

LA AGRESIÓN Y LOS DEBERES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD. ¿ESTÁ OBLIGADO A DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UN ACTO DE AGRESIÓN?

AGGRESSION AND DUTIES OF THE SECURITY COUNCIL. IS THE COUNCIL BOUND TO DETERMINE THE EXISTENCE OF AN ACT OF AGGRESSION?

LUCIANO PEZZANO*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ARTÍCULO 39 DE LA CARTA Y EL PODER DE DETERMINACIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD. III. LA EXISTENCIA DE DEBERES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD CON RELACIÓN A LA AGRESIÓN. IV. LA PRÁCTICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD RELATIVA A LA AGRESIÓN. V. UNA REFERENCIA A LA PRÁCTICA DE LA ASAMBLEA GENERAL. VI. CONSIDERACIONES FINALES

RESUMEN: El presente artículo explora la cuestión de si el Consejo de Seguridad (CS) está obligado a determinar la existencia de un acto de agresión y tomar las medidas del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para restablecer la paz y la seguridad internacionales. Con tal fin, el análisis comienza por la interpretación del Art. 39 de la Carta y las particularidades que plantea la agresión al respecto, repasando la interpretación tradicional del Art. 39 con relación a la discrecionalidad del CS respecto del acto de determinación, analiza los límites a dicha discrecionalidad en virtud de la Carta y pasa luego a argumentar por qué se considera que la agresión es una excepción a la discrecionalidad. También se analizan las normas que pueden ser consideradas no solamente como límites, sino también como fuentes de deberes positivos del CS en materia de agresión, concretamente el Art. 24 de la Carta, los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas y la norma imperativa (*ius cogens*) de prohibición de la agresión, para finalizar con un breve estudio de la práctica de la ONU respecto a la agresión. La interpretación armónica de las normas en juego permite dar una respuesta afirmativa al interrogante planteado.

ABSTRACT: *This article explores the question of whether the Security Council (SC) is bound to determine the existence of an act of aggression and to take Chapter VII measures to restore international peace and security. To this end, the analysis begins with the interpretation of art. 39 of the Charter and its particularities regarding aggression, reviewing its traditional interpretation with regard to the SC's discretion in the determination. It analyses the limits to that discretion under the Charter and then goes on to argue why aggression could be considered an exception to discretion. It also analyzes the rules that can be considered as sources of positive duties of the SC in matter of aggression, specifically Art. 24 of the Charter, the Purposes and Principles of the United Nations and the peremptory norm (*ius cogens*) of the prohibition of aggression, to conclude with a brief study of the practice of the UN with respect to aggression. The harmonious interpretation of the rules at stake makes it possible to give an affirmative answer to the question posed.*

PALABRAS CLAVE: agresión – Consejo de Seguridad – Propósitos y Principios de las Naciones Unidas – *Ius cogens*

Fecha de recepción del trabajo: 1 de mayo de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 13 de marzo de 2024.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Profesor Titular de Derechos Humanos (UCES San Francisco). Profesor ayudante de Derecho Internacional Público (UNC). Correo electrónico: luciano.pezzano@unc.edu.ar. Esta investigación fue financiada con una beca del *Coimbra Group Scholarship Programme for Young Professors and Researchers from Latin American Universities* en la Università di Bologna, bajo la supervisión del Prof. Attila Tanzi.

KEYWORDS: *aggression – Security Council – Purposes and Principles of the United Nations – Jus cogens*

I. INTRODUCCIÓN

Entre las numerosas cuestiones jurídicas suscitadas a partir de la agresión rusa a Ucrania y la inacción del Consejo de Seguridad (CS) a su respecto, se ha renovado el interés en la existencia o no de deberes del órgano con relación a su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales (arg. Art. 24.1 de la Carta de las Naciones Unidas). En otros términos, ¿debe actuar el CS siempre que la paz esté amenazada o quebrantada? En particular, ¿qué sucede en el caso de la forma más grave de quebrantamiento de la paz, la agresión? ¿Se derivan deberes para el CS de la norma imperativa (*ius cogens*) de prohibición de la agresión?

De acuerdo al Art. 39 de la Carta, el CS “determinará la existencia” de, entre otras cosas, todo “acto de agresión” y “hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas [...] para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”. ¿Está entonces obligado el CS a determinar la existencia del acto de agresión y a adoptar recomendaciones o decisiones para restablecer la paz y la seguridad internacionales?

Esta cuestión se inscribe en una discusión más amplia, relativa a la existencia de deberes positivos del CS en virtud de la Carta y el derecho internacional (en especial los derivados de las normas imperativas). Aunque el poder de determinación del CS y sus límites han sido discutidos ampliamente en la doctrina¹, la cuestión de los deberes positivos del órgano en virtud del derecho internacional ha recibido una atención más bien limitada, principalmente en el campo de la protección de los derechos humanos y la Responsabilidad de Proteger (R2P)². Los autores prefieren concentrarse en los deberes de los miembros del CS y, en particular, de los miembros permanentes³, con las consiguientes implicancias en la problemática del veto⁴. Al haber sido abordado ampliamente en la doctrina, no será ese el camino que seguiremos en este trabajo.

1 WOOD, M. y STHOEGER, E., *The UN Security Council and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 70-89; DUGARD, J., “Judicial Review of Sanctions”, en GOWLLAND-DEBBAS, V. (Ed.), *United Nations Sanctions and International Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2001, pp. 83-91; HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., “The Legislative Role of the Security Council in Its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, N°2, 2008, pp. 333-359, además de los trabajos citados en este artículo.

2 V. PETERS, A., “The Security Council’s Responsibility to Protect”, *International Organizations Law Review*, Vol. 8 2011, pp. 15-54; ZIMMERMANN, A., “The Security Council and the Obligation to Prevent Genocide and War Crimes”, *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXXII, 2012, pp. 307-314.

3 V. i. a., KOLB, A. S., *The UN Security Council Members’ Responsibility to Protect*, Springer, Heidelberg, 2018.

4 BLÄTTER, A. y WILLIAMS, P. D., “The Responsibility Not to Veto”, *Global Responsibility to Protect*, Vol. 3, 2011, pp. 301-322; ESAWY, R. M., “The Responsibility Not to Veto Revisited under the Theory of ‘Consequential Jus Cogens’”, *Global Responsibility to Protect*, Vol. 12, 2020, pp. 299-335; TRAHAN, J., *Existing Legal Limits to Security Council Veto Power in the Face of Atrocity Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020. Específicamente sobre el veto y la agresión, v. TRAHAN, J., “Legal Issues Surrounding Veto Use and Aggression”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 55, 2023, pp. 93-146.

De tal modo, no abundan estudios sobre la específica cuestión que aquí proponemos, relativa a los deberes del CS respecto de la agresión. Esto hace que la naturaleza de este estudio sea eminentemente exploratoria y nos obligue a concentrar los esfuerzos analíticos en la existencia de un deber del CS de determinar un acto de agresión y adoptar medidas a su respecto, y no en las consecuencias jurídicas e institucionales de su incumplimiento, sin perjuicio de algunas reflexiones sobre el particular.

Preferimos hablar de “deberes” y no de “obligaciones” del CS por dos razones. La primera es de carácter formal, dado que es la palabra que se encuentra –tres veces– en los textos inglés y francés del Art. 24 de la Carta (cuyo texto español usa la palabra “funciones”). La segunda proviene de la naturaleza del CS como un órgano de una organización internacional; dado que es la ONU y no el CS el sujeto de derecho internacional, técnicamente las obligaciones jurídicas recaen sobre aquella y no sobre este, por lo que usar la palabra “obligaciones” podría inducir a confusión.

Con tal fin, nuestro análisis comenzará por la interpretación del Art. 39 de la Carta y las particularidades que plantea la agresión al respecto. En particular, repasaremos la interpretación tradicional del Art. 39 con relación a la discrecionalidad del CS respecto del acto de determinación, analizaremos los límites a dicha discrecionalidad en virtud de la Carta y pasaremos luego a argumentar por qué consideramos que la agresión puede ser una notable excepción a la discrecionalidad. Continuaremos con un análisis de las normas que, en nuestra opinión pueden ser consideradas no solamente como límites, sino también como fuentes de deberes positivos del CS en materia de agresión, concretamente el Art. 24 de la Carta (tanto su párrafo 1 relativo a la responsabilidad primordial del CS como su párrafo 2 sobre los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas –NU–) y la norma imperativa (*ius cogens*) de prohibición de la agresión, para pasar luego a un breve estudio de la práctica de las NU respecto a la agresión y su impacto en la interpretación aquí propuesta.

II. EL ARTÍCULO 39 DE LA CARTA Y EL PODER DE DETERMINACIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

El Art. 39 de la Carta, puerta de entrada⁵ al nuclear Capítulo VII, es una de las normas más importantes en el sistema de seguridad colectiva creado en 1945⁶. Su texto establece: “*El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*”.

5 D'ARGENT, P. *et al.*, “Article 39”, en COT, J. P. y PELLET, A. (Dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Tercera edición, Tomo I, Economica, Paris, 2005, pp. 1131-1170, p. 1134; DINSTEIN, Y., *War, Aggression and Self-Defence*, quinta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 306.

6 KRISCH, N., “Article 39”, en SIMMA, B. *et al.* (Eds.): *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Volumen II, 3ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1272-1293, p. 1273.

La disposición tiene dos partes claramente diferenciadas: por un lado, la determinación de una de las tres categorías que menciona –en lo que a nosotros interesa, el acto de agresión– y, por el otro, la adopción de recomendaciones o decisiones para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Dado que para la segunda se requiere la primera, en esta concentraremos nuestros esfuerzos analíticos.

Así, la lectura de la disposición nos plantea de inmediato varios interrogantes: ¿cuál es la naturaleza del acto de determinación? ¿Tiene límites el poder del CS de realizarlo? El lenguaje imperativo del Art. 39, ¿impone un deber de determinar? Analizaremos a continuación cada uno de estos interrogantes, deteniéndonos en las cuestiones que se refieran a la determinación de la existencia de un acto de agresión. Luego, identificaremos los elementos que nos permitirán establecer ciertas diferencias entre la agresión y las restantes categorías del Art. 39, con efectos en los poderes del CS al respecto.

1. La discusión sobre la discrecionalidad

A) LA NATURALEZA DEL ACTO DE DETERMINACIÓN

El CS es un órgano político, y sus actos son políticos⁷. Sin embargo, ello no lleva de suyo que tales actos carezcan de efectos jurídicos. Como sostiene autorizada doctrina, al calificar una situación como amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el pronunciamiento adquiere matices particulares por las consecuencias que la constatación-determinación conlleva. Si bien la Carta da facultades discrecionales –cuyo alcance veremos a continuación– a los miembros del CS a la hora de la determinación, la sola calificación implica un pronunciamiento con consecuencias jurídicas⁸. Dado que la calificación de las situaciones contempladas en el Art. 39 las convierte en infracciones jurídicamente calificadas⁹, la determinación adquiere cierto carácter normativo¹⁰.

El efecto jurídico principal¹¹ que tiene el acto de determinación es la activación del mecanismo previsto en la Carta, es decir, habilitar las competencias del CS en el marco del Capítulo VII¹²:

7 D'ARGENT, P. *et al.*, op. cit., p. 1137.

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

9 WECKEL, P., “Le Chapitre VII de la Charte et son Application par le Conseil de Sécurité”, *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 37, 1991, pp. 165-202, p. 177.

10 WOLFRUM, R., “Judicial Control of Security Council Decisions”, *Yearbook of Institute of International Law-Tallinn Session*, Vol. 76, 2007, pp. 413-408, p. 435.

11 Decimos “principal”, porque no descartamos que la determinación del CS de la comisión de un acto de agresión pueda tener otros efectos jurídicos. Véase, por ejemplo, el comentario al Art. 15 del Proyecto de la CDI sobre efectos de los conflictos armados en los tratados (CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2016. p. 130, párr. 2). En contra, v. D'ARGENT, P. *et al.*, op. cit., p. 1139.

12 GILL, T.D., “Legal and some political limitations on the power of the UN Security Council to exercise its enforcement powers under Chapter VII of the Charter”, *Netherlands Yearbook of International Law* Vol. 26, 1995, pp. 33-138, p. 39.

la puesta en marcha del sistema de seguridad colectiva y la adopción de las “medidas colectivas eficaces” para “suprimir actos de agresión” a las que hace referencia el Art. 1.1 de la Carta, que analizaremos más adelante.

Si la determinación es un acto con efectos normativos, no puede interpretarse el Art. 39 en forma aislada del derecho internacional y, en particular, el CS no podría desconocer las normas jurídicas internacionales (o al menos, algunas de relevancia fundamental) al momento de realizar una determinación –lo que, como veremos, es de particular importancia en caso de la agresión–. Frente a esto, se suele alzar el argumento de la discrecionalidad del CS en materia de determinación, por lo que analizaremos dicha cuestión.

B) LA PRETENDIDA DISCRECIONALIDAD DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

La determinación por el CS, ¿es un poder discrecional? La doctrina ha ensayado diferentes respuestas a este interrogante, arduamente discutido¹³.

El Magistrado Weeramantry, en su opinión disidente en la fase de medidas provisionales en el caso *Lockerbie*, expresó una de las posiciones al afirmar:

“... the determination under Article 39 of the existence of any threat to the peace, breach of the peace or act of aggression, is one entirely within the discretion of the Council. It would appear that the Council and no other is the judge of the existence of the state of affairs which brings Chapter VII into operation. That decision is taken by the Security Council in its own judgment and in the exercise of the full discretion given to it by Article 39. Once taken, the door is opened to the various decisions the Council may make under that Chapter”¹⁴.

De acuerdo a De Wet¹⁵, quienes sostienen que el CS posee una discrecionalidad amplia en la materia señalan, en primer lugar, que la Carta no define qué ha de entenderse por cada una de las categorías mencionadas en el Art. 39¹⁶. Así, se suele hacer referencia al informe del Relator Boncour en la Conferencia de San Francisco, en el que se expresa la decisión del Comité 3 de la Tercera Comisión de la Conferencia –encargado de los poderes del CS– de “*to adhere to the text drawn up at Dumbarton Oaks and to leave to the Council the entire decision as to what constitutes a threat to peace, a breach of the peace, or an act of aggression*”¹⁷.

13 DE WET, E. y WOOD, M., “Peace, Threat to the”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2022, párr. 39.

14 CIJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 14 April 1992*, *I.C.J. Reports 1992*, p. 114, Opinión disidente del Magistrado Weeramantry, p. 176).

15 DE WET, E., *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, Portland, 2004, pp. 134 y ss.

16 GOWLLAND-DEBBAS, V., “Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43 (1994), pp. 55-98, p. 61.

17 UNCIO, Commission III, Committee 3, *Report of Mr. Paul-Boncour, Rapporteur, on Chapter VIII, Section B*, Doc. 881, III/3/46, en UNCIO, *Documents*, Vol. XII, pp. 502-514, p. 505.

