad Bellum y el Estatuto de la CPI], 10 J. INT'L CRIM. JUST. 189, 196 (2012) (recordando que el término “guerra” no ha tenido importancia jurídica en el derecho internacional desde la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas en 1945).

segundo lugar, es lo que surge de otras normas internacionales, como la “Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas,”³⁴ que dispone: “Conforme a los propósitos y principios de las Naciones Unidas los Estados tienen el deber de abstenerse de hacer propaganda en favor de las guerras de agresión.”³⁵

La interpretación que proponemos no es antojadiza. Siendo el Artículo 20 una restricción o limitación al ejercicio de un derecho humano de tan fundamental importancia en una sociedad democrática como la libertad de expresión,³⁶ su interpretación siempre debe realizarse de modo restrictivo. La propaganda en favor de una guerra de liberación nacional—en ejercicio del derecho de libre determinación de un pueblo, reconocido en el Artículo 1 del Pacto,³⁷ por ejemplo, mal podría considerarse como la propaganda de guerra prohibida por el artículo. El propio Comité de Derechos Humanos confirma nuestra interpretación en su Observación General N°11 al sostener:

La prohibición establecida en el párrafo abarca toda forma de propaganda que amenace con un acto de agresión o de quebrantamiento de la paz contrario a la Carta de las Naciones Unidas o que pueda llevar a tal acto. . . .Las disposiciones del párrafo 1 del artículo 20 no prohíben la

34. A.G. Res. 2625 (XXV), en 131 (24 de octubre de 1970) (observando que la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Relativos a las Relaciones de Amistad y la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, fue aprobada el 24 de octubre de 1970).

35. *Id.* (razonando que una guerra de agresión constituye un crimen contra paz, que requiere responsabilidad en virtud del derecho internacional); A.G. Res. 42/22, ¶ 9 (18 de noviembre de 1987) (reiterando este concepto en la “Declaración sobre la mejora de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales”, que fue aprobada por la resolución 42/22 de la Asamblea General).

36. Comité de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación general No. 34, Doc. O.N.U. CCPR/C/GC/34, ¶ 11 (12 de septiembre de 2011) (aclarando la importancia de justificar las prohibiciones y ajustar las disposiciones del Estado a la estricta conformidad con el artículo 19 cuando un Estado restringe la libertad de expresión).

37. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 1.1, 16 de diciembre 1966, 993 U.N.T.S. 3 (“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y persiguen su desarrollo económico, social y cultural.”).

apología del derecho soberano a la defensa nacional ni del derecho de los pueblos a la libre determinación y a la independencia conforme a la Carta de las Naciones Unidas.³⁸

También los trabajos preparatorios³⁹ del Pacto refuerzan la posición de que los negociadores tuvieron especialmente en cuenta a la agresión al momento de redactar la disposición, debido a las discusiones respecto de los ejemplos de “guerra” que se suscitaron: los Estados de Europa Oriental—víctimas de la agresión—fueron particularmente insistentes en el punto. La experiencia de la Segunda Guerra Mundial, donde se reconoció ampliamente que la propaganda jugó un rol fundamental en la consolidación del poder Nazi en Alemania, las subsiguientes guerras de agresión y la ejecución del Holocausto, influyó enormemente en la incorporación de la disposición.⁴⁰

Kearney sostiene que los trabajos preparatorios no sugieren que la palabra “guerra” pueda ser entendida como algo más que las guerras de agresión entre Estados en violación del derecho internacional.⁴¹ De hecho, la práctica de la Asamblea General confirma la apreciación si advertimos que la resolución 110(II) decidió que “toda propaganda, en cualquier país que se ejerza, destinada a provocar o alentar, o susceptible de provocar o alentar cualquier amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión” (un lenguaje muy similar al que utilizó el Comité de Derechos Humanos en su citad

38. El Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 11, art. 20 (1983) (analizando además que para que el artículo 20 sea plenamente efectivo, deberían existir sanciones en caso de incumplimiento).

