

Crimen de agresión, crimen sin castigo*

Antonio Remiro Brotóns

Planteamiento

1. «Iniciar una guerra de agresión», declaró el Tribunal Militar Internacional de Núremberg en 1946 «no es solo un crimen internacional; es el crimen internacional supremo, que difiere de los demás crímenes de guerra en que contiene en sí mismo el mal acumulado de todos ellos».¹

Siendo así, es muy natural que cuando más de medio siglo después ha sido posible, por fin, abrir a la firma el Estatuto de una Corte Penal Internacional con competencia sobre «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto»,² el *crimen de agresión* haya sido uno de ellos.³ Sin embargo, a dife-

* Este artículo, bajo el título «Agresión, Crimen de Agresión, Crimen sin Castigo», apareció en versión electrónica como documento de trabajo de FRIDE (<http://www.fride.org>) y, posteriormente, bajo el título «Crimen de agresión, crimen sin castigo», en la revista *Política Exterior*, Madrid, noviembre-diciembre 2005, vol. XIX, N.º 108, pp. 135-155.

¹ Sentencia de 30 de septiembre/1 de octubre de 1946. Puede leerse en *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, p. 186.

² Estatuto de la CPI (Roma, 18 de julio de 1998), preámbulo, párrafo noveno y artículo 5.1.

³ Estatuto de la CPI, artículo 5.1, *d*.

rencia de los otros crímenes (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra)⁴ sobre los que puede ejercer la Corte su competencia desde la entrada en vigor del Estatuto (el 1 de julio de 2002),⁵ el ejercicio de competencia sobre el crimen de agresión queda en suspenso mientras no se apruebe «una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará [...] compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas».⁶

Eso no ocurrirá mañana y, tal vez, no ocurra jamás. Los artículos 121 y 123 del Estatuto, rectores de su enmienda y revisión, son en sí mismos muy exigentes. En su virtud, transcurridos siete años desde la entrada en vigor del Estatuto, esto es, a partir del 1 de julio de 2009, el Secretario General de las Naciones Unidas convocará una conferencia de Estados partes; en ella, las propuestas sobre el crimen de agresión deberán contar, a falta de consenso, con dos tercios de votos favorables. Las propuestas aprobadas entrarán en vigor un año después de que siete octavos de los Estados partes hayan depositado sus instrumentos de ratificación o de adhesión y solo entre ellos.

El lector inocente podría sorprenderse de que, a pesar del tiempo transcurrido de Nüremberg a nuestros días, lo único que los autores del Estatuto de la Corte Penal han sido capaces de codificar es el *punto muerto*.⁷ Más aún teniendo en cuenta que desde 1974 se contaba con una definición de «agresión» adoptada por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas, después de veinte años de trabajos,⁸ definición que la Comisión de Derecho Internacional entendió que podía servir de guía cuando en 1994 aprobó un proyecto de Estatuto de Corte Penal Internacional.⁹

12

Según una extendida opinión, el principal motivo desencadenante de la situación actual tiene relación con el profundo desacuerdo acerca del papel del Consejo de Seguridad en la persecución del crimen de agresión. De no ser por eso, el debate y negociación de la definición (y elementos) del crimen y de las condiciones de ejercicio de la competencia podrían haber prosperado en un plazo razonable.

De ahí que, desdeñando ahora la consideración de las dificultades técnicas de regulación e, incluso, las atractivas posibilidades de análisis de la agresión como un crimen de líderes, o su eventual comisión por responsables de sujetos (o actores) no estata-

⁴ Estatuto de la CPI, artículo 5.1, *a, b y c*, 6, 7 y 8.

⁵ De conformidad con lo previsto en el artículo 126.1 del Estatuto.

⁶ Estatuto de la CPI, artículo 5.2.

⁷ La expresión es de S. A. Fernández de Gurmendi, coordinadora del grupo de trabajo sobre Agresión de la Comisión Preparatoria de la CPI, «An Insider's View». En POLITI, M. y G. NESI (eds.). *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*. Aldershot, 2004, p. 176.

⁸ Res. 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974.

⁹ Draft ILC Statute, U.N. GAOR, 49th Sess., Suppl. N.º 10, p. 72, para. 6, (Doc. A/49/10, 1994).

les, el objeto de este trabajo se centre en el extraordinario papel preclusivo de la acción judicial que se quiere atribuir al Consejo de Seguridad y, para ser más exactos, a cada uno de sus miembros permanentes, a partir de una deliberada e interesada confusión de los distintos planos en que puede analizarse la agresión.

El examen es oportuno, una vez que en fechas recientes hemos vivido hechos sugerentes de que la agresión no es ajena a las prácticas de países que se estiman democráticos, prácticas que podrían recrearse si, en lugar de ser censuradas, se soportan con resignación e, incluso, reciben el reconocimiento público a través de la red de palmeros globalizados sostenida por las filantrópicas fundaciones que se proponen construir a sangre y fuego un futuro mejor para nosotros. Llama la atención que ni los *sabios* designados por el Secretario General de la ONU ni el propio Secretario General al acrisolar su informe, hayan mencionado siquiera esta cuestión. En efecto, el informe del Grupo de Alto Nivel sobre «las amenazas, los desafíos y el cambio» no menciona ni una sola vez la palabra «agresión» en sus más de cien páginas.¹⁰ En el informe del Secretario General esa voz aparece una sola vez y en un contexto diferente.¹¹

2. El hecho de que la agresión pueda desencadenar una acción para el restablecimiento de la paz, la exigencia de la responsabilidad del Estado agresor y la persecución penal de los individuos que lo representan plantea problemas en la determinación de las competencias de los órganos e instituciones llamadas a pronunciarse y en las relaciones que han de guardar entre sí:

- 1) La acción para el restablecimiento de la paz es, desde luego, competencia del Consejo de Seguridad y, en su defecto, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- 2) La competencia del Consejo para fijar las consecuencias de la agresión en el plano de la responsabilidad internacional del Estado culpable es, por lo menos, dudosa y, en todo caso, concurrente con la de otros órganos, en particular los judiciales, con legitimación para intervenir en la solución de diferencias interestatales.
- 3) Esa competencia no se predica en ningún caso, tratándose de órganos políticos, cuando se plantea el enjuiciamiento de los agentes del Estado a los que acusa del crimen de agresión, misión que corresponde a los tribunales (que sí podrían establecerse mediante resolución del Consejo).
- 4) En los casos en que intervienen los jueces, sea en el plano de la responsabilidad internacional del Estado, sea en la penal individual de sus agentes, ¿están —y, si lo están, hasta qué punto condicionados por las calificaciones del Consejo de Seguridad?

