

Más allá de Kampala. El espionaje masivo como un crimen de agresión. Hacia una redefinición del rol del derecho (penal) internacional

POR GUIDO LEONARDO CROXATTO

Sumario: I. Introducción. El crimen de agresión en el derecho penal internacional. Evolución, crisis y desafíos. El paso todavía pendiente. — II. El escándalo destapado por Edward Snowden. — III. “*Crossing the borders*”: La soberanía y el derecho internacional. — IV. El espionaje (masivo) y el crimen de agresión en los albores del siglo XXI. La interpretación alemana: una interpretación restrictiva. — V. La norma alcanzada por consenso en Kampala, Uganda, en 2010. El artículo 8 bis. Crimen de agresión. — VI. Por una interpretación crítica del crimen de agresión. — VII. Hacia una nueva definición de la agresión en el Derecho. — VIII. “Por una mera cuestión de nomenclatura”. — IX. El artículo 8 bis del Estatuto de Roma. El crimen de agresión. Definición y desafíos. — X. El Protocolo I adicional al Convenio de Ginebra (1977). Un “mal superfluo”. — XI. Conclusión. De los muros presentes y los muros pasados. — XII. Referencias bibliográficas.

Resumen

El objetivo central del presente trabajo es abordar de un modo crítico un tipo penal presente en el Estatuto de Roma, que se mantuvo sin embargo casi una década (2002-2010) como un tipo penal abierto, hasta su definición en la Conferencia de Kampala, en Uganda, en 2010: el crimen de agresión.

Se pretende llevar adelante una lectura crítica de la definición alcanzada en Uganda, mostrando que ella es notoriamente insuficiente, porque no alcanza de modo eficiente a cubrir las formas que la agresión toma en el siglo XXI, con los enormes avances de la tecnología, avances que las condicionan y determinan de un modo claro y profundo. Estos avances condicionan de modo profundo también la forma en que pensamos y preservamos la privacidad y sobre todo la forma en que ella misma es (o debería ser) pensada y preservada por los Estados.

De este modo, se espera sostener que, bajo el formato actual, el tipo penal presente en el Estatuto de Roma sirve para concentrarse sólo en las agresiones más toscas o precarias (o “tradicionales”), que son cometidas en general por Esta-

dos menos —o poco— desarrollados económicamente (como muchos países de África, sobre los cuales se concentra casi exclusivamente la actividad de la Corte Penal Internacional, como ha sido cuestionado por diversos autores, como Danilo Zolo), siendo funcional al ejercicio de la jurisdicción concentrada en países pobres (o emergentes), pero dejando de lado, en una forma de doble estándar (tan común en el derecho internacional), las formas más evolucionadas o refinadas de la “agresión”, dejando impunes (como ha sido la tendencia histórica) las agresiones de los Estados —países, economías— más poderosos.

Palabras clave: crimen de agresión, espionaje, diplomacia, soberanía.

I. Introducción. El crimen de agresión en el derecho penal internacional. Evolución, crisis y desafíos. El paso todavía pendiente

El estatuto de Roma, de 1998, contiene los cuatro crímenes que persigue la Corte Penal Internacional: el crimen contra la humanidad, el genocidio, crímenes de guerra y el crimen de agresión. Este último, por las dificultades políticas (y técnicas) para acordar una definición (que no afec-

tara intereses de Estados poderosos), permaneció durante mucho tiempo como un tipo penal abierto, como un delito que no estaba definido y en consecuencia no se podía perseguir. No era juzgado. Esto cambió a partir de 2010, cuando el crimen de agresión fue definido y el Estatuto de Roma reformado. Esto sucedió en la Conferencia de Kampala, en Uganda: se definió, en medio de arduas discusiones técnicas y también políticas (y contra la oposición de muchos países), el crimen de agresión. Esto reabrió la discusión sobre los límites del uso de la fuerza: qué configura un uso de la fuerza “legítimo” (por ejemplo, en una intervención humanitaria) y cuándo ese uso de la fuerza es ilegítimo, es decir, cuándo configura una agresión, un crimen. La frontera no es clara porque muchas guerras y agresiones se han hecho y aún se hacen en nombre de causas nobles; de intervenciones humanitarias, democráticas, que luego demostraron no ser tales. La definición del crimen de agresión (y su persecución a partir de 2017) configura así un paso adelante para el derecho penal internacional. Abre un nuevo escenario que merece ser analizado (1).

El artículo 8 bis del Estatuto de Roma, que define el crimen de agresión, establece que “una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una viola-

(1) Este ensayo, que tiene como telón de fondo político el aún abierto escándalo de espionaje masivo (desatado en 2013), es un paper de Derecho Penal Internacional, crítico de la posición restrictiva en la materia (que es la posición clásica alemana, de profesores colegas como Kai Ambos, que interpretan restrictivamente figuras como el crimen de agresión, crimen aquí analizado). Buscamos interpretar aquí -frente a posiciones restrictivas “clásicas” (que han sido históricamente funcionales al doble estándar de persecución penal)- “extensivamente” el Estatuto de Roma, sobre todo su última modificación en Kampala, en 2010, de modo de volverlo más apto para perseguir los crímenes en función de la forma que ellos cobran en el presente y no en el pasado. De este modo se combate la selectividad penal (para el caso de que fuera posible hacerlo sin poner en crisis al sistema penal mismo) y se legitiman los tribunales internacionales, como la CPI, cuya base es la cooperación internacional, la cooperación (más que la competencia) entre países, Naciones y Estados. Donde la cooperación internacional se erosiona, se erosiona al mismo tiempo la legitimidad -y la efectividad- de estos tribunales.

ción manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”. En el inciso segundo se establece que “por ‘acto de agresión’ se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”. Si bien la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en función de crímenes de agresión podrá recién ejercerse después del 2017, como se dijo, es tiempo de pensar en el siglo XXI qué formas tiene o adopta la agresión y qué entendemos por uso de la fuerza armada. Qué entendemos por arma y por agresión. Más puntualmente, si el espionaje masivo tecnológico, con las características y escalas (y medios) actuales, no configura abiertamente, en este siglo, un auténtico crimen de agresión contra las personas y contra los países/Estados, violando su soberanía y su integridad territorial de un modo manifiesto, de un modo “manifiestamente incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”. Es menester del derecho internacional público (y del penal internacional) precisar las nuevas formas que, en el siglo XXI, adquiere la agresión, en caso contrario los tribunales internacionales seguirán persiguiendo crímenes y agresiones que se cometen sólo en los países más pobres, pero nunca en los países más poderosos. El derecho penal internacional seguirá con un doble estándar que le quita toda legitimidad, todo valor. Así se socava y se vicia la legitimidad de los tribunales como la ICC.

Un error de la conferencia de Kampala, en 2010, donde el crimen de agresión fue definido, fue haber incorporado, como aclaración en el artículo 8 bis, una resolución de hace más de medio siglo, como si las formas de la agresión de 1974 (bloqueo de puertos, etc.) fueran las formas actuales. Ese anacronismo no es inocente: perjudica a los países más atrasados tecnológicamente y más pobres (reforzando el argumento de que la Corte Penal Internacional se ha convertido en los hechos en un tribunal que sólo persigue crímenes cometidos en África, como afirma, entre otros, Danilo Zolo, contra argumentos de autores alemanes como Kai Ambos, que defienden al tribunal de esta crítica). El desafío es pensar la agresión en función de la forma que ella tiene en la actualidad, no de la forma que la agresión tuvo en el pasado. En caso contrario, los países con menos recursos tecnológicos, serán los únicos criminalizados por su accionar y sus agresiones

(que tampoco deben quedar impunes). En tanto aquellos que detentan las tecnologías más avanzadas están, en función de esa tecnología, dando forma a agresiones “nuevas” que quedarán impunes porque el derecho no está aún preparado para conceptualizarlas. El espionaje masivo tecnológico, con los medios y la sistematicidad actuales, a dirigentes, cancilleres, diplomáticos, jueces, periodistas, estudiantes, empresas y empresarios en todo el mundo, violando fronteras territoriales y reglas básicas del derecho internacional público de modo sistemático, socavando la base y el valor mismo de la diplomacia, es o configura abiertamente un “acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”. Es una violación de la democracia y del principio básico del derecho internacional de que se negocia y se pacta de buena fe. El espionaje amenaza con quitarle valor a la diplomacia (pero también socava la vida civil, las garantías sobre las que descansa toda democracia); al derecho internacional. A los tratados firmados. A la propia justicia internacional. El espionaje masivo atenta contra la paz. Atenta contra las relaciones entre los países, contra su soberanía y su integridad esenciales. Por esa razón el espionaje masivo, lo cometa el país que lo cometa, debe ser considerado como un crimen de agresión. Como un crimen que juzgan —no como un crimen que evaden— los tribunales internacionales. Defender esta tesis (esta nueva doctrina) es el objetivo esencial del presente trabajo. Para ello se cuestionará, en primer lugar, la doctrina clásica alemana, representada actualmente por el profesor Kai Ambos en Göttingen, que es una tesis “restrictiva” en materia de agresión por entender que ella (que la Declaración 3314 adjunta al art. 8 bis es “exhaustiva” y no meramente, como creemos nosotros, ejemplificativa) conduce en la actualidad no a una justicia internacional más ecuánime (y en consecuencia más legítima), sino a una forma de doble estándar en la persecución penal.

El objetivo de este ensayo es establecer una nueva doctrina (crítica, consustanciada con los desafíos y urgencias actuales en el escenario internacional, marcados por el resurgimiento de la “doctrina de seguridad nacional”) en lo atinente al crimen de agresión, presente en el Estatuto de Roma. Hay, pese a los avances de Kampala, un paso pendiente y es pensar la agresión según —o en función de— la forma que posee en la

actualidad o tendrá en el 2017 y no por la forma que cobró en el pasado, tomando como eje 1974 (Declaración 3314, incorporada al art. 8 bis del Estatuto de Roma). El derecho internacional no puede ir siempre detrás de los hechos: alguna vez puede posicionarse delante.

II. El escándalo destapado por Edward Snowden

El espionaje masivo resulta una violación grave de los derechos humanos y de la soberanía.

Dilma Rousseff en la Asamblea General de la ONU, 2013

¿Puede una violación grave, tal como indica Dilma Rousseff, quedar sin condena? Una de las crisis más complejas que atravesó y aún atraviesan las democracias en los últimos años vino dada por la profunda crisis que representó el escándalo del espionaje masivo de la NSA (destapado en el 2013 por el ex espía norteamericano Edward Snowden) que afectó no sólo la legitimidad de los Estados democráticos modernos (la base misma de lo que entendemos por Estado de Derecho, por democracia, por sociedad civil), que tiene como una de sus misiones centrales preservar las garantías civiles (siendo la privacidad de las comunicaciones —garantía de autonomía personal, libertad de expresión— una de ellas, una de las más fundamentales en una democracia) sino también habiendo afectado (el escándalo del espionaje masivo a dirigentes, políticos, embajadores, jueces, estudiantes, empresarios, etc.) la efectividad y el sentido mismo de la diplomacia, de los espacios internacionales públicos, de los foros donde se negocia —en principio— de buena fe y donde se buscan, generan y consolidan acuerdos. Pensar la agresión en el derecho penal internacional (DPI) configura un tema de enorme trascendencia para pensar la evolución de la democracia en los albores del siglo XXI, pero también para pensar los caminos sinuosos que actualmente transita el Derecho Internacional Público en general y el Derecho Penal Internacional en concreto, tomando como eje la “normalización” gradual de estados, actos y medidas discrecionales que previamente (antes del resurgimiento de la doctrina seguridad nacional, a partir de 2001) eran considerados “de excepción”. La normalización del estado de “excepción” (que ha pasado a ser, como afirma Gunter Frankenberg, el estado regular de cosas, el es-

tado “normal”) es inseparable del resurgimiento político de la doctrina de la seguridad nacional (que explica el uso de mecanismos de tortura (2), de espionaje masivo, de cárceles clandestinas, etc.; todo en nombre de la defensa, no de la seguridad colectiva, como predica o pretende la ONU —en aras de la cooperación entre países— sino del interés “nacional”, las potencias defienden “sus intereses”, esta defensa de sus “intereses” es inseparable muchas veces de la comisión de severas “agresiones”). Repensar la agresión en el siglo XXI (la forma que ella cobra en función de las nuevas posibilidades de “agresión” que abren las nuevas tecnologías de que disponen los Estados, los países más desarrollados y avanzados económicamente, con avances científicos, y técnicos) parece ser la única forma de preservar la democracia de amenazas no tanto externas (la amenaza del terrorismo) sino internas, como el espionaje masivo tecnológico (EMT), que en nombre del combate al terror y la defensa de las libertades civiles termina socavando esas mismas garantías civiles básicas y esas mismas libertades, en cuyo nombre, paradójicamente, se ejerce (3). El espionaje masivo termina socavando la libertad y el Estado de Derecho. Erosiona la legalidad.

En el marco de la llamada “lucha al terror” (guerra al terrorismo, *están con nosotros o contra nosotros*, afirmó Bush hijo en 2001, dando pie a la vasta doctrina de la guerra preventiva, violatoria de todo ordenamiento jurídico) la pérdida de derechos civiles ha dejado de ser la “excepción” y se ha convertido lentamente (a nivel discursivo, y jurídico) en la “regla” (4). Se ha ido

(2) Denominadas con el eufemismo de “técnicas de interrogatorio mejoradas”, como el submarino.

(3) Frankenberg, G. Técnica estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el estado de excepción. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 2014. El autor muestra cómo se va “normalizando” lo que (como la lesión y renuncia de derechos civiles) antes era visto como algo excepcional, como un estado de “excepción” que poco a poco se ha vuelto un estado “normal”, lesionando nuestras libertades y desdibujando lo que entendemos por democracia.

(4) Las democracias corren el riesgo -sin garantías civiles sustanciales- de convertirse, como advierte Ferrajoli, en una cáscara vacía, formal, detrás de la cual no hay una sociedad civil que ejerce plenamente sus derechos políticos. El espionaje erosiona y socava la autonomía personal. Violenta nociones elementales de lo que entendemos por Estado de Derecho y democracia constitucional. Ferrajoli, L. Democracia y garantismo. Ed. Trotta. Madrid. 2012.

convirtiendo en el estado “normal” —permanente, no excepcional— de cosas. Lo que antes era la “excepción” hoy es la regla. Esto traduce una crisis profunda de la legalidad internacional, de la modernidad jurídica. El principio de legalidad está siendo erosionado y con él el Estado de Derecho. El espionaje masivo (incluso entre “países aliados”, como sostuvo Angela Merkel, tras el escándalo que supuso que hasta su propio teléfono personal estuviera intervenido y espiado continuamente por un servicio secreto de otro país) es la contracara necesaria de esta crisis profunda. En nombre de la lucha al terror (mayor “seguridad nacional”) muchas sociedades han renunciado gradualmente a muchas de sus garantías y derechos esenciales y también han renunciado ha cooperar entre ellas (la seguridad colectiva, principio rector de la ONU, se basa en la cooperación internacional, siendo la cooperación —contra la que conspira la doctrina de la “seguridad nacional”— la contracara de todo espionaje). El espionaje masivo lesiona la autonomía y la libertad civil y esto perjudica a la democracia. Pero también lesiona la legitimidad (el sentido mismo, el objeto) de los espacios y foros internacionales donde los Estados acuerdan: se vulnera la diplomacia. Se desdibuja el diálogo en todos los niveles: internacional, nacional, político, se desdibuja incluso la interacción civil (5). Se des-

(5) Se daña el sentido de lo que entendemos por personalidad. El espionaje -la vigilancia, como en toda institución total (en el sentido de Erving Goffman), lógica antes sólo reservada a la cárcel -donde todos los encerrados son “tutelados” e infantilizados por el sistema, reducidos y conducidos- pero que hoy se ha extendido a todos los espacios y resquicios de la sociedad, empresas, calles, parques, estaciones, universidades, campos de deportes, edificios, barrios cerrados, todo (para disminuir supuestos riesgos o peligros) es vigilado, cada espacio, cada rincón cuenta con una cámara que registra todo- inhibe el desarrollo de la persona. El espionaje masivo inhibe la libertad y lo que entendemos por derecho a la personalidad, por derecho a ser persona. Todo esto se hace en nombre de la seguridad nacional. El espionaje masivo mina todo reconocimiento civil y político a la persona espiada, la disminuye, y desaparece -degrada- su autonomía civil y su capacidad de participación. Le niega sus derechos. El espionaje masivo supone un Estado que desconfia de todas las (sus propias) personas, de sus propios ciudadanos, desdibujando la frontera de la que se edifica la sociedad civil, escindida del Estado. En una sociedad donde rige el espionaje masivo, no hay sociedad civil. No hay participación política. No hay sociedad abierta. Todos los ciudadanos pasan a ser “internados” dentro de sus propios Estados/sociedades. (Goffman) El espionaje masivo produce la represión y la auto-censura del internado.

dibujan los foros políticos y los espacios donde se generan acuerdos nacionales o internacionales. Se desdibuja la libertad de expresión, que es reemplazada, en un Estado que vigila —registra, supervisa, contabiliza— todas las comunicaciones privadas —todos los pasos— de sus ciudadanos, por la auto-censura. Por el terror. No por la libertad civil.

La esencia misma del Estado de Derecho, concebido por la modernidad como reacción a la sociedad estamental, autoritaria, de vigilancia, es puesta en cuestión, en tela de juicio, en crisis, por el espionaje masivo. El espionaje (naturalizado como algo “normal” en la lucha —permanente— al terror) daña de modo profundo la personalidad, vulnera las libertades civiles, jaquea la autonomía y la capacidad de expresarse de las personas (su derecho a expresarse) sin sentirse acosadas o vigiladas desde el Estado mismo. El EMT mina la deliberación democrática. Desdibuja la diplomacia y la actividad política. Amenaza con destruir los pilares mismos sobre los que se construye y se edifica la sociedad civil: la participación ciudadana.

Dijo Dilma Rousseff, presidenta de Brasil, en la Asamblea General de la ONU, en 2013, que el espionaje masivo (de ciudadanos, empresas, presidentes, jueces, académicos) es una violación del derecho internacional grave, lo cual es claro. El desafío es ir más allá. No alcanza con decir que el EMT es un fenómeno “grave” y que sus actores —provengan del Estado que provengan— cometen una vaga pero muy clara “violación del derecho internacional grave”. Se debe establecer cómo y por qué esto es una violación “grave” del derecho internacional. Lo complejo es determinar en todo caso cómo (por qué y para qué) se juzga en concreto eso que se dice “violación del derecho internacional”. A través de qué figura en concreto del derecho internacional, de qué instituto. El crimen de agresión puede ser esa figura. Es la que permite juzgar de modo más directo y sin recurrir a la analogía (vedada en el derecho penal) estas violaciones masivas que lesionan de modo manifiesto y concreto —y sistemático— los valores y la letra misma de la Carta de la ONU. La diplomacia y la política internacional se ven socavadas y amenazadas por el EMT. Pero también el comercio, la libertad económica, la vida civil (máxime para quienes asocian, asumiendo el discurso de posguerra dirigido precisamente

contra sociedades entre muros, como la Alemania de la DDR, el libre mercado, capitalismo y democracia) amén de la grave lesión de derechos civiles esenciales, se lesionan también la diplomacia, la actividad comercial, la deliberación política democrática. No alcanza con decir, como dijo Rousseff en Nueva York, que el escándalo del EMT denunciado por Snowden es una “violación del derecho internacional grave”. Lo es. Pero Rousseff no pudo decir mucho más que eso: esta violación “grave” carece por el momento de una figura concreta que le dé cauce y evite o morigere la impunidad con que se manejan los actores de este crimen. Por tal razón es que hace falta dar el siguiente paso. Y ese siguiente paso (que aun no se ha dado, que aun el derecho penal internacional no dio, que es un paso todavía pendiente) no se puede dar en el vacío: necesita de un marco teórico preciso, que brinde posibilidades efectivas y concretas de persecución y condena. Se debe determinar primero por qué el EMT, con las características y efectos globales actuales, es una violación manifiesta, muy grave, como dijo Rousseff, al derecho penal internacional (a la letra y al espíritu de la carta de la ONU, a la letra y espíritu de toda constitución liberal moderna, una violación de toda legalidad jurídica, de todo marco civil) y sobre todo cómo se puede o debe juzgar —a través del Derecho— tal violación grave. A través de qué figura, de qué instrumentos.

Los avances de la tecnología condicionan también la forma en que pensamos la esfera privada de las personas. Condicionan los modos en que la privacidad es pensada y puede ser preservada por los Estados. Sin privacidad no hay sociedad civil. No hay participación política. No hay diálogo. Sin privacidad desaparece el sujeto de derecho autónomo: desaparece la (lo que entendemos por) persona. Y también por ciudadano.

Por otro lado, es importante remarcar que 2017 no es (no será nunca) 1974. Existe un abismo entre ambos momentos históricos. Son dos épocas separadas, dos mundos diferentes, dos posibilidades (geopolíticas, tecnológicas, civiles, comerciales, internacionales), muy diferentes y el derecho penal internacional no puede permanecer impasible o ajeno ante esto. Hacerlo significaría avalar las consecuencias de este desfase entre las conceptualizaciones jurídicas (de 1974) y las posibilidades que brinda la tecnología en el siglo XXI: ese “desfase” o anacronismo no es ino-

cente, provoca el doble estándar de persecución criminal en los hechos, donde las agresiones más sofisticadas permanecen impunes y las más toscas, cometidas (como en 1974 en 2017) por Estados/países menos desarrollados económicamente, con menos tecnologías a su disposición, son criminalizadas y condenadas, porque son las únicas que “comprende” (y en consecuencia las únicas que juzga) el Derecho (6). Esto no significa pedir que los crímenes que se cometen no se juzguen o queden impunes, como sugiere Ambos. Al contrario. Significa pedir más, no menos. Significa que la ecuanimidad (base de la legitimidad política) en el plano internacional demanda que la persecución jurisdiccional no sea sólo en determinados escenarios o países (pobres), sino en todos donde un crimen (por sofisticado que pueda ser) se cometa. Pero la primera aclaración es esta: 1974 no es 2017. Son dos épocas —dos mundos, dos posibilidades tecnológicas, técnicas— abiertamente diferentes. Son dos mundos separados, que requieren un derecho penal internacional pensado para el siglo XXI. No para el siglo pasado.