En segundo lugar, se sostiene que la determinación es un juicio basado en circunstancias fácticas y en el peso de consideraciones políticas que podrían no ser medidas por criterios jurídicos¹⁸.

En tercer lugar, el derecho de veto de los miembros permanentes podía reflejar la naturaleza política de la determinación, por cuanto sería una clara indicación de que las decisiones en interés de la paz y la seguridad estarían basadas exclusivamente en consideraciones políticas¹⁹.

En cuarto lugar, la discreción del acto de determinación estaría dada por la falta de obligatoriedad para el CS de decidir que una situación cae dentro de los términos del Art. 39 o de decidir la acción coercitiva cuando ha hecho tal determinación. Así, al no tener que actuar en todas las situaciones que parecen convocar el ejercicio de su competencia, opera selectivamente y con discrecionalidad²⁰.

Frente a cada uno de estos argumentos, se alzan visiones opuestas.

En primer lugar, hay que advertir que el pasaje del informe de Boncour admite más de una interpretación. Leído en el contexto del informe, surge que se trató de una solución de compromiso respecto de la *definición* de un acto de agresión²¹, y no de la *competencia* del CS a tal efecto, que por otro lado, parecía indiscutible en ese momento. De hecho, el pasaje aparece bajo el título “Determination of Acts of Aggression” y, luego de mencionar las diferentes enmiendas relativas a la definición de la agresión que se habían presentado, el Relator concluye que

“a preliminary definition of aggression went beyond the possibilities of this Conference and the purpose of the Charter. The progress of the technique of modern warfare renders very difficult the definition of all cases of aggression. It may be noted that, the list of such cases being necessarily incomplete, the Council would have a tendency to consider of less importance the acts not mentioned therein; those omissions would encourage the aggressor to distort the definition or might delay action by the Council. Furthermore, in the other cases listed, automatic action by the Council might bring about a premature application of enforcement measures”²².

Estas razones, que son el fundamento de la ya citada conclusión, deben leerse en un contexto normativo en el que, como se verá más adelante, la agresión ya ha sido definida. Así, y dado que la conclusión se inclinó por la discrecionalidad de la determinación por el CS en base a tales razones, su valor para la discusión actual debe ser matizado.

18 ALSTON, P., “The Security Council and Human Rights: Lessons to be Learned from the Iraq-Kuwait Crisis and its Aftermath”, *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 13, 1990/1991., pp. 107-176, p. 138, aunque solo se refiere a la discrecionalidad al momento de determinar una “amenaza a la paz”.

19 REISMAN, W. M., “The Constitutional Crisis in the United Nations”, *American Journal of International Law*, Vol. 87, 1993, pp. 83-100, p. 95; CARON, D. D., “The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council”, *American Journal of International Law*, Vol. 87, N°4, 1993, pp. 552-588, p. 565.

20 GILL, T. D.: op. cit., p. 40.

21 En el mismo sentido, DE WET, E., op. cit., p. 146, nota 80.

22 UNCIO, *Documents*, Vol. XII, p. 505.

Con relación al segundo argumento, aunque es innegable que la imprecisión y la vaguedad rodean los términos usados en el Art. 39, estas cualidades son características generales del derecho, y la especificación de términos vagos es, en todo caso, un asunto de interpretación jurídica. La aplicación de términos jurídicos vagos a un particular conjunto de hechos está necesariamente vinculada a cierta discrecionalidad, pero ello no tiene por qué ser evidencia de una discrecionalidad política ilimitada²³. El mero hecho de que el Art. 39 distinga entre tres criterios que activan el Capítulo VII implica que el CS no posee tal discrecionalidad ilimitada. Si esta existiera, la distinción devendría obsoleta²⁴. Como veremos, compartimos esta última apreciación, puesto que la distinción²⁵ tiene mayor sentido tratándose de un acto de agresión: si el CS decide en virtud del Art. 39 que se aplicará el Capítulo VII y decide que el Estado X es culpable de agresión y debe pagar una indemnización, tal decisión no es simplemente un asunto político. Es una decisión basada en una evaluación de los hechos y la aplicación de una norma del derecho internacional basada en tal evaluación²⁶.

Tampoco el veto constituye por sí mismo una justificación para una acción ilimitada en el contexto del Art. 39²⁷; en todo caso, se trata de una consideración de carácter político que no resulta de utilidad para la interpretación de la norma. La CIJ, en su primera opinión consultiva, ya dio una orientación al respecto:

le caractère politique d'un organe ne peut le soustraire à l'observation des dispositions conventionnelles qui le régissent, lorsque celles-ci constituent des limites à son pouvoir ou des critères à son jugement. Pour savoir si un organe a la liberté de choisir les motifs de ses décisions, il faut se référer aux termes de sa constitution.²⁸

Con relación al último argumento, como veremos, pensamos que el CS sí está obligado a determinar y actuar en virtud del Art. 39, pero incluso si no lo estuviera, ello no significaría necesariamente que cuando sí actúa tenga una discreción ilimitada para hacerlo²⁹.

Por nuestra parte, sostenemos que la discrecionalidad del CS puede ser muy amplia, pero no es ilimitada. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en un caso en que se cuestionaba la constitucionalidad de su creación por el CS, sostuvo:

“It is clear from this text that the Security Council plays a pivotal role and exercises a very wide discretion under this Article. But this does not mean that its powers are unlimited. The Security Council is an organ of an international organization, established

23 MARTENCZUK, B., “The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, N°3, 1999, pp. 517-547, p. 543.

24 DE WET, E., op. cit., p. 137.

25 El propio CS ha reconocido la distinción, notablemente en la resolución 54 (1948) en la que determinó que la situación en Palestina constituía una amenaza a la paz en el sentido del Art. 39 (párr. 1) y a la vez declaró que el no cumplimiento de la resolución demostraría la existencia de un quebrantamiento de la paz en el sentido del Art. 39 (párr. 3).

26 BOWETT, D., “The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures”, *European Journal of International Law*, Vol. 5 (1994), pp. 89-101, p. 94.

27 DE WET, E.: op. cit., p. 136

28 CIJ, *Admission d'un État aux Nations unies (Charte, art. 4), avis consultatif C. I. J. Recueil 1948*, p. 57, p. 64

29 DE WET, E.: op. cit., p. 136.

by a treaty which serves as a constitutional framework for that organization. The Security Council is thus subjected to certain constitutional limitations, however broad its powers under the constitution may be. Those powers cannot, in any case, go beyond the limits of the jurisdiction of the Organization at large, not to mention other specific limitations or those which may derive from the internal division of power within the Organization. In any case, neither the text nor the spirit of the Charter conceives of the Security Council as *legibus solutus* (unbound by law)³⁰.

Estudiaremos a continuación los límites de la discrecionalidad del CS en el ámbito del Art. 39.

C) LOS LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

También en su decisión en *Tadic*, la Sala de Apelaciones del TPIY sostuvo:

“The situations justifying resort to the powers provided for in Chapter VII are a “threat to the peace”, a “breach of the peace” or an “act of aggression.” While the “act of aggression” is more amenable to a legal determination, the “threat to the peace” is more of a political concept. But *the determination that there exists such a threat is not a totally unfettered discretion, as it has to remain, at the very least, within the limits of the Purposes and Principles of the Charter*”³¹ (énfasis añadido).

Sin perjuicio de las importantes consideraciones que la Sala efectúa respecto del acto de agresión –las que analizaremos detenidamente más adelante–, debemos concentrarnos aquí en su conclusión según la cual, la determinación debe permanecer dentro de los límites de los Propósitos y Principios de las NU. Allí, la Sala está haciendo referencia³² a la disposición de la primera parte del Art. 24.2 de la Carta, que dispone: “*En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas*”.

Así, los Propósitos y Principios (que están consagrados en los Arts. 1 y 2 de la Carta) aparecen como importantes límites a la discrecionalidad del CS y a su accionar en general, como viene reconocido por la doctrina³³, siendo incluso considerado como un “deber general”³⁴ y un “lími-

30 TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic a.k.a. “Dule”*. *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 28.

31 *Ibidem*, párr. 29.

32 Que la Sala cita en el párr. 28 de su decisión.

33 ROSAND, E., “The Security Council as “Global Legislator”: Ultra Vires or Ultra Innovative?”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 28, 2004, pp. 542-590, p. 556; DE LA SERNA GALVÁN, M. L., “Interpretation of Article 39 of the UN Charter (Threat to the Peace) by the Security Council. Is the Security Council a Legislator for the Entire International Community?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2011, pp. 147-185, p. 159; ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 429; MANUSAMA, K., *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era. Applying the Principle of Legality*, Brill, Leiden, 2006, p. 19.

34 ARANGIO-RUIZ, G., “On the Security Council’s ‘Law-Making’”, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. LXXXIII, N°3, 2000, pp. 609-725, p. 654.

te constitucional”³⁵. Aunque provenga de uno de los defensores de la discrecionalidad absoluta del CS, tal vez una de las más conocidas exposiciones de esta opinión sea la que se encuentra en la opinión disidente del Magistrado Weeramantry en el caso *Lockerbie*:

“Article 24 itself offers us an immediate signpost to such a circumscribing boundary when it provides in Article 24 (2) that the Security Council, in discharging its duties under Article 24 (1), “shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations”. The duty is imperative and the limits are categorically stated”³⁶.

Así planteados, los Propósitos y Principios vinculan al CS y funcionan como verdaderos límites a su poder de determinación. De allí que podamos concluir que, si bien el CS goza de cierta discrecionalidad, al efectuar una determinación en virtud del Art. 39 está limitado por los Arts. 1 y 2 de la Carta³⁷. Pero los Propósitos y Principios no solo funcionan como una limitación, sino también como fuente de deberes para el CS, así como importantes pautas de interpretación del propio Art. 39, según veremos más adelante.

2. Una interpretación integral del Art. 39

En esta discusión, no podemos pasar por alto que el Art. 39 está redactado en términos que no parecen dejar mucho margen de acción al CS: “determinará” (“shall determine”, en el texto inglés) la existencia de las tres categorías de actos y “hará” (“shall make”, en el texto inglés) recomendaciones o “decidirá” qué medidas serán tomadas. Recordemos aquí que, respecto de la interpretación de la Carta, la CIJ ha sostenido:

“On the previous occasions when the Court has had to interpret the Charter of the United Nations, it has followed the principles and rules applicable in general to the interpretation of treaties, since it has recognized that the Charter is a multilateral treaty, albeit a treaty having certain special characteristics”³⁸.

Esto significa que le son aplicables a la Carta las reglas de interpretación de los tratados, que aparecen recogidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Si bien la Convención como tal no es aplicable a la Carta en razón de la irretroactividad de sus disposiciones (Art. 4 de la Convención), la jurisprudencia de la CIJ es constante en considerar que las reglas de interpretación de la Convención reflejan el derecho consuetudinario³⁹.

35 ANGELET, N., “International Law Limits to the Security Council”, en GOWLLAND-DEBBAS, Vera (Ed.), op. cit. en nota 1, pp.71-82, p. 74

36 CIJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Provisional Measures, Order of 14 April 1992*, *I.C.J. Reports 1992*, p. 3, Opinión disidente del Magistrado Weeramantry, p. 61.

37 SCHWEIGMAN, D., *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Kluwer Law International, La Haya, 2001, p. 188.

38 CIJ, *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, *Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C.J. Reports 1962*, p. 151, p. 157.

39 CIJ, *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I)*, p. 116, párr. 33; *Application of the International Convention for the Suppression of*

Así, la regla del Art. 31.1 de la Convención establece: “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”. El sentido corriente que cabe atribuir a “determinará” no puede ser otro que el de un deber, máxime si lo unimos a “toda” (“any”, en el texto inglés), de lo que se colige que, en virtud del Art. 39, el CS tendría el *deber* de determinar la existencia de –en lo que a nosotros interesa– *todo* acto de agresión.

La mayoría de los autores no se detienen en la interpretación literal de la disposición –o directamente la descartan⁴⁰–, pero hay notables excepciones en la doctrina que debemos señalar.

Así, Butchard, subrayando el uso de “shall” en la versión inglesa del artículo⁴¹, pasa revista a los trabajos preparatorios de la Carta y concluye que el uso de un lenguaje imperativo claramente indica la presencia de una obligación de determinar⁴². El autor usa la misma línea de razonamiento para la adopción de recomendaciones o decisiones de acuerdo a la segunda parte del Art. 39: “*The obligation ‘to determine’ is joined by a mandatory ‘and’ to the obligation to ‘make recommendations, or decide’ upon enforcement measures*”⁴³.

También Đipalo propone un exhaustivo análisis gramatical y contextual del modal “shall” y determina su significado imperativo en la Carta⁴⁴. La autora enfatiza que la Carta no usa otra palabra para expresar obligaciones: “*whereas it does use ‘may’ where it wants to read ‘is permitted to’ or ‘has discretion to’*”⁴⁵. La mera comparación entre el Art. 39 y los Arts. 41⁴⁶ y 42⁴⁷ (que, a diferencia del primero, claramente indican “podrá decidir”, “podrá instar” y “podrá ejercer”) confirma esta interpretación.

Orakhelashvili resume así la cuestión:

the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019 (II), p. 598, párr. 106.

40 KRISCH, N., op. cit., p. 1276.

41 Martenczuk también propone una interpretación literal del Art. 39, pero no analiza el significado de “shall” (MARTENCZUK, B., “The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, Nº3 (1999), pp. 517-547, pp. 543-544).

42 BUTCHARD, P., *The Responsibility to Protect and the Failures of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 68-71.

43 *Ibidem*, p. 71.

44 ĐIPALO, S., “The Security Council’s Non-Determination of a Threat to the Peace as a Breach of International Law”, *Pécs Journal of International and European Law*, Vol. I, 2018, pp. 61-81, at 69.

45 *Ibidem*, p. 70.

46 “El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas”.

47 “Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas”.

“Under Article 39 the Council ‘shall’ identify threats to the peace: in contrast, the word ‘may’ is used in relation to the application of enforcement measures under Articles 41 and 42. This raises the question whether determination of a threat is mandatory or discretionary. The entire context of the Charter is instructive. The preamble refers to the many horrors of the Second World War and states the intention to avoid similar tragedies in the future; Articles 1 and 2 specify principles and purposes of the UN accordingly; Article 24 entrusts the Council with the task of acting promptly and effectively on behalf of the entire membership of the Organization; Article 39 then specifies the Council’s competence in relation to threats to put the Charter mechanism of collective security into operation. Whatever pragmatic considerations might suggest, the structural inter-connection between the pertinent provisions of the Charter compels us to view the Article 39 determination power as part of the imperative mandate of the Council, which does not admit selectivity in confronting threats”⁴⁸.