¹⁰ *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, A/59/565, 2 de diciembre de 2004.

¹¹ ANNAN, K. *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*. A/59/2005, 31 de marzo de 2005, para. 19.

5) Los dos planos de la responsabilidad, la internacional del Estado y la criminal de sus agentes, aunque muy relacionados entre sí, son autónomos. Lo pone de manifiesto el Estatuto de la Corte Penal Internacional cuando advierte que «nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional»¹² y lo confirma el Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (2001) cuando puntualiza que sus artículos «se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado».¹³

El nudo de la agresión

3. La agresión —el *acto de agresión*— es uno de los tipos, el más grave y, aparentemente, el más preciso dentro de la variedad de sus manifestaciones, a los que hace referencia el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁴ para, a partir de ellos, articular los formidables medios que el capítulo VII pone en manos del Consejo de Seguridad para responder a su responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacionales.¹⁵ Se trata de una responsabilidad *primordial*, no *exclusiva*, porque también la Asamblea General puede, según la Carta, discutir y hacer recomendaciones sobre toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales;¹⁶ pero, en todo caso, como advirtió la Corte Internacional de Justicia: «It is only the Security Council which can require enforcement by coercive action against an agresor».¹⁷

14

En la práctica, sin embargo, el Consejo de Seguridad ha sido reacio a calificar como *agresión* situaciones que aparentaban serlo, prefiriendo cultivar la ambigüe-

¹² Estatuto de la CPI, artículo 25.4

¹³ Proyecto..., artículo 58. El texto del proyecto y los comentarios que acompañan a los artículos ha sido publicado con una introducción por el último de los ponentes de la Comisión de Derecho Internacional: CRAWFORD, James. *The ILC's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. En España ha sido publicado como: *Los artículos de la CDI sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, Texto y Comentarios*. Madrid: Dyckinson, 2005. Un examen muy reciente del Proyecto de Artículos se debe a GUTIÉRREZ ESPADA, C. *El hecho ilícito internacional*. Madrid: Dyckinson, 2005.

¹⁴ Dispone el Artículo 39 de la Carta que «El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda *amenaza a la paz, quebrantamiento de la la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá* qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales» (énfasis añadido).

¹⁵ Artículo 24.1 de la Carta.

¹⁶ Artículos 10, 11, 12 y 14 de la Carta.

¹⁷ Véase opinión consultiva de 20 de julio de 1962 sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas (artículo 17.2 de la Carta)*, CIJ Reports, 1962, p. 163.

dad.¹⁸ Ya en la guerra de Corea (1950) el Consejo de Seguridad (resolución 82-v) fijó su listón en otro de los tipos mencionados en el artículo 39 de la Carta, el *quebrantamiento de la paz*, y aún este ha sido traído a colación en raras ocasiones. Cuando en 1957 se solicitó de los Estados miembros que asistieran al Consejo para «detener la agresión» de Francia y Gran Bretaña a Egipto con ocasión de la crisis desatada por la nacionalización del canal de Suez, los presuntos agresores, miembros permanentes del Consejo, vetaron el proyecto de resolución.

El hecho de que en 1974 la Asamblea General brindase al Consejo una *definición de la agresión* para iluminar su acción,¹⁹ no trajo consigo cambio alguno. Aunque pueden espigarse entre las resoluciones del Consejo algunas que se refieren a la agresión armada o a los actos agresivos de ciertos Estados, la impresión es que aparecen en el texto con una significación retórica, más que legal, pues a menudo se dice en el mismo texto que tales actos son una «amenaza para la paz» internacional.²⁰ Así fueron calificados como actos de agresión o actos agresivos una porción de los ejecutados por África del Sur y por Rodesia del Sur contra Estados vecinos,²¹ o el *raid* aéreo efectuado por Israel contra la base de la OLP en Túnez en 1985.²²

¹⁸ Sobre la práctica del Consejo de Seguridad, especialmente a partir de 1990, véase CANO, M. A. «Las medidas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el marco del Capítulo VII de la Carta». Tesis doctoral presentada en la Universidad Juan Carlos I, de Madrid, 2004.

¹⁹ Resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974. Define la agresión como «el uso de la fuerza armada por un Estado (o grupo de Estados) contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado (con independencia de su reconocimiento y de su membresía en Naciones Unidas), o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas» (artículo 1), considerando «el primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta [...] prueba, *prima facie*, de un acto de agresión» (artículo 2) y enumerando, a título ejemplificativo, algunas conductas que podrían caracterizarse así, como la invasión o el ataque armado terrestre, naval o aéreo, incluso contra la flota mercante o civil; el bombardeo del territorio de otro Estado, su ocupación militar, incluso temporal, o su anexión; bloqueo de puertos y costas; la prolongación de la presencia de fuerzas armadas en el territorio de otro Estado, una vez concluido el acuerdo que la justificaba, o su utilización en dicho territorio incumpliendo las condiciones pactadas; la puesta del propio territorio a disposición de otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercero; por último, el envío por un Estado, con su sustancial participación, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que llevan a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado equiparables a los actos mencionados (artículos 3 y 4). Todos ellos tienen que ser, en sí mismos o por sus consecuencias, de «suficiente gravedad», lo que ha de apreciar el Consejo de Seguridad como la primera de las «circunstancias pertinentes» que le permiten en el caso concreto no calificar como «agresión» un acto que formalmente lo parece (artículo 2).

²⁰ No obstante, esas calificaciones podrían sentar las bases para exigir la responsabilidad internacional de los Estados a los que se atribuyen dichos actos (véase *infra* para. 4 ss.).

²¹ Véanse, por ejemplo, resoluciones 387 y 393 (1976), 411 y 418 (1977), 428 (1978), 527 (1982), 546 (1984) y 577 (1985).

²² Resolución 573 (1985). Cuando cuatro años antes la aviación israelí destruyó la central nuclear iraquí de Osiraq, entonces en construcción, el Consejo de Seguridad (resolución 487)

También se suele mencionar la condena por el Consejo de la «agresión armada» perpetrada el 16 de enero de 1977 contra la República Popular de Benin por un grupo de mercenarios,²³ pero lo que se pretendió en este caso fue invocar la autoridad del Consejo para respaldar la tesis de que la autoría de la agresión puede ser no estatal, punto muy discutido del que ahora hacemos gracia.