39. Ver MICHAEL G. KEARNEY, *THE PROHIBITION OF PROPAGANDA FOR WAR IN INTERNATIONAL LAW* [LA PROHIBICIÓN DE LA PROPAGANDA PARA LA GUERRA EN EL DERECHO INTERNACIONAL] 81 (2007) (aclarando específicamente los puntos de vista de países como Yugoslavia y la URSS).

40. Michael G. Kearney, *Propaganda for War, Prohibition* [*Propaganda para la guerra, Prohibición*], en MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW ¶ 2 (2009), <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e384?rskey=VlloJZ&result=3&prd=EPIL> (explicando la fuerte oposición de las democracias liberales occidentales que temían que los países del bloque soviético explotaran el arte. 20(1) ICCPR para socavar el derecho a la libertad de expresión).

41. KEARNEY, *supra* nota 39, en 149 (observando que ha surgido una tendencia a alterar el objetivo del Artículo 20(1) al interpretar la “guerra” de una manera extremadamente amplia).

Observación General N°11)⁴² y en la resolución 381(V), declaró que la propaganda contra la paz comprende, entre otras cosas, “la incitación a conflictos o actos de agresión.”⁴³

Por nuestra parte, pensamos que el fundamento de la prohibición de la propaganda de la guerra se explica por una doble vertiente. Por un lado, la gravedad que la agresión reviste en el sistema internacional, al atacar uno de sus pilares centrales, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, pero a la vez—como se vio—por sus serias consecuencias en materia de derechos humanos, al desencadenar un sinfín de violaciones a las normas más básicas de humanidad. Por el otro, por la importancia que la propaganda de guerra reviste en las fases preparatorias de la agresión, como lo afirmó el propio Tribunal de Núremberg,⁴⁴ máxime en un contexto en el que los medios de comunicación facilitan su difusión.⁴⁵

La gravedad de la agresión, y la singular importancia que su prohibición tiene en el derecho internacional,⁴⁶ aparecen, así como

42. A.G. Res. 110(II), ¶ 1 (3 de noviembre de 1947) (solicitando a los gobiernos que promuevan relaciones amistosas entre las naciones); ver KEARNEY, *supra* nota 39, en 150 (utilizando el lenguaje de la Resolución 110 (II), la Observación general 11 afirma que la prohibición “se extiende a todas las formas de propaganda que amenazan o resultan en un acto de agresión o violación de la paz contraria a la Carta de las Naciones Unidas”).

43. A.G. Res. 381(V), ¶ 2 (17 de noviembre 1950) (condenando a “propaganda contra la paz” la cual incluye las incitaciones a conflictos y actos de agresión).

44. INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL NUREMBERG, *supra* nota 12, en 182 (notando que varias agencias del gobierno Nazi estaban encargadas de difundir propaganda a través de la prensa, radio, y películas entre otros medios).

45. Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Borayagwiza and Hassan Ngeze, Case no. ICTR-99-52-T, Judgment and Sentence, ¶¶ 688, 691 (3 de diciembre de 2003) (examinando el papel y los efectos de la propaganda difundido por Radio Ruanda en 1992 durante el genocidio).

46. Int'l L. Comm., *State Responsibility: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts [Responsabilidad del Estado: responsabilidad de los Estados por actos ilícitos internacionales]*, art. 40-1, U.N. Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1 (26 de julio, 2001) <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.602/Rev.1> (describiendo violaciones y graves infracciones del derecho internacional y sus consecuencias); U.N. Charter, art. 51 (refiriendo al derecho inmanente de legítima defensa individual y colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas); U.N. Charter, art. 39 (desarrollando el papel del Consejo de Seguridad en determinar si existe una amenaza a la paz, quebramiento de la paz, o un acto de agresión); Vienna Convention on the Law of Treaties [Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados] art. 75, 23 de

fundamento de una limitación al ejercicio de un derecho humano, la libertad de expresión.