La agresión contemporánea dista de ser la agresión (en forma, métodos, y objetivos) que tenía lugar hace medio siglo, la agresión cambió o “evolucionó”, se refinó, se volvió en muchos aspectos mucho menos visible, más sutil, menos evidente, más disimulada, producto de la evolución tecnológica permanente (7); el DPI no puede mantenerse ajeno a estos cambios determinantes, fundamentales, si quiere ser eficiente (ecuaníme) en sus cometidos, si la jurisdicción —penal internacional— pretende ser ecuaníme,

(6) Coté, Luc. “International Criminal Justice: tightening up the rules of the game”. En *International Review of the Red Cross*. Volume 88 Number 861 March 2006.

(7) Véase “Cortocircuito entre EE.UU. y China por un masivo ciberataque”, en *Diario La Nación*, Buenos Aires, 06/06/2015. En este caso una periodista (que no es abogada) lo dice desde el sentido común. Y lo que dice, sin conocer la convención de Roma, es correcto. El espionaje es en los albores del siglo XXI una nueva forma de ofensiva -es decir de agresión- entre países. Y el derecho penal internacional no puede permanecer impasible ante esto. Ante estos cambios notorios en las formas que cobran las agresiones. (Como bien sostiene Amnistía Internacional el espionaje masivo en realidad es -y debe ser nombrado y pensado como- una forma de la “vigilancia masiva”. Véase también Informe de Amnistía Internacional: <http://amnistia.org.ar/noticias-y-documentos/archivo-de-noticias/vigilancia-masiva-6>).

sin lo cual pierde legitimidad. Muchas “agresiones” quedarían fuera de la definición alcanzada en Uganda (que apela a una resolución de 1974, siendo mucho lo que cambió la “agresión” —siendo mucho lo que cambió la tecnología, como se dijo— desde entonces). De este modo, la definición alcanzada en Kampala en 2010 es funcional al doble estándar de persecución penal: los Estados con instrumentos tecnológicamente más refinados, más sutiles y desarrollados ven cómo sus agresiones (más sofisticadas) quedan fuera del tipo penal (quedan impunes), fuera de la persecución penal internacional, que no tiene —aún— las herramientas conceptuales y/o técnicas (los marcos teóricos) necesarias para criminalizar esas conductas, estas agresiones. Estos crímenes. De este modo, para “justificar” su lugar —su existencia misma— los tribunales orientan su acción (algo semejante denuncia Zaffaroni para la selectividad penal en los delitos toscos en la esfera nacional) a los delitos más primitivos, más ostensibles, más burdos. Así como en el plano criminal local la justicia no cubre nunca los delitos de cuello blanco, tampoco en el plano internacional la justicia penal avanza más allá de los países/sectores pobres y vulnerados, cuyas “agresiones” toscas son —de tan primitivas— más fáciles de identificar y probar. De este modo (persiguiendo delitos toscos, “clásicos”, funcionales a la impunidad de los otros delitos, por ejemplo, financieros, la criminalidad económica, etc.) los tribunales —pese a que no atacan nunca el “núcleo” (económico, financiero, etc. que desata la violencia, la injusticia y la desigualdad social (8)) “justifican” su trabajo (de impartición de “justicia”)—. Mientras la criminalidad económica siga impune (mientras los delitos de cuello blanco cometidos por sectores concentrados y poderosos no sean juzgados) juzgar la “criminalidad tosca” (social) carecerá de sentido y de objeto. Porque se juzga las consecuencias sociales (de una sociedad desigual e injusta),

(8) Naucke, W. *Concepto de delito económico-político. Una aproximación*. Librería La Jurídica. Barcelona. 2015. Repensar la criminalidad económica es esencial para repensar (y redefinir) la agresión. Para entender más a fondo por qué la agresión es un crimen. La ineficacia en la represión de la criminalidad económica y financiera no es socialmente inocente o neutral: determina la otra criminalidad (tosca) que es, por diversas razones (una es que es más fácil de identificar) la única que realmente se juzga.

pero no se ataca nunca sus causas (9). Las causas (debido a la insuficiencia de los instrumentos del propio derecho para juzgar, nombrar, visibilizar estos crímenes) quedan siempre escondidas. Disimuladas detrás de la persecución selectiva de crímenes toscos y evidentes, con cuyo juzgamiento, sin embargo, los tribunales penales justifican su existencia misma.

El espionaje masivo de la NSA, con las características actuales (sistemático, masivo, global, cotidiano, tecnológico, automático, fuera del conocimiento de autoridades civiles, etc.) puede configurar un crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma, siempre y cuando se esté dispuesto a repensar la “agresión” de forma acorde con los cambios/avances que la tecnología supone en un mundo globalizado y cada vez más interconectado. El espionaje masivo, con las características con que acaba de ser denunciado (a jueces, dirigentes, empresarios, etc.), puede configurar, y de hecho configura, un acto (de agresión) “que por sus características, gravedad y escala” constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. Y si bien no constituye (el EMT) un uso clásico de “fuerza armada” (dependiendo de qué máquinas se comprendan como “armas”, ya que se emplean máquinas —muy complejas y sofisticadas, como reconoció el mismo John Kerry— para organizar el espionaje masivo, vulnerando soberanía, intimidad de las personas, etc.), es claro que el espionaje masivo y sistemático-tecnológico cotidiano y global es un acto manifiesto de un Estado “contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado”, “en una forma abiertamente incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”. Analizar y demostrar esto es el objetivo esencial de este trabajo.

La agresión, en los albores del siglo XXI, cobra nuevas formas y el DPI no puede permanecer impasible ante estos cambios (10). Se busca, en

(9) La justicia penal termina siendo con su accionar estructuralmente selectivo parte así del llamado “control social”. No mucho más que eso.

(10) “Gravedad en el Crimen de Agresión. ¿Una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza?”; en Volumen IV (enero 2016) del Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP), coeditado por la Casa Editorial de la Universidad del Rosario, la Editorial Tirant lo Blanch y el Instituto Ibero-Americano de La Haya. 2016. Véase también Ferencz, Benjamin B. “El uso ilegal de la

definitiva, repensar las nuevas formas que adquiere la agresión y pensar si el derecho penal internacional, bajo las definiciones y tipos actuales, está generando (o no) instrumentos adecuados y eficaces para su persecución y condena.

La forma que la agresión va tomando en el siglo XXI va demostrando que muchas de las definiciones e instrumentos de análisis con que se maneja el Derecho (no sólo internacional) van quedando perimidos, en desuso. Son anticuados: no sirven a su cometido. Esto nos obligará a repensar precisamente aquellas figuras que, como el crimen de agresión, habían quedado abiertas en el Estatuto de Roma, por la enorme dificultad que su definición suponía y aun supone para los Estados, que usan toda instancia para negociar y preservar no sólo la seguridad colectiva, principio rector de la ONU, sino también (y a veces sobre todo), sus intereses (11).

fuerza armada como crimen contra la humanidad”, Equipo Nizkor, 22 de Agosto de 2012. Traducción al español del Equipo Nizkor, Charleroi, 9 de Septiembre de 2013. <http://www.derechos.org/nizkor/aggression/doc/bferencz8.html>.

(11) Que estarían muchas veces más cerca de la “seguridad nacional” (el auge del espionaje masivo está más cerca de la ideología de la seguridad nacional, que experimenta, como advierte Zaffaroni, un resurgimiento) que de la seguridad colectiva, principio rector de la ONU. Por eso a su vez sistemas como el de la ONU están en crisis: el espionaje es a la vez causa y consecuencia de esa crisis de la diplomacia. La seguridad nacional se basa en la competencia entre Estados (espionaje, guerras, agresiones). La seguridad colectiva, principio rector de la ONU, se basa, por el contrario, en la cooperación internacional. En la cooperación y comunicación (negociación, acuerdos, pactos) de buena fe. En la cooperación (no en el espionaje) entre países y Estados. El espionaje mina y vacía la cooperación. El aparente paso de un tipo de seguridad a la otra configura un grave retroceso en el plano del derecho internacional y de las relaciones internacionales, una crisis de la diplomacia que pone en riesgo conceptos tales como soberanía, territorio, (negociaciones de buena fe, etc.) concepciones esenciales en la constitución de un Estado. También se violentan todas las esferas privadas, preservadas en las constituciones liberales, que pasan de ser letra viva a letra muerta (la inviolabilidad de la correspondencia, la privacidad de las comunicaciones, dejan poco a poco de ser “derechos” civiles: están dejando de serlo ante el auge de la seguridad nacional, que configura no ya un estado de “excepción” transitorio, sino el estado regular de vida en democracia: de este modo vamos perdiendo poco a poco garantías esenciales, en este marco nada casual, de erosión gradual de la legalidad, se sucede la crítica al garantismo; su carácter más extremo viene

Nunca es fácil establecer una nueva doctrina. Lo más simple es decir que el EMT no configura una agresión a la luz de la resolución 3314 (XXIX) de 1974, y que en consecuencia, ese crimen debe quedar impune, porque no tenemos una herramienta eficaz (o un marco conceptual, teórico adecuado) para comprenderlo, interpretarlo, juzgarlo, condenarlo (12). Nosotros pensamos en sentido inverso al sentido “tradicional”, por eso cuestionamos en este trabajo también la posición clásica alemana, restrictiva en materia de agresión. En este trabajo esperamos dar un sólo paso. El primero, que es siempre, en todos los planos, el más difícil.

La discusión sobre el crimen de agresión es una discusión determinante sobre el futuro rol del Derecho Internacional, un derecho que ve actualmente como muchos de sus principios e instituciones esenciales están, desde el retorno de la retórica de la seguridad nacional y la guerra “preventiva” (y de escándalos globales como el escándalo del espionaje masivo) en crisis. Existe un grave retroceso en materia de legalidad internacional. Muchos actos que configuraban antes (del auge, en 2001, en plena “lucha al terrorismo”, de la doctrina de seguridad nacional) un estado de “excepción” hoy se han normalizado y forman parte del cuadro cotidiano (del estado normal de cosas) de la vida civil y política. La normalización de la excepción (la normalización del espionaje, la normalización de las torturas, la normalización de las guerras “preventivas”, la normalización de Guantánamo) como advierte Gunter Frankenberg en Alemania representa un riesgo para la democracia. La vigilancia erosiona la vida civil y política. El escándalo del espionaje masivo y sistemático a dirigentes, empresarios, jueces, periodistas, políticos, ONG, diplomáticos, académicos, estudiantes, revela la crisis en que se encuentra sumida la diplomacia internacional pero también el Derecho Internacional Público.

dado por Günter Jakobs y su despersonalización de los “enemigos”, que no tienen derechos, ya que no son personas, son “no personas”). Véase Weisbord, N. “Conceptualizing Aggression”, in Florida International University Law, Legal Studies Research Paper Series. Vol. 20. 2010. El auge del espionaje masivo no se sucede en cualquier contexto sino en un contexto de crisis de la esfera internacional y de la legalidad misma en el Derecho. Por eso mismo se vulneran derechos esenciales de nuestras constituciones.

(12) Heller, K. “The Uncertain Legal Status of the Aggression Understandings”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10. 2012. pp. 229-248.

III. “*Crossing the borders*”. La soberanía y el derecho internacional

Lo primero que se debe advertir es, merced de distintos avances (vinculados sobre todo a las posibilidades nuevas que abren los avances de la tecnología en la era digital, aunque no solamente), cómo se va desdibujando la noción de frontera, esencial para determinar uno de los elementos centrales del Estado moderno: su territorio. “Las violaciones no conocen fronteras y las formas de esta agresión se sofistican cada vez más” (13), afirma escuetamente Leonardo Bloff. Las agresiones se vuelven cada vez más sutiles, más sofisticadas. Más complejas. Más difíciles de “asir” por el derecho. No adquieren las formas clásicas de una agresión bélica como podía ser el ostensible bloqueo de un puerto. En la era de las (tele)comunicaciones, las agresiones, más refinadas, virtuales, se centran sobre todo en esa esfera (cuyas plataformas son muchas veces invisibles, inmateriales): en la comunicación.

Existe una sola forma de evitar el doble estándar en el ejercicio de la jurisdicción penal internacional (es decir, de evitar que ésta, merced del doble estándar, termine perdiendo su legitimidad) (14) y es ajustando los tipos penales y las

(13) “Vivimos en un mundo en el cual los derechos humanos son violados, prácticamente en todos los niveles, familiar, local, nacional y planetario. El Informe Anual de Amnistía Internacional de 2013 con referencia a 2012, que cubre 159 países, hace exactamente esta dolorosa constatación. En vez de avanzar en el respeto a la dignidad humana y a los derechos de las personas, de los pueblos y de los ecosistemas estamos retrocediendo a niveles de barbarie. Las violaciones no conocen fronteras y las formas de esta agresión se sofistican cada vez más”. Bloff, L. “Los aviones no pilotados, la violación más cobarde de los derechos humanos”, en <http://leonardobloff.wordpress.com/2013/12/17/los-aviones-no-pilotados-la-violacion-mas-cobarde-de-los-derechos-humanos/>). El DIP no puede permanecer impasible ante esto, antes estas nuevas formas de la agresión, que son, como afirma Leonardo Bloff, basado en el informe de Amnistía Internacional, cada vez más sofisticadas. Esta “sofisticación” creciente de las agresiones (producto del avance directo de la tecnología y también de las formas que adquieren las comunicaciones en el siglo XXI) representa un enorme desafío para el Derecho. Y para la doctrina penal.

(14) Por ejemplo persiguiendo sólo crímenes cometidos en países emergentes (se emplea el eufemismo países “en vías de desarrollo”, en “vías de” crecimiento, países “emergentes”, de la “periferia”) de África. Kai Ambos definiendo a la CPI de esta crítica (que realizan autores como

formas de persecución de crímenes atroces a las cambiantes pero particulares circunstancias en que se pretende aplicar el derecho penal: el siglo XXI es un siglo de telecomunicaciones veloces, el siglo del salto digital, donde las tecnologías avanzan y condicionan de modo complejo y variado lo que entendemos por comunicación, por “frontera”, por “privacidad”, por esfera íntima, por agresión, por derechos humanos, por vida social, por interacción humana, por relaciones sociales, por participación política, por autonomía, por “persona”; en suma, condicionando conceptos centrales de la teoría política moderna, como los de legalidad, sociedad civil, Estado, ciudadanía, libertad de expresión, vida pública, deliberación democrática.

Como refiriéramos con anterioridad el 2017 no es (y no será nunca) 1974. Existe un abismo entre ambos momentos. Ese “desfase” no es inocente, provoca el doble estándar de persecución criminal que estamos cuestionando, donde las agresiones más sofisticadas —como afirma Danilo Zolo— permanecen impunes (15).

Decíamos que el escándalo (auge) del espionaje masivo (expuesto por el ex espía Snowden) desnuda el resurgimiento a escala internacional de la ideología de la seguridad nacional (16) (bajo la égida de la doctrina de la guerra preventiva, que erosionó la credibilidad de todo el sistema de la ONU y la imagen de EE.UU. en el mundo, mostrando la desconfianza recíproca que existe aun entre los Estados aliados (17)), en

Danilo Zolo), pero entendemos que la legitimidad tiene en la ecuanimidad uno de sus primeros -y principales- requisitos. Un tribunal que no es ecuaníme en la persecución de crímenes pronto es un tribunal que deja de ser legítimo. La erosión de la legitimidad política (base de la autoridad jurídica) del ICC se observa precisamente en muchos foros legales africanos.

(15) McDougall, C. *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*. Cambridge University Press. New York. 2013.

(16) Zaffaroni, E. R. *Crímenes de Masa*. Ed. Madres de Plaza de Mayo. Buenos Aires. 2010.

(17) Se debe recordar que la guerra “preventiva” en Irak, realizada sin el aval del Consejo de Seguridad de la ONU (donde Francia pensaba hacer valer su poder de veto, Alemania también se opuso a esa invasión, pero carece de poder de veto) se hizo con el objetivo de encontrar armas de destrucción masiva, que jamás se encontraron, destruyendo sin embargo uno de los cimientos del derecho internacional público.

desmedro del principio de la seguridad colectiva, principio rector de la ONU, que se basa, por el contrario, en la cooperación fundamental entre países (aliados o no) con miras a consolidar objetivos comunes, siendo el mantenimiento de la paz uno de los más fundamentales de ellos, y que le dio sentido, precisamente, al sistema de Naciones Unidas tras la Segunda Guerra Mundial. El paso de un sistema a otro (el paso o retroceso de la seguridad colectiva a seguridad nacional) reemplazando principios (de cooperación internacional por el de competencia y agresiones, como el espionaje masivo, aunque no solamente, también comerciales) desnuda una crisis profunda de la diplomacia. Una pérdida de confianza y fe en la diplomacia como espacio natural o actividad capaz de alcanzar o lograr buenos acuerdos. Donde el “medio” natural de la paz deja de ser la diplomacia internacional (la seguridad colectiva, el principio de cooperación entre países/Estados) surgen actividades (que se creían superadas, propias de la Alemania previa a la caída del muro de Berlín y la *Stasi*) como el espionaje masivo, que depende o anuncia la creciente “desconfianza” entre los Estados y entre las personas. La seguridad colectiva descansa en la cooperación. La seguridad nacional descansa en las agresiones (“preventivas”) y en actividades —que minan la diplomacia, que minan todo “acuerdo”, toda “cooperación”— como el espionaje entre Estados, dejando que cada uno (cuando no cooperan) persiga su propio y sólo “interés”. No es menor lo que preanuncia el paso (el retroceso) de un sistema (de seguridad colectiva/cooperación internacional entre Estados) a otro (de seguridad nacional/crisis de la diplomacia/agresiones entre Estados, poca o nula “cooperación” entre países: desconfianza y competencia de “intereses”). La defensa de “intereses” de los Estados no debería socavar la legitimidad de un sistema basado en (y que tiene como norte), como la ONU, la cooperación entre los países. Donde la cooperación internacional desaparece o es socavada, y la diplomacia pierde su lugar, surgen actividades (que minan la democracia y las garantías civiles) como el espionaje masivo.

En su ensayo *Crime against Humanity: A Normative Account* (18), Larry May formula el “prin-

(18) May, Larry. *Crime against Humanity: A Normative Account*. Cambridge: Cambridge University Press, forthcoming, chap. 3.

cipio de seguridad” (inescindible del *international harm principle*) de la siguiente manera (no muy diferente por otro lado de lo que, en otro orden de cosas, desarrolla el filósofo norteamericano, de raigambre neokantiana, John Rawls (19)): “If a state deprives its subjects of physical security or subsistence, or is unable or unwilling to protect its subjects from harms to security or subsistence, a) then that state has no right to prevent international bodies from ‘crossing its borders’ in order to protect those subjects or remedy their harms; b) and then international bodies may be justified in ‘crossing the borders’ of a sovereign state when genuinely acting to protect those subjects” (chap. 4). Inversamente, cuando los Estados (por ejemplo, el Estado alemán) sí son capaces evidentemente de preservar a sus ciudadanos de esos daños, de proveer seguridad física y psicológica a sus ciudadanos, entonces el “cruzamiento de los bordes” configura una grave violación del derecho de ese Estado vulnerado, que ve mancillada su soberanía. Configura una agresión concreta a su integridad territorial. Una forma de violentar su soberanía.

Como se ve, el principio de seguridad (colectiva, basado en la cooperación entre Estados, postulado de la ONU) es inescindible de la caracterización de los hechos o actos que calificamos, de un lado, como “agresiones” (cuando no respetan ese principio, cuando la diplomacia, la vía diplomática, queda vulnerada, cuando los Estados ya no “cooperan”), y de otros, por el contrario, cuando tienen un sentido diferente, como por ejemplo, una intervención humanitaria (respetan ese principio) (20). La distinción pasa precisamente

(19) Rawls, John, “El Derecho de Gentes”, en Shute, Stephen y Hurley, Susan. De los derechos humanos. Ed. Trotta. Madrid. 1998.