Situaciones aparentemente más graves, como las que protagonizó Iraq con Irán a partir de 1980 y con Kuwait diez años después pasaron por la historia sin que el Consejo se decidiera a calificarlas como «actos de agresión». En el primero de estos casos el Consejo, después de siete años de guerra, advirtió que se encontraba ante un «quebrantamiento de la paz» (resolución 598, de 20 de julio de 1987). En el segundo, a pesar de una más clara materialización de los hechos y del clima político de cooperación entre los miembros permanentes del Consejo surgido al término de la *guerra fría*, fue igualmente imposible concluir en una calificación formal de *agresión*.²⁴

El 2 de agosto de 1990 el Consejo (resolución 660) condenó la «invasión» de Kuwait, ocurrida ese mismo día, considerándola un «quebrantamiento de la paz». Cuatro días después adoptó sanciones contra Iraq por la «invasión y ocupación» del Emirato (resolución 661) y a la semana declaraba nula y sin efecto su «anexión» (resolución 662). El término «agresión» aparece en la resolución 667 (1990) del 16 de septiembre, pero vinculado al irrespeto de la inviolabilidad de los locales diplomáticos y el secuestro de su personal en Kuwait. El carácter retórico de la mención es confirmado por el hecho de que tanto los textos francés e inglés de la resolución hablan, no de «agresión», sino de *actes agressifs, aggressive acts*. Ni siquiera al autorizar a los miembros de la Organización a utilizar todos los medios necesarios, en cooperación con el gobierno kuwaití, para forzar la retirada inmediata e incondicional de Iraq del Emirato (resolución 678-1990, del 29 de noviembre) se decidió el Consejo a formalizar la calificación de los hechos. Para encontrar en este órgano una alusión a la «agresión iraquí» hay que llegar a la declaración de su Presidente, emanada tiempo después, el 31 de enero de 1992, para abordar con carácter programático la responsabilidad del Consejo en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Debe preguntarse, después de todo, si acaso una calificación estricta de las situaciones presentadas ante el Consejo de Seguridad es realmente necesaria para poner en marcha las medidas requeridas para el mantenimiento o el restablecimiento de la paz. La respuesta es *no* y la práctica revela que basta a tal efecto con situar la acción en

condenó el acto, pero no lo calificó como «agresión», lo que sí hizo en cambio la Asamblea General (resolución 36/27, de 13 de noviembre de 1981).

²³ Resolución 405 (1977).

²⁴ De ahí que con toda razón ANDRÉS, Paz. «Réplica: cuestiones de legalidad en las acciones armadas contra Irak». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII, 1991-1, pp. 117-122, se preguntase si acaso la resolución 3314 (XXIX) que contenía la definición de la agresión, tan laboriosamente elaborada, era ya una pieza del museo de las Naciones Unidas. ¿Haría (en esa fecha) un asunto más propicio para invocarla?

el marco del capítulo VII de la Carta, sin mayores precisiones, y recurrir en su caso al tipo más genérico de las «amenazas a la paz» internacional como fundamento de la acción. Se trata de facilitar la adopción de medidas evitando pronunciamientos políticamente problemáticos, innecesarios en tanto aquellas no están determinadas por estos.

La última y más palmaria de las agresiones ha sido protagonizada por Estados Unidos, con Gran Bretaña y una «coalición de naciones dispuestas», contra Iraq. La guerra de agresión desencadenada el 20 de marzo de 2003 resulta de hechos notorios y su imputación directa a los más altos dirigentes políticos de los Estados implicados no ofrece duda. Un sinfín de declaraciones y manifiestos en todo el orbe conocido lo han denunciado. En el Consejo de Seguridad, sin embargo, el «privilegio de impunidad» deducido del «privilegio del veto» reconocido a los miembros permanentes hacía ilusorio cualquier pronunciamiento, siquiera testimonial. Ya era bastante que una mayoría de los miembros del Consejo se negara a cohonestar con su voto la política de fuerza decidida por Estados Unidos.²⁵

El nudo de la responsabilidad

4. Si hacemos abstracción de los casos que implican a los miembros permanentes (y a sus protegidos) es después, al hilo de la responsabilidad internacional deducida de los hechos cuando, en relación con la imputación o atribución de los mismos, la calificación cobra importancia. Situaciones no calificadas por el Consejo o apreciadas simplemente como «amenazas a la paz» (lo más frecuente) o «quebrantamientos de la paz» no bastan por sí mismas para atribuir un ilícito y deducir una responsabilidad, a menos que se personalice al autor. Tratándose de un «acto de agresión», esto parece obvio.

17

Un acto de agresión genera necesariamente la responsabilidad internacional del Estado agresor. Es esta una responsabilidad acentuada en la medida en que, tratándose de violación grave de una obligación emanada de norma imperativa del Derecho Internacional, su ilicitud no puede ser excluida por ninguna circunstancia (salvo la legítima defensa de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas) ni pueden aceptarse sus consecuencias, reconociéndose el derecho de invocar esta responsabilidad, no solo a los Estados «lesionados», sino también a los «no lesionados».²⁶

Durante veinte años, de 1976 (siendo ponente Roberto Ago) hasta 1996 (cuando la Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos), las vio-

²⁵ Véase REMIRO BROTONS, A. «Guerras del Nuevo Orden: Iraq, la agresión de los democráticos señores». *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2003, pp. 17-53.

²⁶ Artículos 1, 21, 26, 33.1, 40, 41 y 48 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (2001).

laciones de esta naturaleza recibieron el nombre de «crimen».²⁷ Para el maestro italiano la guerra de agresión era «el crimen por excelencia».²⁸ Pero no solo para él. La *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* (res. 2625-xxv de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970) ya había afirmado que «una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz que, con arreglo al Derecho Internacional, entraña responsabilidad», afirmación reproducida casi literalmente poco después por la res. 3314 (xxix), de 14 de diciembre de 1974, en el anexo que contiene la definición de la agresión.²⁹

En 1983, sin embargo, el ponente Riphagen, que había sustituido a Ago, propuso excluir del proyecto de artículos los actos, como la agresión, cuyas consecuencias jurídicas se trataban en la Carta y sobre los que Naciones Unidas tenía «jurisdicción». Aunque Riphagen contó con algunos apoyos (McCaffrey, Reuter, Tomuschat), la mayoría de los miembros de la Comisión opinó que el proyecto debía enunciar, por lo menos; en términos generales, las consecuencias jurídicas del crimen.

El resultado final del debate fue el mantenimiento en el proyecto aprobado en primera lectura en 1996 de un artículo (el 39) conforme al cual: «Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito del Estado [...] estarán sujetas, según corresponda, a las disposiciones y procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales».