III. LA AGRESIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

A. LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE IUS AD BELLUM Y IUS IN BELLO

La agresión, como forma más grave del uso ilícito de la fuerza, se encuentra regulada en el conjunto de normas relativas al uso de la fuerza en las relaciones internacionales, englobadas bajo el nombre clásico de *ius ad bellum*,⁴⁷ mientras que las normas del derecho internacional humanitario, es decir, aquellas dirigidas a proteger a las víctimas de los conflictos armados y limitar los métodos y medios de combate,⁴⁸ se insertan en el *ius in bello*.

Se trata, entonces, de dos ramas del derecho internacional separadas entre sí, con orígenes históricos diferentes y distintas fuentes, lo que lleva a la mayoría de la doctrina a sostener la autonomía del derecho internacional humanitario respecto del *ius ad bellum*. Así, se ha afirmado:

[I]a confirmación de la autonomía del Derecho humanitario respecto del *ius ad bellum*, implícita en el preámbulo del Protocolo I, implica que el principio de igualdad de los beligerantes por lo que atañe al DIH debe mantenerse incluso en el caso de una guerra de agresión. Su aplicación responde a exigencias de humanidad (el respeto de las víctimas de la guerra en toda circunstancia y sin importar a qué bando pertenezcan), de civilización (el *ius in bello* civiliza la guerra “justa” y la guerra “injusta” por igual) y de orden público (en la medida en que la sola aplicación de este principio permite evitar el desencadenamiento ilimitado de la

mayo de 1969, 332 U.N.T.S. 1980, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf> (describiendo la aplicación del tratado a estados agresores); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *supra* nota 6, art. 8 *bis* (desarrollando la responsabilidad penal individual por crímenes de agresión).

47. Olivier Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law [La Ley Contra la Guerra: La Prohibición del uso de la Fuerza en el derecho internacional contemporáneo]* 61 (2010) (notando las diferencias entre *ius contra bellum* e *ius in bello*).

48. HORTENSIA D. T. GUTIÉRREZ POSSE, *ELEMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO* 23 (2014) (analizando como determinar si un conflicto armado existe, y si tiene carácter internacional).

violencia).⁴⁹

Las propias fuentes del Derecho Internacional Humanitario parecerían confirmar esta apreciación. Así, el Artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 dispone: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias.” Para algunos autores, “todas las circunstancias” implica que el Convenio se aplicará en todo tipo de conflicto armado, sin juzgar el origen, la naturaleza o la licitud del conflicto.

Por su parte, el Preámbulo del Protocolo Adicional I, reafirma “que las disposiciones de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y del presente Protocolo deben aplicarse plenamente en toda circunstancia a todas las personas protegidas por esos instrumentos, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la naturaleza o el origen del conflicto armado o en las causas invocadas por las Partes en conflicto o atribuidas a ellas.”⁵⁰

De la discusión de la autonomía del derecho humanitario y de las disposiciones citadas, muchos autores pretenden derivar la imposibilidad de hacer, en el ámbito del *ius in bello*, juicio alguno sobre la legalidad o no del conflicto. De tal manera, en caso de agresión el derecho humanitario se aplicaría por igual al agresor y a la víctima de la agresión, sin distinción alguna. Y ello tiene su evidente fundamento en que, si el propósito del derecho humanitario es proteger a las víctimas de la guerra, no cabe realizar ningún tipo de diferenciación en cuanto a qué bando pertenecen: el sufrimiento es el mismo y sus derechos son los mismos; de allí que deban ser protegidos por igual y en toda circunstancia.

49. MARÍA TERESA COMELLAS AGUIRREZÁBAL, LA INCIDENCIA DE LA PRÁCTICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO 193 (Aranzadi 2007) (describiendo las maneras en que la discrecionalidad del Consejo de Seguridad de la ONU y crea un grave riesgo para la integridad del DIH).

50. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, preámbulo, ¶ 5, 8 de junio, 1977, 1125 U.N.T.S 3 [en adelante Protocolo I].

Así, como se dijo, el *ius in bello* se aplica en todas las circunstancias,⁵¹ por lo que la violación de las reglas de *ius ad bellum* imputable a una de las partes en el conflicto no justifica el incumplimiento del derecho internacional humanitario de parte de la otra.⁵²

Ello no significa, no obstante, que en nuestra opinión no quepa ninguna distinción entre el agresor y la víctima de la agresión. Es lógico que el derecho internacional humanitario siga protegiendo a las víctimas del conflicto armado sin importar el bando al que pertenezcan y siga regulando la conducción de las hostilidades de modo tal que se asegure que los métodos y medios de combate sean los permitidos. Pero no parece lógico que el agresor, es decir, el Estado que ha recurrido a la fuerza en contravención de las disposiciones del *ius ad bellum* pueda beneficiarse de los derechos que el derecho internacional humanitario le concede. Así lo sostiene el antiguo principio del derecho: *ex iniuria ius non oritur*. Téngase en cuenta que, de otra forma, se le reconocerían derechos al agresor originados en su propio hecho ilícito.⁵³

Tal circunstancia se pondrá de manifiesto en el eximente de ventaja militar que el derecho internacional humanitario reconoce a los beligerantes en determinadas circunstancias, que aparecen recogidas en los Artículos 51 y 57 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.⁵⁴ De acuerdo al Artículo 51.5(b), se consideran ataques indiscriminados, y, por lo tanto, prohibidos en el virtud del párrafo 4 del mismo artículo, “los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.”⁵⁵ Según el Artículo 57.2, deben tomarse ciertas

51. *Id.* art. 1.

52. Vienna Convention [Convención Viena], *súpra* nota 46, art. 60.5.

53. François Bugnion, *Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law* [Guerras Justas, Guerras de Agresión y el Derecho Humanitario], 847 INT'L REV. RED CROSS 3, 11-12 (2003) (explicando la aplicación diferenciada de derecho internacional humanitario en casos donde surge una guerra de agresión).

54. Protocolo I, *súpra* nota 50, art. 51 (describiendo a las protecciones para civiles y las medias cautelares).

55. *Id.* art. 51.5(b)(4).

precauciones en los ataques; quienes los decidan, deben, entre otras cosas, “abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;”⁵⁶ asimismo,

un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.⁵⁷

¿Puede el Derecho Internacional Humanitario justificar ataques porque sus daños resultan proporcionales a la ventaja militar cuando tales ataques son ilícitos por violar el *ius ad bellum*?

La opinión mayoritaria de la doctrina niega esta distinción. Sin embargo, creemos que dicha opinión negativa se funda en un análisis en un solo sentido: el que pretende que la víctima de la agresión no esté obligada al cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario en razón de la ilicitud de la agresión.

Es evidente que, partiendo de dicho análisis, se llegue a una conclusión negativa, atento a consideraciones como las ya expuestas acerca de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en toda circunstancia, y el rechazo que una proposición así puede generar tratándose de un tema tan sensible como la protección de las víctimas de la guerra.

Pero nuestro análisis no pretende liberar a la víctima de la agresión de sus obligaciones ni justificar sus incumplimientos. Sus deberes continúan incólumes. Lo que pretendemos es indagar si los derechos del Estado agresor han de ser los mismos que los de la víctima de la agresión.

Así, se ha sostenido:

The rules of jus in bello are designed in a way measuring the advantage of the belligerent state derived from the concept of military necessity against

56. *Id.* art. 57.2(a)(iii).