En idéntico sentido se había pronunciado Drnas de Clément:

“La formulación no es facultativa como se observa en los Arts. 40, 41, 42: “podrá”. Además, la formulación del Art. 39 dispone que el Consejo determinará toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, significando ello que en todo caso en el que hubiese una situación de esa naturaleza, deberá intervenir. Ello, de modo coherente con la responsabilidad primordial del Consejo y el principal propósito de la Organización. El verbo, en el Art. 39, está usado en imperativo y la norma que precisa el tipo de comportamiento que el sujeto debe observar es indicativo de que el deber de obrar se halla frente a toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, sin el derecho de omitir ninguna situación. Si bien, podrá argumentarse que la determinación le cabe al Consejo y que si éste no lo hace, es que no existe situación frente a la cual nace su deber de obrar, el Art. 24.1. le impone la obligación de proceder de conformidad con los Propósitos y Principios de la Carta, con lo cual, su obligación de estudiar toda amenaza o uso de la fuerza surge de modo inmediato. Su prestación de calificación debe ir acompañada de recomendaciones o decisiones dirigidas a mantener la paz y seguridad internacionales”⁴⁹.

Ambos autores, que siguen una interpretación que combina el método literal con el sistemático y el teleológico, en plena consonancia con lo dispuesto por la regla codificada en el Art. 31.1 de la Convención de Viena, ponen de manifiesto, como lo haremos, la relación entre el Art. 39 y el Art. 24 de la Carta, indiscutible fuente *constitucional* de deberes para el CS, tanto en lo que respecta a su “responsabilidad primordial” de mantener la paz y la seguridad internacionales (párrafo 1) como a su deber de proceder “de acuerdo con los Propósitos y Principios de las NU (párrafo 2). Así, la lectura armónica de todas las disposiciones en juego (Arts. 1.1, 2.4, 24.1, 24.2 y 39), que luego efectuaremos, nos llevará a sostener que el CS está obligado tanto a determinar la existencia de las categorías del Art. 39, como a adoptar medidas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, principalmente en el caso de la agresión.

48 ORAKHELASHVILI, A., *Collective Security*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 151.

49 DRNAS DE CLÉMENT, Z., op. cit. en nota 8, p. 86.

3. Una breve mirada a la práctica en materia de determinación

Aunque habitualmente se suele señalar que la práctica del CS en materia de determinación indica un amplio ejercicio de discrecionalidad de su parte al momento de ejercer su poder en virtud del Art. 39, los debates del órgano dan cuenta de importantes elementos que permiten caracterizarlo como un *deber* tal cual interpretamos aquí.

Los primeros años de la vida de la Organización fueron testigos de varios de estos debates⁵⁰. Uno de estos, muy significativo, tuvo lugar en mayo de 1948, con motivo de la primera guerra árabe-israelí. Los Estados Unidos habían presentado un proyecto de resolución⁵¹ por el cual el CS habría determinado que la situación en Palestina constituía una amenaza a la paz y un quebrantamiento de la paz en el sentido del Art. 39. En apoyo de su proyecto –y en contra de una enmienda del Reino Unido que habría suprimido la determinación–, el representante de los Estados Unidos sostuvo:

“el Consejo de Seguridad tiene un deber que está consignado en el Capítulo VII y cuyo cumplimiento no puede, en nuestra opinión, eludir. Siendo perfectamente claros los hechos y correspondiendo su descripción a la de un estado de guerra, ¿cómo podría el Consejo de Seguridad eludir el cumplimiento de este deber consignado en el Artículo 39 de la Carta? [...] nuestra principal obligación es la de determinar, de conformidad con el Artículo 39, si existe alguna amenaza a la paz”⁵².

Aunque el proyecto no fue aprobado, ninguno de los Estados que se opusieron negó que el deber de determinar existiera, optando por argumentos políticos o interpretaciones jurídicas para considerar que no se trataba de una amenaza a la paz.

Casi dos décadas después, el CS se vio envuelto en un debate similar sobre la situación en Rhodesia del Sur⁵³. Para muchas delegaciones, la declaración unilateral de independencia del régimen racista de Ian Smith y su constante desafío a las NU, constituía una amenaza a la paz, y varias urgieron al CS a actuar en ese sentido. Así, el representante de la Argentina consideró que la determinación del Art. 39 es un deber, cuando sostuvo: “*cuando se actúa dentro del Capítulo VII, nuestro primer deber, como allí se señala, es determinar “la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión” para luego decidir las medidas que estime pertinente*”⁵⁴. Nuevamente, ninguna delegación se opuso a la existencia de dicho deber y, de hecho, el CS terminó aprobando una resolución⁵⁵ que, invocando el Art. 39, resolvió que la situación en Rhodesia del sur constituía una amenaza a la paz y seguridad internacionales.

50 V. *Repertory of Practice of United Nations Organs 1945-1954*, Vol. II, p. 338 y ss.

51 CS: *Draft resolution on the Palestinian Question submitted by the Representative of the United States at the two hundred and ninety-third meeting of the Security Council, 17 may 1948*, UN doc. S/749.

52 CS: *Actas Oficiales. Tercer año. 296a sesión*, UN doc. S/PV.296, pp. 3-4.

53 V. el debate completo en *Repertorio de la Práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas, Suplemento N°3. 1959-1966*, Vol. II. Naciones Unidas, Nueva York, pp. 206-220.

54 CS: *Actas Oficiales. Vigésimo primer año. 1332ª sesión*, UN doc. S/PV.1332, p. 7, párr. 55.

55 Resolución 232 (1966).

Mucho más reciente en el tiempo, y con relación a la situación en Ucrania, incluso antes del comienzo de la agresión rusa el 24 de febrero de 2022, seguimos encontrando menciones a deberes en virtud del Art. 39. En la 8960ª sesión, la representante de los Estados Unidos sostuvo:

“Las acciones de Rusia afectan directamente al núcleo de la Carta de las Naciones Unidas. Se trata de una amenaza para la paz y la seguridad tan clara y decisiva como podemos imaginar. Tras la Segunda Guerra Mundial, el Consejo se creó para abordar precisamente el tipo de amenaza a la que Ucrania se enfrenta ahora. Como establece el artículo 39: “El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz”. Por consiguiente, nuestro cometido no es solamente abordar los conflictos después de que se produzcan, sino también evitar, en primer lugar, su aparición”⁵⁶.

Aunque puede atribuirse a la invocación del Art. 39 un carácter más retórico que jurídico, no deja de ser notable que se considere que la norma impone un “cometido” (*charge*, en el original en inglés) al CS. Más claro fue el representante de Ucrania, quien declaró tres semanas después:

“The Security Council has been tasked with maintaining that peace and security, under Article 24 of the Charter. Pursuant to Article 39, the Security Council shall make recommendations or decide what measures shall be taken to maintain or restore international peace and security. The delegation of Ukraine calls on the Security Council members to exercise those duties”⁵⁷.

En ninguno de los casos se rechazó la existencia de tales deberes. En el primero, el representante de Rusia negó que existiera una amenaza, y en el segundo, atribuyó a Ucrania la responsabilidad por la situación.

Estos ejemplos, junto con otros que veremos en la sección IV, relativos a la práctica del CS en materia de agresión, nos muestran que no parece haber entre los Estados una posición que explícitamente niegue la existencia de deberes en materia de determinación: es significativo que cada vez que esta se ha alzado, los opositores a determinar han recurrido a otros argumentos y no simplemente a afirmar que no hay deber alguno en el Art. 39. Consideramos que es un importante indicio a favor de nuestra posición, aunque sigue contrastando con el innegable hecho de que la determinación por el CS no se produzca en numerosos casos. Analizaremos más adelante el significado de esta inacción y su valor jurídico en materia de interpretación.

4. La agresión, ¿una excepción a la discrecionalidad?

A) LA AGRESIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO

En el pasaje antes citado en su decisión en *Tadic*, la Sala de Apelaciones sostuvo que “*While the ‘act of aggression’ is more amenable to a legal determination, the ‘threat to the peace’ is*

56 CS: *Septuagésimo séptimo año. 8960ª sesión*, UN doc. S/PV.8960, pp. 4-5.

57 CS: *Seventy-seventh year. 8970th meeting*, UN doc. S/PV.8970, p. 14. Optamos por el texto en inglés del acta porque fue el idioma en que se produjo la declaración, y la versión española tradujo “duties” por “funciones”, que si bien está en línea con el texto del Art. 24, no refleja la literalidad de la declaración del representante de Ucrania.

more of a political concept”⁵⁸. Esta consideración, dicha casi al pasar por la Sala, puesto que la cuestión no era relativa a la agresión, sino a la existencia de una amenaza a la paz, tiene, no obstante, una importancia fundamental para nuestro análisis. La Sala está reconociendo que hay una diferencia de naturaleza entre el “acto de agresión” y las otras categorías del Art. 39: mientras que la primera es susceptible de una determinación jurídica, la amenaza a la paz (aunque podemos extenderlo también al quebrantamiento) es más un concepto político. No es necesario un mayor esfuerzo de interpretación para concluir que la Sala nos está diciendo que, siendo susceptible de determinación jurídica, el acto de agresión es un concepto jurídico.

En efecto, el “acto de agresión” es verdaderamente un concepto jurídico, que existe en el derecho internacional por fuera de la Carta⁵⁹ y que genera sus propias consecuencias más allá de la activación del sistema de seguridad colectiva en el Capítulo VII. Este concepto fue definido⁶⁰ por la Asamblea General (AG) en su resolución 3314 (XXIX), que contiene la Definición de la Agresión, y cuya relación con el Art. 39 es puesta de manifiesto en su propio texto⁶¹. No obstante ser una resolución de la AG, al menos una de las disposiciones de la Definición fue reconocida por la CIJ como expresión del derecho consuetudinario⁶² y su recepción en el Art. 8 bis del Estatuto de Roma también implica cierto reconocimiento normativo⁶³. Pero incluso si no

58 TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic a.k.a. “Dule”*. *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 29.

59 Naturalmente, esta argumentación se basa en que el “acto de agresión” de la Carta es el mismo definido en la resolución 3314 (XXIX) y en el Art. 8 bis del Estatuto de Roma, y que todos hacen referencia a la “agresión” del derecho internacional prohibida por una norma imperativa. No es esta la ocasión para tal discusión, pero la identidad conceptual nos resulta evidente. De otra forma, deberíamos concluir que cada vez que una norma jurídica internacional utiliza la palabra “agresión” lo hace con un sentido diferente y ello no solo conspiraría contra las reglas de la lógica sino también contra la unidad del orden jurídico (v. PEZZANO, L., *La relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión en el derecho internacional*, Ciencia, Derecho y Sociedad, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2021, pp. 77-78).

60 Sorel reconoce que la agresión es la única de las situaciones del Art. 39 que posee una definición objetiva (SOREL, J., “L’élargissement de la notion de menace contre la paix”, en SFDI, *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Colloque de Rennes*, Pedone, Paris, 1995, pp. 3-57, p. 48)

61 PEZZANO, L., op. cit. en nota 59, p. 77.

62 CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*. *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, párr. 195. La CIJ consideró que el Art. 3, inc. g) de la Definición refleja el derecho consuetudinario. Si ello es válido para el supuesto de la agresión indirecta –uno de los más discutidos durante la historia de la definición (BROMS, B., “The Definition of Aggression”, *RCADI* (1977), pp. 299-400, p. 353)–, *a fortiori* también debe serlo para casos más evidentes como la invasión, la ocupación o la anexión del Art. 3, inc. a) (DINSTEIN, Y., *War, Aggression and Self-Defence*, Cuarta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 129).

63 GROVER, L., “Interpreting the Crime of Aggression”, en KREß, C. y BARRIGA, S. (Eds.): *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 275-411, p. 399; HEINSCH, R., “The Crime of Aggression after Kampala: Success or Burden for the Future”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, N°2, 2010, pp. 713-743, p. 726; KOSTIC, D., “Whose Crime is it Anyway? The International Criminal Court and the Crime of Aggression”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22, 2011, pp. 109-141, p. 118; GILLETT, M., “The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court”, *International Criminal Law Review*, Vol. 13, N°4, 2013, pp. 829-864, p. 837; SAYAPIN, S., *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, Springer, La Haya, 2014, p. 265.

se reconoce el valor de la Definición de la Agresión no se puede negar que el acto de agresión sea un concepto jurídico, al que no pocas normas de derecho internacional hacen referencia⁶⁴.

En ese sentido, Gowlland Debbas considera que la discrecionalidad del CS no ha sido afectada por la adopción de la Definición por la AG⁶⁵, pero esta opinión debe ser matizada con su propia afirmación de que la determinación de un acto de agresión es, en todo caso, un asunto de derecho internacional⁶⁶. No hay, no obstante, contradicción entre ambas proposiciones: aunque el principal objetivo de la Definición es servir al CS “como orientación para determinar, de conformidad con la Carta, la existencia de un acto de agresión”⁶⁷, sigue siendo una resolución de la AG con un carácter meramente recomendatorio y no vincula *per se* al CS. Pero la determinación de un acto de agresión es un asunto de derecho internacional porque la agresión es un concepto jurídico, con una definición jurídica (y aquí es donde tiene lugar el debate sobre el valor jurídico de la Definición⁶⁸). Por lo tanto, es el derecho internacional relativo a la agresión –con carácter de *ius cogens*, como insistiremos– y no la resolución de la AG, lo que limita la discrecionalidad del CS.

La caracterización de la agresión como un concepto jurídico tiene, como se dijo, consecuencias en el derecho internacional que exceden la activación del sistema de seguridad colectiva, en materia de responsabilidad internacional, legítima defensa, derecho de los tratados, entre otras⁶⁹. Pero una importante consecuencia de esa caracterización a los efectos de nuestro estudio es que la *existencia* del acto de agresión es independiente de su determinación por el CS: al ser un concepto jurídico, todo órgano competente de realizar una determinación jurídica podría declarar su existencia. Nada impide que, por ejemplo, la CIJ realice tal determinación

64 Piénsese, por ejemplo, en el Art. 75 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. V. TOMUSCHAT, C., “Article 75”, en CORTEN, O. y KLEIN, P. (Eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2011, Vol. II, pp. 1686-1697; KRIEGER, H., “Article 75”, en DÖRR, O. – SCHMALENBACH, K. (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2012, pp. 1279-1293; VILLIGER, M. E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 911-920; PEZZANO, L., “La agresión en el derecho de los tratados”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2019-2020, pp. 95-130.

65 GOWLLAND-DEBBAS, V., “The relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the light of the *Lockerbie* case”, *The American Journal of International Law*, Vol. 88, N°4, 1994, pp. 643-677, p. 662.

66 GOWLLAND-DEBBAS, V., “The Functions of the United Nations Security Council in the International Legal System”, en BYERS, Michael (Ed.), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 277-314, p. 288.