18

Esta regla fue duramente combatida por el entonces relator Gaetano Arangio-Ruiz. El profesor italiano reabrió el debate en relación con la *vis atractiva* de las competencias del Consejo de Seguridad en el mantenimiento y restablecimiento de la paz y seguridad internacionales sobre la responsabilidad internacional deducida de la agresión. Para Arangio-Ruiz la regla del artículo 39 del proyecto era inaceptable y superflua. «Inaceptable», porque «tendría el efecto de subordinar las disposiciones del proyecto sobre responsabilidad a la Carta, incluidos los procedimientos previstos para el mantenimiento de la paz» y, con ello, a las resoluciones del Consejo de Seguridad, lo que no garantizaba la igualdad de los Estados ni la primacía del Derecho sobre las relaciones internacionales; «superflua», porque ya se contaba con el artículo 103 de la Carta.³⁰

Según la convincente argumentación del profesor italiano el Consejo de Seguridad no tiene «poderes ilimitados»; derechos y obligaciones de los Estados en el ámbito de la responsabilidad internacional no podían verse afectados por el juego del capítu-

²⁷ Véase Artículo 19.3 del Proyecto de Artículos (1996).

²⁸ Véase Quinto Informe, *Anuario CDI*, 1976, vol. II (1.ª parte), párr. 46.

²⁹ Artículo 5.2 del anexo.

³⁰ «En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta», dice el artículo 103, «y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la Carta».

lo VII de la Carta, todo lo más podían ser objeto de atención en el ámbito del arreglo pacífico de controversias (capítulo VI) en el que las facultades del Consejo son solo recomendatorias. Pretender que un órgano político de composición limitada tenga poderes judiciales o normativos para tratar de los crímenes cometidos por los Estados era, lléga a decir Arangio-Ruiz, «contrario a los principios más elementales de un ordenamiento jurídico civilizado»; de ahí que se reconociera una «función judicial importante para la Corte Internacional de Justicia en cuanto complemento indispensable de toda decisión preliminar de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad sobre la posible existencia de un crimen».³¹

Pero tras enfrentarse ásperamente con otros miembros de la Comisión, en particular con el estadounidense Rosenstock, el profesor italiano presentó su dimisión y el artículo 39 se mantuvo, confortado además (el artículo, no el profesor) por el apoyo de los representantes gubernamentales en la Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos) de la Asamblea General, donde solo Bahrein y Libia se pronunciaron en su contra.³²

El tiempo transcurrido ha macerado, sin embargo, esta disposición. Cinco años después (2001) el proyecto de artículos aprobado en segunda lectura se inclinó por una redacción más neutral. «Los presentes artículos», dice el ahora 59 y último del proyecto, «se entenderán sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas».³³ Las espadas quedan en alto y sería imprudente sostener que las calificaciones del Consejo de Seguridad son preceptivas y vinculantes para otros órganos, especialmente los judiciales, llamados a pronunciarse sobre la responsabilidad internacional de un Estado cuyo origen está en un acto de agresión.

5. Hay medidas, como el requerimiento del cese y no reiteración del ilícito o, incluso, la *restitutio in integrum*, que forman parte, simultáneamente, del hemisferio de la paz y seguridad y del hemisferio de la responsabilidad internacional; pero hay otras, como las demás formas de la reparación (la indemnización, la satisfacción) o la nulidad y no reconocimiento de las ventajas logradas por el infractor como consecuencia del ilícito, que son características de la responsabilidad y en ellas no ha tenido empuje de entrar el Consejo de Seguridad cuando lo ha considerado oportuno. Más allá del mantenimiento o del restablecimiento de la paz, el Consejo atribuye la comisión de ilícitos, determina sus consecuencias jurídicas, establece mecanismos para hacerlas efectivas. Puede decirse, incluso, que al pronunciarse sobre los efectos del ilícito

³¹ Véanse las críticas de ARANGIO-RUIZ, G. «The Federal Analogy and the UN Charter Interpretation: a Critical Issue». *EJIL*, 1997, pp. 1-28.

³² Véase AZNAR, M. J. *Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*. Madrid: Biblioteca Diplomática Española, M.A.E., 2000, pp. 45-70.

³³ El tenor de este artículo coincidía prácticamente con el de una enmienda presentada por M. Bennouna en 1996 y rechazada por la Comisión, con la única diferencia de que la enmienda limitaba la salvedad de la Carta a «las consecuencias jurídicas del hecho internacional ilícito».

en términos de responsabilidad el Consejo ha tenido en cuenta de hecho los tipos que ha mantenido «ocultos» en sus resoluciones. El artículo 39 de la Carta se ha convertido, observa Mariano Aznar, «en el nuevo *ábrete Sésamo* que permite al Consejo de Seguridad adentrarse en la cueva que abriga nuevos poderes coercitivos no claramente recogidos en el capítulo VII de la Carta y que podrían incidir en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado».³⁴

Sin embargo, a pesar de entrar sin inhibiciones en el ámbito de la responsabilidad internacional, el Consejo ha mantenido su renuencia a precisar la calificación de situaciones que podían encajar en el tipo de la agresión. Así, en la guerra con Iraq, Irán insistió en que se discerniese la responsabilidad del conflicto. El Consejo, por razones políticas, no quiso hacerlo por sí mismo y por la resolución antes mencionada (la 598, de 20 de julio de 1987) pidió al Secretario General que examinase en consulta con las partes la cuestión de «confiar a un órgano imparcial» la investigación de dicha responsabilidad informando al Consejo «lo antes posible».

Pasaron más de cuatro años antes de que el Secretario General, Pérez de Cuéllar, ya a punto de terminar su mandato, mencionase —en un informe al Consejo, fechado el 9 de diciembre de 1991,³⁵ del que no se extrajo ninguna consecuencia práctica— «la agresión de Iraq contra Irán, a la cual ha seguido la ocupación por Iraq de territorios iraníes durante todo el conflicto, en violación de la prohibición del uso de la fuerza, que se considera como una de las reglas de *ius cogens*».

20 Estas consideraciones, según Iraq (carta de 22 de diciembre), excedían las facultades del Secretario General, pero para entonces Iraq se encontraba ya bajo el régimen de sanciones impuesto por el Consejo tras fracasar su aventura en Kuwait. La historia del informe del Secretario General tomó, sin embargo, un giro vodevilesco cuando Giandomenico Picco, Secretario General Adjunto para Asuntos Políticos en aquellos años, publicó unas memorias de las que podría desprenderse que el contenido del informe de Pérez de Cuéllar respondía a un pacto con Irán, cuya mediación iba a permitir la liberación de rehenes estadounidenses retenidos en el Líbano.³⁶ Naturalmente, el gobierno iraquí que desde mucho antes venía denunciando la existencia de dicho pacto, se cuidó de difundir en Naciones Unidas las páginas pertinentes del extrovertido funcionario jubilado.³⁷

³⁴ AZNAR, M. J. *Responsabilidad Internacional...*, p. 30.

³⁵ S/23273.