57. *Id.* art. 57.2(b).

the concepts of humanity and proportionality. The very concept of such necessity, which is the measure of the propriety of the exercise of belligerent actions, relates to the advantage that the belligerent may derive in pursuing his campaign and achieving the goals for which he is fighting. In the case of the aggressor, this is the reason for which it started the war, that is the very act of aggression. Thus, the military necessity under jus in bello is by no means a free-standing concept, but is linked to the very cause of the relevant conflict and thus, is an emanation of the causes of war under jus ad bellum. This is yet another confirmation that the complete separation of the two bodies of law is impossible.⁵⁸

¿De qué otra forma podría realizarse el análisis de proporcionalidad si no es mediante una valoración de los daños civiles producidos con el ataque frente a la ventaja militar obtenida con ese mismo ataque? Reconocer semejante valor a la ventaja militar debe presuponer un fin legítimo, dado que por ello es protegida, incluso frente a la posibilidad de daños—proporcionales— a personas y bienes civiles. Pero ¿puede ser legítima una ventaja militar originada en un acto de agresión? Inclinars por la afirmativa, nos llevaría al absurdo de sostener que, si los daños a civiles que producen los ataques del agresor no son excesivos con relación a la ventaja militar, sus ataques son lícitos, aunque esa “ventaja militar” sea la consolidación de un acto de agresión.

Por eso nos preguntamos: ¿por qué permite el derecho internacional humanitario la ventaja militar como un criterio legitimador de un ataque que pueda provocar daños en personas y bienes protegidos? Si se permite, lo es a título excepcional, y siempre que cumpla con el requisito de proporcionalidad. Al ser excepcional, funciona en forma similar a una causa de exclusión de la ilicitud,⁵⁹ por lo que, como tal, no podría admitirse en violación de una norma imperativa. En ese sentido, puede traerse a la cuestión el

58. Alexander Orakhelashvili, *Overlap and Convergence: The Interaction Between Jus ad Bellum and Jus in Bello* [*Superposición y convergencia: la Interacción entre Jus ad Bellum e Jus in Bello*], 12 J. CONFLICT & SECURITY L. 164, 157-96 (2007) (analizando el régimen jurídico que regule a un estado agresor).

59. Ver YORAM DINSTEIN, WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENSE [GUERRA, AGRESIÓN Y AUTODEFENSA] 105 (5th ed., 2011) (“Toda vez que los ataques que ocasionen daños a civiles son ilícitos, excepto si no son excesivos con relación a la ventaja militar concreta prevista.”).

principio que subyace en el Artículo 26 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Hecho Internacionalmente Ilícito del Estado,⁶⁰ en el sentido de que no puede invocarse una circunstancia de exclusión de la ilicitud si la obligación violada emana de una norma imperativa. Y ese es precisamente el caso de la agresión, al ser una violación—la más grave—de la prohibición del uso de la fuerza, norma que tiene de forma prácticamente indisputada el carácter de *ius cogens*.⁶¹

Por lo tanto, la consideración de la ventaja militar no podría tener lugar en el caso de una agresión sin entrar en colisión con una norma

60. Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of Its Fifty-Third Session, U.N. Doc. A/56/10, at 206 (2001) (“Ninguna disposición del presente capítulo [“[c]ircunstancias que excluyen la ilicitud”] excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general.”).