67 Resolución 3314 (XXIX), párr. 4.

68 Si aceptamos que la resolución 3314 (XXIX) refleja el derecho consuetudinario, será la definición consuetudinaria de la agresión la que vincularía al CS. Pocos autores reflexionan sobre esta importante cuestión. Precisamente con referencia al efecto que la Definición tiene sobre la discreción del CS en el Art. 39, Butchard piensa “it is arguable that the Council must acknowledge current customary international law relevant to the interpretation of the terms in Article 39, and such developments in the law may of course originate from the Council’s own determinations” (BUTCHARD, P., *op. cit.*, p. 69). Lo que Butchard no parece tener en cuenta es que la agresión definida por el derecho consuetudinario (y reflejada en la resolución 3314 (XXIX)) está prohibida por una norma de *ius cogens*, que sin duda vincula al CS, como analizaremos más adelante.

69 Sobre las consecuencias de la agresión en general, v. KAMTO, M., *L’agression en droit international*, A. Pedone, Paris, 2010.

en un caso que le sea sometido a los fines de atribuir la responsabilidad a un Estado⁷⁰, o que la Corte Penal Internacional deba realizarla para identificar el elemento estatal en un proceso por un crimen de agresión⁷¹. Estas determinaciones, por supuesto, no tendrán por objeto activar el Capítulo VII de la Carta, pero son demostrativas de la existencia del acto de agresión por fuera de este, lo que no podemos predicar respecto de las otras dos categorías.

Siendo un concepto jurídico, la conclusión que se extrae del citado pasaje de la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY en *Tadic* es que la discrecionalidad del CS debe ser más limitada que respecto de las otras categorías del Art. 39, puesto que el derecho internacional impone límites a qué puede considerarse como un acto de agresión. Con diferentes matices, no son pocos los autores que, al menos, reconocen que el acto de agresión presenta particularidades diferentes a las otras categorías del Art. 39 que en cierta forma limitan la discrecionalidad del CS.

Combacau, pese a señalar que nada permite afirmar que la definición de la agresión del Art. 39 coincida con la definición del derecho internacional general⁷², opina que el poder discrecional de los órganos competentes de las NU para determinarla “*est évidemment moins large quand il s’agit d’une notion qui, comme l’agression, a déjà un certain contenu en dehors de l’art. 39, qu’à propos par exemple de la notion de menace pour la paix qui n’est précisée nulle part ailleurs*”⁷³.

También Herdegen participa de esta posición de diferenciar al acto de agresión de las restantes categorías del Art. 39: “*The notions of ‘threat to the peace’ and ‘breach of the peace’ and, to a lesser degree, ‘act of aggression’ contained in Article. 39 of the Charter are rather indeterminate formulas that obviously shall vest wide powers of appreciation in the Security Council*”⁷⁴ (énfasis en el original). Aunque no explicita por qué el acto de agresión deba considerarse

70 Si la CIJ es competente respecto de controversias que versen sobre “la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional”, en el sentido del Art. 36.3 del Estatuto, es evidente que un acto de agresión cae bajo esta descripción y la CIJ tiene competencia para determinarlo. Además, no se puede negar que un acto de agresión es una “cuestión de derecho internacional” (Art. 36.2 del Estatuto) ni que, por involucrar la aplicación de disposiciones convencionales, como el Art. 2.4 de la Carta, puede versar sobre “la interpretación de un tratado” (Art. 36.1). Es decir, no existen, a priori, objeciones *ratione materiae* para negar la competencia de la CIJ, una vez reunidas las demás condiciones para su ejercicio.

71 Aunque el Estatuto de Roma no contempla expresamente esta competencia, pensamos que la determinación puede realizarse tanto cuando la Sección de Cuestiones Preliminares autoriza la apertura de una investigación en virtud del Art. 15 bis, párrafo 8, como en la confirmación de cargos (Art. 61.7) y, naturalmente, en la sentencia de primera instancia (Art. 74). La doctrina comparte esta interpretación: v., *i.a.*, REISINGER CORACINI, A., “The International Criminal Court’s Exercise of Jurisdiction Over the Crime of Aggression – at Last ... in Reach ... Over Some”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, N°2, 2010, pp. 745-789, p. 773; POLITI, M., “The ICC and the Crime of Aggression. A Dream that Came Through and the Reality Ahead”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 267-288, p. 276; MCDUGALL, C., *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Segunda edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 355.

72 Combacau publicó su obra antes de que fuera aprobada la resolución 3314 (XXIX).

73 COMBACAU, J., *Le pouvoir de sanction de l’O.N.U. Étude théorique de la coercition non militaire*, Pedone, Paris, 1974, p. 97.

74 HERDEGEN, M., “The ‘Constitutionalization’ of the UN Security System”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 27, N°1, 1994, pp. 135-159, p. 152.

como una fórmula menos indeterminada que las restantes, podemos suponer que está pensando en su definición por el derecho internacional.

Akande considera que la discrecionalidad del CS es absoluta cuando se trata de la amenaza a la paz y del quebrantamiento de la paz, pero agrega:

“The position is, however, not exactly the same with respect to acts of aggression. It would not be correct to assert that a determination that an act of aggression has taken place is not one constrained by legal considerations. Aggression has been recognised as a crime against peace and to decide that a certain State has committed aggression is to engage the responsibility of that State and the individual responsibility of its leaders. Also, Article 19(3)(a) of Part One of the International Law Commission’s Draft Articles on State Responsibility provides that a serious breach of the obligation prohibiting aggression is an international crime engaging the international criminal responsibility of the State.” A determination that an act is one of aggression cannot therefore be simply a political question; it is an area regulated by international law and is therefore legal. Nevertheless, it can be presumed from the history of the Charter and from subsequent practice that though the determination of aggression might well be a legal question it is one best left to a political body such as the Security Council in view of the political ramifications of such a determination”⁷⁵.

Así, y luego de repasar los trabajos preparatorios de la Carta y los intentos de definir la agresión, concluye que la determinación de un acto de agresión, *al menos para los propósitos del Capítulo VII*, debe quedar a la sola discrecionalidad del CS⁷⁶. Al aclarar que la discrecionalidad operaría solamente a los efectos del Capítulo VII, el autor implícitamente reconoce que la agresión, cuya naturaleza de categoría jurídica afirma, tiene efectos en virtud del derecho internacional, que pueden operar con independencia de la determinación por el CS. Con todo, su opinión es importante, pues, no obstante su conclusión, igualmente parte de distinguir la determinación del acto de agresión de las otras dos categorías del Art. 39.

Gill parece enrolarse en la posición tradicional respecto de considerar que el CS no está obligado a determinar la existencia de ninguna de las tres categorías del Art. 39. Sin embargo, al explicar por qué el CS no ha determinado nunca la existencia de un acto de agresión, considera:

“a determination by the Council that an act of aggression has occurred clearly denotes the ‘aggressor’ as the guilty party and politically commits the Security Council to take far-reaching coercive measures. A determination that a State has committed aggression virtually precludes any form of compromise solution and commits the Council to the most extreme action until the consequences of the aggressive act have been reversed and the perpetrators of the aggressive act(s) have been punished”⁷⁷.

75 AKANDE, D., “The International Court of Justice and the Security Council: Is There Room for Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the United Nations?”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, N° 2, 1997, pp. 309-343, p. 339.

76 *Ibidem*, p. 340.

77 GILL, T. D.: *op. cit.*, p. 45.

Si bien solamente se refiere a un compromiso de naturaleza política, es interesante advertir cómo de la determinación de la agresión, Gill piense que se derive un deber (político) para el CS de actuar, y de actuar hasta haber borrado las consecuencias de la agresión y castigado a sus autores. Estamos de acuerdo en que se trata de un deber, pero jurídico y, si el CS tiene el imperativo de actuar, también tiene el imperativo de *determinar*.

Parece aceptarse en la doctrina, entonces, que existe alguna diferencia entre la agresión, por un lado, y el quebrantamiento de la paz (del que constituye una especie, según el Art. 1.1 de la Carta) y la amenaza a la paz, por el otro. Esta diferencia estaría dada por el carácter jurídico de la agresión y sus (muy importantes) consecuencias en virtud del derecho internacional. El efecto de esa diferencia para el CS sería que el nivel de discrecionalidad del que goza es más limitado en el caso de la agresión que con las otras categorías. De hecho, esta es, pensamos, una de las razones por las que el CS no recurre, en la práctica, a la determinación de la existencia de un acto de agresión, optando por las otras categorías, como elaboraremos más adelante.

B) LOS ARTÍCULOS 2 Y 4 DE LA DEFINICIÓN DE LA AGRESIÓN

Frente al argumento de la discrecionalidad limitada del CS respecto de la existencia de un acto de agresión, se suelen alzar las disposiciones de los Arts. 2 y 4 de la Definición de la Agresión⁷⁸.

Así, el Art. 2 de la Definición dispone:

“El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad”.

De esa forma, la Definición faculta al CS a no realizar una determinación –o bien, determinar que no se ha cometido un acto de agresión, lo cual sería, aunque teóricamente posible, difícil de imaginar en la práctica⁷⁹– incluso cuando se trate de un primer uso de la fuerza armada contrario a la Carta, si a la luz de las circunstancias, incluida la gravedad, dicha determinación no estaría justificada. Broms destaca que las dos menciones a la Carta en el artículo tienen por finalidad describir los poderes del CS y enfatizar el hecho de que la determinación de un acto

78 D'ARGENT, P. *et al.*: op. cit., pp. 1140-1141; DE WET, E.: op. cit., p. 146; CONFORTI, B., «Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité en matière de constatation d'une menace contre la paix, rupture de la paix ou d'un acte d'agression», en DUPUY, R. J. (Ed.), *Le développement du rôle du Conseil de sécurité. Peace-keeping and Peace-building*, Académie de Droit International de La Haye, Colloque, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 51-60, p. 53. Aunque el mismo autor parece reconocer una diferencia en el Art. 39 relativa a la discrecionalidad del CS cuando se trata de “amenazas a la paz” respecto a las otras dos categorías: ‘La discrétionnalité peut se manifester surtout en ce qui concerne l’hypothèse de la “menace contre la paix”: il s’agit en effet d’une hypothèse très vague et élastique qui, contrairement à l’agression et à la rupture de la paix, n’est pas nécessairement caractérisée par des opérations militaires ou en tout cas impliquent l’utilisation de la force...’ (Ídem).

79 MCDUGAL, C., op. cit. nota 60, p. 342.

de agresión debe realizarse de conformidad con el instrumento constitutivo de las NU⁸⁰. Puede surgir el interrogante, en este caso, de si se trata de un ejercicio amplio de la discrecionalidad del CS, en el sentido de que, por ejemplo, podría ignorar un acto de agresión por motivos políticos o si, por el contrario, está constreñido a usar su facultad de no determinación sólo en aquellos casos en los que, por no reunir la gravedad suficiente, el uso de la fuerza no es un acto de agresión. Nos resulta evidente que la segunda de las interpretaciones es la más correcta desde un punto de vista estrictamente jurídico, conforme a lo que venimos sosteniendo aquí: la gravedad es un elemento caracterizante de la agresión⁸¹, y si un uso de la fuerza no es grave –aunque ilícito– no constituye un acto de agresión y, por lo tanto, el CS no debería calificarlo como tal. Sin embargo, la práctica del CS, como veremos, revela que pueden existir otras “circunstancias pertinentes”, que hagan que el CS considere que, no obstante de tratarse de una agresión, dadas las consecuencias jurídicas y políticas que posee tal determinación, no sea conveniente efectuarla, optando por alguno de los otros tipos previstos en el Art. 39⁸². Pero adviértase que una cosa es afirmar que el CS puede, en ejercicio de su discrecionalidad limitada en virtud del Art. 39, optar por no determinar la existencia de un acto de agresión y determinar que, por ejemplo, existe un quebrantamiento de la paz, y otra muy diferente es admitir que, basado en el Art. 2 de la Definición, pueda no realizar ninguna determinación cuando efectivamente se haya cometido un acto de agresión. En el primer caso, estará cumpliendo con su deber de determinación y de adoptar recomendaciones o decisiones para restablecer la paz y la seguridad internacionales, como se lo impone el Art. 39. En el segundo, en cambio, estará faltando a su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales (Art. 24.1 de la Carta), en contravención de su deber de actuar de conformidad con los Propósitos y Principios de las NU (Art. 24.2). Esto se debe a que, como se dijo, la existencia de la agresión es independiente de su determinación por el CS. En conclusión, el Art. 2 de la Definición, aunque permite al CS ejercer cierto grado de discrecionalidad, conforme al Art. 39 de la Carta, no lo habilita a no tomar ninguna determinación cuando una agresión se ha cometido y, por lo tanto, no impide nuestras anteriores consideraciones.

Por su parte, el Art. 4 de la Definición establece: “*La enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta*”. Comentando este artículo, Broms sostiene que es el CS solo quien ha sido mencionado como un órgano dotado con este poder de determinación. En la tarea, se espera que actúe “con arreglo a las disposiciones de la Carta”, pero se ha dejado abierto si fue la intención de los autores que el CS usara sus poderes discrecionales solamente a la luz de un caso particular o si también se pretendió que el CS fuera capaz de alcanzar una resolución de principio según la cual ciertos actos pudieran calificar como actos de agresión. Ambas situaciones pueden ser contempladas de acuerdo a la práctica⁸³.

80 BROMS, B. B., op. cit., p. 345.

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

82 Particularmente, por el quebrantamiento de la paz, atento a lo que lo caracteriza en la práctica del CS, como veremos más adelante.

83 BROMS, B. B., op. cit., p. 355.

Si bien podemos considerar esta disposición como otro reconocimiento de la discrecionalidad (limitada) del CS en materia de determinación, pensamos que debe ser aún más limitada que la del Art. 2. Que el CS pueda considerar como “acto de agresión” a un acto no enumerado en el Art. 3 de la Definición⁸⁴ no le permite apartarse de la definición general del Art. 1⁸⁵, y ello es así, por cuanto su poder de calificación se ejerce “con arreglo a las disposiciones de la Carta”⁸⁶, y la agresión es la más grave forma de violación del principio consagrado en el Art. 2.4 del instrumento fundacional de las NU. Mal podría, entonces, calificar el CS como agresión a un acto que no constituyera un uso grave de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado. Adviértase que no estamos considerando que el Art. 1 *per se* obligue al CS, sino que los límites a su accionar provienen de la Carta misma, cuestión sobre la que volveremos, pero que aquí debemos señalar que el Art. 24.2 le impone el deber de actuar “de acuerdo a los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas”; por lo tanto, en su determinación de la existencia de un acto de agresión, incluso bajo el Art. 4 de la Definición, sigue estando vinculado por las disposiciones del Art. 2.4 de la Carta. De la misma manera, no podría usarse el Art. 4 de la Definición para pretender ampliar los poderes del CS más allá de los límites de la Carta, pero incluso si así se pretendiera, debe advertirse que la facultad del Art. 4 solamente se limita a la enumeración del Art. 3, y no a la definición general del Art. 1.

Por lo tanto, ninguna de las disposiciones puede usarse para justificar que los poderes del CS en materia de determinación de la agresión no estén sometidos al derecho internacional en la materia, en particular a la Carta y a la norma imperativa (*ius cogens*) que prohíbe la agresión.