³⁶ PICCO, G. *Man Without a Gun. One Diplomat's Secret Struggle to Free the Hostages, Fight Terrorism and End a War*. Nueva York-Toronto, 1999, pp. 118, 150-152, 172, 181, 183, 184, 234, 235, 267, 268.

³⁷ Anexo a la carta de 5 de febrero de 2001, de Tarek Aziz, Viceprimer Ministro y Ministro de Relaciones Exteriores en funciones de Iraq, al Secretario General, distribuida como documento del Consejo de Seguridad (S/2001/124, de 7 de febrero).

La existencia de una calificación «oculta» de Estado agresor se advierte claramente en el caso Iraq-Kuwait. El Consejo no califica a Iraq de Estado agresor, pero lo trata como tal a la hora de sacar conclusiones.³⁸ El Consejo se ocupa expresamente de la clase, cuantía y procedimiento de la reparación. La afirmación principal de la responsabilidad de Iraq por las pérdidas, daños y perjuicios causados a Kuwait o terceros Estados, sus nacionales y empresas, por la invasión y ocupación ilegal del Emirato (resolución 674-1990, de 29 de octubre), reiterada con el alto el fuego provisional (resolución 686-1991, de 2 de marzo), fue ampliamente desarrollada en la resolución 687 (1991), de 3 de abril, que fijó las condiciones para el cese definitivo de las hostilidades, procediendo entre otras medidas a la creación de un Fondo de Compensación para cubrir las pérdidas directas y los daños producidos, incluidos los medioambientales, y de una Comisión para administrarlo (resolución 692-1991, de 20 de mayo).³⁹ Esta Comisión ha examinado varios millones de reclamaciones y adjudicado indemnizaciones por miles de millones de dólares. En una de sus decisiones más importantes, la Comisión acordó imputar a Iraq incluso las pérdidas sufridas por operaciones de sus adversarios durante las hostilidades.

Probablemente quepa dulcificar el carácter de estas medidas señalando que fueron aceptadas expresamente por Iraq al serle planteadas, entre otras, como condiciones *sine qua non* del alto el fuego,⁴⁰ pero de la práctica se desprende la escasa atención del Consejo —y de su Comisión ad hoc— hacia las normas generales de la responsabilidad internacional en relación con los elementos del ilícito o las circunstancias que excluyen la ilicitud, y la asunción de facultades decisorias en puntos que debían ser resueltos por las partes, acudiendo en su caso a órganos de naturaleza judicial o arbitral.⁴¹ El Consejo incursionó incluso en la demarcación de la frontera internacional entre Iraq y Kuwait, imponiéndola.⁴²

³⁸ AZNAR, M. J. *Responsabilidad internacional...*, p. 149.

³⁹ La resolución 705 (1991), de 15 de agosto, fijó en el 30% del valor anual de las exportaciones de petróleo iraquíes el umbral máximo del Fondo.

⁴⁰ Cartas del Viceprimer Ministro y Ministro de Relaciones Exteriores de Iraq al Presidente del Consejo de Seguridad y al Secretario General de la ONU, de 2 de abril de 1991 (S/22456) y carta del Presidente del Consejo de Seguridad al Representante Permanente de Iraq, del 11 de abril de 1991 (S/22485).

⁴¹ AZNAR, M. J. *Responsabilidad internacional...*, pp. 151-152 y 161 ss.

⁴² Sobre este interesante punto, MENDELSON, M. y S. HULTON. «The Iraq-Kuwait Boundary». *British Yearbook of International Law*, 1993, pp. 135-195 (una versión corregida se publicó en francés en el *Annuaire Français de Droit International*, 1993, pp. 178-231). También, la nota de QUÉNEUDEC, J. P. «La démarcation de la frontière entre l'Irak et le Koweit». *Revue Générale de Droit International Public*, 1993, pp. 767-775 (Ibidem, informe de la Comisión de demarcación en pp. 827 y ss.); y SUY, E. «Le Conseil de Sécurité et la frontière entre l'Iraq et le Koweit». *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum... E. Jiménez de Aréchaga*. Montevideo, 1994. Asimismo, BROWN, H. «The Iraq-Kuwait Boundary Dispute: Historical Background and the UN Decisions of 1992 and 1993», *IBRU Boundary and Security Bulletin*, octubre de 1994, pp. 66-80.

6. Obviamente, nada de esto funciona frente a un miembro permanente del Consejo de Seguridad o uno de sus protegidos. ¿Acaso es necesario comparar el trato recibido por el Iraq materialmente *agresor* de 1990 con el Iraq materialmente *agredido* de 2003? Ahí la idoneidad de los órganos judiciales y arbitrales y, en particular, de la Corte Internacional de Justicia, para pronunciarse sobre la responsabilidad internacional deducida del uso de la fuerza en las relaciones interestatales no solo es indiscutible, siempre que pueda contarse con un fundamento o título en que basar su competencia sobre un caso concreto, sino que es —a condición de que dicho fundamento exista y la Corte esté dispuesta a reconocerlo— la única esperanza para declarar la observancia o no de las normas y obligaciones internacionales y sacar las consecuencias de la responsabilidad en caso de incumplimiento.

Quienes redactaron la Carta de Naciones Unidas eran conscientes de ello cuando expresamente previeron que, al hacer recomendaciones sobre los procedimientos apropiados para solucionar una controversia cuya continuación es susceptible de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad debía tomar en consideración que «las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte».⁴³

De hecho, la primera demanda planteada a la Corte (por Gran Bretaña contra Albania) a cargo de los incidentes del *Canal de Corfú*, en 1947, fue precedida por una recomendación en este sentido del Consejo de Seguridad (res. 22-1947). En la ocasión la Corte emanó uno de sus más celebres *dicta* al hacer constar la violación de la soberanía albanesa por la acción de la Marina de Guerra británica: «El pretendido derecho de intervención», dijo la Corte en la sentencia de 9 de abril de 1949, «no puede ser considerado [...] sino como la manifestación de una política de fuerza, política que en el pasado ha dado lugar a los más graves abusos y que no podría, cualesquiera que sean las deficiencias presentes de la organización internacional, encontrar sitio alguno en el Derecho Internacional». La intervención, proseguía la Corte, «es posiblemente menos aceptable aún en la forma particular que presentaría aquí, puesto que reservada por la naturaleza de las cosas a los Estados más potentes, podría conducir fácilmente a quebrantar la misma administración de la justicia internacional».⁴⁴ Obviamente, las grandes potencias tomaron nota de lo desagradable que podía resultar el ejercicio independiente de la administración de justicia y, en adelante, no solo escatimaron las recomendaciones incitadoras de la Carta,⁴⁵ sino que fueron más lejos.

22

⁴³ Artículo 36.3 de la Carta.