61. Nico Schrijver, *Article Paragraphe 4, en 1 LA CHARTE DES NATIONS UNIES. COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE 437, 459-61* (Mathias Forteau ed., 3rd ed. 2005); DINSTEIN, *supra* nota 58 en 105 (observando que la Comisión de Derecho Internacional identificó la prohibición del uso de la fuerza interestatal como un claro ejemplo de *ius cogens*, una posición que ha sido citada por la Corte Internacional en el caso de Nicaragua); Albrecht Randelzhofer & Oliver Dörr, *Article 2(4), en 3 THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS: A COMMENTARY [LA CHARTE DES NATIONS UNIES. COMMENTAIRE] 200, 231-32* (Bruno Simma et al. eds., 3rd ed. 2012) (comentando que el Artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas, que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza, generalmente se reconoce como parte del *ius cogens* internacional y que implica la obligación de todos los Estados de cooperar para poner fin a la violación y no reconocer ninguna situación creada por el uso de la fuerza como legal); Oriol Casanovas y la Rosa, *El principio de la prohibición del uso de la fuerza, en INSTITUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO 1033, 1037* (Bruno Simma et al. eds., 16th ed. 2007) (declarando que la Comisión de Derechos Internacionales de las Naciones Unidas se refirió a la prohibición de la amenaza o al uso de la fuerza como norma imperativa del Derecho internacional general o de los indicios en su comentario sobre el proyecto de artículos sobre el Derecho de los tratados); MAURICE KAMTO, *L'AGRESSION EN DROIT INTERNATIONAL 11-12* (A Pedone ed. 2010); JOSÉ A. PASTOR RIDRUEJO, *CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES 620* (15th ed. 2011) (estableciendo la naturaleza indiscutida de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza como una norma de *ius cogens* antes de analizar la clase de fuerza que se contempla en la prohibición); *ver* EDUARDO JOSÉ PINTORE, *LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL 49* (Marcela Aspell et al. eds., 2012) (notando que la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza constituye una norma del *ius cogens* que rige no solamente al ámbito de vigencia de la Carta de la ONU, pero también internacional consuetudinario general).

imperativa de derecho internacional. Una respuesta a este argumento basada en la autonomía del derecho internacional humanitario rompería la unidad del orden jurídico y la excepcional posición jerárquica que ocupan las normas de *ius cogens* en el derecho internacional general. El hecho de que el derecho internacional humanitario sea *lex specialis* no lo exime de conformarse a las normas imperativas.⁶²

Nuestra posición, insistimos, se limita a los derechos y facultades que el *ius in bello* le reconoce a los Estados, no a las personas protegidas. Así, el agresor

has no legal power to occupy foreign territory, to destroy foreign armed forces, to confiscate or condemn foreign property or to punish individual except under conditions in which a state at peace has this power. It cannot plead 'military necessity' for such acts because the law admits no necessity to initiate illegal aggression.⁶³

Sostenemos que las personas continúan estando protegidas por el derecho humanitario no obstante la agresión, porque ello es lo que surge—además de las consideraciones más elementales de humanidad⁶⁴—del propio derecho de Ginebra. Así, adviértase que el pasaje citado del Preámbulo del Protocolo Adicional I expresa que las disposiciones deben aplicarse sin distinción basada en la naturaleza o el origen del conflicto “a todas las personas protegidas,” sin hacer referencia alguna a los Estados o a las Altas Partes Contratantes. Además, la parte en el conflicto cuya participación sea lícita—por ejemplo, la víctima de la agresión que se defiende—continuará plenamente obligada en virtud del derecho humanitario a

62. De hecho, algunas normas del propio *ius in bello* revisten el carácter de *ius cogens*. Ver Judgment, Prosecutor v. Zoran Kupre, ICTY Case No. IT-95-16-T, ¶ 520 (Jan. 14, 2000).

63. Ver Quincy Wright, *The Outlawry of War and Law of War [La proscripción de la guerra y la ley de la guerra]*, 47 AM. J. INT'L L. 365, 371 (1953) (explicando que un estado no puede adquirir nuevos poderes según el derecho internacional mediante acciones ilegales).

64. Ver Protocolo I, *supra* nota 50, art. 1.2 (“En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.”).

proteger a las víctimas del conflicto, sin importar a qué bando pertenezcan.

Asimismo, se ha intentado un argumento más en este sentido, basado en los efectos del no reconocimiento de las violaciones del *ius cogens* que consideró la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias Jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia*. En el caso, la Corte distinguió entre los actos del Estado que beneficiaban al Estado y los actos desempeñados en beneficio de los habitantes del territorio.⁶⁵ Si este test, usado en ese caso para juzgar los actos realizados en el curso de la dominación colonial, se aplica a la ocupación en caso de conflicto armado, explicaría de modo similar que los actos de la potencia ocupante—agresora—desempeñados puramente en el interés de los habitantes no se verán afectados por la nulidad derivada de su violación de una norma imperativa.⁶⁶