84 “Con sujeción a las disposiciones del artículo 2 y de conformidad con ellas, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de” la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
- f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos”.

85 “La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición”.

86 Lo que también es destacado por ZOUREK, J., “Enfin une définition de l’agression”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 20, 1974, pp. 9-30, p. 23.

III. LA EXISTENCIA DE DEBERES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD CON RELACIÓN A LA AGRESIÓN

El análisis que antecede demuestra que, por un lado, la interpretación del sentido corriente de los términos del Art. 39 parece imponer al CS un deber de determinar la existencia de un acto de agresión y de adoptar recomendaciones o medidas para restablecer la paz y la seguridad internacionales. Al mismo tiempo, la norma, si bien puede reconocer cierta discrecionalidad de parte del CS al momento de realizar el acto de determinación, no se trata de una discrecionalidad absoluta, sino que está limitada, en primer lugar –según lo ha planteado el TPIY–, por los Propósitos y Principios de las NU, que el CS debe respetar en virtud del Art. 24.2 de la Carta.

Asimismo, también vimos cómo algunos autores recurren a estas disposiciones (los Arts. 1, 2 y 24 de la Carta) a los efectos de interpretar el Art. 39, lo cual es plenamente coherente con la regla del Art. 31.1 de la Convención de Viena. En efecto, al recurrir a tales disposiciones, se interpreta el Art. 39 en su contexto, esto es, dentro de los deberes del CS en virtud de su responsabilidad primordial (Art. 24), teniendo en cuenta el objeto y fin de la Carta (Art.1.1). Compartimos esta interpretación, pero al mismo tiempo, y en aras de la cuestión en la que este artículo se inserta, queremos insistir que tales disposiciones son también en sí mismas –junto con el Art. 39– fuentes de deberes positivos para el CS.

Lo mismo sucederá con la para nosotros importante caracterización que realizó el TPIY del acto de agresión. Como vimos, la Sala de Apelaciones diferenció al acto de agresión de las restantes categorías del Art. 39 basado en su carácter jurídico, lo que nos lleva a pensar que las limitaciones a que está sujeta la discrecionalidad del CS pueden ser más estrictas en el caso de la agresión, cuya definición y consecuencias jurídicas están reguladas por el derecho internacional y, de hecho, su prohibición reviste el carácter de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Desde el punto de vista de la interpretación, estas normas pueden considerarse a la luz de la regla del Art. 31.3.c) de la Convención de Viena, en virtud de la cual debe tenerse en cuenta para la interpretación, además del contexto, “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. No obstante, al igual que en el caso anterior, pensamos que estas normas son en sí mismas fuentes de deberes para el CS y como tales las analizaremos.

1. Deberes derivados de los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas

Sostenemos que los Propósitos y Principios de las NU son fuente de deberes para el CS. El Art. 24.2 de la Carta es claro al disponer que “*en el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas*”. Recordemos que los textos inglés y francés usan el término “duties” and “devoirs”, respectivamente, en lugar de “funciones”, y que el Art. 24.1 *in fine*, se refiere al desempeño de “las funciones que *le impone*” su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales. En otros términos, podemos sostener que el CS *debe* proceder (“shall proceed”, en el texto inglés) *de acuerdo* con los Propósitos y Principios de la Carta al desempeñar los deberes que su responsabilidad primordial le impone.

Si debe actuar de acuerdo con los Propósitos y Principios, esto implica que no puede válidamente apartarse de estos en su accionar. Aunque, como vimos, tradicionalmente se piensa en estos como límites de la acción del CS, nada impide verlos también como fuente de deberes positivos. Peters lo subraya en términos sucintos pero muy claros: “*legal limits do not only apply to Security Council action, but also to its inaction*” (*énfasis en el original*)⁸⁷. Su conclusión es lógica: si el CS tiene el deber de actuar de conformidad con los Propósitos y Principios, ese deber se aplica tanto en un sentido negativo como positivo. Pretender una interpretación que solo los vea como límites va contra el sentido corriente que cabe asignarle a los términos “de acuerdo” (“in accordance”, “conformement”); la formulación es lo suficientemente general como para comprender también los deberes positivos. Además, aunque algunos principios estén formulados en términos de prohibición, como sucede con el Art. 2.7⁸⁸, otros están establecidos en términos positivos, siendo el ejemplo más claro el del Art. 2.6, al disponer que la Organización “hará” (“shall ensure”) que los no Miembros se conduzcan de acuerdo con los principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales. Por otra parte, los propósitos, por definición, están expresados en términos positivos, al indicar los objetivos de la Organización, por lo que es difícil verlos como restricciones.

Aceptando entonces que el CS debe proceder de acuerdo con los Propósitos y Principios (Art. 24.2), y que estos son fuente de deberes, en el caso de la agresión cobran especial relevancia el Propósito establecido en el Art. 1.1 y el Principio consagrado en el Art. 2.4 de la Carta.

El primero es el primer y principal⁸⁹ propósito de la Organización: “*Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz...*”. La agresión es específicamente nombrada en el párrafo, apareciendo como un objetivo de la Organización adoptar medidas colectivas para *suprimir* los actos de agresión, como parte de su propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales.

No es necesario ahondar mucho en materia de interpretación para concluir que el CS, ante una agresión, debe tomar medidas colectivas eficaces para suprimirla, puesto que ello se deriva, por un lado, del principal propósito de la Organización (Art.1.1 de la Carta), de acuerdo con el cual el CS debe proceder, de conformidad al Art. 24.2; y, por otro lado, porque se trata precisamente de su “responsabilidad primordial”, en virtud del Art. 24.1 y, aunque, la palabra

87 PETERS, A: op. cit. en nota 2, p. 32

88 Que, no obstante, reconoce a las medidas del Capítulo VII como una excepción.

89 El rol del mantenimiento de la paz en el esquema de la Carta fue reconocida por la CIJ en su opinión consultiva sobre *Ciertos gastos*: “*The primary place ascribed to international peace and security is natural, since the fulfilment of the other purposes will be dependent upon the attainment of that basic condition*” (CIJ: *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C.J. Reports 1962*, p. 151, p. 168). No obstante, aunque su importancia no puede ser disminuida, y se acepta a menudo que los demás propósitos deben coadyuvar a lograrlo, eso no implica que se subordinen a él. Por ejemplo, no sería posible que una medida decidida por el CS en ejercicio de su responsabilidad primordial violara manifiestamente el principio de libre determinación de los pueblos (Art. 1.2) o los derechos humanos (Art. 1.3) y pretendiera justificarse en el cumplimiento del propósito del Art. 1.1. Al contrario, la disposición del Art. 24.2 implica que el CS debe actuar de acuerdo con *todos* los Propósitos y Principios al mantener la paz y la seguridad internacionales.

“primordial” (*primary/principal*) no significa “exclusiva”⁹⁰, sí significa que el CS es el *primer* llamado a responder cuando la paz se ve afectada, máxime por una violación de la naturaleza de la agresión.

El segundo es un principio fundamental, no solo de las NU, sino de todo el ordenamiento jurídico⁹¹, sobre el cual se asienta el derecho internacional contemporáneo: “*Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas*”. Es curioso que cuando los autores comentan la disposición en el contexto del Art. 24.2 se limitan a discutir si el CS es o no destinatario de la prohibición –que claramente no lo es, puesto que la acción que decida en virtud del Art. 42 o que autorice según la práctica constituye una excepción al principio⁹²–, pero no se detienen a analizar si la norma puede constituir algún tipo de condicionante al poder (para nosotros, deber) de determinación en virtud del Art. 39. Esto es extraño, por cuanto al menos dos de las categorías del Art. 39 –el quebrantamiento de la paz y el acto de agresión– implican una violación de la prohibición del uso de la fuerza y, por lo tanto, el CS debe actuar de acuerdo al Art. 2.4 al momento de cumplir con su deber de determinar.

Asimismo, el Art. 1 de la Definición de la Agresión es claro al vincular la agresión con la prohibición del uso de la fuerza, a punto de reproducir gran parte del contenido del Art. 2.4⁹³: en otros términos, la agresión es la forma más grave de uso prohibido de la fuerza en virtud de la Carta⁹⁴. ¿Es posible, entonces, que la Carta permita al CS no actuar cuando se comete una violación –la más grave– de un principio tan fundamental de las NU? Responder por la afirmativa, pretendiéndose fundar en una pretendida discrecionalidad absoluta del CS en virtud del Art. 39, chocaría abiertamente con la regla del Art. 24.2, a punto de privarla de sentido. Si el CS tuviera la facultad de no actuar frente a graves violaciones de los Principios de las NU, ¿qué objeto tendría la norma? Una interpretación que asegure un efecto útil del Art. 24.2 nos lleva necesariamente a reconocer la existencia de algún tipo de deber positivo del CS.

90 CIJ: *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962: *I.C.J. Reports 1962*, p. 151, p. 163; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*; *C. I. J. Recueil 2004*, p. 136, párr. 26.

91 Como sostuvo el Magistrado Simma en su opinión separada en el caso de las *Plataformas Petroleras* (CIJ: *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, *I. C. J. Reports 2003*, p. 161, Opinión separada de Simma, p. 330).

92 CORTEN, O., *The Law Against War. The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 312 y ss.

93 DINSTEIN, Y., op. cit. en nota 62, pp. 127-128.

94 Al respecto, el quinto párrafo del preámbulo de la Definición es claro al considerar que “*la agresión constituye la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza*”, y la propia resolución 3314 (XXIX), al instar en su párrafo 3 “*a todos los Estados a que se abstengan de todo acto de agresión y de cualquier otro uso de la fuerza contrario a la Carta de las Naciones Unidas*”, indica que no todo uso ilícito de la fuerza constituye un acto de agresión. La CIJ se hizo eco de esta distinción al diferenciar entre los actos de agresión (o ataques armados) y los usos menos graves de la fuerza (CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, párr. 191).

Graefrath, vinculando el Art. 2.4 con el Art. 39, sostuvo:

“the determination of a threat to peace according to Article 39 is not only a factual or political judgment but also a legal one. Since peace is the law, such a decision necessarily includes a determination that a State has violated a basic international norm. A determination under Article 39 which is not based on the finding of such a breach would be *ultra vires*”⁹⁵.

Si bien el autor se refiere a la amenaza a la paz del Art. 39, *a fortiori* podemos aplicar su razonamiento al caso de la agresión: la agresión es el supremo quebrantamiento de la paz y la más grave violación de la prohibición del uso de la fuerza; su existencia sin su determinación –ni la subsiguiente acción– de parte del CS implicaría una violación de su responsabilidad primordial.

En definitiva, la lectura armónica del deber del Art. 24.2, con relación al Art. 1.1 (y al Art. 24.1) y el Art. 2.4, nos lleva a sostener que, en caso de agresión, el CS tiene el deber de adoptar medidas colectivas eficaces para suprimir actos de agresión y, así restablecer la paz y la seguridad internacionales que han sido quebrantadas por el uso más grave de la fuerza armada contrario a la Carta. Y si está obligado a adoptar tales medidas, también lo estará a determinar la existencia de ese acto de agresión en virtud del Art. 39, puesto que la determinación es el requisito indispensable para la activación de sus poderes en el Capítulo VII.

2. Deberes derivados de la prohibición *ius cogens* de la agresión

La mayoría de la doctrina acepta que las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) vinculan al CS⁹⁶. Sin embargo, pocos autores indican que estas pueden generar deberes positivos para el órgano⁹⁷ y, sorprendentemente, ninguno señala los efectos que la prohibición de la agresión puede tener sobre sus poderes, en particular, sobre el acto de determinación y las recomendaciones o decisiones del Art. 39.

95 GRAEFRATH, B., “International crimes and collective security”, en WELLENS, K. (Ed.): *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1998, pp. 237-253, p. 242.

96 V. CIJ: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C.J. Reports 1993*, p. 325, Opinión separada del Magistrado ad hoc Lauterpacht, párr. 100; PETERS, A., “Article 25”, en SIMMA, B. *et al.* (Eds.), *op. cit.* en nota 6, pp. 787-854, p. 818; DOEHRING, K., “Unlawful Resolutions of the Security Council and their Legal Consequences”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 1, 1997, pp. 91-109, p. 99; LAMB, S., “Legal Limits to United Nations Security Council Powers”, en GOODWIN-GILL, G. S. y TALMON, S., *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 361-388, p. 372; DOMINICÉ, C., “Le Conseil de sécurité et le droit international”, en *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Graduate Institute Publications, Geneva, 1997, pp. 207-220, párr. 66; HERDEGEN, M., *op. cit.* en nota 74, p. 156.

97 SCHMIDT, D. R., “Institutionalising Morality: The UN Security Council and the Fundamental Norms of the International Legal Order”, en BREMS KNUDSEN, T. y NAVARI, C. (Eds.): *International Organization in the Anarchical Society*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019, pp. 99-125, p. 112.

Pero la prohibición de la agresión es el ejemplo paradigmático⁹⁸ de norma imperativa de derecho internacional general, en los términos del Art. 53 de la Convención de Viena de 1969, y su carácter como tal es indudable.

Es más, la agresión ha sido considerada como el “crimen internacional por antonomasia”⁹⁹ o, en los términos de los Proyectos de artículos de la CDI sobre responsabilidad (de los Estados, de 2001 y de las organizaciones internacionales, de 2011), el caso más claro¹⁰⁰ de una “violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional general” (Arts. 40 del Proyecto de 2001 y 41 del Proyecto de 2011). La existencia de una violación de esta naturaleza da lugar a una serie de consecuencias para todos los Estados (Art. 41 del Proyecto de 2001 y conclusión 19.1 del Proyecto de la CDI sobre identificación y consecuencias jurídicas de las normas de *ius cogens*, aprobado en 2022), pero también para las organizaciones internacionales. Así, el Art. 42.1 del Proyecto 2011 dispone: “*Los Estados y las organizaciones internacionales cooperarán para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave*”. En virtud de esta regla, las NU están obligadas a cooperar para poner fin a una agresión y, naturalmente, esta obligación debe conducirse a través de los mecanismos de la Carta, que ya hemos señalado, y que asignan la responsabilidad primordial al CS en esa área. Por lo tanto, el CS también aparecería vinculado por el carácter *ius cogens* de la prohibición de la agresión y sus consecuencias.

Aunque técnicamente la regla se aplica a una violación grave cometida por una organización internacional, la CDI sostuvo en su comentario que “*no es baladí que se considerase que esas obligaciones se aplicaban a las organizaciones internacionales cuando un Estado supuestamente cometía una violación*”¹⁰¹. Esto significa que la ONU, como una organización internacional, tiene el deber jurídico de cooperar para poner fin a una violación grave de una norma imperativa cometida también por un Estado. Además, en el comentario a la conclusión 19.1 de su Proyecto de 2022, la CDI destacó la posición central de la ONU respecto de este deber: “*Según el tipo de violación y el tipo de norma imperativa de que se trate, el sistema colectivo de las Naciones Unidas será el marco de cooperación preferido*”¹⁰². Es evidente que una agresión cae dentro del “tipo de violación” al que la CDI hace referencia. El comentario agrega:

“en caso de violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), las organizaciones internacionales deben actuar, en el marco de sus respectivos mandatos y cuando así lo permita el derecho internacional, para poner fin a esas violaciones.