(20) La crisis del discurso de la intervención humanitaria es otra de las caras de la crisis global del derecho internacional, de sus principios, metas, foros, discursos, y valores. La intervención humanitaria pareció haber sido usada últimamente (contracara del auge de la doctrina de seguridad nacional, que usa -mientras vacía de contenido- el discurso “humanitario”) como excusa precisamente para disimular agresiones. Actos de agresión. Guerras de agresión. Invasiones militares que dejaron en evidencia a los ojos del mundo, y detrás de excusas y metas supuestamente legítimos y humanos (como encontrar armas de destrucción masiva en Irak) que terminaron siendo operaciones falaces, que produjeron miles de civiles inocentes muertos, familias destruidas, hijos sin padres, países desvastados. Sujetos -familias enteras- sin defensa. Sin

derechos. Sin palabra. Parte de la crisis del derecho internacional y del discurso de intervención humanitario es la consecuencia directa del auge -discursivo y operativo- de la doctrina de la seguridad nacional, con sus guerras preventivas, revestidas con un lenguaje moral, político. La crisis de la legalidad internacional (en donde fenómenos como el espionaje masivo se inscriben y cobran sentido) se debe al auge de la doctrina de la seguridad nacional, que socava la legitimidad y mina las instituciones del derecho internacional público. El auge de la doctrina de la seguridad nacional resta legitimidad a los tribunales (penales) internacionales, cuya legitimidad misma es el emergente necesario de la cooperación internacional entre países -principio de seguridad colectiva; ONU- que esta doctrina (de seguridad nacional e intereses nacionales, guerras “preventivas”) socava y pone en peligro. La falta o ausencia de “cooperación” internacional también se observa en otros campos (como el cuidado del medio ambiente, expoliado en medio de la “competencia” industrial voraz que impone el comercio, cuyas “agresiones” no son vistas por el derecho contemporáneo como tales: hay “agresiones” -crímenes de agresión- también contra el medio ambiente, contra la naturaleza que la modernidad cartesiana nos enseñó a ver casi exclusivamente como un mero “recurso”, no como un sujeto). Zaffaroni, E. La Pachamama y el humano. Ed. Madres de Plaza de Mayo. Buenos Aires. 2014. Como se ve, la agresión, el crimen de agresión, en múltiples aspectos (no sólo respecto del espionaje masivo, sino también respecto de la histórica y grave expoliación por parte de países europeos de recursos naturales de países pobres de África, cuyas personas -por otro lado- son cruelmente deportadas de Europa, mientras se las priva -en sus propios países- de sus propios recursos, de su propia riqueza; las personas africanas son lanzadas a su suerte a un desierto o ahogadas en el Mar) exige ser repensada. Porque esto también es “agresión”. La expoliación de la naturaleza en África también es un crimen (de agresión). Hay mucha “agresión” -cometida por Estados poderosos, en países pobres de África (donde la ICC concentra su actividad, su jurisdicción)- que no es vista como tal, que no es nombrada ni caratulada con ese nombre. Como agresión. Como crimen. Por eso la posición “restrictiva” alemana respecto de la agresión esconde, en este contexto (más teniendo en cuenta que Alemania es -como EE.UU.- una potencia industrial con intereses claros en muchos países de África) mucho más que lo que dice. Ampliar lo que entendemos por “agresión” es combatir de frente el doble estándar en el Derecho (Internacional Público) y tender a la cooperación más que a la “agresión” entre Estados/soberanías. La cooperación es incompatible con la doctrina de la seguridad nacional. Pero sólo la primera (sólo la cooperación internacional, sólo la seguridad colectiva) es compatible con el ejercicio legítimo de la jurisdicción de tribunales como la ICC. La seguridad nacional vacía esos tribunales de contenido. Destruye su legitimidad de origen (que es la cooperación internacional y la seguridad colectiva), destruye su objeto. Su sentido. Su meta. “Compite” con ella, imponiendo los propios intereses nacionales por sobre la cooperación (que esos tribunales internacionales, con su jurisdicción, presuponen y expresan).

por el respeto de la soberanía de los Estados y el grado de cooperación práctica que existe entre ellos. En la agresión no hay cooperación posible. Lo que queda claro es que los “bordes se cruzan”, para usar la expresión de Larry May, cuando la cooperación internacional queda avasallada. Cuando pierde sentido. Cuando la diplomacia (donde se generan los acuerdos) pierde valor. Y el hecho mismo de “cruzar los bordes” implica ya en sí mismo una forma de la agresión, que violenta la soberanía y la integridad territorial de los Estados, violenta el orden internacional (el espíritu pero también la letra concreta de la carta de la ONU). El espionaje masivo es en este sentido, con las tecnologías actuales, independientemente de si configura o no un ciberataque, ya el hecho de espiar masivamente a millones de ciudadanos de otro país, en modo sistemático, un daño concreto. Una forma de la agresión. Una vulneración grave de soberanía, integridad y autonomía. Una clara violación de derechos civiles y políticos. En una palabra: una agresión. Un crimen de agresión. Si estas acciones masivas sistemáticas (hechas a través de máquinas automáticas, medios tecnológicos nuevos) no son encuadradas como agresiones, entonces debería reconocerse que la soberanía y la integridad de los Estados y sus ciudadanos y dirigentes pueden ser abiertamente y sistemáticamente violentados en el siglo XXI por otros Estados, sin consecuencias reales; es decir, sin “gravedad”. Sin consecuencias jurídicas. Esto es lo que configura la impunidad. Es decir, lo que debe evitarse. Lo que no se debe justificar. El derecho internacional público nace precisamente para combatir esto: la impunidad de este tipo de agresiones cometidas por los Estados contra otros Estados, que suelen ser la puerta de entrada de los peores crímenes y las guerras. Del avasallamiento de los tratos internacionales y de la diplomacia internacional. En una palabra: del avasallamiento de la paz (21).

Por eso el crimen de agresión es un crimen tan complejo, cuya definición dio (y aun da) tanto trabajo. Porque ese crimen configura un vértice del orden internacional, del orden público. Una línea de fuego, para usar la expresión de Jürgen

(21) Véase Werle, Gerhard. “General Principles of International Criminal Law”, in: Antonio Cassese (Hg.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 54-62.

Habermas (22). Delimitar la agresión (ir más allá de la resolución 3314 de 1974) de acuerdo con los desafíos y riesgos actuales (2015), es la única forma de restablecer el valor y la confianza de los países en la diplomacia y el orden internacional. En las instituciones del derecho internacional. En el valor de sus tratados.

En caso contrario, los tratados y cortes seguirán persiguiendo (sólo) a países sin tecnologías avanzadas, cuyas agresiones siguen configurando las agresiones “tradicionales” (que también deben ser perseguidas, pero no son las únicas agresiones que deben perseguirse, porque no son las únicas agresiones que se cometen; existen hoy en el derecho internacional otras agresiones complejas —y que se escudan en su complejidad— que necesitan ser tipificadas, nombradas, asumidas, y condenadas) (23).

Los “bordes” en definitiva, sólo se “podrían cruzar” cuando el Estado mismo no puede garantizar la seguridad y la integridad de sus ciudadanos. Pero no en caso contrario. En caso contrario esa intromisión (como el caso del espionaje masivo) configura una agresión concreta. Hay muchas formas de “cruzar los bordes” de los territorios de los países. No sólo una. Se busca establecer, en suma, si el espionaje masivo con sus características actuales, con su gravedad, sistematicidad y escala, puede configurar, a la luz del art. 8 bis del Estatuto de Roma, como fue reformado en Uganda, un crimen de agresión (24).

(22) Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Trotta. Madrid. 2009.

(23) La doble moral o el doble rasero es una forma de la impunidad (para los Estados más poderosos, con las tecnologías más avanzadas). La ecuanimidad de la justicia es la base del derecho.

(24) En este trabajo esperamos analizar críticamente los recientes casos de espionaje masivo a ciudadanos de todo el mundo, independientemente de su posición (presidentes, jueces, cancilleres, embajadores, periodistas, jueces, empresarios, estudiantes, activistas, todos son pasibles, como afirma correctamente Ambos, de ser considerado un “terrorista” y verse privado, por esa “sospecha”, de todos sus derechos, incluso el esencial derecho a defensa en juicio, al debido proceso, etc.) a la luz de la normativa actual del derecho penal internacional. Más concretamente: establecer si el espionaje masivo con sus características actuales, con su gravedad, sistematicidad y escala, puede configurar, a la luz del art. 8 bis del Estatuto de Roma, como fue reformado en Uganda (en nuestra opinión, de modo insuficiente), un crimen de agresión (Ambos, Kai.

Lo que la sofisticación de la agresión (la sofisticación de los medios de la agresión) termina(rá) cambiando, a través de prácticas de espionaje masivo sistemático (entre otras prácticas que violentan la soberanía de los Estados) es la noción de frontera. La noción de frontera es una noción (aunada a la noción misma de Estado), que va desapareciendo o se va redefiniendo también en términos virtuales. Se debe tener en cuenta esto para entender por qué las agresiones van cambiando de forma, de intensidad, de escala. De medio. De objeto. De sentido. Poco sirve apelar a resoluciones (como la resolución citada en el art. 8 bis) de hace medio siglo para caracterizar las agresiones del siglo XXI. La agresión va cambiando de forma. Eso no quiere decir en modo alguno que la definición de agresión que se alcanzó en 2010 en Uganda no sirva. Quiere decir que la definición alcanzada sobre el crimen de agresión no es suficiente, que es distinto.

La violación de la soberanía de un Estado es un delito grave, que puede dar lugar a un conflicto bélico. Precisamente para evitar estos conflictos bélicos, para evitar conflictos y guerras, es que se buscó definir en Kampala, luego de muchos años de debate y falta de consenso, la agresión. Lo que buscaremos también en este trabajo es precisar si la definición alcanzada en Kampala es una definición suficiente o, por el contrario, es una definición todavía incompleta, que debe ser mejorada y complementada de cara a los desafíos complejos que enfrenta el derecho penal internacional actualmente y a los que presumiblemente enfrentará en el futuro. Nuestra hipótesis es que la definición alcanzada en Kampala, como dijimos más arriba, no es suficiente. Y no lo es porque no sirve para combatir todas las agresiones con la forma que éstas (o al menos muchas de ellas) parecen adoptar en los albores del nuevo milenio.

IV. El espionaje (masivo) y el crimen de agresión en los albores del siglo XXI. La interpretación alemana: una interpretación restrictiva

En primer lugar, debe tomarse en cuenta la distinción o diferencia entre el acto de agresión y el

crimen de agresión, dos conceptos que a menudo se confunden o se mezclan. No todo acto es un crimen.

Kai Ambos, profesor en Göttingen, es escéptico respecto de las posibilidades de juzgamiento del crimen de agresión: tampoco estaba de acuerdo en incluir este tipo de crimen en el marco del Estatuto de Roma, como parte de los crímenes que persigue la CPI (el crimen de agresión, incorporado en Kampala, será perseguido recién a partir de 2017). Esta fue la posición alemana clásica o tradicional. Es una posición restrictiva respecto de lo que debía —debe— ser entendido por “agresión”. La posición alemana es que las agresiones criminalizadas deben reducirse a un mínimo, que no debe ampliarse la cantidad de actos que se tipifican dentro de la agresión.

Respecto de la declaración incorporada al art. 8 bis, y en función de compartir esta posición clásica alemana (restrictiva en cuanto a lo que cabe incluir dentro de la agresión) Ambos entiende que la enumeración de actos que la misma aporta (pese a ser, como se dijo aquí, una declaración que tiene más de medio siglo de antigüedad, siendo su desfase con la práctica del siglo XXI hartamente evidente) es “exhaustiva”. Nosotros entendemos, por el contrario, con otra parte de la doctrina (que sí está a favor de emplear activamente esta figura para perseguir agresiones y prevenir de ese modo crímenes mayores) (25) que la

(25) Zaffaroni, E. R. *Crímenes de Masa*. Ed. Madres de Plaza de Mayo. Buenos Aires. 2010. El resurgimiento actual de la doctrina de la seguridad nacional -con la consecuente erosión de la legalidad que la misma supone- en todos los planos puede ser combatido previniendo -con la criminalización de agresiones (como el EMT)- crímenes mayores. Los Estados más poderosos no estarán de acuerdo, por supuesto, con esta doctrina, por la sencilla razón de que ella afecta sus “intereses”. El resurgimiento de la doctrina de la seguridad nacional (como denuncian Garzón, Zaffaroni, Butler, entre otros) es inseparable de “escándalos” como el escándalo del espionaje masivo, que revela lo poco que pesa, en la esfera internacional, la cooperación entre países (principio rector de la ONU: la erosión de la “seguridad colectiva”). En este marco, el crimen de agresión, que se empieza a juzgar a partir de 2017, puede tener una importancia decisiva para prevenir crímenes mayores, en un mundo donde la diplomacia internacional, merced de escándalos como el propio escándalo del espionaje masivo, ha perdido peso, objeto y sentido. El resurgimiento de la doctrina de la seguridad nacional, del supuesto combate al terror (en la era Bush hijo, con la doctrina de la “guerra preventiva” para encon-

“Los terroristas también tienen derechos”. En Diario Página 12. Buenos Aires. 14 de mayo de 2011. También Ambos, Kai. “Wer ist ein Terrorist?”, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, FAZ, Frankfurt, 2 de octubre 2014).

trar armas de destrucción masiva que jamás se encontraron en Irak) es inseparable del auge del espionaje masivo y de la erosión gradual de la diplomacia y el derecho internacional (Koskiname, profesor en Finlandia, hablaría abiertamente no ya de derecho internacional, sino más modestamente, de “política” internacional, ya que lo que observamos en ese plano no puede calificarse de -y dista mucho de tener algo que ver con el- “Derecho”). La única manera de “frenar” o combatir este auge bélico (de la doctrina de seguridad nacional, que se vincula a “guerras preventivas” y escándalos de espionaje en todo el mundo contra presidentes, jueces, empresarios, etc., en una lógica bélica donde compiten “intereses” de Estados que ya no cooperan entre sí, como pretendía la ONU) es “ampliando” y no mitigando, como cree Ambos, los alcances del crimen de agresión. Por eso recurrimos a una interpretación extensiva. Porque es la (única) que el actual contexto político diplomático internacional, con las tensiones y conflictos que se observan actualmente, impone como camino necesario para preservar el Derecho y la paz, para volver a la “cooperación” entre países, se debe desandar el camino de guerras preventivas en defensa de “intereses” nacionales. El camino “restrictivo” elegido -en este marco histórico, en esta época- por el Profesor Ambos, en un contexto de fuerte auge de la doctrina de la seguridad nacional (guerras preventivas, intereses nacionales por sobre la cooperación internacional entre Estados) no conduce a un mundo más “seguro”, conduce a una mayor impunidad para las agresiones “nacionales” de los Estados más poderosos (que hacen guerras preventivas en todo el mundo para preservar sus intereses “nacionales”, mientras espían a todo el mundo) que no han firmado, por ejemplo, el Estatuto de la CPI, a sabiendas de que sus conductas podían y deberían ser juzgadas por esos tribunales (la no-adhesión, la no conformación, la no firma del estatuto de la CPI es simbólica en sí misma para una potencia como EE.UU. que exporta la “democracia” y las garantías civiles). En este contexto “político” (de auge de la doctrina de seguridad nacional) la “agresión” no es casual: se reproduce, cobra nuevas formas y el DIP no puede permanecer impasible ante esto (no puede ir siempre detrás de los hechos), mientras los tribunales ejercen todo el poder y el peso de su jurisdicción occidental en los países pobres y poco desarrollados -explotados- de África, negando a su vez la propia historia (“occidental”) de estos países devastados por la colonización pasada y presente, por el extractivismo, el robo de recursos naturales, etc. Hay crímenes que no se ven: crímenes graves que el Derecho no nombra. Tampoco allí se juzgan las “agresiones” de los colonizadores: sólo se juzgan las toscas agresiones de los colonizados, con el lenguaje jurídico del colonizador, como chivo expiatorio de nuestros tribunales de las agresiones mayores, actuales, cotidianas (propias) de los Estados más poderosos del mundo, que nuestros jueces (eurocentristas) no juzgan. No ven. No asumen como propias “agresiones”. No nombran. El doble estándar es estructural al derecho penal, la selectividad, como afirma Zaffaroni en sus trabajos, es inherente a él, pero esto no evita que (no es óbice para que no) se la denuncie y combata. Combatir la selectividad del Derecho Penal Internacional (darle mayor legitimidad a la justicia penal internacional) conduce

enumeración de actos (máxime teniéndose en cuenta que se vuelve a emplear una declaración antigua, con más de medio siglo) es meramente enumerativa, pero no excluyente de otros actos (nuevos, formas nuevas) de la agresión en el siglo XXI, producto del avance enorme de las tecnologías de que disponen los Estados. Por eso no compartimos la posición del Prof. Ambos ni la doctrina clásica alemana restrictiva (“estricta”) respecto de lo que debe ser entendido o considerado como una “agresión” en el derecho penal internacional. Sólo en una posición restrictiva, precisamente, se entiende que se recurra a una declaración “exhaustiva” que tiene medio siglo de antigüedad y cuyo resultado concreto (y no casualmente Kai Ambos defiende al tribunal penal internacional de esta crítica frente a autores como Danilo Zolo) es el doble estándar de persecución, donde las agresiones más refinadas o sofisticadas quedan —porque no se las “comprende” con una declaración “exhaustiva” de 1974— impunes. Que Kai Ambos defienda a la CPI de esta crítica es el “correlato necesario” de su visión de la agresión en términos restrictivos, conduciendo a legitimar un artículo (el 8 bis) que replica las agresiones de 1974 en pleno 2015, como si el mundo (la tecnología, y la agresión) no hubieran cambiado. El impacto de esta tesis “restrictiva” es, como se dijo, la impunidad de las agresiones más sofisticadas y el juzgamiento de las agresiones más toscas (el doble estándar) que tienen lugar en los países menos desarrollados: casualmente aquellos donde se producen los crímenes que concentran la actividad o la jurisdicción de la CPI: África. Por eso en este ensayo entendemos que es importante superar las limitaciones propias de la posición clásica alemana, readaptando la discusión al escenario internacional contemporáneo, donde las nuevas formas de la agresión están llamadas a ser (si no se les pone coto, si no se persiguen los crímenes, si no se condenan sus autores) uno de los grandes flagelos del siglo que viene. Entendemos que el espionaje masivo tecnológico es uno de estos flagelos que hacen tambalear —pone en crisis— a la democracia.

necesariamente a ampliar la mirada sobre lo que entendemos por “agresión”. La interpretación restrictiva que propone Kai Ambos es funcional al doble estándar. Eso es lo que debemos combatir en el Derecho Penal. La selectividad penal le quita la legitimidad a todo el Derecho.

Una interpretación “restrictiva” no carece de consecuencias en la práctica: su consecuencia directa es el doble estándar en la persecución penal, que redundando en la impunidad de las agresiones (sofisticadas, “nuevas”) que cometen los Estados más poderosos. La interpretación amplia de la agresión es la única que apela verdaderamente a la propia utilidad —sentido mismo— de la figura de la “agresión”: que es prevenir, justamente (a tiempo) crímenes aun mayores. La interpretación restrictiva en el fondo descrea de la figura misma de la “agresión”. No es casual que esta sea la posición “clásica” predominante en Estados que tienen —como Alemania, un Estado avanzado tecnológicamente y científicamente por otro lado— una larga historia de agresiones a otros Estados. Pareciera que la interpretación “restrictiva” es a su vez la posición más compatible —para estados poderosos— con la defensa de propios intereses nacionales o geopolíticos, e incluso comerciales (26).

(26) La explotación de los recursos naturales también puede ser pensada (desde el margen latinoamericano, apelando a la teoría de la dependencia, que divide centros de periferias explotadas, que padecen a su vez las consecuencias más notables del cambio climático que la erosión de la naturaleza produce) como “crimen de agresión” (si se prueba que la erosión industrial de las potencias y la polución que se produce en países avanzados tiene sus secuelas más graves y devastadoras no en esos mismos países que contaminan, sino en aquellos más atrasados, con menos infraestructura, como los países de África o América Latina; entonces es posible encontrar nuevas formas de la agresión, vinculadas a la forma de procesar intereses económicos estratégicos, políticas públicas vinculadas no sólo a “objetivos militares” sino económicos y comerciales, industriales, que pueden derivar en “agresiones” a Estados indefensos o poco desarrollados económicamente, que ven su soberanía, territorio, recursos, población, vulnerados, “agredidos” de dos maneras por los Estados poderosos: 1. Por la explotación directa e injusta de sus recursos naturales, desde épocas de la colonización hasta la actualidad subsiste esta agresión, este crimen de agresión; la colonización cobra nuevas formas. 2. Por las consecuencias que producen, sobre todo en los países menos desarrollados, el cambio climático, consecuencia directa de la polución que producen las potencias centrales, que tiran sus desechos “en la periferia” climática, económica, social y financiera, en forma directa, comprando espacios para desechos y en forma indirecta, por la forma en que se procesa la contaminación en los ecosistemas. En suma, el desafío que proponemos pasa por repensar el sentido de la “fuerza armada” presente en la figura del crimen de agresión, repensando, en ese camino, lo que entendemos por agresión misma. Hay lógicas nuevas que el Derecho no puede dejar de considerar y que impactan de modo

El uso de la fuerza armada. “De conformidad con la definición general citada, se pone énfasis en la utilización primaria de la fuerza armada por un Estado como prueba de un acto de agresión, para luego enumerar los actos de agresión. Sin embargo, estas disposiciones son indeterminadas toda vez que dependen de la apreciación discrecional reservada al Consejo de Seguridad de la ONU. De igual manera, en torno a la utilización primaria de la fuerza armada, el Consejo de Seguridad puede concluir que no constituye un acto de agresión. En lo relativo a la enumeración de los actos de agresión, la Resolución 3314 precisa que tal relación no es exhaustiva y que el Consejo de Seguridad puede determinar actos que constituyan agresión. Ahora bien, como señala Cassese, la práctica internacional sugiere que a nivel de DI consuetudinario, acciones tales como el ataque de Irak hacia Kuwait configuran

profundo en nuestra forma de pensar las “agresiones” como crímenes. Hay muchas agresiones que históricamente han quedado impunes, silenciadas, no vistas. El objetivo es cambiar -combatir- esta impunidad, que permite que se juzguen curiosamente todavía en la actualidad algunas agresiones (cometidas por estados poco desarrollados) dejando impunes, una vez más, las agresiones que cometen, con su sofisticación instrumental, los Estados más poderosos: los colonizadores militares, económicos, culturales. (Zaffaroni, E. R. *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Ed. Madres de Plaza de Mayo. Buenos Aires. 2015). Así como en el plano político los “golpes” no son ya militares porque han cambiado las formas de los “golpes” políticos (armados...), porque hay ya nuevas “armas”, nuevas formas de dar los golpes, hay nuevas formas y métodos de hacer la guerra, hay nuevas formas de hacer y acometer la agresión, nuevas formas de cometer agresiones. Lo que entendemos por “armado” pudo haber cambiado pero eso no obsta a que por “meras cuestiones de nomenclatura”, como dice Benjamin Ferencz, no veamos el fondo de la agresión en un acto violento como el espionaje masivo o la extracción de recursos naturales en países pobres y explotados que padecen doblemente las consecuencias de una polución ambiental que ellos mismos no producen, pero padecen. La explotación de los recursos naturales en África por muchas potencias (Europa y EE.UU.) puede y debe ser vista como un crimen de agresión, tanto o más que el espionaje masivo (que esos mismos Estados producen). La agresión exige, en varios planos, ser repensada. Cada uno de los elementos de lo que configura el “crimen” de agresión exige una revisión profunda, también la cualidad de lo “armado” exige ser repensada, porque todas estas conceptualizaciones están siendo profundamente alteradas por los rápidos avances y cambios de la tecnología, que dotan a los Estados de nuevos instrumentos y nuevas formas de “atacar”, hostigar y de “agredir”.

el crimen de DI de agresión. Por otro lado, se debe precisar que las conductas contenidas en la Resolución 3314 son las formas tradicionales de agresión, pero también puede darse el caso de nuevas formas de agresión como por ejemplo la iniciación de un conflicto armado contra otro Estado a través de nuevos métodos de guerra (armas nucleares, entre otros) o un ataque terrorista expandido y a gran escala efectuado por organizaciones no estatales como advierte Bugion⁽²⁷⁾. Estas “nuevas formas de agresión” que menciona el autor —en las antípodas de la posición alemana— pueden alcanzar a cubrir —como “ataque” que viola de un modo claro y manifiesto y profundo, como pide el art. 8 bis, la Carta, principios, metas, valores, y la letra misma— de las Naciones Unidas. Pocos ejemplos son más ilustrativos de una violación semejante al art. 8 bis del Estatuto de Roma como el caso del espionaje masivo, sistemático, tecnológico, global, aquí analizado y destapado por el ex espía Snowden en 2013. Snowden mismo era consciente de la gravedad de sus denuncias, pero afirmó que las hacía en conciencia de que no hacerlo significaría poner en grave peligro, tolerando —normalizando tales prácticas— el Estado de Derecho.