En definitiva, somos de la opinión que en caso de conflicto armado derivado de un acto de agresión, las normas del derecho internacional humanitario son plenamente aplicables en lo que respecta a la protección de las víctimas del conflicto, sin importar el bando al que pertenezcan, que las obligaciones del Estado víctima de la agresión en ese sentido no se ven disminuidas ni afectadas en modo alguno, pero que el agresor no puede valerse de los derechos que el derecho humanitario reconoce a los beligerantes para legitimar su accionar ilícito, contrario al *ius cogens*.

B. HACIA UNA VISIÓN COMPATIBLE CON LA UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO

Es evidente que una idea como la que aquí se plantea sólo puede tener sentido lógico en tanto y en cuanto se reconozca la unidad del orden jurídico internacional. De otra forma, la sola consideración del

65. *Ver* Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) [Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia (África sudoccidental) a pesar de la Resolución 276 del Consejo de Seguridad], Opinión Consultiva, I.C.J. Rep. 14, ¶ 129 (21 de junio) (determinando, sin embargo, que tal distinción no era relevante para determinar si hubo una violación).

66. Orakhelashvili, *supra* nota 57, en 157-96.

derecho internacional humanitario como un régimen autónomo que está completamente aislado del derecho internacional general impediría cualquier planteo en el sentido que aquí se propone.

Creemos que quizás el mejor punto de articulación entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello* sea el Derecho Penal Internacional, dado que existe una disposición en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que pensamos podría acercar a estos dos regímenes jurídicos.

Creemos que es así, por cuanto incluso quienes niegan la posibilidad de plantear cuestiones referidas a la legalidad del uso de la fuerza en el marco del derecho humanitario expresan:

The fact of being the aggressor or the victim of aggression, of espousing a just or an unjust cause, does not absolve anyone from his obligations nor deprive anyone of the guarantees laid down by humanitarian law, even though it may be relevant and have an effect in other fields of international law.⁶⁷

La última parte del pasaje citado reconoce la posibilidad de que una violación del *ius ad bellum* tenga efecto en otros ámbitos del derecho internacional, como por ejemplo, sostenemos, el derecho penal internacional.

Así, el Artículo Article 8.2(b)(iv) del Estatuto de Roma califica como crimen de guerra “Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea.”

De su lenguaje, surge claramente que la disposición refleja el principio de proporcionalidad,⁶⁸ consagrado en los ya citados

67. Ver CLAUDE PILLOUD ET AL., COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949 [COMENTARIO SOBRE LOS PROTOCOLOS ADICIONALES DE 8 DE JUNIO DE 1977 A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949] 29 (1987) (tomando nota de la afirmación que el derecho humanitario debe aplicarse en todas las circunstancias y a todas las personas protegidas por él, independientemente de la naturaleza del conflicto).

68. Mark Klamburg, *The Commentary on the Law of the International*

artículos 51.5(b) y 57.2(b) del Protocolo Adicional I. El crimen requiere para su configuración tanto una determinación de la intención (causar el daño) y una evaluación objetiva (del daño como “excesivo”),⁶⁹ teniendo en cuenta, por supuesto, que el principio de proporcionalidad determina la aceptabilidad de un ataque por referencia a la relación entre la *ventaja militar* y las bajas civiles.⁷⁰

Nuestro interrogante es, ¿cabe la posibilidad de analizar la legalidad del uso de la fuerza al momento de hacer la evaluación de proporcionalidad entre la ventaja militar buscada con el ataque y los daños a civiles? En este punto, debemos señalar que en los Elementos de los Crímenes⁷¹ se ha agregado una nota al pie que señala:

La expresión “ventaja militar concreta y directa de conjunto” se refiere a una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente. Tal ventaja puede, temporalmente o geográficamente, estar o no relacionada con el objeto del ataque. El hecho de que en el contexto de este crimen se admita la posibilidad de lesiones o daños incidentales legales no justifica en modo alguno una violación del derecho aplicable en los conflictos armados. No se hace referencia a las justificaciones de la guerra ni a otras normas relativas al *ius ad bellum*. La norma recoge el requisito de proporcionalidad inherente a la determinación de la legalidad de una actividad militar en el contexto de

Criminal Court [Un Comentario sobre la ley de la Corte Penal Internacional], CASE MATRIX NETWORK (30 de junio de 2016), <http://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-2-articles-5-10/#c1975> (explicando como el lenguaje del Artículo 8 (2) (b) (iv) refleja el principio de proporcionalidad y trae el medio ambiente a la ecuación); ver Gabriella Blum, *On a Different Law of War [En una Ley Diferente de la Guerra]*, 52 HARV. INT’L L.J. 163, 189 (2011) (resumiendo el principio de proporcionalidad que prescribe que mientras el daño civil sea involuntario y no excesivo en relación con la ventaja militar general que se anticipa del ataque, dicho daño civil es legal).

69. Ver Blum, *súpra* nota 67, en 190 (aclarando los elementos del crimen de “excessive damage” o “daño excesivo”).

70. Ver Kevin Jon Heller, *On a Differential Law of War: A Response [Un Marco Legal Diferencial a las Leyes de Guerra: Una Respuesta]*, 52 HARV. INT’L L.J. 237, 241 (2011) (destacando que el principio de proporcionalidad se refiere a la relación entre la ventaja militar y las bajas civiles, no la relación entre las bajas combatientes y las víctimas civiles, dando más peso a los ataques críticos que a los ataques menos importantes).

71. Ver Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *súpra* nota 6, en art. 9 (estableciendo los “Elementos de los Crímenes” en el Artículo 9).

un conflicto armado.⁷²

Consideramos que la referencia al *ius ad bellum* en la nota tiene como objeto impedir el uso de argumentos legitimadores del uso de la fuerza para la justificación de la violación del derecho humanitario. No impide, en nuestra opinión, el razonamiento inverso, es decir, evaluar la legalidad del ataque en virtud de las normas sobre el uso de la fuerza en orden de analizar el criterio de proporcionalidad.

Así, consideramos que las normas sustantivas no impiden un análisis de la legalidad de un ataque a la luz del *ius ad bellum* para considerar si se ha cometido o no un crimen de guerra. Si bien la ausencia de jurisprudencia de la Corte en la materia⁷³ impide contar con un pronunciamiento definitivo, pensamos que la interpretación es acorde a la totalidad del ordenamiento jurídico internacional.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis que antecede no hace más que ratificar la existencia de puntos de contacto entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, incluso en el poco abordado tema de su relación con la agresión.

Al mismo tiempo, confirma la especialísima posición que las normas relativas a la prohibición y criminalización de la agresión ocupan en el derecho internacional contemporáneo, y cómo las mismas pueden, considerar su jerarquía, interactuar con otras disposiciones, incluso las de gran importancia en la protección de la persona humana como son las normas de derecho internacional humanitario y de derecho internacional de los derechos humanos.

La agresión desencadena una grave serie de consecuencias, entre las que se encuentran la afectación del goce efectivo de los derechos humanos. Mediante su prohibición y persecución, la negación de

72. Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 34, *supra* nota 36.

73. George E. Bisharat & Carey James, *Freedom Thwarted: Israel's Illegal Attack on the Gaza Flotilla [Libertad Drustrada: El Ataque Ilegal de Israel a la Flotilla de Caza]*, 4 BERKELEY J. MIDDLE E. & ISLAMIC L. 85, 98 (2011) (analizando la legalidad del conflicto armado en la situación del ataque de Israel contra la flotilla humanitaria de Gaza bajo el estándar *ius in bello*).

todo intento de legitimarla y, fundamentalmente, la promoción de una cultura de paz, el flagelo de la guerra podrá ser erradicado.