⁴⁴ Recueil CIJ, 1949, p. 35.

⁴⁵ Uno de los escasos supuestos en que aflora una recomendación de esta especie se advierte en la resolución 395 (1976) en la que el Consejo de Seguridad recomienda que se sigan teniendo en cuenta los esfuerzos de la Corte en la solución de la controversia relativa a la delimitación de la plataforma continental del Mar Egeo entre Grecia y Turquía. Grecia había planteado la cuestión en paralelo ante el Consejo de Seguridad y ante la Corte, que en sentencia de 19 de diciembre de 1978 declaró que no tenía competencia para conocer de la demanda griega, al no haber consentido Turquía su jurisdicción.

A menudo, en efecto, los países demandados han tratado de escabullirse, no solo discutiendo el título o fundamento de la jurisdicción de la Corte en el caso concreto, sino alegando la inadmisibilidad de demandas que tienen que ver con controversias que, por su materia, consideran *políticas* y deben, en su opinión, reconducirse siempre al Consejo de Seguridad. De admitirse esta doctrina, los miembros permanentes del Consejo y sus protegidos podrán considerarse a salvo de cualesquiera decisiones no consentidas por ellos.

La Corte Internacional de Justicia ha rechazado, sin embargo, la existencia de controversias no justiciables por su pretendida naturaleza política, afirmando —supuesta su competencia— la idoneidad de su ejercicio. La Corte no ha admitido excepciones a la admisibilidad de una demanda basadas en semejante discurso, ni siquiera cuando su objeto versaba sobre el uso de la fuerza. Tampoco ha admitido un *domaine réservé* del Consejo en estos casos; por el contrario, ha considerado posible desarrollar su función —decidir sobre una controversia jurídica— en paralelo a la función política del Consejo en el mantenimiento de la paz. Más aún, la Corte ha considerado que su intervención podía tener un añadido efecto benéfico para disolver las amenazas a la paz o superar las consecuencias dañinas de su quebrantamiento y, en este sentido, ha llegado a ordenar cautelarmente, a petición de parte, la suspensión de hostilidades y actos armados.

7. Hemos tenido ejemplos muy señeros de recurso a la Corte Internacional de Justicia por Estados que se han considerado agredidos. La Corte ha analizado los fundamentos de su jurisdicción, cuando han sido contestados por los demandados, y la admisibilidad de la demanda, sin que el conocimiento del caso por el Consejo de Seguridad en virtud de sus competencias en el ámbito de la seguridad colectiva haya influido para sacar el caso de su lista.

23

Hace veinte años la demanda de Nicaragua (9 de abril de 1984) contra Estados Unidos⁴⁶ marcó un hito, especialmente por ser el demandado un miembro permanente del Consejo de Seguridad que clamaba por el respeto de las competencias de un órgano cuyo ejercicio estaba decidido a arruinar a fin de aislar su política *injerencista* y coercitiva no ya de la condena, sino del mero debate. La Corte no entró en este juego. Para comenzar, el 10 de mayo de 1984 ordenó medidas cautelares indicando que Estados Unidos debía poner fin inmediatamente a toda acción cuyo objeto fuese limitar la entrada y salida de puertos nicaragüenses, en particular por la colocación de minas, e instándole a respetar el derecho a la soberanía e independencia de Nicaragua, no comprometiéndolo con actividades militares y paramilitares prohibidas por los principios de Derecho Internacional. Después, la Corte afirmó su competencia, consideró admisible la demanda e idóneo el ejercicio de su jurisdicción (s. de 26 de noviembre de 1984). Finalmente, la Corte declaró al demandado infractor de un puñado de principios fundamentales del Derecho Internacional (s. de 27 de junio de

⁴⁶ CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*.

1986). Solo el desistimiento de Nicaragua de su demanda para fijar la reparación debida (el 12 de septiembre de 1991) impidió una sentencia que habría cerrado el círculo de la responsabilidad de Estados Unidos, por lo menos en un plano judicial declarativo.

Asimismo, en el tiempo presente comprobamos cómo el Consejo de Seguridad maneja desde hace años la miserable crisis de la República Democrática del Congo —sus resoluciones se cuentan ya por decenas y hay una operación de mantenimiento de la paz (MONUC) en el territorio—⁴⁷ mientras, simultáneamente, siguen su curso los procedimientos judiciales iniciados con las demandas de este país contra Uganda y Ruanda «en virtud de los actos de agresión armada perpetrados [...] en violación flagrante de la Carta de las Naciones Unidas».⁴⁸

Aún podríamos hacer la lista más extensa considerando el pronunciamiento de la Corte en el caso de las *Plataformas Petroleras* (República Islámica de Irán c. Estados Unidos),⁴⁹ la demanda de la misma República Islámica de Irán contra Estados Unidos por el *incidente aéreo de 3 de julio de 1988* y las demandas de Nicaragua contra Honduras y Costa Rica por *acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, que no siguieron adelante por el desistimiento de los demandantes,⁵⁰ o las demandas

⁴⁷ Tomando la res. 1234 (1999) de 9 de abril como punto de partida y hasta el 20 de mayo de 2005 se habían adoptado veinticinco resoluciones por el Consejo de Seguridad, la última (res. 1596) el 18 de abril de este año.

⁴⁸ Las demandas fueron interpuestas el 23 de junio de 1999, también contra Burundi. La República Democrática del Congo desistió en 2001 de sus demandas contra Ruanda y Burundi (CIJ, Órdenes de 30 de enero). En relación con Uganda, la Corte ordenó las medidas cautelares solicitadas por el Congo (Orden de 1 de julio de 2000). Posteriormente, el 28 de mayo de 2002, Congo presentó una nueva demanda contra Ruanda, ahora por «violaciones masivas graves y flagrantes de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario».

⁴⁹ La demanda fue interpuesta por la República Islámica de Irán el 2 de noviembre de 1992 con base en «el ataque y destrucción de tres instalaciones de producción petrolera *offshore* [...] por buques de guerra de la marina de los Estados Unidos el 19 de octubre de 1987 y el 18 de abril de 1988». La contramemoria de Estados Unidos incluyó una demanda reconventional por «las acciones llevadas a cabo por Irán en el Golfo (Pérsico) en 1987 y 1988, que comportaban operaciones de minado y otros ataques contra barcos que enarbolaban pabellón de los Estados Unidos». Estos hechos, de una y otra parte, se inscribían en la «guerra de los petroleros» entre 1984 y 1988, dentro del conflicto armado abierto entre Iraq e Irán en 1980. La s. de la Corte se dictó once años después (6 de noviembre de 2003) y tuvo que restringir su punto focal para acomodarse a la limitada base jurisdiccional (un tratado de amistad, comercio y relaciones consulares, de 1955) que le había permitido entrar en el fondo, una vez desestimadas las excepciones preliminares planteadas por Estados Unidos (s. de 12 de diciembre de 1996). La Corte, que rechaza la demanda reconventional de los Estados Unidos, declaró que las acciones contra las plataformas petroleras iraníes no podían ser justificadas a la luz del derecho internacional relativo al empleo de la fuerza.