En el derecho penal rige la prohibición de analogía. Una interpretación crítica (novedosa, que marca a la doctrina una nueva dirección) debe tener siempre mucho cuidado de no hacer analogía. Muchas veces el límite no es claro. Siempre nos encontramos (como jueces, como abogados, como doctrinarios) con la resistencia semántica de un texto. Una cosa es la interpretación extensiva y otra la integración, sostiene con lucidez Arthur Kaufmann (28). La interpretación extensiva de una figura siempre se hace sobre la resistencia semántica del texto. La integración es analógica. Por eso no hay que caer en ella. Una cosa es trabajar sobre la “resistencia” de un texto, forzando nuevas interpretaciones a partir de los elementos que nos brinda éste y otra muy distinta es hacer analogía. El camino crítico, de elaboración doctrinaria, de producción de contenidos nuevos, no se debe confundir con la integración analógica, camino vedado al doctrinario. La interpretación

puede ir hasta el límite de la resistencia semántica. Exceder ese límite es caer en la analogía y eso es incompatible con el derecho penal liberal.

También nos enfrentamos en el camino de producción doctrinaria, como dijimos, con la resistencia de la propia doctrina a ver las cosas de otra manera, con prismas diferentes, más críticos. Siempre cuesta y mucho dar pasos en la doctrina penal. Pero la alternativa es la pobreza de contenidos jurídicos (aspecto que tampoco es casual, la merma de producción de contenidos jurídicos es paralela a un mundo donde se erosiona la legalidad —el Estado de Derecho— de modo cada vez más abierto y continuo) que hoy tenemos. En todas las Facultades encontramos manuales de derecho penal (internacional) que repiten acriticamente lo mismo. La ausencia de ideas nuevas, críticas, explica (y a la vez conspira) que se recurra a declaraciones y tratados tan antiguos para definir crímenes presentes (29). Para optimizar la tipificación de la agresión es indispensable hacer una interpretación extensiva de ella.

Tomando un sentido más lábil (más amplio) de la agresión no hacemos una integración analógica (lo que está prohibido en el derecho penal), sino una interpretación extensiva, forzando un concepto a abarcar agresiones actuales, y no sólo agresiones pasadas. La interpretación extensiva rompe el quietismo de la doctrina penal. Moviliza —a la vez que remarca— el *statu quo* de la Academia. El objetivo de este trabajo se reduce a repensar lo que entendemos por agresión y lo que le pedimos a la justicia internacional que comprenda y juzgue como tal en el siglo XXI.

En todo caso, lo cierto es que al día de hoy el espionaje como tal no está tipificado como un crimen internacional en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Más razón, precisamente (el espíritu de la ONU es evitar la impu-

(27) Pérez-León Acevedo, J. P. “El crimen de agresión en el Derecho Internacional”, en *Revista Derecho & Sociedad*, No. 27. Perú. PUCP. 2008.

(28) Kaufmann, A. *Filosofía del Derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. Cap. 6.

(29) Establecer una nueva doctrina, dar los pasos necesarios para intentar establecer una nueva doctrina, no es simple. Pero la alternativa a este “paso” crítico son las decenas de manuales y escritos de derecho penal en todo el mundo que repiten a pies juntillas el mismo discurso único. Todos los libros de derecho penal que se copian a sí mismos, incapaces de decir algo nuevo. De dar un solo paso. Esta incapacidad doctrinaria —esta pobreza doctrinaria— está en correlación directa con la pobreza de ciertos instrumentos legales, como los aquí cuestionados.

nidad de estos crímenes atroces que lesionan de modo ostensible los valores de su Carta y la cooperación entre Estados) para considerarlo dentro de la figura del crimen de agresión. La alternativa a este camino doctrinario (a esta interpretación extensiva, no analógica) no es inocente: es la impunidad. Por eso nos alejamos de la posición clásica alemana que, como recuerda Ambos, tiende a ser “restrictiva” en esta materia, al punto que se opone muchas veces —y esto puede no ser inocente históricamente en un país como Alemania— a la figura misma del crimen de agresión. Criminalizar agresiones puede ser un camino para evitar crímenes mayores.

Finalmente hay otro argumento conjetural. Vivimos en un mundo donde los países más avanzados sin excepción están creando enormes y poderosas agencias de “seguridad cibernética” que presumiblemente intensificarán en las próximas décadas (en lugar de minorar) la importancia de los métodos de espionaje masivo tecnológico, merced de las nuevas y cada vez más complejas tecnologías, que van de la mano de la revolución de las comunicaciones, donde todo o casi todo queda registrado en celulares, páginas de internet, computadoras (30). Esto es una razón de peso para extremar las precauciones y forzar los conceptos y doctrinas de modo de cubrir nuevas realidades, impensadas por la doctrina poco tiempo atrás. Esto genera una nueva esfera donde las personas y los Estados pueden ser (y de hecho son) agredidos de nuevas maneras, nuevas formas, nuevos métodos. No comprender esto es no comprender, precisamente, la forma que los conflictos adoptan en la actualidad, donde lo que entendemos por “ataque armado”

(30) Y no me refiero solo a Facebook o chats de internet, sino fundamentalmente a las nuevas computadoras que solo podrán usarse mientras estén conectadas “en red”, es decir, “on line”. Esto significa una capacidad de dominio de la información de cada usuario en tiempo real. Es decir, del espionaje masivo tecnológico permanente y sin distinciones de rango o autoridad. Esto es exactamente lo que siempre quiso prevenir el estado de derecho. Que la persona se sienta permanentemente vigilada, asediada, acechada, observada, controlada, hostigada por sus pensamientos y opiniones personales. Esto vulnera su autonomía pero a largo plazo también diría Max Weber, su sentido de la responsabilidad moral, su sentido de la responsabilidad civil, de su sentido de pertenencia a un colectivo social. El espionaje opera en desmedro de la confianza recíproca, de la cooperación internacional y de la responsabilidad de cada individuo.

(por “arma” misma, por “guerra”, por soberanía, por territorio, por Estado) está siendo redefinido —cambiando— a una velocidad notable, dejando en desuso conceptos tradicionales, centrales, del propio Derecho (31).

V. La norma alcanzada por consenso en Kampala, Uganda, en 2010. El artículo 8 bis. Crimen de agresión

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

Más adelante el inciso segundo toma (en nuestra opinión en un sentido no exhaustivo, Ambos entiende que es en sentido categórico y excluyente, debido a su visión restrictiva en la materia, nosotros entendemos que es, máxime teniendo en cuenta la antigüedad de la Declaración, que tiene más de medio siglo, en sentido meramente enumerativo, ejemplificativo y no excluyente, debido a los avances de la tecnología y a la forma en que ellos impactan en la “agresión”) la Declaración 3314. “De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra,

(31) Este fenómeno de desarticulación conceptual -y discursiva- se vincula también a la crisis del humanismo, que abarca a todas las ciencias sociales. Esto es lo que comúnmente se llama o nombra como “crisis del Derecho”, que esconde una crisis de su lenguaje humanista. Una crisis de la modernidad cartesiana. El teórico inglés Reinhart Koselleck analiza esta aceleración creciente de los tiempos históricos. El lenguaje que emplea el Derecho no permanece -ni puede pretender permanecer ajeno- a esta “aceleración” histórica, que supone un cambio en los fenómenos sociales que el Derecho abarca y pretende regular/ordenar (véase Koselleck, R. Aceleración, prognosis y secularización, Pre-Textos, Valencia, 2003).

se caracterizará como acto de agresión (bloqueo de puertos, etc.).

La conclusión o tesis central de este trabajo es que el espionaje masivo sistemático, con los medios tecnológicos de que disponen muchos Estados en la actualidad, por la forma en que el mismo se ejerce en los albores del siglo XXI y por las consecuencias concretas que el espionaje masivo tecnológico y sistemático supone (violación de la soberanía, violación de la privacidad, etc.) configura un acto de agresión claro “que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”.

Siguiendo el inciso segundo del art. 8 bis, puede concluirse que el EMT, como se lo describe en este trabajo, como se ejerce en la actualidad, con las tecnologías presentes (que no son las de 1974, tiempo de la Declaración 3314) supone 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”.

También entendemos que el inciso 2 de la Declaración 3314 (“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”) puede abrir una puerta clara para pensar que el espionaje masivo tecnológico, llevado a cabo por funcionarios (o en espacios diplomáticos) en países “receptores”, configura abiertamente un crimen de agresión —con máquinas en estados receptores— en sentido literal. Por eso entendemos que el EMT supone y debe ser pensado como un crimen de agresión. Supone una violación manifiesta de la Carta de la ONU.

Creemos que la definición del crimen de agresión alcanza en Kampala en 2010 es valiosa, pero insuficiente. Buscamos en algún sentido forzar la definición del crimen de agresión para incluir dentro del mismo el espionaje masivo tecnológico (EMT, también, como veremos, “agresiones” contra el medio ambiente), que viola el derecho internacional y los derechos civiles y políticos de miles de millones de personas (jueces, presidentes, periodistas, estudiantes, empresarios, etc.) de todo el mundo. Las palabras de la presidenta

de Brasil, citadas al comienzo, Dilma Rousseff, en la penúltima Asamblea General de la ONU fueron simbólicas en ese sentido: el espionaje masivo es una violación del derecho internacional y de los derechos humanos, viola la integridad, la soberanía, las libertades. Los valores y metas de la ONU de un modo manifiesto, que no requiere explicación.

El Derecho no es un fenómeno estático. Está siempre en movimiento, como la realidad a la que se aplica y que pretende ordenar (32). Por eso sus instrumentos deben ser siempre repensados. En determinado momento de la historia, ciertas figuras deben ser repensadas, reconfiguradas, adaptadas (de un modo que acaso no habíamos pensado) a los avances tecnológicos, políticos, culturales, comerciales, militares, deben ser, en suma, redefinidas. Este es el caso del crimen de agresión. El crimen de agresión debe ser repensado a la luz de los desafíos actuales. De los desafíos presentes del orden internacional, no sólo de los desafíos pasados. En este sentido, por ejemplo, el bloqueo de puertos (tipificado en la agresión) es sin dudas un crimen grave que debe ser perseguido, pero en el siglo XXI va perdiendo peso frente a nuevas y graves formas de la agresión a la población civil y a la integridad territorial de los Estados. En caso contrario, tomando una definición pasada/anticuada (con medios anticuados) de la agresión, encapsulando al derecho en esos marcos perimidos como si fueran los únicos desafíos actuales, se logra una sola cosa: perseguir a los Estados o grupos cuyos medios de agresión son los más atrasados, por configurar en pleno 2015, las formas “más tradicionales” de la agresión. En ese sentido no es menor que se usen figuras de 1970 para abarcar la agresión en el 2017. Pero las formas de la agresión no son en modo alguno las mismas, han cambiado. Y el Derecho debe dar cuenta, si quiere resultar eficiente, de estos cambios. En caso contrario, se le daría la razón a quienes sostienen críticamente que la Corte Penal Internacional, por ejemplo, es o se ha convertido en un tribunal o corte que sirve sólo para juzgar a países sin mucho peso político, países débiles, aquellos que no disponen (aun) de las más avanzadas tecnologías, cuya agresión sigue teniendo una forma “tradicional” (debido

(32) Savigny, F. Metodología jurídica. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1994.

a su poco desarrollo): los países africanos (33). Esta construcción argumental no debiera ser subestimada. La ecuanimidad es un rasgo de la justicia. La doble vara atenta también contra la cooperación internacional, principio rector de la ONU y la seguridad colectiva, sobre los que se edifica la legitimidad de los tribunales. Contra la paz. Contra los esfuerzos de la diplomacia.

El espionaje masivo no representa un fenómeno menor pero aún no ha sido, pese a su complejidad y repercusiones en todos los planos políticos, económicos y militares, debidamente atendido por el derecho penal internacional. Pensamos que esa hora crucial ha llegado. El derecho penal internacional no puede guardar silencio (o seguir guardando silencio) respecto de un fenómeno complejo que condiciona todo el quehacer político mundial. Todas las relaciones internacionales, políticas y comerciales. Pero también la vida privada (y el derecho a la vida privada) de millones de personas en todo el planeta. Los instrumentos de control y vigilancia (y espionaje) de que disponen —gracias a los avances en la tecnología— muchos Estados, configuran instrumentos cuya utilización no es neutral desde el punto de vista moral, político y jurídico. Afectan la libertad de expresión, la privacidad, pero también las manifestaciones políticas, la autodeterminación, la cooperación internacional, el comercio, la competencia misma, la soberanía de los Estados. En este ensayo nos centramos sólo en este último aspecto, el jurídico, dejando los

(33) Kai Ambos defiende a la ICC de esta crítica, que considera injusta. La Corte Penal Internacional (ICC) se ha convertido según determinados autores en un tribunal que sólo condena a países débiles, sin peso político. Mientras los africanos pobres mueren en el océano. Esa es la otra cara de la Justicia. Kai Ambos cree que esta observación como dijimos es injusta. Pero sin ecuanimidad la justicia no tiene sentido. El derecho sigue segregando. Es incómoda la crítica de que este tribunal (ICC) se ha convertido en un corte para juzgar sólo países sin peso político. La ecuanimidad es la esencia de la justicia y de la evolución del derecho. Sin una justicia más ecuaníme no tardará el continente en restar su apoyo al tribunal. La CPI se ha convertido en muchos aspectos en una corte para juzgar a los únicos países del mundo que no tienen real peso político. Países débiles. Pero la justicia no puede ser siempre la justicia de los vencedores sobre los países u hombres vencidos. El derecho penal internacional tiene aún un largo camino por recorrer. Una enorme deuda. Pero sin ecuanimidad no puede ni podrá hacerlo. Esto que exponemos es sólo una opinión, invita a avanzar y no a retroceder.

otros dos para el análisis histórico-político o filosófico. El espionaje estatal masivo con medios avanzados de escucha o recolección de información secreta o privada supone preguntas filosóficas a responder por ejemplo desde el liberalismo político. También supone preguntas para quienes defienden un mercado libre con actores comerciales independientes que compiten entre sí (ya Benjamin Constant decía que el comercio podía ser visto como la evolución de la guerra, realizada ahora por otros medios, agregamos nosotros, más civilizados y productivos, Kant mismo sostiene, pese a lo escrito en su trabajo *La Paz Perpetua*, que la humanidad progresa o evoluciona a través de las guerras, nosotros creemos que a través de las guerras no hay ni puede haber ni hubo nunca progreso alguno, evolución posible (34)). El espionaje masivo con la escala tecnológica (automatizada, según reconoció el propio presidente Obama (35)) y la dimensión

(34) Constant, Benjamin. De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos. Losada. Buenos Aires. 1994.

(35) “Que podamos hacerlo no significa que debamos hacerlo”, sostuvo Obama. Sobre el caso del espionaje al celular de la canciller alemana, Angela Merkel, sostuvo que “estas prácticas no proceden entre países aliados” como son Alemania y EE.UU. (distinta y más contundente fue la respuesta de Dilma Rousseff, cuyas comunicaciones también fueron espiadas, en la última Asamblea General de la ONU en Nueva York). Pero podríamos sostener que esas prácticas, cuando configuran una agresión masiva, que viola derechos civiles y políticos, amén de socavar la diplomacia, no deben proceder entre países aliados y tampoco entre aquellos que no lo son., entre aquellos que son “enemigos”. Sólo así se puede alcanzar un orden internacional basado en la cooperación, la confianza. (incluso en la “competencia”, como predica el liberalismo). Naturalmente la cooperación y la confianza suponen riesgos. Pero esos riesgos son a largo plazo menores al lado de los enormes riesgos que la desconfianza y el espionaje masivo entre presidentes, empresas, jueces, ciudadanos, produce y supone. Porque se destruye la confianza en los propios valores de la democracia, que es mucho más grave que cualquier atentado. Se destruye la confianza en la libertad de expresión, en la sociedad civil. En el diálogo político. En la diferencia entre vida pública y privada. El derecho de cada ciudadano a que el Estado no se entrometa en su esfera privada, en sus comunicaciones, hábitos, pasatiempos, pensamientos, etc. El espionaje masivo destruye la libertad. Produce la autocensura. Se destruye lo más valioso que produjo Occidente. Curiosamente, se destruye la esencia del sistema democrático y la cooperación internacional, en nombre de esos mismos valores que Occidente supo alumbrar. Se destruye la democracia

en nombre de la democracia. Se destruye la confianza en el derecho internacional en nombre del propio derecho internacional. Y esto es peor que cualquier atentado, por grave que sea. (prevenir atentados es la argumentación que se usa para justificar prácticas de espionaje, aunque existen casos -como el espionaje a empresas de petróleo o Energía en Brasil o en México- que en modo alguno parecen configurar una prevención realista en ese sentido, son prácticas que adoptan un sentido mucho más comercial que bélico. Precisamente por eso es que en ese ensayo proponemos pensar y ver el espionaje masivo con las características actuales, con la escala actual, con la automatización tecnológica masiva, como un crimen de agresión, que vulnera la soberanía y la integridad de los Estados y de las personas, que quedan del todo indefensas ante el atropello de su vida privada, de su libertad, de su identidad, de su derecho a expresarse sin sentirse o saberse vigiladas, espiadas a cada momento, incluso cuando hablan por celular o juegan a un videojuego. El espionaje produce gradualmente la anulación del individuo (base del liberalismo) que se autocensura ante el temor o la sensación permanente de vivir espiado, de ir dejando "rastros" visibles con cada actividad que desarrolla "en la red" o en un celular, por poner un ejemplo. Pierde el derecho a su vida privada, no vigilada o espiada por el Estado. Las peores ficciones literarias (como la de George Orwell en su novela "1984") se terminan convirtiendo en una realidad penosa. El individuo y el individualismo son el corazón del pensamiento occidental. El sujeto de derecho no debe dejar de ser eso (idea que nace en la modernidad, con la filosofía cartesiana, y no casualmente Descartes era abogado): un sujeto de derecho. Un sujeto de derechos. El espionaje masivo en todos los planos (políticos, diplomáticos, comerciales) socava el Derecho. Socava los valores de Occidente (es decir, los valores fundamentales que luego se traducen en normas jurídicas y principios generales que son el Derecho, ayudan a interpretarlo y hacerlo crecer). Por eso se lo debe repensar en las circunstancias actuales, como un crimen de agresión. Los Estados deben asumir que el espionaje masivo tecnológico no es un medio (ilegítimo) de obtener información, es un crimen. Que el espionaje masivo tecnológico no puede configurar la base de las relaciones internacionales. Porque en el fondo el EMT (Espionaje Masivo Tecnológico) destruye esas mismas relaciones internacionales. Les quita valor. Les quita sentido. Meta. Objeto. Sustento. Volumen. El espionaje masivo destruye el valor de las instituciones. Destruye el valor de las negociaciones. De la diplomacia. De la justicia. De los acuerdos. De la paz. De la palabra. De las firmas. De las cumbres. De los tratados internacionales. Del derecho. El derecho internacional con sus instrumentos e instancias queda opacado. El mundo retrocede a una época y a unas prácticas que, amén de la evolución tecnológica (la Stasi era una realidad atroz para los alemanes, ese mundo de espionaje atroz sólo se podía sostener así: construyendo un Muro, como el muro de Berlín, con sus guardianes que le disparaban a cada alemán que osara escalarlo, querer escapar, vivir libre, en un mundo de libertades, no de espionaje, censura, delación, persecución, miedo, represión). El EMT configura un crimen grave y precisa-

actual supone muchos y graves riesgos para la democracia y para la soberanía de los Estados. El espionaje es un fenómeno con muchas caras y frente al cual se pueden y deben hacer muchas preguntas. En este ensayo nos interesan fundamentalmente las preguntas que debe hacer el Derecho Penal Internacional.

De este modo, en definitiva, se busca analizar el espionaje masivo, con la escala actual, con los medios técnicos actuales, con su dimensión político-económica, como un (dentro de la figura del) crimen de agresión. Esto nos obligará a redefinir y repensar (es decir, pensar de modo dinámico) determinados instrumentos, principios y preconcepciones del derecho internacional. Pensar de un modo innovador determinados instrumentos del derecho, de modo de adecuarlos y volverlos útiles en función de los mayores desafíos que enfrenta el derecho y que enfrenta la sociedad civil actualmente. Si no se realiza una lectura crítica de las falencias que la definición del crimen de agresión alcanzada en Kampala en 2010 supone, se termina alcanzando una definición de compromiso, que funciona muy bien en los libros, pero hace muy poco por el derecho en la realidad. Y en un área como el derecho penal internacional, la práctica del derecho es tan esencial como lo es la consistencia de la teoría. Cuando la teoría se aleja de la práctica en el derecho es que aparece ese fenómeno que tanto preocupa a los actores más relevantes del derecho y el humanitarismo, como Ban Ki Moon: la impunidad. La impunidad crece allí donde el derecho es sólo teoría. Pero no práctica. En la convicción de que la impunidad de los crímenes graves es incompatible con una cultura asentada y global de derechos humanos, como pretende el profesor Rabossi, Rorty, Rawls es que proponemos repensar esta figura del Estatuto de Roma. Repensar el crimen de agresión a la luz de los desafíos más urgentes y actuales.

mente porque, como sostienen muchos autores, no está aun debidamente comprendido en ningún instrumento internacional, es que debe ser comprendido dentro de la figura del crimen de agresión, con una interpretación extensiva, no con una integración analógica. Ya que el espionaje masivo tecnológico si configura una práctica lesiva -un crimen- grave que atenta contra los valores y el sentido de la democracia y de la Carta de las ONU. Destruye su espíritu mismo, que es la cooperación. La seguridad colectiva.