98 CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 73º período de sesiones*, UN doc. A/77/10, pp. 93-94, párr. 7.

99 CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 1977, p. 108, párr. 33.

100 En su comentario al Art. 40, la CDI sostuvo: “*hay que tener presente que algunas de las normas imperativas de que se trata, muy especialmente las prohibiciones de la agresión y del genocidio, requieren por su propia naturaleza una violación intencional en gran escala*” (CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007, p. 121, párr. 8).

101 CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011*, Vol. 2, Parte 2, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2016, p. 93, párr. 5.

102 CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 73º período de sesiones*, UN doc. A/77/10, p. 79, párr. 8.

Así pues, cuando una organización internacional tenga facultad discrecional para actuar, la obligación de cooperar impone a los miembros de esa organización internacional el deber de actuar con miras a que la organización ejerza esa facultad discrecional de manera que se ponga fin a la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). El deber de las organizaciones internacionales de ejercer su discrecionalidad de manera que se ponga fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) es el corolario necesario de la obligación de cooperar prevista en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 19¹⁰³.

Aunque está redactado en términos generales, el comentario está claramente dirigido a las NU, y en especial, al CS, que es el órgano que más ampliamente ejerce esa discrecionalidad a la que se refiere la CDI. El comentario afirma –en línea con lo que venimos sosteniendo aquí– que el *ius cogens* no es solamente un límite a esta discrecionalidad, sino que también impone un deber positivo a las organizaciones internacionales.

Si la ONU como organización internacional tiene esta obligación, debe cumplirla a través de sus órganos, de acuerdo a sus respectivas funciones y poderes. En virtud de la Carta, la “responsabilidad primordial” del mantenimiento de la paz recae en el CS, y debe ser, por tanto, el primero en adoptar medidas, de conformidad con sus vastos poderes para poner fin a una violación grave, en nuestro caso, a una agresión. Por lo tanto, la CDI confirma nuestra apreciación de que la discrecionalidad del CS en virtud del Art. 39 está más limitada con relación a los actos de agresión, por fuerza de las normas de *ius cogens*. Esta limitación, como hemos dicho, también opera en un sentido positivo, imponiendo al CS el deber de determinar la existencia de un acto de agresión (como traducción del deber de cooperar para poner fin a la violación), deber que parece verse reforzado atento al carácter imperativo de la prohibición de la agresión.

No olvidemos que la agresión es incluso llamada por su nombre en el Art. 1.1 de la Carta –la única violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa que es mencionada en su texto–, y la determinación de su existencia activa los poderes del CS en virtud del Capítulo VII.

No podemos dejar de advertir una clara –y, pensamos, inescindible– vinculación entre la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de la agresión con los Propósitos y Principios de las NU¹⁰⁴, dado que puede sostenerse que la Carta recepta varias de estas normas¹⁰⁵. Tanto las normas de *ius cogens* como la Carta –además de su lugar jerárquico en el ordenamiento jurídico–

103 Ibidem, p. 81, párr. 11.

104 En contra, Costelloe: ‘Nonetheless, peremptory norms and their legal consequences form part of general international law and are not necessarily congruent with the Purposes and Principles of the United Nations, nor with States’ other obligations under the Charter’ (COSTELLOE, D., *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 132). Sin embargo, el autor no explica cómo las normas imperativas podrían no ser congruentes con la Carta, lo cual nos parece difícil de imaginar. Es más, podría argumentarse que la existencia misma de la ONU está dirigida a proteger los mismos valores comunes que subyacen a las normas imperativas, por lo que una incongruencia sería lógica y jurídicamente imposible (V. SCHMIDT, D. R.: op. cit., p. 116).

105 ORAKHELASHVILI, A., “The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions”, *European Journal of International Law*, Vol. 16, Nº1, 2005, pp. 59-88, p. 67; SCHMIDT, D. R., op. cit., p. 110.

co-presuponen la existencia de valores comunes de la comunidad internacional que deben ser protegidos¹⁰⁶, y la Carta dota a la comunidad internacional de las herramientas para hacerlo, siendo el CS una de ellas.

De manera tal que no podemos interpretar y los deberes del CS en virtud de los Propósitos y Principios sin tener en cuenta la norma imperativa de prohibición de la agresión. Como subraya Tomuschat, las normas de *ius cogens* proveen una importante guía para interpretar las disposiciones relevantes de la Carta¹⁰⁷. Esto significa que, incluso negando que las normas de *ius cogens* impongan deberes positivos al CS, estas pueden ser utilizadas para interpretar sus deberes en virtud de la Carta, y la conclusión sería la misma: el CS tiene el deber de actuar en el caso de una agresión, una violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa, porque esta quebranta la paz y la seguridad internacionales que aquel está llamado a mantener.

IV. LA PRÁCTICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD RELATIVA A LA AGRESIÓN

Hasta aquí hemos propuesto una interpretación del Art. 39 que, acorde a las disposiciones del Art. 24.2 de la Carta y a la norma imperativa que prohíbe la agresión, nos permite concluir que el CS está obligado a determinar la existencia de un acto de agresión y a adoptar medidas a su respecto si es que no quiere incumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales.

Sin embargo, un estudio de esta cuestión estaría incompleto si no analizamos la práctica del CS con relación a la agresión. Es casi un lugar común en la literatura especializada la afirmación de que el CS nunca determinó la existencia de un acto de agresión en el sentido del Art. 39¹⁰⁸, mas eso no implica que la agresión no aparezca con cierta frecuencia en la práctica del órgano, y a su análisis dedicaremos esta sección.

1. Los intentos fallidos de determinación

A lo largo de su historia, el CS se enfrentó a situaciones que, de acuerdo a algunos de sus miembros, requerían la determinación de la existencia de un acto de agresión en el sentido del Art. 39.

En la noche del 11 al 12 de diciembre de 1955, fuerzas armadas israelíes llevaron a cabo operaciones en la costa oriental del lago Tiberíades, en territorio sirio, que acabaron con 62

106 La conclusión 2 del Proyecto de 2022 de la CDI establece que: “*Las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional. Estas normas son universalmente aplicables y son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional*”.

107 TOMUSCHAT, C., “The Security Council and *Jus Cogens*”, en CANNIZZARO, E. (Ed.), *The Present and Future of Jus Cogens*, Sapienza Ed., Roma, 2015, pp. 7-98, p. 71.

108 KRISCH, N., op. cit., p. 1293; MCDUGALL, C., op. cit. en nota 71, p. 107.

muerdos y cuantiosos daños materiales. Siria presentó un proyecto de resolución¹⁰⁹ por el cual el CS habría censurado a Israel por el ataque y habría declarado que ataque constituía una agresión con arreglo al Art. 39. El proyecto fue retirado antes de ser sometido a votación en la 715ª sesión. Es significativo, no obstante, mencionar la declaración del representante de Francia, quien sostuvo:

«L'opération menée le 12 décembre par les forces israéliennes n'a pas duré plus de quelques heures; elle n'avait pas pour but l'ouverture d'hostilités généralisées contre la Syrie. C'est la seule raison pour laquelle elle ne tombe pas sous le coup des dispositions du Chapitre VII de la Charte. Il s'en est fallu de fort peu que le Conseil n'ait eu à intervenir au titre de l'Article 39 et des articles suivants de la Charte»¹¹⁰

Es interesante que considerara que, de haber resultado un incidente de mayor gravedad, el CS habría tenido¹¹¹ que intervenir, dando así un claro sentido de obligatoriedad al Art. 39.

Más de un cuarto de siglo después, el 14 de diciembre de 1981, Israel decidió imponer sus leyes, jurisdicción y administración en las Alturas del Golán. El CS aprobó la resolución 497 (1981) en la que declaró nula y sin valor la decisión israelí y le exigió que la revocara de inmediato. Cuando el CS retomó la consideración de la cuestión tras el rechazo israelí, el representante de Jordania presentó un proyecto de resolución¹¹², por el cual, entre otras cosas, invocando expresamente la resolución 3314 (XXIX) y citando el Art. 3, inc. a) de la Definición, el CS habría declarado que las medidas adoptadas por Israel en el territorio sirio ocupado constituían un acto de agresión de conformidad al Art. 39. Sometido a votación en la 2329ª sesión, el 20 de enero de 1982, el proyecto recibió 9 votos a favor, 1 en contra (Estados Unidos) y 5 abstenciones (Francia, Irlanda, Japón, Panamá y Reino Unido), no resultando aprobado por el veto estadounidense. Durante el debate, el representante de Siria consideró que “es deber y responsabilidad del Consejo de Seguridad determinar la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz, así como de un flagrante acto de agresión en la situación que tenemos ante nosotros”¹¹³. Al justificar su voto negativo, la representante de los Estados Unidos no solamente no negó los deberes del CS, sino que sostuvo que “[e]l Artículo 39 de la Carta confiere al Consejo de Seguridad la responsabilidad de hacer frente a los actos que constituyan una amenaza a la paz y la seguridad internacionales”¹¹⁴.

Respecto de la situación en Namibia, en la 2276ª sesión, el 29 de abril de 1981, el representante de Uganda presentó un proyecto de resolución¹¹⁵ según el cual, el CS, entre otras cosas, ha-

109 CS: *Siria: Proyecto de resolución*, UN doc. S/3519.

110 CS: *Documents officiels. Onzième année. 710ème séance*, S/PV.710, párr. 71.

111 La versión en español lo tradujo como “se viera obligado”.

112 CS: *Jordania: proyecto de resolución revisado*, UN doc. S/14832/Rev. 1.

113 CS: *Acta taquigráfica provisional de la 2322ª sesión*, UN doc. S/PV.2322, pp. 28-30.

114 CS: *Documentos oficiales. Trigésimo séptimo año. 2329ª sesión*, UN doc. S/PV.2329, párr. 157. También agregó: “No aprobamos la anexión de las Alturas del Golán cometida por Israel; ciertamente, ni siquiera creemos que se haya producido esa anexión” (Ibidem, párr. 161). Eso es muy interesante, puesto que permite la lectura *a contrario*: de haberse producido a su criterio la anexión –un acto de agresión en el sentido del Art. 3, inc. a) de la Definición de la Agresión–, el CS debería haber actuado.

115 CS: *México, Níger, Panamá, Túnez y Uganda: proyecto de resolución*, UN doc. S/14459.

bría determinado dentro del contexto del Art. 39 que la continuación de la ocupación ilegal de Namibia por Sudáfrica es un acto de agresión y que los repetidos ataques armados perpetrados por Sudáfrica contra Estados independientes y soberanos en el África meridional constituyen graves actos de agresión. Sometido a votación en la 2277ª sesión, el proyecto no fue aprobado por obtener un triple veto, de los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido.

Finalmente, debemos mencionar, por su dramática actualidad, la situación en Ucrania. Un día después del inicio de la “operación militar especial” de Rusia, un amplio número de Estados Miembros presentaron un proyecto de resolución¹¹⁶ por el que, entre otras cosas, el CS habría deplorado la agresión cometida por Rusia contra Ucrania, aunque sin invocar expresamente el Art. 39. En la 8979ª sesión, el proyecto obtuvo 11 votos a favor, 1 en contra (Rusia) y 3 abstenciones (China, India y Emiratos Árabes Unidos), y no fue aprobado debido al veto ruso.

2. La condena sin determinación

Como lo destaca la doctrina¹¹⁷, existen ciertas resoluciones¹¹⁸ que condenan “actos provocativos y agresivos”¹¹⁹, “actos de provocación y agresión”¹²⁰, “actos de agresión”¹²¹, “actos de agresión armada”¹²², “actos sistemáticos de agresión”¹²³, “actos de agresión, no provocados y de carácter hostil”¹²⁴, “actos premeditados y provocativos de agresión”¹²⁵, “actos de agresión y provocación”¹²⁶, “actos continuos, intensificados y no provocados de agresión”¹²⁷, “actos de agresión hostiles, no provocados y persistentes”¹²⁸, “agresión de mercenarios”¹²⁹, “actos agresivos”¹³⁰ “ac-

116 CS: *Albania et al.: Proyecto de resolución*, UN doc. S/2022/155.

117 WEISBORD, N., “Prosecuting aggression”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, Nº1, 2008, pp.161-220, p. 169.

118 Una reseña de estas resoluciones puede encontrarse en COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, UN doc. PC-NICC/2002/WGCA/L.1. pp. 178-187. V. también GREPPI, E., “State Responsibility for Acts of Aggression Under the United Nations Charter: A Review of Cases”, en BELLELLI, R. (Ed.): *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate, 2010, pp. 499-518.

119 Resolución 326 (1973), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

120 Resolución 386 (1976), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

121 Resoluciones 387 (1976), sobre la denuncia de Kenya relativa al acto de agresión de Sudáfrica contra Angola; 447 (1979) y 602 (1987), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica; 568 (1985) y 572 (1985), sobre la denuncia de Botswana contra Sudáfrica; 580 (1985), sobre la denuncia de Lesotho contra Sudáfrica; y 667 (1990), sobre la situación entre el Iraq y Kuwait.

122 Resoluciones 405 (1977), sobre la denuncia de Benin, y 573 (1985), sobre la denuncia de Túnez.

123 Resolución 411 (1977), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

124 Resolución 424 (1978), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

125 Resolución 445 (1979), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

126 Resolución 454 (1979), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica.

127 Resoluciones 455 (1979), sobre la situación en Rhodesia del Sur; y 577 (1985), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica.

128 Resoluciones 475 (1980), 571 (1985) y 574 (1985), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica.

129 Resoluciones 496 (1981) y 507 (1982), sobre la denuncia de Seychelles.

130 Resolución 527 (1982), sobre la denuncia de Lesotho contra Sudáfrica.

tos persistentes de agresión”¹³¹, “actos de agresión intensificados, premeditados y no provocados”¹³² o, simplemente, “la agresión”¹³³.

Sin embargo, no podemos identificar ninguna de ellas como el acto de determinación del Art. 39. Para sostener esta afirmación, nos basamos en los siguientes elementos: a) varias de dichas resoluciones tenían una previa calificación del CS, sea como amenaza a la paz¹³⁴, o como quebrantamiento de la paz¹³⁵, y esa determinación no fue cambiada; b) en algunas de ellas se condena “actos de agresión” cometidos por mercenarios sin que se les atribuya a un Estado¹³⁶, lo cual va en contra del sentido jurídico del término “agresión” –como un uso grave de la fuerza *interestatal*¹³⁷–; y c) aunque en algunas de esas resoluciones¹³⁸, el CS se refirió al deber de indemnizar los daños causados por un acto de agresión, no parece que lo haya hecho teniendo en cuenta la gravedad de la agresión, ni sus implicancias particulares respecto de la responsabilidad internacional¹³⁹.