⁵⁰ La demanda iraní fue interpuesta en 1989, desistiendo el demandante en 1996. Las demandas nicaragüenses fueron interpuestas en 1986, una vez dictada la sentencia contra Estados

de Yugoslavia (hoy Serbia-Montenegro) contra los países de la OTAN que bombardearon su territorio en 1999, demandas que naufragaron solo por el hecho de que la Corte no apreció la existencia de fundamentos de jurisdicción.⁵¹

8. Prácticamente el único límite que la Corte ha reconocido al ejercicio de su función se ha advertido en la adopción de medidas cautelares solicitadas por una parte cuando, más allá de su propio juicio de oportunidad, ha estimado que las medidas que se le solicitaban podían entrar en conflicto con órdenes emanadas de resoluciones del Consejo.

Cuando es así puede barruntarse que el Consejo, como se evidenció paladinamente en el caso *Lockerbie*, ha asumido funciones de naturaleza *judicial* incompatibles con su naturaleza de órgano político. En este caso, el Consejo de Seguridad endosó las exigencias planteadas a Libia por Estados Unidos y Gran Bretaña en su Declaración común de 27 de noviembre de 1991, concretadas *inter alia* en: 1) la entrega de los dos ciudadanos libios acusados de colocar la bomba a bordo del Boeing-747 que cubría el vuelo *Pan Am 103*, bomba cuya explosión, cuando sobrevolaba Lockerbie (Escocia) el 21 de diciembre de 1988, provocó la destrucción del aparato y la muerte de 270 personas; y 2) la asunción de responsabilidad por sus actos, con el abono de las correspondientes indemnizaciones. Si en la resolución 731, de 21 de enero de 1992, el Consejo se limitó a solicitar *encarecidamente* de las autoridades libias una respuesta completa y efectiva a tales demandas «a fin de contribuir a la eliminación del terrorismo internacional», en la resolución 748 (1992), de 31 de marzo, el Consejo decide, ya en el marco del capítulo VII de la Carta, que Libia debe someterse en dos semanas a las exigencias anglo-norteamericanas y demostrar con actos concretos su renuncia al terrorismo, si quiere evitar la aplicación de las medidas sancionadoras que la misma resolución prevé.

Este caso es, sin embargo, ejemplar para examinar las relaciones de la Corte en el desempeño de su función con el Consejo de Seguridad, pues no en balde Libia había depositado el 3 de marzo de 1992 sendas demandas contra Gran Bretaña y Estados Unidos tratando de reconducir la diferencia a la interpretación o aplicación de la Convención de Montreal, de 23 de septiembre de 1971, sobre la represión de actos

Unidos por sus *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*. El demandante desistió de su demanda contra Costa Rica en 1987 y de su demanda contra Honduras en 1992 (en este caso la Corte ya había afirmado su competencia y la admisibilidad de la demanda, que habían sido contestadas por Honduras (s. de 20 de diciembre de 1988).

⁵¹ Las demandas de Yugoslavia sobre *licitud del empleo de la fuerza* fueron interpuestas el 29 de abril de 1999 contra Alemania, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Italia y Portugal. La Corte desestimó inmediatamente su jurisdicción sobre España y Estados Unidos, al ser palmaria la falta de fundamento en que basarla. En relación con los demás demandados, las dudas sobre este fundamento condujo a denegar la adopción de medidas cautelares solicitadas por el demandante (Órdenes de 2 de junio de 1999). Posteriormente, la Corte apreció que también respecto de estos carecía de jurisdicción (s. de 15 de diciembre de 2004).

ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, Convención que Libia consideraba infringida por los demandados en varios de sus artículos. Libia requería de la Corte una declaración en este sentido y, además, que declarara que los demandados estaban «jurídicamente obligados a respetar el derecho de Libia a que la aplicación de esta Convención no sea descartada por medios que estarían en todo caso en contradicción con los principios de la Carta y del Derecho Internacional General de carácter imperativo que prohíben el uso de la fuerza y la violación de la soberanía, la integridad territorial, la igualdad soberana de los Estados y su independencia política».

Gran Bretaña y Estados Unidos, mientras Libia estaba sometida a las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad en la resolución 748 (1992), ampliadas un año y medio después (resolución 883, de 11 de noviembre de 1993), trataron de sacar a la Corte del *caso* invocando estas resoluciones para alimentar sus alegatos de incompetencia de la Corte, inadmisibilidad de la demanda o falta de objeto de la misma. Aunque la Convención de Montreal atribuyera a Libia los derechos que reivindica, estos —decían británicos y norteamericanos— no podrían ser ejercidos por la prevalencia de las resoluciones 748 (1992) y 883 (1993) en virtud de los artículos 25 y 103 de la Carta. A partir de estas resoluciones, de haber una diferencia sería la de Libia con el propio Consejo de Seguridad, diferencia que, obviamente, no entraba en las previsiones de la Convención de Montreal.

26

Este discurso bastó para que la Corte se abstuviera de adoptar las medidas cautelares solicitadas por Libia⁵² con su demanda del 3 de marzo, pero no para que renunciara a conocer del caso. En las sentencias de 27 de febrero de 1998 la Corte rechazó las excepciones de incompetencia e inadmisibilidad de la demanda y reservó, para cuando procediese al examen de fondo, la excepción sobre la pérdida de objeto de las

⁵² Órdenes de 14 de abril de 1992, adoptadas por once votos contra cinco. Cuando se aprueba la resolución 748 (1992) el 31 de marzo, hacía tres días que habían concluido las audiencias orales ante la Corte y se había iniciado la deliberación de los jueces (*Recueil CIJ*, 1992, pp. 3 y ss., 114 y ss.). Sobre estas órdenes y las relaciones entre el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia, SOREL, J. M. «Les Ordonnances de la Cour...». *Revue Générale de Droit International Public*, 1993, pp. 689-726; GOWLLAND-DEBBAS, V. «The Relationship Between the ICJ and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case». *American Journal of International Law*, 1994, pp. 643-677; MACDONALD, R. St. J. «The ICJ and the Security Council of the United Nations». *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. Liber Amicorum...E. Jiménez de Aréchaga*, cit.; CONDORELLI, L. «La Corte Internazionale di Giustizia e gli organi politici delle Nazioni Unite», 1994, pp. 897-921. Más recientemente, MARTENCZUK, B. «The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?». *European Journal of International Law*, 1999, pp. 517 y ss. En España, ANDRÉS, M. P. «¿De maximis con curat praetor...? El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto Lockerbie». *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992, pp. 327-350; ORIHUELA, E. «Las actuaciones del Consejo de Seguridad de la ONU en el asunto Lockerbie: paradigma de 'incontrolable' abuso de poder», *ibidem*, pp. 395-415; REMIRO BROTONS, A. «Desvertebración del Derecho Internacional en la sociedad globalizada», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. v, 2001, pp. 229-234.