VI. Por una interpretación crítica del crimen de agresión

En primer lugar debe afirmarse que el espionaje masivo de ciudadanos, empresas, políticos, diplomáticos, en todo el mundo, no es sólo un “escándalo”, un *affaire*. Es un crimen. Es una vulneración muy grave y en una escala masiva (impensable tiempo atrás) de derechos humanos básicos. De derechos civiles de primer orden, como advirtió categóricamente Dilma Rousseff en la Asamblea General de la ONU, en septiembre de 2013. El espionaje masivo lesiona la soberanía de los Estados, la integridad territorial, pero también la confianza diplomática, y política, la esfera privada, el derecho a la privacidad y termina mitigando un derecho tan básico como es la libertad de expresión (de un modo abiertamente incompatible con la carta de la ONU). Se lesiona el derecho a expresarse sin sentirse vigilado. Intimidado. Coartado. Limitado. Silenciado. Privado de la libertad (en cuyo nombre el espionaje masivo paradójicamente se realiza).

El espionaje en la Alemania de la DDR (la actividad de la *Stasi*) configuraba un crimen como dijo con razón John F. Kennedy. El espionaje es prueba de un mundo vigilado y sin derechos civiles. Pero también es un mundo donde (a través del espionaje no sólo de ciudadanos, sino también de políticos, jueces, presidentes, ministros, masivamente, también de empresas) se pone en jaque el sentido mismo del derecho internacional público. De la libertad política, comercial, civil. De sus instituciones, de los foros. Y también de la diplomacia. Esta es la magnitud de la crisis que el espionaje masivo refleja. El espionaje masivo traduce una pérdida de confianza en la(s) libertad(es), es causa y consecuencia de esta crisis de la diplomacia y del derecho internacional; la justicia penal internacional está llamada a asumir sin dilaciones la dimensión del problema. La crisis que refleja el escándalo del espionaje masivo es una crisis de la diplomacia y todos sus espacios, foros, métodos, acuerdos. La propia diplomacia es la que ha perdido lugar. La diplomacia ha perdido peso. Representatividad. Legitimidad. Valor.

Se busca generar un mundo en el que, como dijo muy bien Ban Ki Moon, ya no haya reductos de impunidad. Que sepan quienes cometen delitos atroces que “la justicia llegará”. Que no po-

drán esconderse. De eso se trata precisamente la seguridad colectiva.

El multilateralismo y la diplomacia internacional: esto es lo que socava el retorno de la doctrina de la seguridad nacional. De la guerra “preventiva”. Socavan precisamente, de la mano del EMT, el principio esencial de la seguridad colectiva, principio rector de la ONU, basada en la cooperación, no en el espionaje. El espionaje expresa el retorno penoso de la doctrina bélica de la seguridad nacional. Esta doctrina produce el cierre de los países o Estados sobre sí mismos: produce de todo (guerras), menos acuerdos.

La prueba de que el crimen de agresión es un crimen complejo (es un tipo penal complejo) es que durante mucho tiempo fue un tipo penal “abierto”. Eso habla y hablaba de la dificultad creciente de delimitar sus elementos precisos en un mundo cada vez más complejo, donde cambian continuamente también las formas armadas militares de ocupación, guerras de agresión y crímenes de agresión (los drones, por ejemplo, aunque no solamente), porque cambian también las tecnologías, que determinan la forma de hacer la guerra o de acometer agresiones. Pero todo esto habla justamente en favor de incorporar elementos o aspectos nuevos al crimen de agresión. No en su contra. Habla sobre la necesidad de volver a pensar su forma y su alcance en el siglo XXI.

No parece razonable seguir utilizando (como supone la Resolución 3314, cuya lista, de todos modos, no es exhaustiva (36)) para definir “ataque armado” o “guerra de agresión” las formas militares del siglo XIX o XX (invasión, bloqueo de puertos) en pleno siglo XXI, donde las tecnologías pueden producir mayores daños que un bloqueo a un puerto, o acometer este tipo de agresiones de formas totalmente novedosas, que aún no han sido debidamente contempladas por el Derecho, pero que encuadrarían nítidamente, en una interpretación amplia, un claro crimen de agresión. El espionaje masivo es —puede ser— pensado como un crimen de agresión. Como un ataque claro y manifiesto a la integridad y a la soberanía de los Estados, de un modo totalmente o claramente incompatible con los valores rectores

(36) Gillett, M. “The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court”. *International Criminal Law Review*. 2012. Pág. 13.

de la Carta de la ONU. Como una clara afrenta al DPI. Esto exige respuestas claras de la justicia penal internacional. No silencio. Prevenir el espionaje masivo a ciudadanos, políticos y empresarios es una necesidad de primer orden para la democracia. Preservar y consolidar los derechos civiles y políticos en el mundo es el valor prioritario del derecho internacional de posguerra. No defender los derechos civiles ante el avance del espionaje (así como el atropello a la diplomacia que el espionaje entre presidentes y delegaciones diplomáticas supone) supone ceder en la defensa de los principios básicos de la democracia y la República. Ceder en la defensa de la legalidad y las libertades. El derecho internacional no debería ceder en la defensa de estos derechos. Debería prevenir que se los vulnere, determinando responsabilidades en forma clara y precisa.

Para muchos académicos o teóricos del Derecho lo “normal” (lo más simple) es decir —en función de la definición del crimen de agresión en el Estatuto de la CPI— que es difícil que pueda abarcar (comprenda) la conducta de espionaje. Lo más simple es descartar esta interpretación extensiva, más por sus implicancias que por su sentido lógico. Para muchos doctrinarios (no conservadores) podría pensarse como un acto de preparación o planificación de un acto de agresión, pero tal como está definido el “acto de agresión” en el Estatuto (“uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía ... de otro Estado”) para muchos (como Noelia Núñez, del CEDPAL) parecería ser un poco forzado considerar que el acto de espionaje en el caso de EE.UU. pudiera ser un acto preparatorio o de planificación para el uso de la fuerza armada... contra otro Estado. Nosotros entendemos, por el contrario, que no sólo puede ser considerado como un acto preparatorio o de planificación para el uso de la fuerza armada (aspecto que en rigor nos resulta notorio, siendo inseparable, en nuestra visión, de la fuerza armada misma, del “uso” de la fuerza armada, de la definición de “ataque” a la soberanía de un Estado de un modo manifiestamente incompatible con la carta de la ONU), sino que, en un mundo regido por las telecomunicaciones como el actual, configura el espionaje masivo, en el contexto actual, con los métodos actuales, con su forma de violentar las garantías civiles de millones de personas en un solo segundo y su forma de conculcar la soberanía de los Estados, una agresión en sí misma.

Para muchos autores el espionaje masivo y sistemático, a pesar de lo dicho, definitivamente no sería un caso de crimen de agresión. Hace poco fue definido (2010, como vimos) en el contexto del Estatuto de Roma y, como siempre se ha entendido, implica el uso de fuerza armada. Está claro, sin embargo, que las definiciones en determinado momento deben forzarse para que el derecho evolucione. En caso contrario, el derecho no cambiaría.

El artículo 2.4 de la Carta de la ONU afirma que “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.” Nosotros entendemos que el espionaje masivo, con las características técnicas actuales, puede resultar un “uso de la fuerza” (incluso “armada”) claramente incompatible con el Propósito de las Naciones Unidas. Con sus principios esenciales, metas y valores. Para eso debemos definir primero el uso de la fuerza armada en el derecho para pensar si el espionaje masivo con las características tecnológicas —masividad y sistematicidad— actuales puede o no quedar comprendido dentro de esa figura. El espionaje masivo de presidentes, empresarios, ciudadanos comunes, destruye el sistema de seguridad colectiva de la ONU. Destruye la confianza puesta en la diplomacia y en las relaciones internacionales, principios cardinales del orden de posguerra. Destruye la confianza puesta en el Derecho. Lo pone en cuestión (37).

También se busca someter a crítica la definición (reciente, alcanzada en 2010) del crimen de agresión (uno de los crímenes definidos en el Estatuto de Roma), por considerar, con varios autores, que la misma —producto de un complejo proceso de negociación, en sí mismo muy valorable— no es sin embargo adecuada (o del todo adecuada) para las formas que la agresión comprende o puede comprender en el siglo XXI. La forma que la agresión va tomando en el siglo XXI va demostrando

(37) Salmón, Elizabeth. El crimen de agresión después de Kampala. Soberanía de los estados y lucha contra la impunidad. Instituto de democracia y derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Enero 2011. Capítulo I. El largo camino de la criminalización de la agresión. pp. 13-30.

que muchas de las definiciones e instrumentos de análisis con que se maneja el derecho (no sólo internacional) van quedando perimidos, en desuso. Son anticuados. Esto nos obligara a repensar precisamente aquellas figuras que, como el crimen de agresión, habían quedado abiertas en el Estatuto de Roma, por la enorme dificultad que su definición suponía y aun supone para los Estados, que usan toda instancia para negociar y preservar no sólo la seguridad colectiva, principio rector de la ONU, sino también (y a veces sobre todo), sus intereses (38). En el mismo sentido, sostiene Jona-

than I. Charney, en su ensayo "Progress in International Criminal Law?" que "These views make clear that a key obstacle to the ICC is that its activities could touch on highly political interests over which some states are not willing to relinquish control, even to facilitate prosecution of international crimes. This sensitivity is consistent with the historic linkage of those crimes to international political relation"(39).

VII. Hacia una nueva definición de la agresión en el Derecho

Es y ha sido siempre sumamente complejo determinar qué configura o deja de configurar una "agresión" en el derecho penal internacional. "Aggression has also been the most difficult international crime to define", sostiene Noah Weisbord (40). No casualmente fue el último de los cuatros crímenes de competencia de la ICC presentes en el Estatuto de Roma en (poder, tras casi una década) ser definidos. Ningún consenso (jurídico-político) es fácil, pero en este caso las dificultades han sido mayores, muchos países no apoyaron la definición alcanzada, pedían seguir las discusiones, no cerrarlas. La demora muestra la dificultad para alcanzar un acuerdo en las circunstancias políticas y geopolíticas actuales, al punto que muchas organizaciones se opusieron incluso en 2010 a dejar asentada ya una definición fija, por considerar

(38) Que estarían muchas veces más cerca de la "seguridad nacional" que de la seguridad colectiva. El aparente paso de un tipo de seguridad a la otra configura un grave retroceso en el plano del derecho internacional y de las relaciones internacionales (el Dr Zaffaroni, que recibió el premio en criminología en Estocolmo en 2009, destacó en su ensayo premiado en Suecia que resulta notable que "no se advierta que en los últimos años estamos ante un resurgimiento clarísimo de la doctrina de la seguridad nacional", con los riesgos que ese resurgimiento conlleva. El espionaje masivo a ciudadanos y dirigentes, empresarios, periodistas, y organizaciones, puede ser presentado, cuatro años después de esa advertencia, como uno de esos riesgos. El resurgimiento de la seguridad nacional que denuncia Zaffaroni es inseparable en rigor del avance (muchas veces en forma no controlada por los propios estados democráticos) del espionaje masivo, con la escala internacional que tiene actualmente. El espionaje masivo tecnológico configura una amenaza para los valores de la democracia. Son dos fenómenos (el resurgimiento de la doctrina de seguridad nacional y el avance del espionaje masivo) que se deben pensar juntos, no separados. Ambos van en desmedro de la diplomacia y el derecho internacional. Véase Zaffaroni, E. R. Crímenes de Masa. Ed. Madres de Plaza de Mayo. Buenos Aires. 2010). A tal punto esto es así que muchas veces se han hecho, pese a la prohibición del uso de la fuerza, guerras o invasiones (como la invasión a Irak en 2003 para encontrar armas de destrucción masiva que jamás se encontraron) sin el aval del Consejo de Seguridad de la ONU (el veto de Francia impedía el consenso en ese órgano decisivo, Alemania también se opuso a esa invasión, pero no forma parte del Consejo de Seguridad como miembro permanente). Muchas veces pues la seguridad nacional (la defensa de unos determinados "Intereses", que van en detrimento de otros intereses) van en detrimento de los principios esenciales y cardinales de la seguridad colectiva, basados, como veremos, no en los intereses aislados, sino en la cooperación internacional. Una cosa es la cooperación (seguridad colectiva) y otra es la competencia (intereses que se contraponen). No son cuestiones menores tampoco a la hora de definir los crímenes más graves, como el crimen de agresión, porque es también en función de esos intereses que muchos Estados definen los crímenes. No en función de la seguridad colectiva. Sino del interés nacional (Véase Weisbord, Noah. "Conceptualizing Aggression", in Florida International

University Law, Legal Studies Research Paper Series. Research Paper No. 10-64. November 2010. Vol. 20. 1. Página 2. "The crime of aggression is exceptionally difficult to define because it is intertwined with a number of unresolved historical debates within the field of international law, such as the distinction between a just and an unjust war, the possibility of holding individuals responsible for collective acts of political violence, and the appropriate relationship of judicial to political institutions—such as the International Criminal Court (ICC) and the UN Security Council—in the international order. Furthermore, the definition has political and military repercussions for states and, as a result, their negotiation positions tend to reflect their strategic interests, which are regularly in competition". Pág. 2) También puede verse Van Schaack, Beth. "Negotiating at the Interface of Power and Law: The Crime of Aggression" en Columbia Journal of Transnational Law. - The Crime of Aggression (49.505) - 6.21.11. pp. 505-601.

(39) Charney, Jonathan I., "Progress in International Criminal Law?" En The American Journal of International Law, Vol. 93, No. 2 (Apr., 1999), pp. 452-464. American Society of International Law.

(40) Weisbord, N. Op. cit. 2010.

que el proceso para alcanzarla no estaba aún maduro (41). Es probable que esta advertencia de diversas organizaciones fuera correcta. Apenas cuatro años después de esa definición, la misma ya nos resulta en ciertos aspectos limitada, insuficiente, precaria, anticuada. Requiere ser repensada. Ampliada. Precisada. El EMT, como veremos, con las características y efectos actuales (tan lesivos para la autonomía humana, la libertad de expresión, el respeto de los Estados a la privacidad de las personas, sus comunicaciones, su correspondencia, etc., basamentos de la sociedad civil, pilares esenciales de una democracia) puede configurar un acto de agresión y un crimen de agresión. El DPI no puede permanecer impasible ante esto (42).

El crimen de agresión no es estático. “Por otro lado, se debe precisar que las conductas contenidas en la Resolución 3314 son las formas tradicionales de agresión, pero también puede darse el caso de nuevas formas de agresión...” (43). La agresión cambia porque cambian los métodos (y objetivos) a través de los cuales —y en función de los cuales— ella se ejerce.

Sostiene Mónica Barbeito, “No obstante y como tendremos ocasión de ver, los problemas de tipificación y efectividad del crimen de agresión no sólo vienen dados por su especificidad y complejidad, sino también por la existencia de un nuevo contexto global que va a perjudicar, e incluso impedir, la posibilidad de que el crimen de agresión llegue algún día a ser efectivamente perseguido y sus autores dejen así de ser impunes”(44). Ese contexto (que ella menciona en 2008, es decir, previo al escándalo de espionaje masivo) terminó por materializarse en 2013. Por hacerse realidad. Es por eso que su prevención sigue siendo válida. Incluso con el crimen definido, las posibilidades de persecu-

ción efectiva en un nuevo contexto global, donde la agresión cobra nuevas y complejas formas, son muy bajas (45). Eso es lo que debe prevenir a través de la configuración del espionaje masivo como un crimen de agresión, que se gesticone un “nuevo contexto global” regido por nuevas prácticas (tecnológicas y políticas), que lesionan la diplomacia y que lesionan al derecho —y la legalidad— de modo abierto y permanente. Prácticas que funcionan sólo bajo esquemas (clandestinos) donde tienen otorgada o garantizada la impunidad, sin la cual su escala global y masiva (su carácter sistemático) son o serían impensables. Por eso Ban Ki Moon cuestiona la impunidad. Porque la impunidad es la base sobre la que se organizan y realizan los crímenes más graves (46). Impunidad es la sensación de que una condena no sobrevendrá. Y eso es lo que determinados actores dan por descontado: que la justicia (penal internacional) no recaerá con todo su peso.

El DPI parece ir —con sus anacronismos en la tipificación— detrás de los hechos. No adelante. De este modo se “garantiza” la impunidad de determinados actores, porque su crimen aun no está “encuadrado”. Garantiza que sus “agresiones” quedarán impunes, porque el Derecho aun no está preparado para encuadrarlas, conceptualizarlas y perseguirlas (como lo que son: crímenes de agresión). De este modo, la evolución tecnológica garantiza que aquellos Estados más desarrollados, que tienen la tecnología más avanzada, terminan estando (fruto de su “evolución” y “progreso”) por encima de la legalidad internacional. Por encima de todo el Derecho. Por encima de la Justicia (47).

Este proceso de “tipificación” internacional de la agresión, como sostienen muchos autores, está recién comenzando, sigue aún abierto. Por eso la agresión exige ser repensada. Porque este proceso no terminó en Kampala. Comenzó allí.

(41) Heinsch, R. “The Crime of Aggression after Kampala: Success or Buden for the Future?”, *Göttingen Journal of International Law*, 2. 2010. 713-743.

(42) Van Schaack, B. “Negotiating at the Interface of Power and Law: The Crime of Aggression” en *Columbia Journal of Transnational Law. The Crime of Aggression* (49.505) 2011. pp. 512-513.

(43) Pérez-León Acevedo, J. “El crimen de agresión en el Derecho Internacional”, en *Revista Derecho & Sociedad*, No. 27. Perú. PUCP. 2008.

(44) Barbeito, M. Z. “El crimen de agresión y la Corte Penal Internacional”, Universidad La Coruña. 2009.

(45) O’Connell, M. E. y Niyazmatov M. “What is Aggression? Comparing the Jus Ad Bellum and the ICC Statute”. En *Journal of International Criminal Justice*; Vol. 10, pp.198-207. 2012.

(46) Hunt, Lynn. *La invención de los derechos humanos*. Ed. Barcelona. Madrid. 2008.

(47) Muchos países pierden, con la falta de ecuanimidad de los tribunales, como se dijo, un aliciente para mantenerse dentro de su jurisdicción.

VIII. “Por una mera cuestión de nomenclatura”

En su ensayo *El uso ilegal de la fuerza armada como crimen contra la humanidad*, Benjamin B. Ferencz, quien fuera Fiscal Jefe en Nuremberg en el caso “Einsatzgruppen”, en el que 22 altos oficiales nazis fueron condenados por la matanza de más de un millón de hombres, mujeres y niños (no hace falta agregar, como muchas veces se agrega, “inocentes”), afirma que “El Estatuto de Roma que rige la CPI establece los parámetros aplicables a todos los crímenes bajo la actual jurisdicción de la Corte. Nunca se pretendió que la enumeración de ciertos actos como “crímenes contra la humanidad” en el estatuto de la CPI y en códigos similares fuera exhaustiva o excluyente. Ciertos crímenes que por separado se tipifican como “genocidio” y “agresión” estaban siendo objeto de tratamiento por parte de comisiones especializadas de las Naciones Unidas, pero tales crímenes podrían muy bien recaer bajo la categoría más amplia de “crímenes contra la humanidad”. El estatuto de la CPI incluye, a modo de ejemplo, una serie de actos que constituyen crímenes contra la humanidad: asesinato, esclavitud, *apartheid*, violación, tortura, y, media docena de atrocidades similares. La enumeración final de conductas delictivas incluyó también una categoría genérica: “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Esta disposición está en sintonía con la terminología del TMI y con los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* que han sido establecidos por el Consejo de Seguridad.

La naturaleza precisa de “otros actos inhumanos” como crímenes contra la humanidad se dejó a la interpretación de los tribunales y jueces. Se dejó deliberadamente abierta la puerta a la posible inclusión de otras impredecibles y graves conductas inhumanas que, de no ser así, escaparían del escrutinio judicial. En Nuremberg se condenó correctamente la agresión como “el crimen internacional supremo” porque encierra en sí mismo todos los demás crímenes 40. Incluso si no se usa la apelación “agresión”, las consecuencias del uso ilegal de la fuerza armada pueden ser también reprobables y no debieran escapar a la criminalización por una mera cuestión de nomenclatura”.

La “mera cuestión de nomenclatura”, como afirma lúcidamente Ferencz, nos enfrenta directamente a la consabida cuestión del formalismo o legalismo en el derecho (los derechos humanos se construyeron luchando contra el formalismo, contra el legalismo y el rigor de ciertos “plazos” o interpretaciones cerradas en el Derecho y en la Justicia, por ejemplo las que aun hoy impugnan, con hueros argumentos procesalistas, la importancia de la jurisdicción universal), donde la forma termina imponiéndose a la “sustancia” del Derecho que persiguen los abogados y jueces, que es la impartición de justicia. De esta distinción esencial deriva la distinción entre Derecho de forma y Derecho “de fondo”. La aspiración “de fondo” del Derecho es la justicia, que es más importante que las reglas o plazos (“procedimientos”) que determinan el proceso (de allí que se aboliera, para crímenes de lesa humanidad, el principio —esgrimido por quienes, como el Dr. Carlos Fayt en el caso “Simón”, defienden aun hoy la impunidad de los crímenes aberrantes de la dictadura militar— de cosa juzgada, asentando que ciertos crímenes son imprescriptibles: no prescriben: este “cambio” político —no hay un Derecho separado de la política— se debió a la necesidad de que la “forma” —plazos— no se impusieran sobre el “fondo” en el Derecho, que es la necesidad de Justicia, que la impunidad de ciertos crímenes no prevalezca, porque la impunidad es incompatible con la democracia y el Estado de Derecho). Del mismo modo, ciertas agresiones no deberían escapar a la jurisdicción de los tribunales penales internacionales por “una mera cuestión de nomenclatura”, cuando es claro que tales actos (por ejemplo, los del espionaje masivo, sistemático, con los rasgos actuales, lejos del “espionaje tradicional”) lesionan de modo claro y manifiesto el espíritu y la letra de la carta de la ONU, vulnerando el sentido y objeto de la diplomacia, poniendo en riesgo la estabilidad y seguridad internacionales, al reemplazar la cooperación internacional (seguridad colectiva) por el espionaje masivo, las guerras “preventivas” y los intereses “nacionales” (las guerras económicas, etc.). Este cambio (que no es meramente un cambio de “nomenclatura”, como dice Ferencz) no debe pasar inadvertido para el Derecho Penal Internacional. El Derecho debe afrontar y criminalizar de modo claro este cambio político, que redirecciona el sentido de los tratados y condiciona la actividad de los tri-

bunales. La actividad de la justicia penal internacional es incompatible con un contexto político mundial donde rige la seguridad nacional como doctrina, piedra de base de todo conflicto armado y toda guerra. La actividad de los tribunales penales internacionales sólo es compatible con el principio de la cooperación internacional: la seguridad colectiva. La legitimidad de los tribunales internacionales emerge, precisamente, de esos “acuerdos”. La doctrina de la seguridad nacional erosiona esa legitimidad. La pone en cuestión. Esto no es casual: es un paso en el sentido contrario, un “retroceso” a escenarios internacionales donde se mina la legalidad y se imponen las guerras “preventivas” y el espionaje masivo. No la cooperación. Donde no hay cooperación entre Estados/ países (donde no rige la seguridad colectiva, principio rector de la ONU, donde ella es reemplazada por la doctrina de la seguridad nacional) se vicia e inhibe la legitimidad de los tribunales penales internacionales. En este escenario crítico no es posible, como pretende Ambos, tener una visión restrictiva del crimen de agresión. Al contrario. En un escenario de “auge” de la doctrina de seguridad nacional (con todo lo que la misma supone, sentidos bélicos, de confrontación entre Estados más que de “cooperación” entre países) el único camino posible para preservar la paz y evitar crímenes aun mayores, es ampliando las conductas que el derecho considera agresiones. Por eso la visión clásica restrictiva alemana, que defiende Ambos, es equivocada en el actual contexto geopolítico (auge de la seguridad nacional) el cual no puede dejar de ser visto por el Derecho, a riesgo de garantizar —doble estándar— la impunidad a las nuevas agresiones que se observan en los Estados más poderosos. En caso contrario el Derecho se convierte en un dogma (que garantiza la impunidad de los crímenes graves, cometidos por Estados poderosos, mientras juzga, como sucede en todo derecho penal selectivo, los crímenes más toscos y rudimentarios, las agresiones más primitivas, cometidas por los países más pobres). En una palabra vacía. La posición alemana —posición restrictiva del crimen de agresión— no evita que las agresiones más sofisticadas se cometan. Sólo evita que ellas se juzguen. Se comprendan. Se nombren. Se conozcan. Salgan —y se nombren— en los diarios como tales: como agresiones. Como un crimen de agresión. Como un crimen.