Paulus agrega, además, que estas condenas de “actos de agresión” no fueron adoptadas en virtud del Capítulo VII¹⁴⁰. Si bien ello es correcto en la mayoría de los casos, la resolución 667 (1990) sí se adoptó en virtud del Capítulo VII, pero presenta ciertas particularidades que justifican su análisis detenido. En sus disposiciones, el CS se mostró indignado por las violaciones de los locales diplomáticos en Kuwait cometidas por el Iraq y por el secuestro de personal que goza de inmunidad diplomática y de nacionales extranjeros que se hallaban en dichos locales, y considerando “*que estas acciones del Iraq constituyen actos de agresión y una violación flagrante de sus obligaciones internacionales que amenazan con destruir el desarrollo de las relaciones internacionales de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*”, considerando además

“que la gravedad de las acciones del Iraq, que constituyen una nueva escalada de sus transgresiones del derecho internacional, obliga al Consejo no solo a expresar su reacción inmediata, sino además a celebrar consultas urgentes para adoptar nuevas medidas concretas que aseguren el cumplimiento por parte del Iraq de sus resoluciones” y “Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta”,

131 Resolución 546 (1984), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica.

132 Resolución 567 (1985), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica.

133 Resolución 611 (1988), sobre la denuncia de Túnez.

134 En el caso de Rhodesia del Sur, la situación había sido calificada como amenaza a la paz en las resoluciones 217 (1965) y 232 (1966), y en el caso de Sudáfrica, mediante la resolución 418 (1977).

135 En el caso de Iraq-Kuwait, mediante la resolución 660 (1990) determinó que existía un quebrantamiento de la paz. Volveremos sobre esta cuestión.

136 Resoluciones 405 (1977), sobre la denuncia de Benin, y 496 (1981) y 507 (1982), sobre la denuncia de Seychelles.

137 PEZZANO, L.: op. cit. en nota 59, p. 245.

138 Por ejemplo, las citadas resoluciones 387 (1976) y 546 (1984).

139 El CS reconoció la procedencia de indemnizaciones en otras resoluciones en las que no condenaba actos de agresión, sin diferencia alguna con las aquí mencionadas (GRAEFRATH, B.: “Iraqi reparations and the Security Council”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 55, 1995, pp. 1-68, pp. 17-20). Esto induce a pensar que trató a estos actos como meros hechos ilícitos que dan lugar a responsabilidad internacional, pero no del tipo de responsabilidad agravada que implica la comisión de un acto de agresión.

140 PAULUS, A., “Second Thoughts on the Crime of Aggression”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, N°4, 2010, pp. 1117-1128, p. 1125.

condenó “*enérgicamente los actos de agresión perpetrados por el Iraq contra los locales diplomáticos en Kuwait y su personal, entre ellos el secuestro de nacionales extranjeros que se encontraban en esos locales*”. ¿Qué significado cabe asignar a esta calificación de “actos de agresión” que realiza el Consejo?

McDougall señala que la resolución 667 (1990) parece calificar como un acto de determinación¹⁴¹. Sin embargo, no compartimos su apreciación. Nada hay en la resolución que indique que se trata de un nuevo acto de determinación, posterior al de la resolución 660 (1990)¹⁴² – que comentamos *infra*–, no obstante ser tomada en virtud del Capítulo VII. Es más, los textos inglés y francés de la resolución no se refieren a “actos de agresión” sino a “actos agresivos” (“aggressive acts” y “actes agressifs”, respectivamente), expresión que no se encuentra en la Carta, por lo que difícilmente pueda pensarse en una determinación en el sentido del Art. 39. Por otra parte, creemos que no es posible sostener que materialmente los hechos que se le imputan al Iraq en la resolución puedan calificar como agresión: los actos de fuerza contra locales diplomáticos son claramente violaciones del derecho internacional, pero no están enumerados en el listado del Art. 3 de la Definición de la Agresión y resulta complejo encuadrarlos dentro de la definición general del Art. 1, no obstante la mención que la resolución haga de la “gravedad” de las acciones del Iraq. Durante las discusiones en el CS, solo el representante de Cuba llamó la atención sobre el particular, al comentar:

“mi delegación habría preferido que se hubieran formulado de otro modo algunos párrafos de este texto en los cuales se hace referencia a actos de agresión, lo cual nos parece reflejar una cierta desmesura si recordamos que tal expresión no se empleó ni siquiera en el texto de la resolución 660 (1990) referida a la invasión del territorio de Kuwait por el Iraq”¹⁴³.

3. La determinación de otra categoría

Al mismo tiempo, cabe también ponderar qué sucede cuando, frente a un acto de agresión, el CS decide determinar la existencia de otra de las categorías del Art. 39 y adoptar en consecuencia una serie de medidas en virtud del Capítulo VII. El supuesto no es teórico, puesto que la práctica reconoce casos en los que, frente a una flagrante agresión, el CS determinó la existencia de un quebrantamiento de la paz: son los casos de la invasión de Corea del Sur por parte de las fuerzas norcoreanas en 1950 (resolución 82 (1950)) y la invasión de Kuwait por el Iraq en 1990 (resolución 660 (1990))¹⁴⁴. A ellas debe sumarse la invasión de parte del territorio

141 MCDUGALL, C., “When Law and Reality Clash – The Imperative of Compromise in the Context of the Accumulated Evil of the Whole: Conditions for the Exercise of the International Criminal Court’s Jurisdiction over the Crime of Aggression”, *International Criminal Law Review*, Vol. 7, Nº2, 2007, pp. 277-333, p. 313.

142 D’ARGENT, P. *et al.*: “Article 39”, en COT, J. P. y PELLET, Alain (Dir.): *op. cit.*, p. 1149.

143 CS, *Acta taquigráfica provisional de la 2940ª sesión*, UN doc. S/PV.2940, p. 28.

144 Las razones por las que el CS optó por esta calificación exceden este análisis. No obstante, como señala Gowlland-Debbas, el CS “*has appeared to show unwillingness to attribute guilt in the determinations it has made under Article 39, for it has curiously never formally made a finding of an act of aggression, preferring to remain within the more neutral terminology of a threat to, or breach of the peace*” (GOWLLAND-DEBBAS, V., “Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility”, *The*

de la República Democrática del Congo (RDC) por parte de Rwanda y Uganda en 1998¹⁴⁵, que el CS determinó como una “amenaza a la paz” (resoluciones 1291 (2000) y 1304 (2000))¹⁴⁶.

En tales casos, ¿cumple el CS con sus deberes en función de su responsabilidad primordial y de las consecuencias de la agresión según el derecho internacional? Nos inclinamos por la afirmativa, dado que no hay diferencia en cuanto a los poderes del CS en virtud del Capítulo VII respecto de las categorías del Art. 39, una vez efectuado el acto de determinación¹⁴⁷, pudiendo adoptar tanto las medidas del Art. 41, como la acción del Art. 42 (reemplazada en la práctica por el régimen de “autorizaciones de todos los medios necesarios”¹⁴⁸), así como efectuar las recomendaciones o decisiones necesarias para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales (arg. Art. 39, *in fine*). Será allí donde su naturaleza política le permitirá ejercer cierto margen de discrecionalidad puesto que, en tales casos, no se puede negar que está cumpliendo con su responsabilidad primordial. Imponerle que, además de realizar la determinación y adoptar medidas, deba hacerlo de acuerdo a una categoría determinada, no parece compatible con sus amplios (aunque limitados por los Propósitos y Principios de las NU) poderes en virtud del Capítulo VII y de los Arts. 1.1 y 24 de la Carta.

Ello no quita, no obstante, que la agresión, en cuanto categoría jurídica según el derecho internacional, surta sus efectos como violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa de manera independiente de su determinación por el CS¹⁴⁹. De hecho, dos de sus principales consecuencias, como son la responsabilidad internacional del agresor¹⁵⁰ y la legítima defensa del Estado víctima de la agresión¹⁵¹, fueron reconocidas por el CS en los casos citados aun sin haber efectuado la determinación.

4. La adopción de decisiones que no distinguen entre agresor y víctima

Orakhelashvili llama la atención sobre el caso en que, frente a una agresión, el CS priva a la víctima de su derecho inmanente a la legítima defensa (Art. 51 de la Carta). Se refiere a las

International and Comparative Law Quarterly, Vol. 43, N°1 (1994), pp. 55-98, p. 63). En similar sentido, D'ARGENT, P. *et al.*: op. cit., p. 1153.

145 Que la CIJ calificó en 2005, respecto de Uganda, como una “violación grave de la prohibición del uso de la fuerza”: “*The unlawful military intervention by Uganda was of such a magnitude and duration that the Court considers it to be a grave violation of the prohibition on the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the Charter*” (CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2005*, p. 168, párr. 165).

146 STRAPATSAS, N., “The Practice of the Security Council Regarding the Concept of Aggression”, en KREß, C. y BARRIGA, S. (Eds.), op. cit., pp. 178-213, p. 180.

147 DINSTEIN, Y., op. cit. en nota 5, p. 305; SOLERA, O., *Defining the crime of aggression*, Cameron May, Londres, 2007, p. 97.

148 CORTEN, O., op. cit. en nota 92, p. 312 y ss.

149 ORAKHELASHVILI, A., op. cit. en nota 33, p. 449.

150 En el caso de Iraq-Kuwait, v. resolución 687 (1991), párr. 16. En el caso de la RDC, la CIJ determinó la responsabilidad internacional de Uganda por violación de la prohibición del uso de la fuerza (v. nota 23).

151 En el caso de Iraq-Kuwait, v. resolución 661 (1990), preámbulo, octavo párrafo; en el caso de la RDC, v. resolución 1234 (1999), preámbulo, octavo párrafo. También la CIJ reconoció la legítima defensa de la RDC (CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2005*, p. 168, párr. 304).

resoluciones 193 (1964) y 354 (1974), sobre la cuestión de Chipre en las que el CS instó y exigió, respectivamente, un cese del fuego. Al estar dirigidas no solo contra Turquía –que en el segundo caso había directamente lanzado una invasión de la isla¹⁵²–, sino a todas las partes, el autor considera que el CS no respetó la prohibición del Art.2.4 de la Carta, puesto que si bien Turquía lo estaba violando, Chipre estaba actuando en legítima defensa y el CS los trató como si estuvieran en pie de igualdad. El autor considera que tal vez el CS no esté obligado a condenar todo acto de agresión, pero a la vez, la evaluación de la acción del CS en casos así “*requires consideration of the elementary distinction between the failure to condemn the aggressor and the positive demand that the victim of an aggression stops defending itself*”¹⁵³. Podemos compartir con el autor su opinión de que una decisión que implique que la víctima de la agresión no ejerza su derecho a la legítima defensa es incompatible con el *ius cogens*, siempre que estemos en ausencia de la adopción de medidas concretas por el CS, a tenor del mismo Art. 51 de la Carta¹⁵⁴. Si, en cambio, el CS ejerce “*la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*”, como lo establece dicha norma (en un claro eco del lenguaje del Art. 42), el CS estará desempeñando su responsabilidad primordial y puede pedir, como parte de sus poderes, un cese al fuego también en lo que respecta a las operaciones defensivas¹⁵⁵.

Pero, volviendo a la reflexión de Orakhelashvili, no vemos por qué el CS no esté obligado a condenar un acto de agresión ni adoptar medidas al respecto si esta se produce. Su inacción nos resulta, como venimos sosteniendo, también incompatible con la naturaleza imperativa de la prohibición de la agresión.

5. Una evaluación de conjunto

El análisis de la práctica del CS revela ciertas tendencias claras: por un lado, una gran reticencia del CS a determinar la existencia de un acto de agresión¹⁵⁶, incluso en los casos más obvios, en los que hasta optó por determinar otras categorías. Por otro lado, el uso –en algunos casos bastante liberal– de la palabra “agresión” como un rótulo político sin que implique el cumpli-

152 Que, no obstante, no fue abiertamente condenada como tal por el CS (ni por la AG), ni mucho menos calificada como una agresión.

153 ORAKHELASHVILI, A., op. cit en nota 105, p. 72.

154 La aclaración nos parece crucial. El sistema de seguridad colectiva, presidido por la prohibición del uso de la fuerza (Art. 2.4 de la Carta) reconoce la legítima defensa de manera excepcional y provisoria. De allí que el Art. 51 ponga un límite a su ejercicio: “*hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales*”. De hecho, la norma impone el deber de notificar las medidas tomadas al CS, y aclara que estas “*no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta*”. Esto es lo que lleva a la doctrina especializada a referirse al carácter subsidiario de la legítima defensa (PINTORE, E., *La legítima defensa en el derecho internacional*, Ciencia, Derecho y Sociedad-UNC, Córdoba, 2012, pp. 70-72).

155 V., en ese sentido, el análisis de GILL, T. D.: op. cit., pp. 90-106.

156 Todo ello sin mencionar los casos en los que directamente no hubo siquiera intentos de determinar una agresión, como las guerras de 1967 y 1973 en Medio Oriente, la invasión soviética a Afganistán en 1979, la invasión israelí del Líbano en 1982, la guerra de Irán-Iraq, la invasión a Iraq en 2003, o la invasión de Rusia a Georgia en 2008, solo por nombrar algunos de los más notables ejemplos.

miento del deber de determinación del CS. No se requiere un mayor análisis para advertir el contraste con nuestras anteriores conclusiones: lejos de confirmar nuestra interpretación, el CS parece estar actuando como si no tuviera ningún deber de determinar la existencia de un acto de agresión. No olvidemos, no obstante, que como señalamos más arriba, la práctica registra reiterados ejemplos en los que miembros del CS y otros Estados llamaron la atención sobre la existencia de un deber de determinación y ningún otro Estado negó que tal deber existiera. El dato no es menor y también debe ser tenido en cuenta al momento de evaluar el significado de la falta de determinación.

La pregunta será, en todo caso, si esta reiteración de situaciones de no determinación puede constituir una forma de “práctica ulterior”, en el sentido del Art. 31.3.b) de la Convención de Viena, a los efectos de interpretar el Art. 39 o si, en realidad, se trata de un notorio incumplimiento de los deberes del CS con relación a la agresión. Como veremos, un análisis de la práctica de la AG nos puede ayudar al respecto.

V. UNA REFERENCIA A LA PRÁCTICA DE LA ASAMBLEA GENERAL

1. Algunas resoluciones de la Asamblea General que determinan actos de agresión

En ejercicio de sus poderes relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, de conformidad con los Arts. 10, 11 y 14 de la Carta y en virtud del mecanismo establecido por la resolución 377 A (V), “Unión pro Paz”, la AG también ha considerado que posee la potestad de determinar la existencia de un acto de agresión.