IX. El artículo 8 bis del Estatuto de Roma. El crimen de agresión. Definición y desafíos

A los efectos del párrafo 1, art. 8 bis del citado Estatuto, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”. El EMT, con los medios y rasgos actuales (sistematicidad, masividad, etc.) constituye sin dudas un uso de la fuerza (armada) contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, “o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”. La Carta de la ONU (cuyos principios esenciales el EMT vulnera de modo frontal y directo) aspira precisamente a ser una herramienta de la cooperación internacional y de la seguridad colectiva. El EMT es la exacta contracara —y la penosa contracara— de ese objetivo de cooperación internacional. De diálogo político. De integración e intercambio.

El espionaje masivo analizado aquí someramente por cuestiones de espacio es sin dudas una “violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”. Lo que caracteriza a este nuevo tipo de espionaje masivo tecnológico (que en rigor no puede ser asimilado ni en sus métodos ni en sus objetivos al espionaje tradicional (48)) que violenta gravemente la soberanía y la integridad de los Estados, es precisamente su “gravedad y escala”, tal como menciona el inciso primero del artículo 8 bis. Esto es lo que diferencia al EMT del espionaje tradicional, que no puede ser comprendido, a diferencia del primero, como un crimen de agresión. Sólo el primero puede serlo. Pero no el segundo. Para el segundo, como dijimos, son admisibles las justificaciones que pierden su valor cuando se extrapolan de una situación excepcional (como puede ser prevenir un atentado terrorista) a una situación general (que abarca la política, el comercio, la vida privada, y alcanza a millones de personas en simultáneo en todo el mundo, cotidianamente). Lo que en un caso configura una argumentación razonable (de “excepción”), en otro caso (el espionaje en el comercio o el espionaje a presidentes de países aliados en forma constante y masiva) configura, como sostuvo la presidenta

(48) Scolnik, Hugo D. Qué es la seguridad informática. Paidós. Buenos Aires. 2014.

de Brasil en la Asamblea de la ONU en Nueva York (también lo dijo Merkel) “una excusa” sin asidero (una actitud del todo “inaceptable” entre países aliados, dijo la canciller alemana). Es decir: un crimen (de agresión). Una violación del derecho internacional grave. El espionaje masivo sistemático no representa una mera “lesión” de la confianza entre países: es más que un mero “acto” aislado, es una *práctica* y en cuanto tal configura un crimen, una “violación grave” de integridad, territorialidad, privacidad, soberanía. El EMT violenta todos los principios rectores de la carta de la ONU y los conculca de modo explícito y manifiesto: sin justificación alguna. Con el espionaje masivo sistemático se socava el Estado de Derecho. Se socava, como se dijo, la seguridad colectiva, basado en la cooperación, y se pone en su lugar la doctrina de la seguridad nacional, donde los países compiten, desconfían, se “atacan”, se espían, se agraden, se “vigilan” en lugar de cooperar o acordar (negociar) de buena fe. Por eso esta “crisis” traduce el paso de un sistema a otro. El paso de un sistema (basado en la seguridad colectiva, con el principio de la cooperación entre países) a otro (basado en la seguridad nacional, con el principio de que los Estados no cooperan, sino que compiten entre sí, llegando incluso en esa “competencia” —por ejemplo por recursos naturales, por “intereses”— a hacer la guerra) Esto es lo que expresa (esconde) la crisis de la diplomacia. El avance del espionaje masivo tiene implicancias no sólo “internas” (violar la privacidad de los ciudadanos, aquejando la calidad de la vida en democracia), sino externas: en la esfera internacional el espionaje masivo y sistemático entre delegaciones (empresarios, políticos, jueces, etc.) expresa la pérdida de confianza en la capacidad de alcanzar acuerdos. Esta “pérdida de confianza” es la contracara del espionaje masivo.

El debate venía dado como vimos por la cualidad de “armado” del ataque. Esa cualidad también debe ser repensada a la luz del avance de las tecnologías y las “armas” en la era digital. De las formas de operar un daño. El EMT —con sus métodos y maquinaria sofisticada— puede quedar comprendido también dentro de las “otras formas” incompatibles con la Carta de la ONU, que en modo alguno, dados sus principios rectores, puede “tolerar” la violación de los derechos civiles esenciales de millones de personas en forma cotidiana, sean dirigentes políticos, empresarios o activistas de los derechos humanos. El espio-

naje masivo automático de presidentes de América Latina o Europa, embajadores, diplomáticos, empresarios, jueces, es un hecho grave incompatible con la carta de la ONU. Con sus principios y valores. Es un hecho incompatible con la diplomacia y con las relaciones internacionales. Es un hecho incompatible con una democracia (49). Por eso, en las circunstancias actuales, y a falta de un instrumento mejor, debe ser concebido como un acto de agresión. Las categorías evolucionan en función de los hechos a que se refieren y las realidades que abarcan. El espionaje masivo es el que nos obliga a redefinir los alcances de la figura de la agresión. Los alcances del crimen de agresión. Se trata de que el tipo penal sea útil para prevenir y condenar los crímenes que se cometen actualmente. Aunque sean cometidos precisamente por países o Estados que no son débiles. Sino poderosos. Que disponen de avanzadas tecnologías que la inmensa mayoría de los países del mundo no tienen. Precisar el tipo penal (actualizar el crimen de agresión) es, a su vez, una forma de luchar contra el doble estándar en el ejercicio de la jurisdicción, preservando la legitimidad de tribunales como la CPI.

X. El Protocolo I adicional al Convenio de Ginebra (1977). Un “mal superfluo”

El inciso 2 del artículo 35 del Protocolo I al Convenio de Ginebra otorga un punto importante en la interpretación propuesta, ya que los medios tecnológicos avanzados como las máquinas automáticas que producen —automáticamente— como quedó demostrado, un espionaje masivo sin distinción de ámbitos (videojuego, celulares, chats, cables diplomáticos, secretos comerciales, etc.) ni de personas (empresarios, presidentes, jueces, diplomáticos, periodistas), efectivamente son capaces de causar “males superfluos o sufrimientos innecesarios” a la población civil (en la llamada “guerra al terrorismo”) (50). Esto quedó de-

(49) Véase Sain, G. “La Seguridad en la Red”, en Página 12, 12/12/2013, Buenos Aires. En términos de políticas públicas, el autor sostiene que resulta “necesaria la tipificación de determinadas conductas ilícitas que tienen como medio o fin un dispositivo informático tanto así como el fortalecimiento de la cooperación internacional en materia de investigación criminal”.

(50) En el marco de la llamada “guerra al terrorismo” diremos también que -también desde esa óptica- el espionaje masivo configura un “mal superfluo”. Un mal innecesario.

mostrado con el escándalo del EMT en 2013, escándalo que supone la violación constante de la propia intimidad o la amenaza de sentirse continuamente vigilado. Esto supone ambos puntos: supone por un lado un mal superfluo. Y supone también para quien lo padece, cuya autonomía y libertad quedan minados, un “sufrimiento innecesario” (ya que no sirve en modo alguno, tampoco, para combatir al terrorismo, pero incluso si sirviera para eso sería discutible su legitimidad en el plano internacional; más grave es en todo caso —y por eso configura una agresión ostensible, una agresión injustificable, *innecesaria*— es el hecho notable de que no sirve tampoco para esa meta formal. Precisamente llamaremos “espionaje” a la práctica excepcional, fundada, que sí sirve para prevenir atentados, no siendo esa práctica con carácter excepcional la que cuestionamos en este trabajo, para la cual en rigor debiéramos buscar otro nombre, otro término más adecuado (una nueva palabra, una nueva categoría o categorización, ya que en rigor se trata de un fenómeno nuevo, sin precedentes —en su escala— en la historia moderna, siendo fruto de la “revolución” de las comunicaciones y de las tecnologías) sino el paso de la “práctica excepcional” con un fin preciso, a una “regla” difusa sin objeto claro, global, sistemática, difusa, permanente, “automática”, por la mera vigilancia masiva en sí misma, una forma de “control” social que termina violentando derechos civiles y la soberanía de los Estados. El espionaje masivo es una violación manifiesta de los principios rectores del orden internacional, basados en la cooperación recíproca y en la soberanía estatal. Es una violación manifiesta de los principios de la ONU.

El EMT puede ser un nuevo “medio” o “método” de agredir a los países, la soberanía de los Estados, y la autonomía esencial de las personas. Si quie-

sario. El espionaje masivo produce, por todo lo expuesto, (y no hace falta recurrir para probarlo a la *Abwägung* en Robert Alexy, profesor en Kiel) un mal “superfluo”, del todo innecesario, que jaquea e inhibe la vida civil. El mismo ha probado no ser un vehículo útil o indispensable para “combatir al terrorismo”. El mismo ha probado, por el contrario, tener otras (y por eso es grave) connotaciones, sentidos y objetivos netamente comerciales (transferencia de datos para mercadeo, etc.) y políticos. De allí que muchos autores (Zaffaroni mismo es uno) cuestionen la entrega espontánea de datos e información privada, personal, a plataformas comerciales como Facebook.

nes aplican estas máquinas masivas de espionaje que vulneran tantos derechos civiles hubieran pensado si el funcionamiento de las mismas y su objeto eran “compatibles” con el derecho internacional, la respuesta es muy clara: no lo es. Porque viola gravemente la soberanía de los Estados y la integridad de las personas. Sus libertades.

Pensamos que el espionaje masivo tecnológico es más que la mera “recepción de información” en forma ilegítima o clandestina. Es más porque produce un daño concreto (y sistemático) que va más allá de la información obtenida: lesiona la soberanía, la integridad de los Estados, genera lesiones y provoca la sensación de una vigilancia plena y permanente de las personas. Lesiona la autonomía de las personas afectadas (lo que Kant llama el “derecho a la personalidad”, independientemente de su inmunidad o peso político), lesiona la libertad civil y política. Vulnera derechos concretos, aunque muchas veces ese daño no fuera vistoso. Conculca de modo manifiesto los principios rectores de la carta de la ONU, que aspira a la cooperación internacional y a la seguridad colectiva. El espionaje masivo (emergente de la doctrina de la seguridad nacional y no de la seguridad colectiva, basada en la cooperación, no en el espionaje) con las características actuales puede configurar un crimen de agresión, porque es realizado a través de máquinas y tecnologías nuevas, muy avanzadas, y es coordinado por los Estados y sus fuerzas militares —incluso de espaldas al poder político, a los representantes democráticamente elegidos— precisamente en la llamada “guerra al terrorismo”. No analizamos el caso más simple (aunque también discutido) de ciberataques, que pueden paralizar redes de información vitales, de las que depende por ejemplo el funcionamiento de servicios públicos esenciales como el transporte o la provisión de agua o energía. En esos casos resulta más clara la agresión y más ostensible el daño. Pero en la era de las comunicaciones, el EMT también puede, por su escala y dimensión, configurar una agresión y determinar un daño muy grave que no debe ser subestimado por el Derecho. Vulnerar la intimidad-privacidad de las personas (empresas, cuerpos diplomáticos, ONG) es mancillar el valor esencial de toda democracia, que es la libertad de expresión.

Por todo lo expuesto, creemos que el EMT, sistemático, global, con nuevas materias y métodos

(capaces de vulnerar incluso métodos de encriptamiento, pero también paredes, teléfonos, computadoras, celulares, correspondencia privada de todo tipo, en todo el mundo, en un instante, sin conocimiento de la persona ni de los Estados vulnerados) es un acto de agresión grave que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. Produce un mal superfluo y concreto en las personas y no sirve para los objetivos de prevención propuestos.

El espionaje lesiona el sentido mismo de la diplomacia. De los tratados. De la justicia internacional. Por eso pensamos que este análisis constituye en rigor la única manera presente de restablecer la confianza perdida en el valor de la diplomacia. Es la única manera de restablecer el valor y la confianza en el Derecho. Es la única manera de restablecer la validez del derecho internacional público. Una validez perdida, una validez en crisis (51). Esa es precisamente la misión primera de la justicia y de la justicia internacional: restablecer el valor del Derecho. No dejar que su llama se apague.

Las opciones ante las que nos encontramos son claras. O definimos la agresión como se la definía en 1974 (lo cual no significa, como cree Ambos, ser meramente “restrictivo” respecto del alcance de la agresión: implica un doble estándar, donde se persiguen sólo las agresiones más toscas, menos sofisticadas, más primitivas, más propias de 1974). O la definimos críticamente en función de los rasgos (y riesgos) que la agresión va tomando en la actualidad, merced del avance y la sofisticación de las comunicaciones, los modos de vida y las nuevas tecnologías, que alteran nuestras formas de comunicarnos, de convivir y de participar políticamente. Ese también es un dilema eterno del Derecho: mirar para adelante o seguir mirando siempre para atrás. Que no asumamos los riesgos nuevos que se suceden a diario no significa, sin embargo, que esas agresiones no sucedan. Significa, simplemente, que el Derecho Penal Internacional no las ve. Y esto es lo que debe evitarse. La inacción del Derecho (Penal Internacional). Por eso proponemos una relectura crítica de esta figura, llamando la atención sobre

las insuficiencias de la definición alcanzada en Kampala en 2010. La agresión exige ser repensada en función de los riesgos y rasgos que la misma asume en la actualidad, y no de la forma que ella tuvo hace más de cincuenta años. Ese anacronismo (sea o no exhaustiva la enumeración de actos que allí se realiza) es negativo porque conduce al doble estándar de persecución, centrando su accionar en países “en desarrollo”, dejando de lado los crímenes más sofisticados (por carecer de instrumentos jurídicos aptos —acordes con la sofisticación del crimen— para comprenderlos), que es lo que debe evitarse en aras de preservar la legitimidad de tribunales como la Corte Penal Internacional.

X.a) Cómo los conceptos (que nunca son neutrales) cambian y evolucionan

El concepto clásico de agresión supone la cualidad de ataque “armado”. Veamos pues la definición general de “arma” según la RAE. Se lee que arma (Del lat. arma, -orum, armas) es: 1. f. Instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse (definición perfectamente compatible con las máquinas destinadas al espionaje masivo tecnológico, de funcionamiento “automático”) 2. f. Mil. Cada uno de los institutos combatientes de una fuerza militar. El arma de infantería, de caballería, de artillería. 3. f. p. us. Rebato o acometimiento repentino. 4. f. pl. Conjunto de las armas que lleva un guerrero o una unidad de guerra. 5. f. pl. Tropas o ejércitos de un Estado. Las armas de España, las armas de los países aliados 6. f. pl. Defensas naturales de los animales. 7. f. pl. Piezas con que se arman algunos instrumentos, como la sierra, la brújula, etc. 8. f. pl. Milicia o profesión militar. 9. f. pl. Hechos de armas, hazañas guerreras. 10. f. pl. Medios que sirven para conseguir algo (definición perfectamente compatible con el espionaje masivo) 11. f. pl. Heráld. Blasones del escudo. 12. f. pl. Heráld. escudo de armas. Etcétera. Bajo esta primera aproximación general, las máquinas (toda arma es una máquina) que se emplean para el espionaje masivo (avanzadas máquinas, avanzadas computadoras, no discernibles siempre de los drones, que constituyen, en sí mismos, otro enorme desafío para el derecho internacional) sí pueden ser consideradas en principio armas. En consecuencia sus ataques deberían ser considerados ataques con arma. Es decir: un crimen de agresión. En segundo lugar como veremos, quienes manejan,

(51) Altman, A. A. y Heath Wellman, C. “A Defense of International Criminal Law” en *Ethics*, Vol. 115, No. 1. (2004) pp. 35-67. University of Chicago Press.

controlan y dirigen esas armas —dirigen drones, por ejemplo— son fuerzas de seguridad de los Estados, o sus fuerzas armadas. En este segundo aspecto, también pueden ser consideradas esas máquinas como “armas”. De hecho lo son. Son armas con un propósito muy concreto: recabar información en forma ilegal, violando la soberanía y la autonomía y la integridad de los Estados y de las personas. Produciendo en éstas un daño real y concreto. En consecuencia, estamos ante un ataque armado que produce un daño real. Ni más ni menos que eso. Máquinas dirigidas por fuerzas armadas orientadas a un fin ilegítimo con medios ilegítimos, sin declaración previa (no existe espionaje declarado). Estamos pues en presencia de una agresión. Lo que diferencia a esta agresión del espionaje tradicional (que no se concibe como una agresión) es precisamente su carácter aislado y excepcional. No masivo. El primero es compatible con la cooperación internacional. El segundo, no (52). Es su contracara.

(52) Aquí es donde radica la diferencia esencial. Unos críticos dicen que muchos países que cuestionan las prácticas de espionaje de EE.UU. a la vez se “benefician” de esas prácticas. La distinción es útil porque el primer tipo de espionaje (prevenir terrorismo) sí sería útil y compatible con la cooperación internacional. Pero no el segundo, que vulnera la autonomía de los Estados y de los líderes como Merkel, Rouseff, entre otros. El primer tipo de espionaje es compatible con la cooperación internacional, pero no el segundo, que reúne características totalmente diferentes y métodos muy particulares. Este segundo —sólo este segundo— es el que comprende, según nuestra visión, un crimen de agresión, bajo el Estatuto de Roma. Pero no el primero. Esto es lo que caracteriza a nuestro argumento. No estamos censurando el espionaje en general, sino en este caso particular, cuando éste deja de ser la excepción, y se convierte poco a poco en la regla (generalizada, en un mundo donde se lesionan y recortan continuamente garantías civiles, como advierte Ferrajoli), cuando el argumento de “combatir al terrorismo” deja de ser cierto y se convierte en una excusa para avalar prácticas lesivas y sistemáticas como el espionaje comercial a empresas en todo el mundo o el espionaje a líderes aliados (en esa misma lucha contra el terrorismo) como pueden ser Angela Merkel o el primer ministro de Francia, el presidente de México o de la presidenta de Brasil. Precisamente creemos que este segundo tipo de espionaje (EMT) deja en rigor de ser eso (“espionaje”) y representa en rigor una práctica masiva diferente, nueva, a la que se le debe poner un nombre. El espionaje en rigor podría ser otra cosa. El problema es que la excepcionalidad se convierta en la regla. El problema es que el espionaje por sus características representa búsquedas excepcionales para prevenir hechos excepcionales (atentados terroristas). Pero en las formas actuales (masivos, presidentes, empresas, jueces,

Estas distinciones sutiles no son menores. Deben ser la base de una nueva comprensión de la agresión en el siglo XXI con los métodos y máquinas que la agresión comprende en el presente, no en el pasado.

El concepto de fuerza armada y de “arma” es como todo concepto un concepto ambiguo y difícil, no es estático, cambia y evoluciona. Es dúctil y debe ser continuamente repensando en función de los avances veloces de las tecnologías “armadas”. De las “aplicaciones” instrumentales de que disponen los Estados. De los nuevos desarrollos tecnológicos que generan nuevas “armas”. Nuevas formas de “atacar”, intimidar, hostigar: agredir.

Los conceptos a su vez no son estáticos. No significan hoy lo mismo que hace 50 años. Cambian como cambian las realidades sociales, militares, políticas, tecnológicas a que se refieren. La agresión no tiene la misma forma hoy que la que tenía en 1970. Las tecnologías avanzan cada vez más rápido y el derecho debe mantenerse predispuesto a pensar en forma audaz y dinámica estos cambios estructurales en la forma de hacer la guerra pero también de “mantener la paz”.

Otro punto complejo de mi construcción argumental es separar el espionaje tradicional del espionaje masivo tecnológico. Configuran dos fenómenos parecidos, pero no iguales. Tienen métodos pero también objetivos separados. Y aquí es que sostengo que la mayoría de los argumentos (prevenir ataques terroristas, etc.) que se usan para avalar el segundo, en realidad sólo sirven para lo que siempre han sido usados: justificar el primero. Solamente al primero. Pero no al segundo. Esto quiere decir que el EMT configura en muchos aspectos un fenómeno nuevo (precisamente, debido al notable avance de la tecnología, como el propio Obama reconoció valien-

periodistas, deportistas, ciudadanos comunes) deja de ser excepcional en su objeto (prevenir el terrorismo) y deja de serlo, en consecuencia, en su búsqueda, en su método. Se convierte en una “regla”. Y esto es lo que debe ser prevenido. Porque donde el espionaje es la “regla”, la democracia, como saben perfectamente los alemanes, es la excepción. Precisamente por eso es que se construyó en Alemania un muro. El muro de Berlín tenía ese sentido: contener a los que querían escapar de un Estado que lo sabía y vigilaba y escuchaba todo. Para eso hizo falta construir un muro. Para que la gente no escapara de allí.

temente). Esto quiere decir que los argumentos que se han usado siempre para justificar o legitimar el espionaje siguen (en principio) siendo válidos. Su carácter de excepcionalidad, de práctica excepcional que vulnera derechos civiles, se vería justificada por la urgencia de su meta: prevenir un atentado, salvar vidas. El problema entre el primero y el segundo es hacer de esta “excepcionalidad” una regla. Este es el desafío que afrontamos. No se cuestiona esos argumentos (prevenir ataques terroristas, prevenir guerras civiles, etc.), sino que esos argumentos sean también usados para legitimar un fenómeno nuevo como el (aquí llamado, a falta de una definición mejor, que será trabajo del derecho internacional construir en los próximos años) EMT que no es igual al espionaje tradicional, y tiene, de hecho, metas y resultados diferentes. El espionaje de ciudadanos en sus conversaciones por celular, de chicos que juegan videojuegos, de cancilleres como Merkel o Rouseff, de delegaciones de la Unión Europea, o de empresas petroleras como Petrobras en Brasil, o de Energía en México, no configuran en modo alguno espionaje masivo con el objeto de prevenir o combatir “al terrorismo”. La canciller alemana o la presidenta de Brasil o las delegaciones de la Unión Europa no configuran terrorismo alguno. Al contrario. Son aliados genuinos de EE.UU. en su lucha contra el terrorismo (53). Siempre lo han sido. Por eso mismo el espionaje masivo (“entre aliados”, como dijo Merkel, también Hollande) no se justifica. No está justificado o la justificación brindada (combatir al terrorismo) es improcedente. No tiene lugar. En conclusión, los argumentos que se suelen usar para avalar el espionaje no son discutidos en este trabajo y se sostiene, más aun, que pueden seguir siendo usados (a falta de un método mejor y más transparente) para justificar el espionaje puntual en casos concretos avalados por la justicia o con un sentido de urgencia tal que los justifica (salvar vidas). Lo que se sostiene aquí es que esos argumentos no proceden para el caso del EMT, que representa, a fin de cuentas, un fenómeno diferente, con una escala y unos métodos masivos novedosos, que ponen en tela de juicio la eficacia de todo el derecho internacional y de las relaciones diplomáticas como vienen siendo

(53) Que no pretende ser analizada ni discutida en este trabajo, que apunta, como se ve, en otro sentido, a dejar al desnudo las implicancias del EMT para las relaciones internacionales y el derecho internacional.

entendidas desde el orden de posguerra. Una vez que logramos advertir esta diferencia (que el espionaje, en suma, representa una excepcionalidad que las nuevas tecnologías no deben convertir poco a poco en una “regla”), es que pensamos el espionaje masivo tecnológico a través de una nueva luz. Vemos entonces que en nombre de la lucha contra el terrorismo no se puede socavar la democracia ni los valores primarios de Occidente (54). No se debe socavar la legalidad. Pasemos pues al siguiente paso: veamos si podemos comprender al espionaje masivo dentro de la figura del crimen de agresión. A falta de una figura mejor en el plano internacional, pensamos que el crimen de agresión, definido en Kampala en 2010, representa ese camino. Abre, en los primeros dos párrafos, esa posibilidad. El derecho debe ser interpretado de modo tal de resultar eficiente a la luz de los conflictos que se suscitan. De lo que se trata es de generar un orden internacional nuevo donde el espionaje masivo de ciudadanos no sea posible o, siendo tecnológicamente posible, como es hoy, no represente un accionar válido. No sea legítimo. Es la única manera de preservar los valores y esferas fundamentales de la democracia, esferas como la privacidad que nacieron y se desarrollan con ella, con la democracia. La privacidad —como derecho inherente de todo individuo— es impensable fuera de un orden democrático. No debemos perder esto de vista a la hora de buscar encuadrar el espionaje masivo tecnológico dentro de la figura del crimen de agresión, tal como quedó definido en el Estatuto de Roma.

X.b) El espionaje como excepcionalidad. No como regla

No estamos cuestionando pues el espionaje tradicional. Estamos diciendo que eso incluso puede (llegar a) ser correcto: conservar el espionaje para la excepcionalidad. Para prevenir

(54) Aspiración que tendría, precisamente, el llamado terrorismo, que ve o vería en Occidente (en los principios democráticos, liberales culturales de Occidente, su individualismo, el derecho a una esfera privada) a su primer enemigo. Sería muy paradójico que se combatiera el terrorismo con métodos propios del terrorismo. Sería muy paradójico que la democracia cediera en sus principios fundamentales para combatir a aquellos que quieren precisamente eso: que la democracia ceda y se desdibuje. Que la libertad civil y política pase a ser una cosa del pasado.

un atentado terrorista concreto. Salvar vidas. Incluso sostenemos que esto es correcto (55). El problema es que este no termina siendo el uso general del espionaje sino la excusa con la que éste, como denunció Dilma Rousseff, se lleva adelante, con metas muchas veces diferentes de las bélicas.

Lo que no puede ser es que eso se convierta en la “regla”. Que se espíe a todo el mundo en todo momento con cualquier argumento o excusa

(55) La crítica que realizo no puede en consecuencia ser tachada por los estados de “poco realista” o naif porque no estoy diciendo -como propuso por ejemplo el escritor Vargas Llosa- acabar con todas las formas de espionaje y todos los espías. Eso sería lo ideal. Pero no es esta la postura que sostengo en este marco: mi posición invita a rechazar el EMT, sin cuestionar necesariamente el espionaje tradicional, con su sentido (cuando eso es real) de prevenir atentados terroristas. Estamos cuestionando un desvío que termina justificando, con una vaguedad terminológica, una práctica nueva (que debe ser comprendida, esta nueva “práctica”, como un crimen de agresión). Esa justificación, cuando es real, cuando no es una pantalla, parece válida. El problema es cuando se usa esa justificación para justificar un fenómeno distinto, a todas luces ilegítimo, como es el espionaje de presidentes aliados de todo el mundo, ciudadanos, empresarios, jueces, periodistas, ONG, sin distinción ni especificación de ningún tipo, poniendo sobre todo el mundo un manto de duda y sospecha (todos pasamos a ser “sospechosos”) y de vigilancia secreta, que socava la libertad del individuo. Sus derechos. Y también la soberanía de cada Estado. En este sentido, la argumentación de Obama en Berlín de que su país “no espía a ciudadanos europeos” no sólo resultó ser falsa, sino además (consistente con la doble vara de las instancias de la justicia internacional) inequitativa y discriminatoria, no se trata sólo de no espíar “ciudadanos europeos”, sino también latinoamericanos, asiáticos, etc. Porque una cosa es usar el espionaje para casos puntuales por cuestiones de seguridad colectiva, para prevenir atentados en todo el mundo. Otra cosa diferente es discriminar ciudadanos (europeos de africanos) y espíarlos por pertenecer a una religión o a una cultura diferente. La argumentación de Obama en Berlín resultó de una pobreza notable. La sospecha debe estar fundada y no basarse en modo alguno en la discriminación (sobre si se es o no se es “europeo”, los ciudadanos de América Latina con pasaporte europeo, como el autor de estas líneas, ¿cabrán en esa definición?). Debe ser excepcional, para que la justificación tradicional del espionaje proceda. Lo que no puede ser es que la excepcionalidad se convierta en la regla. En ese sentido no importa si el presidente espíado es o no es un “aliado” (si el ciudadano es o no es “europeo”). En ambos casos el espionaje es un delito grave. Para evitar eso es que existe precisamente la diplomacia internacional. Y también la justicia internacional. El espionaje crece donde la justicia y la diplomacia no funcionan, ceden. No cumplen ningún rol sustantivo.

(“sospechas de terrorismo”, rasgo que no se observa en altos directivos de empresas de petróleo de México o de Brasil o en el espionaje financiero sobre Frankfurt o Londres) (56). Es la excepcionalidad y debe quedar de ese modo, si queremos preservar las relaciones internacionales y el valor de la diplomacia, la integridad de los Estados y su soberanía, el espionaje no puede ni debe ser masivo, sistemático, de la escala actual, que comprende todas y cada una de las actividades y esferas de los ciudadanos. Esta es una construcción argumental diferente. No cuestionamos el espionaje tradicional para prevenir un atentado (y responder que hacemos eso es una forma de no argüir que cuestionamos el segundo tipo de espionaje “masivo”). Lo que cuestionamos es que se use la justificación de éste para justificar otra cosa, que socava el derecho y la esencia de la democracia y las relaciones internacionales, que mina y destruye la sociedad civil. (EMT). Que se usa para espíar presidentes aliados de todo el mundo, empresarios, periodistas, jueces, estudiantes, que en modo alguno pueden ser calificados de “terroristas”. Activistas, abogados, artistas. Ni Merkel, ni Hollande, ni Rousseff ni las empresas de petróleo de Brasil o de México ni la medicación que toma la presidenta argentina Cristina Kirchner son cuestiones importantes de “seguridad colectiva” ni son personas que puedan ser calificadas de terroristas. Son sí tal vez cuestiones importantes para los “intereses estratégicos de un Estado” que espía (EE.UU.) a otros Estados, con fines comerciales de “seguridad nacional”: sus “intereses”. Combatir el terrorismo no puede ser la excusa para invadir la soberanía y la integridad de un Estado y la privacidad de una persona, sea presidente, juez o estudiante universitario. Sea o no una persona “común”. Que el espionaje haya cobrado esa escala da a su vez una pauta de la impunidad (gravedad) con que se manejan las agencias que recaban esa información en todo el mundo, violando derechos civiles esenciales de miles de millones de ciudadanos en todo el planeta. Es importante señalar que preservar esos derechos civiles esenciales y básicos fue una de las metas del orden que emergió en la posguerra, que Estados Unidos, con valor, ayudó a construir. Construir esos derechos y pilares frente al Estado fue uno de los motivos

(56) Esto es lo que sostuvo la presidenta de Brasil en la última asamblea general de la ONU.

que llevaron a los países y al mundo a una guerra atroz, que no debe repetirse. La privacidad (pero también la soberanía) es un derecho fundamental del Estado y de la persona. Es un derecho básico. No debe vulnerarse.

El espionaje masivo supone una penetración grave en el Estado. En su soberanía y en su integridad territorial. Pero viola también derechos de ciudadanos y de políticos y jueces. En toda la escala y dimensión actual. Sistemática y masiva. Sin distinciones: igual el celular de un presidente (Merkel, Rousseff) que el de un periodista, un juez, un empresario, una ONG, un estudiante. Incluso un chico que juega a un videojuego es espionado. Se viola su privacidad. Sus derechos esenciales. Esto supone una agresión al Estado y también a las personas, independientemente de su lugar: presidente o empresario, juez o estudiante: todos. Por eso decimos que esto es “más” que el mero espionaje puntual. Es otra cosa. Y esa otra debe ser nombrada. Pensada. Definida como una “agresión”. Que supone el uso de la “fuerza” en un sentido del todo incompatible con la Carta de la ONU. El espionaje como excepcionalidad no vulnera la legalidad, ni el liberalismo, ni el Estado de Derecho. Pero el espionaje masivo y sistemático (justificado —disimulado— con terminología sólo aplicable al primero) sí vulnera la legalidad. Son pues dos fenómenos que estamos denunciando: primero, la igualación del espionaje tradicional a un fenómeno nuevo, que a falta de una terminología mejor, se ha denominado “espionaje masivo”. Segundo, la justificación, precisamente por el empleo de términos similares, de este EMT, como si se tratara de algo “semejante” al espionaje tradicional, cuando no lo es. Sus implicancias son distintas. Sus consecuencias son diferentes. También los riesgos que el mismo supone.

La diferencia está pues en el espionaje como práctica de excepcionalidad y el espionaje masivo como “regla”. El espionaje en el comercio internacional es una práctica violatoria de derechos esenciales. El espionaje de empresas en el comercio en modo alguno se vincula a combatir el “terrorismo”. El espionaje de presidentes aliados como Merkel o Rousseff tampoco. Esto no se vincula a la seguridad colectiva sino a la seguridad nacional. Este nuevo tipo de espionaje (masivo tecnológico) no comparte pues los métodos del espionaje tradicional. Ni tampoco su objeto.

Tiene métodos y un sentido diferente. Y es por eso que debe ser comprendido como una nueva forma de agresión por el Derecho Penal Internacional. Que viola la soberanía y la integridad de los estados pero también derechos civiles esenciales de todas las personas, sean justamente presidentes, empresarios, o simples estudiantes, trabajadores, actividades de derechos humanos. El espionaje masivo tecnológico no hace estas distinciones. Se espía a todos por igual. Todos se vuelven “sospechosos” y por eso son —y en consecuencia se sienten— vigilados. Esto reconfigura (para peor) las relaciones diplomáticas entre los países. Entre los gobiernos y estados. Esto afecta a la democracia, a la justicia internacional. A todo el Derecho. Por eso separamos un tipo de espionaje puntual, excepcional, para prevenir atentados terroristas, de una práctica masiva sistemática nueva global, indiscriminada, avasallante, armada, que no hace distinciones entre un presidente, un empresario, un terrorista, un estudiante, un activista, un reportero, un deportista, un actor.

Precisamente porque no hay distinciones es que el espionaje alcanza a todos: presidentes o ciudadanos comunes. Justamente porque es un espionaje “masivo” y es automático (como reconocen Omaba y Kerry). Cuando Obama sostiene que “no sabía” es altamente probable que sea cierto (por eso es un fenómeno grave, porque releva a su vez la autonomización de ciertas burocracias y servicios secretos, que se independizan muchas veces, sin control alguno, de las normas de contención de un Estado de Derecho) (57), porque tan masivo es el carácter del espionaje con las nuevas tecnologías que éstas no se centran probablemente en personas determinadas. Parten de espiar sin distinciones. A todo el mundo. Empresas, jueces, periodistas, presidentes, embajadores, estudiantes. Sin excepción. Este paso de la excepcionalidad a la regla (videojuegos, celulares, e-mails, prácticas comerciales corporativas, política, etc.) es un grave peligro y configura una forma de la agresión nueva, porque por su carácter masivo, su escala y sistematización, viola la soberanía de los Estados.

El espionaje tradicional para prevenir un atentado terrorista no es cuestionado aquí. Incluso

(57) Razón por la cual el Presidente Obama sostuvo “que podamos hacerlo no significa que debamos hacerlo”.

sostenemos que es aceptable. Sostenemos que los argumentos que se usan para justificar el espionaje como excepcionalidad son correctos. Lo que decimos es que no se puede usar esos mismos argumentos para justificar este “otro” espionaje, que es otra cosa en rigor diferente, nueva. Por su escala, su dimensión, su automatismo, su sistematicidad, su alcance (presidentes, jueces, empresas de petróleo, energía, ONG, etc.), no puede ser igualado. Estamos ante algo nuevo. No se pueden usar esos argumentos para justificar el espionaje a presidentes, políticos, empresarios, estudiantes, ONG, periodistas, etc., hecho con máquinas automáticas, que violan sistemáticamente la soberanía de los Estados en todo el mundo y de las personas “comunes” o no. Pasar de la excepcionalidad a la regla. Esto segundo no cabe dentro de lo primero. Es otra cosa. Y este es el desafío de fondo de este trabajo: estamos definiendo o tratando de definir una nueva figura, a la que provisoriamente llamamos espionaje masivo tecnológico (EMT), con sus rasgos de automatización, sistematicidad y escala planetaria, en celulares, videojuegos, chats, pero también en cualquier movimiento por internet, mails, mensajes de texto, etc. En rigor, esto ya no se puede seguir llamando espionaje. Es otra cosa, por su escala y sistematicidad, debe tener otro nombre. El espionaje masivo (ciudadanos, empresarios, presidentes, jueces) es un atentado grave a la soberanía de los Estados. Lo queremos caratular como “agresión” hasta que encontremos —mientras se lo criminaliza y vuelve visible— un nombre mejor y más preciso.

XI. Conclusión. De los muros presentes y los muros pasados

El eminente jurista alemán Gustav Radbruch, que en la posguerra había cuestionado al positivismo jurídico por dejar a los juristas alemanes (a muchos, no a todos) del todo “indefensos frente a leyes injustas y crueles” (pero formalmente “válidas”) pergeñó su célebre fórmula (la llamada “fórmula Radbruch”: según la cual la injusticia extrema no es Derecho (58), con lo cual el derecho nazi no era “derecho”, era un derecho tan “extremadamente injusto”, de una justicia tan

“ostensible” y evidente (59) que se le debía negar la cualidad de jurídico, la cualidad de Derecho, es decir su validez, en suma, su calidad de “derecho válido”, luego se aplicaría este razonamiento para censurar también el derecho de la DDR) cuestionando a los guardianes del Muro de Berlín, que tenían la orden de disparar contra todo aquel que, desesperado por la opresión y el hostigamiento (de la DDR) quisiera escalar esas paredes grises y escapar (“violiar la frontera”, ser un enemigo de la Alemania “democrática”) a otra parte, donde se sintiera más libre, menos espiado, menos controlado, menos vigilado, menos asediado en sus pasos. Más persona (60).

El caso de los guardianes del muro es un caso emblemático resuelto por el Tribunal Constitucional alemán una vez producida la reunificación. La fórmula de Radbruch (empleada en desmedro de principios esenciales como la irretroactividad de la ley penal) configura un “derecho supralegal”. No es un secreto que la misma supone un regreso —de posguerra, ante el horror

(59) Claro que esto no fue así en determinado momento (la etapa nazi) para millones de personas y tampoco para miles de juristas, profesores, jueces, abogados, que aplicaban este derecho como el único válido. Carl Schmidt no fue la excepción: fue la regla en esa etapa, profundamente antiliberal, antidemocrática, anti-ilustrada, anti-igualitaria, contra las “abstracciones” modernas (como la abstracción del principio de legalidad, la abstracción de los derechos universales del Hombre, etc.).

(60) Walter Linse fue un abogado alemán (de estrechos lazos con los servicios secretos norteamericanos, formaba parte de la “Untersuchungsausschuß Freiheitlicher Juristen”, ONG alemana que se encargó de hacer públicas las violaciones a los derechos humanos en la zona soviética de Berlín, en la posguerra, con la ciudad dividida) que fue secuestrado por la KGB en 1952 y ejecutado en Berlín por cargos de “espionaje” en la cárcel de la Stasi. (Gedenkstätte Berlin-Hohenschönhausen) El caso de Linse es representativo de cómo el espionaje (la desconfianza) socavan el diálogo político y jurídico. El espionaje y el contra-espionaje (en épocas de la DDR, durante la Guerra fría, en una “carrera” sin fin) sólo provocaba fisuras en la sociedad, fisuras (diálogos inhibidos) que se cristalizaban -y aun cristalizan- en la construcción de Muros, como el muro de Berlín. Muchos comparaban el escándalo de espionaje masivo en Alemania con los procedimientos de la Stasi, en tiempos de la DDR. El espionaje masivo es cometido en este caso, sin embargo, por una potencia económica y militar que se constituyó como tal (EE.UU.) defendiendo las libertades civiles, como piedra angular de toda democracia. El espionaje es incompatible con la democracia y la sociedad civil: en tiempos de la DDR; pero también ahora.

(58) Radbruch, G. “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en *Süddeutsche Juristenzeitung* (1946), München, Alemania.

nazi— a los cómodos fundamentos del iusnaturalismo (61). El caso de los guardianes del Muro es relevante porque muchos de quienes “violaban la frontera” (arriesgaban sus vidas para escapar de la DDR), lo hacían hartos de un Estado totalitario que los espiaba continuamente, que vigilaba y controlaba todos sus actos, hasta el mínimo de ellos, anulando primero la vida civil y política (por eso fue necesario construir un Muro), y luego la calidad de personas de los individuos. Su personalidad quedaba anulada. La injusticia de ese régimen era extrema. Que dispararan los “guardianes” sobre aquellos que querían escapar de esa sociedad hipervigilada, terminaba de cerrar un cuadro dominado por el horror, el aislamiento, la vigilancia y el totalitarismo (62).

Hoy el mundo parece —con la normalización del estado de excepción— estar volviendo lentamente sobre sus pasos. Por eso mismo entendemos que no es descabellado pensar (y para prevenir crímenes mayores) que el espionaje masivo pueda ser pensado como un crimen de agresión, por su dimensión y su escala. Ya no hablamos del espionaje con las características que tenía en 1950, 60 o 70. El espionaje masivo en celulares, computadoras, a dirigentes políticos, presidentes, jueces, embajadores, ciudadanos comunes, tiene una escala y una dimensión nueva —impensable poco tiempo atrás— que obliga a replantear la forma en que se lo piensa, define y aborda.

El EMT, con los medios y la sistematicidad actuales, a dirigentes, cancilleres, diplomáticos, jueces, periodistas, estudiantes, empresas y empresarios en todo el mundo, violando fronteras

(61) El Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Bundesverfassungsgericht) dictó un emblemático fallo conocido como “Los guardianes del muro de Berlín” donde se resolvieron distintos recursos de inconstitucionalidad promovidos por distintos agentes de los batallones policiales que integraban los (llamados) “Guardianes del muro”; en contra del delito de homicidio de una persona que intentó ingresar al territorio de la República Democrática Alemana (R.D.A.). El fallo sucedió después de la reunificación alemana: después de la caída del Muro.

(62) Croxatto, Guido L. “El libro Perfiles de Coraje”, en *Tiempo Argentino*, Buenos Aires, agosto 2013. Este libro fue escrito por el abogado Ted Sorensen, asesor del Presidente John F. Kennedy, quien acompañó a Kennedy en su célebre discurso ante el Muro de Berlín, previo a su paseo en auto con Konrad Adenauer y el alcalde Willy Brandt.

territoriales y reglas básicas del derecho internacional público de modo sistemático, socavando la base y el valor mismo de la diplomacia, es o configura abiertamente un “acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de la ONU”. Una violación de la democracia. Del principio básico del derecho internacional de que se negocia y se pacta de buena fe. El espionaje amenaza con quitarle valor a la diplomacia. Al derecho internacional. A los tratados firmados. A la propia justicia internacional. El espionaje atenta contra la paz. Atenta contra las relaciones entre los países, contra su soberanía y su integridad esenciales. Por esa razón el EMT, lo cometa el país que lo cometa, debe ser considerado como un crimen de agresión.