No es nuestro propósito realizar aquí un análisis de la práctica de la AG con relación a la agresión¹⁵⁷, sino llamar la atención sobre unas resoluciones que pueden arrojar luz respecto de la existencia de –a juicio de la AG– deberes del CS en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

La primera es la propia resolución 377 A (V). En su preámbulo, en lo que a nosotros interesa, la AG se muestra

“Consciente de que el hecho de que *el Consejo de Seguridad no cumpla con las responsabilidades* que le incumben en nombre de todos los Estados Miembros [...], no exime a los Estados Miembros de la obligación que les impone la Carta, ni a las Naciones Unidas de la responsabilidad que tienen en virtud de la misma, de mantener la paz y la seguridad internacionales”¹⁵⁸ (énfasis añadido),

y reconoce “*que dicho incumplimiento no priva a la Asamblea General de los derechos que tiene en virtud de la Carta*, ni la exime de las responsabilidades que le impone *la misma respecto del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*”¹⁵⁹ (énfasis añadido). De esta forma, la AG está poniendo en claro que la responsabilidad del CS debe ser “cumplida”

157 Sobre la práctica de la AG relativa a la agresión, v. obras citadas en nota 118.

158 Resolución 377 A (V), preámbulo, séptimo párrafo.

159 *Ibidem*, preámbulo, octavo párrafo.

por este y que, además, la Carta le impone responsabilidades también a ella¹⁶⁰. De allí que en el conocido primer párrafo operativo de la resolución, la AG resolvió

“que si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, *deja de cumplir con su responsabilidad primordial* de mantener la paz y la seguridad internacionales *en todo caso* en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con mirar a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas...” (énfasis añadido).

El presupuesto de la actuación de la AG no es otro que el incumplimiento por el CS de su responsabilidad primordial que, según la AG, debe ser cumplida “en todo caso”. También es interesante destacar que la AG considera que las categorías del Art. 39 pueden existir (“resulte haber”) con independencia de su determinación por el CS, de lo que inferimos su poder para calificar dichas situaciones.

La segunda es la resolución ES-9/1, adoptada en el marco del mecanismo de la resolución 377 A (V), sobre la situación en los territorios árabes ocupados. En su preámbulo, entre otras cosas, la AG observó “*con pesar e inquietud que, como consecuencia del voto negativo de un miembro permanente del Consejo de Seguridad, el Consejo, en su 2329ª sesión, celebrada el 20 de enero de 1982, no tomó medidas apropiadas contra Israel, como había solicitado el Consejo en su resolución 497 (1981)*”¹⁶¹, y recordó explícitamente su resolución 3314 (XXIX), de la que citó parte de su Art. 3, inc. a), y el Art. 5.¹⁶² En su segundo párrafo operativo, declaró

“que la decisión de Israel, de 14 de diciembre de 1981, de imponer sus leyes, su jurisdicción y su administración en el territorio sirio ocupado de las Alturas del Golán constituye un acto de agresión con arreglo a las disposiciones del Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas y a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General”.

Tres son las cuestiones que suscitan nuestro interés en esta resolución, adoptada tras el veto estadounidense referido *supra*. Por un lado, la AG explicita el presupuesto de su actuación, aunque no refiere –como lo hace la resolución 377 A (V)– a la responsabilidad primordial del CS, sino que la especifica al caso concreto con la falta de medidas apropiadas, lo que le provoca “pesar e inquietud”. Pensamos que esta actitud de la AG ratifica su posición de que el CS tiene el deber de mantener la paz y la seguridad¹⁶³. Por otro lado, tenemos la cita a las disposiciones de la Definición de la Agresión, lo que indudablemente pone a la resolución en el marco de la agresión y los poderes de la AG al respecto. Finalmente, estos poderes quedan explicitados claramente en la parte operativa, en la que la AG directamente parece subrogarse

160 Lo que vuelve a repetir en el noveno párrafo del preámbulo.

161 Resolución ES-9/1, preámbulo, segundo párrafo.

162 *Ibidem*, preámbulo, séptimo párrafo.

163 En el anterior período extraordinario de sesiones de emergencia, sobre la cuestión de Namibia, la AG fue más explícita al incluir en el preámbulo de la resolución ES-8/2, que observaba “*con pesar y preocupación que el Consejo de Seguridad no cumplió con su responsabilidad fundamental de mantener la paz y la seguridad internacionales*” debido al triple veto antes mencionado. Aunque la resolución condena los actos de agresión de Sudáfrica, no invoca el Art. 39 ni la resolución 3314 (XXIX).

en los poderes del CS, con explícita invocación del Art. 39 para declarar (no “determinar”) la existencia de un acto de agresión. No obstante, del lenguaje empleado por la AG parece confirmarse que, por un lado, la existencia de la agresión –categoría jurídica definida en la resolución 3314 (XXIX)– es independiente a su determinación (de allí que solo haga falta “declararla”), y que, como tal, el CS no tiene competencia exclusiva a los fines de su constatación.

Finalmente, la tercera es la resolución ES-11/1, también adoptada en el marco de la resolución “Unión pro Paz”, sobre la agresión a Ucrania. En el preámbulo, la AG recuerda

“la resolución 377 A (V) de la Asamblea General, de 3 de noviembre de 1950, titulada “Unión pro paz”, y teniendo en cuenta que la falta de unanimidad entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad en su 8979ª sesión ha impedido al Consejo ejercer su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales”¹⁶⁴,

y también la resolución 3314 (XXIX), de la que cita parcialmente su Art. 1¹⁶⁵. En su segundo párrafo operativo, deploró “*en los términos más enérgicos la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania, en contravención del Artículo 2 4) de la Carta*”. Destacaremos los mismos tres elementos que en la anterior resolución, aunque con algunas diferencias. En primer lugar, la resolución ES-11/1 invoca expresamente la resolución “Unión pro paz”, pero a la vez, al referirse a la inacción del CS (que ya comentamos), menciona que el veto le impidió “ejercer” y no “cumplir” su responsabilidad, lo que permitiría inferir que la AG no considera que el CS esté obligado a mantener la paz y seguridad internacionales. No obstante, pensamos que la expresa referencia a la resolución 377 A (V), cuyo claro texto ya analizamos, es indicadora de que la posición de la AG al respecto no ha cambiado. Luego tenemos nuevamente una cita de la Definición de la Agresión –que no se veía desde hacía décadas en una resolución de la AG– y, finalmente, una condena de la agresión rusa contra Ucrania. La pregunta que se nos plantea es si este acto de “deplorar” la agresión puede ser considerado como una determinación en el sentido del Art. 39 de la Carta, tal como la propia AG lo había hecho cuatro décadas antes en el caso ya citado. Pensamos que la respuesta debe ser afirmativa: aunque la AG no esté “determinando” ni “declarando” en forma expresa la existencia de un acto de agresión, la referencia a la resolución 3314 (XXIX) en el preámbulo es prueba suficiente de que la agresión que se condena es aquella definida en la resolución y, por lo tanto, equivalente a la del Art. 39 de la Carta a los efectos de la resolución “Unión pro Paz”¹⁶⁶.

De este repaso por la práctica de la AG relativa a la agresión, si bien no vemos ninguna mención expresa a una obligación del CS de determinar la agresión y adoptar medidas a su respecto, sí advertimos una clara tendencia de la AG a considerar que el CS debe cumplir con su responsabilidad primordial del mantenimiento de la paz y que su incumplimiento, además de activar el mecanismo de la resolución “Unión pro Paz”, es motivo de “pesar e inquietud” para la AG. No es casual que varias de las situaciones aquí mencionadas coincidan con casos

164 Resolución ES-11/1, preámbulo, quinto párrafo.

165 *Ibidem*, séptimo párrafo.

166 Puede verse un análisis más detenido de la aplicación de la Definición de la Agresión en el caso de Ucrania en PEZZANO, L., “La guerra en Ucrania y la vigencia de la Definición de la Agresión”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, Vol. XV, 2022, pp. 13-56.

en que el CS no pudo realizar una determinación por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, como mencionamos más arriba. Como veremos, esta actitud de la AG puede tener implicancias para la interpretación del Art. 39.

2. El valor de las resoluciones de la Asamblea General para la interpretación del Art. 39

Creemos que las citadas resoluciones de la AG tienen un valor interpretativo interesante, pues permiten advertir que la práctica seguida por el CS de no determinar actos de agresión cuando estos se producen no recibe el apoyo de la comunidad internacional. En ese sentido, esa práctica del CS no puede ser considerada “generalmente aceptada” por los Miembros de las NU, en los términos de la CIJ en su opinión consultiva sobre *Namibia*. Recordemos que allí, la CIJ interpretó los términos del Art. 27.3 de la Carta en el sentido de que las abstenciones voluntarias de los miembros permanentes no constituían un ejercicio del derecho de veto, basándose principalmente en la práctica del CS unida al hecho de que en ese momento dicha práctica era “generalmente aceptada” por los Estados Miembros:

“the proceedings of the Security Council extending over a long period supply abundant evidence that presidential rulings and the positions taken by members of the Council, in particular its permanent members, have consistently and uniformly interpreted the practice of voluntary abstention by a permanent member as not constituting a bar to the adoption of resolutions. By abstaining, a member does not signify its objection to the approval of what is being proposed; in order to prevent the adoption of a resolution requiring unanimity of the permanent members, a permanent member has only to cast a negative vote. This procedure followed by the Security Council, which has continued unchanged after the amendment in 1965 of Article 27 of the Charter, has been generally accepted by Members of the United Nations and evidences a general practice of that Organization”¹⁶⁷.

La CIJ confirmó este criterio en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, al referirse a la interpretación del Art. 12.1 de la Carta: “*La Cour estime que la pratique acceptée de l’Assemblée générale, telle qu’elle a évolué, est compatible avec le paragraphe 1 de l’article 12 de la Charte*”¹⁶⁸.

Por lo tanto, como sostiene la CDI en sus comentarios a sus conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, la CIJ hizo hincapié en la práctica de uno o más órganos de la organización internacional como en la “aceptación general” de esa práctica por los Estados Miembros, y señaló que la combinación de esos dos elementos constituía una “práctica general de la organización”¹⁶⁹.

167 CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, párr. 22.

168 CIJ, *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*; C. I. J. Recueil 2004, p. 136, párr. 28.

169 CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 70º período de sesiones*, UN doc. A/73/10, comentario a la Conclusión 12, p. 108, párr. 22.

En nuestro análisis, la práctica del CS de no determinar actos de agresión no cuenta con la aceptación general de los Estados Miembros, como lo demuestran las resoluciones de la AG citadas. En consecuencia, no cabría asignarle a esta práctica el valor de la “práctica ulterior” al que hace referencia la regla de interpretación contenida en el Art. 31.3.b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados al momento de interpretar el Art. 39 de la Carta. Al contrario, si interpretamos el Art. 39 como lo hemos hecho, a la luz de la regla del Art. 31.1 de la Convención de Viena, la ausencia de aceptación de parte de los Miembros de la práctica de inacción, permite ver a esta en realidad como una *violación* de los deberes del CS de determinar la existencia de un acto de agresión y adoptar medidas colectivas eficaces al respecto. Al mismo tiempo, las sucesivas declaraciones de Estados –varios de ellos miembros permanentes del CS– respecto de la existencia de un deber de determinación –no contestadas por ningún Estado– no pueden más que confirmar esta interpretación.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La interpretación del Art. 39 de la Carta, de acuerdo al sentido corriente que ha de dársele a sus términos –en particular, el lenguaje imperativo de “determinará” y “hará recomendaciones o decidirá”–, en el contexto del sistema de seguridad colectiva –en el que el CS tiene la “responsabilidad primordial” de mantener la paz y la seguridad internacionales (Art. 24.1 de la Carta) y debe proceder de acuerdo a los Propósitos y Principios de las NU (Art. 24.2)–, y de conformidad al objeto y fin de la Carta, que incluye adoptar medidas colectivas eficaces para suprimir actos de agresión (arg. Art. 1.1), nos lleva forzosamente a concluir que el CS *está obligado*, tanto a determinar la existencia de todo acto de agresión como a hacer recomendaciones o adoptar decisiones para restablecer la paz y la seguridad internacionales que un acto de tal naturaleza quebranta¹⁷⁰.

La naturaleza imperativa de la prohibición de la agresión y los deberes que una violación de esta norma genera para la comunidad internacional confirman y refuerzan esta interpretación: la ONU está obligada a actuar para poner fin a la violación grave de dicha norma de *ius cogens*, lo que se traduce en la necesaria asunción por el CS de su responsabilidad primordial y, en la especie, determinar la existencia del acto de agresión conforme al Art. 39 de la Carta.

Esto parece chocar de manera palmaria con la práctica del CS, caracterizada en la especie por la inacción. Las razones que llevan a esto son complejas, principalmente de índole política, y exceden por mucho el análisis jurídico que aquí proponemos. No obstante, dicho análisis revela que esta inacción no cuenta con la aceptación de la mayoría de los Miembros de la Organización, como lo muestran las resoluciones de la AG adoptadas en virtud del mecanismo previsto en la resolución “Unión pro Paz”. No se trata, por tanto, de una “práctica aceptada”, en los términos de la jurisprudencia de la CIJ y no puede tener valor a los efectos de la inter-

170 Esta conclusión contrasta con nuestra anterior opinión sobre la cuestión (PEZZANO, L. op. cit. en nota 59, p. 282), producto de un abordaje incidental del tema (que reconocimos escapaba al ámbito de dicha investigación, *ibidem*, p. 280, nota 44). Habiendo abordado el tema con la profundidad que merece, rectificamos nuestra posición en el sentido aquí apuntado.

pretación de las disposiciones de la Carta. Más valor cabe asignar a las declaraciones, citadas en este trabajo, de diversos Estados –incluyendo miembros permanentes del CS– en diferentes épocas, que reconocieron la existencia del deber de determinar en virtud del Art. 39, y que no fueron contradichos por otros Estados. Esto no hace más que confirmar nuestra interpretación.

Esto nos permite calificar a la inacción como lo que verdaderamente es: un incumplimiento de los deberes del CS, que le son impuestos por su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, que en el caso de la agresión puede poner a la propia Organización al borde de una palmaria violación de sus obligaciones internacionales en virtud de las normas de *ius cogens*, y frente a la que solo la oportuna –aunque rara vez efectiva– activación del mecanismo de la resolución “Unión pro Paz” por la AG constituye una alternativa política y jurídicamente válida del sistema.

No se nos escapa que las ideas aquí planteadas pueden resultar polémicas, y que no cuentan con apoyo mayoritario en la doctrina. No obstante, es un deber del jurista buscar soluciones innovadoras a los problemas de las relaciones internacionales, incluso cuando estas parecen incompatibles con la *realpolitik*. De hecho, el derecho es –y debe ser– un límite a un pretendido realismo que puede acabar con los ideales que fundaron las NU y que hoy más que nunca deben tener vigencia.