Al final del trabajo, tenemos, como suele suceder, más preguntas que respuestas. ¿Cómo se “regula” una actividad que conculca derechos, que es en cierto sentido (en muchos aspectos procedimentales) ilegal, que es secreta, que se realiza de espaldas a la sociedad y que es en general incompatible con los principios elementales de una democracia y de una República? ¿Puede otorgarse un marco legal concreto a (pueden alcanzarse acuerdos a nivel internacional realistas que cubran) actividades secretas que muchas veces bordean la ilegalidad? ¿Cómo se resuelve esta contradicción? ¿Cómo se “regula”, cómo se “limita, cómo se “controla” un servicio secreto, que para cumplir con sus “servicios” y “trabajos” debe escurrirse precisamente de todos los límites, de todos los controles? Muchas de las actividades que involucra el espionaje masivo son, como se dijo, como demostró el escándalo de la NSA, ilegales, por eso mismo son secretas, escapan a todo “control”, a toda norma jurídica: el propio poder político norteamericano reconoció que “desconocía” el alcance de estas actividades, que ya no son nada “excepcionales”, se han ido convirtiendo en la “regla” cotidiana del trabajo de estos “servicios”: esta “normalización” del estado de excepción supone para estas burocracias secretas (para estos servicios, que muchas veces actúan entre sí en varios países, ganando amplios márgenes de autonomía) espacios ganados al Estado de Derecho, una erosión muy grave de la legalidad y de la vida política. Puede otorgarse un marco legal a actividades que son ilegítimas, clandestinas, que son secretas, que están fuera del alcance o conocimiento incluso

de los funcionarios electos democráticamente, que terminan muchas veces siendo ellos mismos (depositarios de la voluntad popular) rehenes de estas estructuras generadas al interior de un Estado (63), que terminan extorsionando funcionarios, persiguiendo sus propios objetivos burocráticos, desarrollando propios “intereses” (incluso intereses comerciales paralelos autónomos)? ¿Cómo se “regula” una actividad semejante? ¿Es posible ponerle “límites”? ¿Orientarla dentro de la legalidad? ¿Cómo se resuelve esta contradicción en el marco del Derecho? ¿Es posible salir de ella? ¿Es posible encontrar un “balance”, como pidió Angela Merkel, de un modo un poco inocente, entre espionaje y democracia, entre espionaje y DD.HH.? (64). ¿O

(63) El presidente del Subcomité sobre Crimen, Terrorismo, Seguridad Interna e Investigaciones de la Cámara de Representantes estadounidense, James Sensenbrenner, ha reconocido en 2014 que la Agencia Nacional de Seguridad estadounidense (NSA) ha ejercido “una invasión total de la privacidad de muchas personas” incluido países de la UE en el marco de sus actividades de espionaje y ha dejado claro que ha “abusado” de la confianza del Congreso, que nunca la autorizó a ir tan lejos. Sensenbrenner sostuvo que “la NSA ha abusado esa confianza” porque “ignora” las restricciones previstas en la ley y asumió un poder “nunca imaginado. “Peor, la NSA ha escondido sus operaciones detrás de una nube de secretismo tan gorda, que incluso si la NSA prometiera reformas, no tendríamos las capacidades para verificarlas”, ha admitido. El Gobierno estadounidense, según el proyecto de ley, podría seguir obteniendo datos “cuando hay una sospecha razonable” de alguien vinculado con el terrorismo. “Pero ya no podría recoger datos colectivos indiscriminadamente en masa de personas inocentes”, ha insistido. (Diario El País, Madrid, Julio 2014) “Los Estados, a través de sus gobiernos, tienen la facultad indelegable de garantizar los derechos de las personas en cuanto a su integridad y libertad; es un principio fundacional de éstos que no puede dejarse en manos del sector privado. Prioritariamente la función que deben desempeñar los Estados es garantizar la libertad de expresión y el derecho a la intimidad de los usuarios de Internet”. El problema es precisamente cuando los Estados son quienes, en nombre de la protección de esas mismas libertades, las mancillan. Y paradójicamente el propio sector privado, que brinda los servicios de comunicación e información que son continuamente espionados, los que terminan defendiendo, para no perder la credibilidad en sus productos ante sus clientes, los derechos civiles de sus usuarios. En este sentido parecemos haber vuelto a una situación semejante a la del primer liberalismo. El Estado se configura, una vez más, como una potente y peligrosa amenaza para la libertad.

(64) Nosotros pensamos que ningún “balance” es posible entre el espionaje masivo y la vida civil. Se oponen. Son antagónicos. Se excluyen mutuamente. Donde hay es-

se trata de actividades que debieran ser erradicadas para darles contenido y volumen a la democracia y mayor seguridad a la sociedad civil? ¿Cuál es el “costo” de estar “protegidos”? (65). ¿De estar en principio un poco más “seguros”? Son preguntas que quedan abiertas, pero de cuya respuesta depende el porvenir del derecho internacional y también de la democracia, que requiere —si es deliberativa— de ciudadanos autónomos, capaces de expresarse con libertad en la esfera pública, sin sentirse vigilados (66). La vigilancia produce la auto-censura. En esto basta no ya la vigilancia efectiva, como en el Panóptico de Bentham (no en vano cultor del utilitarismo, la sociedad misma se está convirtiendo en una

pijonaje no hay vida civil. La posición de Merkel (avalando en un primer momento el espionaje masivo) revela hasta qué punto también los servicios secretos alemanes son parte de este entramado de vigilancia masiva.

(65) Castel, R. La inseguridad social. ¿Qué es estar protegidos? Ed. Manantial. Buenos Aires. 2006.

(66) Estas agencias y burocracias van generando y ganando dentro del Estado de Derecho espacios cada vez (en función de su carácter mismo de trabajo o servicio “secreto”, que por su propia naturaleza no puede ser regulado, limitado, controlado, sólo “limitado” por la competencia de otros servicios secretos, en una carrera sin límites, similar a -y tan grave como- la armamentística) de mayor autonomía y discreción y se manejan muchas veces dentro de (traspasando) una línea muy gris y muy delgada en relación con los principios de la democracia y el Estado de derecho. Se autonomizan y se independizan del control del poder político, al que terminan muchas veces extorsionando y tomando de rehén, invirtiendo la relación de mando. La política termina sirviendo muchas veces a estas burocracias cerradas al interior de los Estados, pero que (siendo secretas) carecen de toda legitimidad democrática. El espionaje masivo se maneja en esa línea, aunque todo parece indicar que, en vistas de las últimas revelaciones, la ha cruzado. El espionaje a presidentes como Merkel o Rousseff, a empresas de petróleo, a ciudadanos comunes en sus cuentas de e-mail o de celular, no son ni representan un hecho menor. No lo eran cuando sucedía en la Alemania oriental, bajo la órbita de la Stasi, y tampoco deben serlo ahora, que las tecnologías y escalas (y modos) del espionaje cambiarán. Por eso, ante esta nueva situación, es que debe repensarse el Derecho y el crimen de agresión. El propio presidente Obama admitió que muchas veces estas agencias cometen acciones (Kerry habló de un “equipo automático”) que están fuera del conocimiento real del propio presidente, es decir, del Estado de Derecho. Es decir, existen muchas decisiones “autónomas” de estas agencias y servicios secretos. Decisiones que están fuera del marco y del control de un Estado de Derecho. Decisiones que no solo son “ajenas” a la democracia, sino que condicionan y controlan aspectos medulares de la vida civil y democrática.

gran “cárcel”) sino la mera sensación o temor o idea de que se puede estar siendo continuamente vigilado. Con tan poco basta para mermar una democracia, para que una persona libre se auto-censure. Por eso es tan grave el espionaje masivo para una sociedad, porque inhibe la vida en democracia, anulando la participación: desaparece el debate. Las personas ya no se expresan. Callan. Ya no son libres. Sienten temor. Desaparece la privacidad, que es la base de toda participación política. Es la base de la autonomía moral y del desarrollo de la personalidad; es la base del desarrollo de la conciencia humana y la responsabilidad moral. La sociedad, con el espionaje masivo, puede convertirse lentamente en una enorme cárcel vigilada en cada uno de sus rincones, en una “institución total”: estas “instituciones” no necesitan “personas” libres. Producen menores, objetos (recursos) que se “tutelan”. Se vigilan: se “administran”. El auge del espionaje en este sentido tampoco es casual: es parte de un sistema de producción donde las personas no son agentes libres (autónomos, con derechos): son recursos “humanos”. Recursos que se “vigilan”. Que se almacenan. Que se “protegen”. Que se “resguardan” (67). Los recursos no tienen privacidad. Tampoco participan —no necesitan participar— políticamente. No necesitan conciencia, autonomía, responsabilidad moral. Imperativos. Por eso el EMT daña la personalidad, inhibe el desarrollo mismo de la persona, la infantiliza, limita y degrada. Le impide el ejercicio pleno de sus facultades. El espionaje coarta y limita la personalidad.

El espionaje en consecuencia no puede ser visto o seguir siendo visto como una “actividad dedicada a obtener información fraudulenta en diversos campos”. Es mucho más que eso. Condiciona la libertad, la autonomía, la diplomacia, la buena fe, los acuerdos, la vida civil. El espionaje es inseparable de los ataques cibernéticos y no cibernéticos (la frontera entre ambos es cada vez más difícil de trazar, precisamente por las posibilidades que abren las nuevas tecnologías) que se suceden en el mundo globalizado, minando

(67) Foucault, M. “El nacimiento de la medicina social” (“La naissance de la médecine sociale”), Revista centroamericana de Ciencias de la Salud, no 6, 1977, pp. 89-108. (Deuxième conférence prononcée dans le cadre du cours de médecine sociale à l’université d’État de Rio de Janeiro, octubre 1974).

la confianza en las instituciones del derecho internacional. Por eso hace falta una nueva tipificación del crimen de agresión que comprenda al EMT, que lo encuadre debidamente en todo su alcance como un delito. Esto no será inmediato. Tomará acaso muchas décadas. El camino no será fácil. Pero para quienes quieran preservar la democracia y las libertades, no existe otro camino. Sólo uno. Sólo ese. El espionaje destruye la confianza puesta en el Derecho Internacional. Lo pone en cuestión. Destruye la legitimidad del Estado. Destruye a la política.

El EMT viola el principio de seguridad colectiva, que es un principio rector de la ONU, lesiona la soberanía de los Estados y su integridad territorial de un modo manifiesto, de un modo abiertamente incompatible con la carta de la ONU, conculca libertades y derechos civiles básicos de millones de personas a diario, vacía el sentido de la diplomacia (y la cooperación internacional), no sirve a los objetivos de prevención alegados, como advirtió Dilma Rousseff en Estados Unidos, y produce, en consecuencia, detrás de los gravísimos daños, y los falsos objetivos (que se desvirtúan de la prevención del terrorismo a la transferencia de información confidencial por ejemplo en el ámbito del comercio, lesionando la libre competencia) males superfluos que ponen en jaque sin embargo el sentido mismo de lo que entendemos por democracia. Todo esto es lo que produce el resurgimiento de la doctrina de la seguridad nacional. Por eso debe ser tipificado, en los albores del siglo XXI, en los albores de la era digital, en los albores de la era de las “telecomunicaciones”, como un crimen de agresión. Debería ser juzgado por la justicia penal internacional de esa manera. Como un crimen. Y como un crimen de agresión. Desarrollar este punto (dar este paso), es una tarea pendiente de la doctrina. Una tarea pendiente para la democracia y la vida civil.

En conclusión, el proceso de tipificación internacional de la agresión, como sostienen muchos autores, está recién comenzando, este proceso sigue aún abierto. Por eso la agresión exige ser repensada. Porque este proceso no terminó en Kampala en 2010. Comenzó allí. Fue sólo el primer paso. No el último. No se puede ser, por lo demás, “restrictivo” en la interpretación de la agresión, sin derivar —como sostuvimos al cuestionar la posición clásica alemana, en especial la posición (crítica, restrictiva, “enumerativa”, “ex-

haustiva” respecto de la declaración incorporada en el art. 8 bis del Estatuto de Roma, pese a su antigüedad evidente) del Prof. Kai Ambos— en el doble estándar. Por eso no es casual ni es un accidente que el profesor Ambos deba “defender”—en otros trabajos, en otro orden de ideas— a la ICC de las críticas continuas que otros autores — como Danilo Zolo— hacen a la “selectividad” en el ejercicio de la jurisdicción de ese tribunal (68). La única forma de frenar o combatir esa selectividad (ese doble estándar de la ICC y de todos los tribunales penales) es “ampliando” lo que entendemos — juzgamos (en este caso concreto)— como “agresión”, de modo que no sólo las agresiones más toscas y primitivas (que replican en 2017 las formas de la agresión de 1974, bloqueo de puertos, etc.) sean juzgadas, sino también (o sobre todo) las formas más sofisticadas, refinadas. Más avanzadas. Más “nuevas” de la agresión. De este modo el Derecho (Penal Internacional) iría, por una vez al menos, delante de los hechos y no siempre, como es su costumbre, detrás de ellos. De este modo el Derecho Penal Internacional estaría, por una vez al menos, posicionado del lado de los (Estados, países) débiles, y no, como es su costumbre, del lado de los (Estados, intereses) poderosos (69). El espionaje masivo debe

(68) La selectividad es, por otro lado, un elemento o práctica inherente al Derecho Penal. (Zaffaroni, E. R. Tratado de Derecho Penal. Ed. Ediar. Buenos Aires. 2012). Simplemente queremos remarcar el hecho de que legitimar una visión “restrictiva” no anula el ejercicio de la jurisdicción ni lo vuelve más ecuánime, simplemente lo concentra en los países más pobres o menos desarrollados económicamente y tecnológicamente, juzgando sólo las agresiones más toscas, menos “avanzadas”, pero nunca las más sofisticadas, que son cometidas por Estados poderosos, como Estados Unidos, que no en vano no ha ratificado, por otro lado, como se dijo, su incorporación a la ICC. De este modo se socava poco a poco la legitimidad y la imagen de estos tribunales también allí -en los propios países africanos, por ejemplo- que sí han ratificado el Estatuto. El doble estándar puede vaciar de legitimidad (más rápidamente que en los planos nacionales, donde la selectividad está más disimulada) a los tribunales internacionales, donde la desigualdad de poder entre países es más evidente. Más ostensible. La selectividad procesal-penal en el plano internacional es más visible.

(69) El profesor de Helsinki, nacido en Turku, Martti Koskeniemi, entiende que no se debe hablar de “derecho internacional” (no existiría tal cosa) sino -más modestamente, pero donde el juego siempre permanece abierto- de “política internacional”, donde están en tensión y en juego diferentes “intereses”. En el fondo, lo que se está discutiendo detrás de este debate sobre el espionaje ma-

ser considerado, en suma, como un crimen de agresión bajo la legislación actual, art. 8 bis, del Estatuto de Roma. Hacerlo no supone una integración analógica, lo cual está prohibido, sino, siguiendo a Arthur Kaufmann, una necesaria interpretación extensiva de una figura que, de no ser “extendida” y ampliada, corre el serio riesgo o peligro de desvanecerse. De quedar en la nada (cuando su objetivo y sentido original es prevenir crímenes mayores). Por tal razón el espionaje masivo con los rasgos que cobra en la actualidad (y por los notables y devastadores efectos civiles, comerciales, políticos, y diplomáticos que el mismo produce) debe ser considerado como un crimen. Como un crimen de agresión. Por eso entendemos que el proceso de definición (revisión, tipificación) de la agresión no terminó en Kampala. Comenzó en Kampala. Fue sólo el primer paso de un largo camino que debe repensar la criminalidad económica, política, financiera, medioambiental, repensando todas las agresiones (que en general se cometen desde el centro hacia las periferias, y esto involucra el debate sobre la colonización presente y pasada, la extracción de recursos, la crisis migratoria consecuencia de lo primero, la devastación o erosión del medio ambiente, son todos fenómenos sociales, culturales y económicos imbricados, que se vinculan a “agresiones” claras, a formas de “agresión”, de agredir) que aun hoy —pese a su claridad, pese a que son agresiones manifiestas— se mantienen impunes. Invisibles. No nombradas por el Derecho. El desafío (en la ampliación de la agresión, en la interpretación extensiva de la agresión como crimen) pasa por repensar (y ampliar) la cualidad de lo “armado”. Sólo así entenderemos mejor lo que configura una “agresión” en el siglo XXI. Todo lo que implican las agresiones. Hoy el Derecho no lo está haciendo. Selecciona muy pocas agresiones y excluye —mientras juzga las agresiones más toscas— a la mayoría de las agresiones que se cometen contra los Estados y contra las personas. El desafío es ampliar lo que entendemos por agresión para combatir la selec-

sivo, es qué modelo de Estado queremos: qué modelo de sociedad. Qué tipo de democracia. Y qué tipo de relaciones internacionales. El espionaje no es compatible con un mundo regido por la diplomacia. Por eso el espionaje y la diplomacia expresan doctrinas diferentes (seguridad nacional, el primero, seguridad colectiva, basada en la cooperación, el segundo: sólo esta última es compatible a su vez con la legitimidad de los tribunales internacionales).

tividad en el Derecho. Para otorgarle mayor legitimidad a los tribunales penales internacionales, superando el doble estándar. Para lograr esto, es necesario, casi indispensable, repensar y ampliar la figura del crimen de agresión, de modo de adaptarlo a los desafíos (y crímenes) actuales, presentes. No pasados.

XII. Referencias bibliográficas

- Altman, A. A. y Heath Wellman, C. "A Defense of International Criminal Law" en *Ethics*, Vol. 115, No. 1. (October 2004) pp. 35-67. The University of Chicago Press.
- Ambos, K. "The Crime of Aggression After Kampala", en *German Yearbook of International Law*, Vol. 53, pp. 463-509, 2010. Ambos, K. "Das Verbrechen der Aggression nach Kampala". En *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* - www.zis-online.com / 649. 2011.
- Ambos, K. "Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y Realpolitik" en *Política Criminal*. N° 4, 2007. A1, p. 1-16.
- Barbeito, M. Z. "El crimen de agresión y la Corte Penal Internacional", Universidad de La Coruña. 2009.
- Bendiek, A. *Europäische Cybersicherheitspolitik*. SWP. Stiftung Wissenschaft und Politik. Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit. S 15. Juli 2012. Berlin.
- Charney, J. I. "Progress in International Criminal Law?" en *The American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 2 (Apr., 1999), pp. 452-464.
- Cassese, A. "Can the notion of inhuman and degrading treatment be applied to socio-economic conditions?" In: *European Journal of International Law*, 1991.
- Cassese, A. *Human Rights in a changing World*. Cambridge 1990.
- Cassese, A. *The Human Dimension of International Law*. Oxford University Press. 2008.
- Coté, Luc. "International Criminal Justice: tightening up the rules of the game". En *International Review of the Red Cross*. Volume 88 Number 861 March 2006.
- Ferrajoli, L. *Democracia y garantismo*. Ed. Trotta. Madrid. 2012.
- Findaly, M. J. y otros. *International and Comparative Criminal Justice: A critical introduction*. Cap. 8. "Responding to Trans-national and Trans-border Crime. Controlling the Risk Society?" pp.197-219. Routledge. New York. 2013.
- Findlay, M. J. y Henham, R. *Transforming International Criminal Justice. Retributive and restorative justice in the trial process*. Ed. Willan Publishing. Oregon. USA. 2005.
- Frankenberg, G. *Técnica estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el estado de excepción*. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 2014.
- Gillett, M. "The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court". En *International Criminal Law Review*. 2012.
- Heinsch, R. "The Crime of Aggression after Kampala: Success or Buden for the Future?", *Göttingen Journal of International Law*, 2. 2010. 713-743.
- Heller, K. "The uncertain legal status of the aggression understandings", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10. 2012. pp.229-248.
- Hunt, L. *La invención de los derechos humanos*. Ed. Barcelona. Madrid. 2008.
- Koselleck, R. *Aceleración, prognosis y secularización*, Pre-Textos, Valencia, 2003.
- Krisch, P "El futuro del Estatuto de Roma y de la Corte Penal Internacional". En *La Justicia Penal internacional: una perspectiva iberoamericana*. Ed. Casa de América. Cruz Roja Española. Madrid. 2001. Conferencia de Clausura. Pp. 235-247.
- May, L. *Crime against Humanity: A Normative Account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- McDougall, C. *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*. Cambridge University Press. New York. 2013.
- O'Connell, M. E. y Niyazmatov M. "What is Aggression? Comparing the Jus Ad Bellum and the ICC Statute". En *Journal of International Criminal Justice*; Vol. 10, pp.198-207. 2012.

Pérez-León Acevedo, J. P. "El crimen de agresión en el Derecho Internacional", en *Revista Derecho & Sociedad*, No. 27. Perú. PUCP. 2008.

Sain, G. "La Seguridad en la Red", en *Diario Página 12*, 12/12/2013, Buenos Aires.

Salmón, E. *El crimen de agresión después de Kampala. Soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*. Instituto de democracia y derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Enero 2011. Capítulo I. El largo camino de la criminalización de la agresión. pp. 13-30.

Schabas, W. A. *Kein Frieden ohne Gerechtigkeit? Die Rolle der internationalen Strafrechtswissenschaft*. Verlag des Hamburger Instituts für Sozialforschung. Hamburg, 2013.

Scolnik, H. D. *Qué es la seguridad informática*. Ed. Paidós. Buenos Aires. 2014.

Vargas Llosa, M. "Jubilar a los espías", en *Diario El País*, Madrid, 14 de Julio de 2013.

Van Schaack, B. "Negotiating at the Interface of Power and Law: The Crime of Aggression" en *Columbia Journal of Transnational Law*. The Crime of Aggression (49.505) -2011. pp. 512-513.

Werle, G. "General Principles of International Criminal Law", in: Antonio Cassese (Hg.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford 2009, pp 54-62.

Weisbord, N. "Conceptualizing Aggression", in *Florida International University Law, Legal Studies Research Paper Series*. Research Paper No. 10-64. November 2010. Vol. 20. ♦

.....