demandas libias, pues dicha excepción, estimó la Corte, no tenía un carácter exclusivamente preliminar sino que, por el contrario, guardaba una «íntima conexión» con el fondo.⁵³

El desistimiento, a raíz de una solicitud conjunta de las partes (cartas de 9 de septiembre de 2003 y orden del Presidente de la Corte del 10) resultante de un acuerdo extrajudicial, nos ha privado de un pronunciamiento sobre puntos de gran interés, a saber, la incompatibilidad entre los derechos de las partes en la Convención de Montreal y sus obligaciones según las mencionadas resoluciones del Consejo de Seguridad, la prevalencia de estas según los artículos 25 y 103 de la Carta y la consideración, a tal efecto, de su conformidad con (los Principios y Propósitos de) la Carta (artículo 24.2), aunque si nos atenemos al paso cansino del procedimiento, pendiente aún de evacuar la fase oral en la fecha del desistimiento, no parece que las partes (y los jueces), estuvieran impacientes por despejar las incógnitas.

En todo caso, en relación con la afirmación de competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda las sentencias de 27 de febrero de 1998 fueron muy claras y directas: si la Corte era competente y la demanda admisible en la fecha de su depósito, los acontecimientos ulteriores, incluidas las resoluciones del Consejo de Seguridad no podían ser tomados en consideración para alterar las conclusiones a las que se hubiera llegado. La fecha crítica, pertinente, decisiva era siempre la del depósito de la demanda. La sentencia descarta, pues, cualquier efecto de las resoluciones 748 (1992) y 883 (1993), adoptadas en el marco del capítulo VII de la Carta, sobre la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda, por ser posteriores a la fecha de depósito de esta; en cuanto a la resolución 731 (1992) que es anterior, «no podría constituir un obstáculo a la admisibilidad», dice la Corte, «pues se trata de una simple recomendación sin efecto vinculante».

27

Naturalmente, está fuera del alcance de la Corte impedir que el Consejo siga interpretando libérrimamente sus competencias y hollando el territorio judicial, que no se conforma con su naturaleza. Las órdenes de entrega de presuntos terroristas a los países que los reclaman, a menudo miembros permanentes del Consejo, en la senda de *Lockerbie*, son muy ilustrativas al respecto. Pero esa es otra cuestión que revela los riesgos de un desarrollo perverso del estado de derecho internacional.⁵⁴

El nudo del crimen

9. El Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional presentado a la Conferencia de Roma había incluido el crimen de agresión, dejando abierta su definición, pero

⁵³ SS. de 28 de febrero de 1998. *Cuestiones de interpretación y aplicación de de la Convención de Montreal de 1971 resultante del incidente aéreo de Lockerbie* (Jamahiriya Árabe Libia c. Gran Bretaña y Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos), CIJ Reports, 1998.

⁵⁴ Véase mi artículo «Terrorismo, mantenimiento de la paz y Nuevo Orden». *Revista Española de Derecho Internacional*, LIII, 2002, pp. 125-171.

no la dependencia de la Corte de las calificaciones previas de los hechos como un acto de agresión por el Consejo de Seguridad en el marco de sus competencias para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.⁵⁵

El desacuerdo fue radical entre los que, satisfechos en este punto, buscaban además una definición restrictiva del crimen y los que, en dirección contraria, reclamaban una definición amplia y libertad de la Corte en su persecución, con independencia de los pronunciamientos del Consejo de Seguridad al representar su papel en otro orden. Algunos, cuyo *desideratum* era tachar la agresión de la lista de crímenes bajo competencia de la Corte,⁵⁶ aprovecharon la situación para diseminar el temor de un contagio, mortal para el Estatuto; con tal eficacia que incluso beneméritas ONG aceptaron, siquiera tácitamente, la exclusión.⁵⁷ El caso es que dos días antes de la conclusión de la Conferencia el crimen de agresión se cayó del Estatuto, siendo recuperado agónicamente en el último minuto bajo la fórmula del artículo 5⁵⁸ por la acción vigorosa de algunos países europeos y de los países en desarrollo.

Habida cuenta de los precedentes y de los objetivos del Estatuto habría sido incongruente e insoportable para la credibilidad de la Corte la exclusión del «crimen supremo», más aún cuando su persecución ante jurisdicciones estatales se presenta mucho más problemática. Una exclusión sería involutiva, retrógrada, había alegado en 1994 la Comisión de Derecho Internacional.⁵⁹ En la Conferencia de Roma, Bélgica subrayó la ilógica de quienes aceptaban que la Corte enjuiciase a los responsables de crímenes de guerra, pero no a los del crimen que, a menudo, los provocaba.⁶⁰

28

Para combatir la sospecha de que el Estatuto servía la estética de los principios, reenviando *ad calendas graecas* su aplicación, la Conferencia de Roma encargó expresamente a la Comisión Preparatoria de la Corte la tarea de elaborar propuestas de disposición sobre la agresión.⁶¹

Sin embargo, cuando en septiembre de 2002 se celebró la primera reunión de la Asamblea de Estados Partes se estaba de nuevo en el punto de partida, eso sí, con más documentación, alguna repetitiva, y una experiencia entreverada de recelos y desconfianzas progresivamente mitigadas, pero no desaparecidas.

Frente a quienes proponían echar tierra al debate, olvidándose de él hasta que la Asamblea de Estados Partes decidiera retomararlo, o quemarlo a fuego lento en la Sexta

⁵⁵ Artículo 23.2 (Draft ILC Statute, U.N. GAOR, 49th Sess., Suppl. N.º 10, pp. 72, 84).

⁵⁶ En este sentido se expresaron, por ejemplo, Estados Unidos, Israel y México (U.N. Doc. A/CONF. 183/C.1/SR.6, sexta sesión de 18 de junio de 1998, pp. 5, 6, 11 y 12).

⁵⁷ Véase DASCALOPOULOU-LIVADA, P. «Aggression and the ICC: Views on Certain Ideas and their Potential for a Solution». En POLITI, M. y G. NESI (eds.). Ob. cit., pp. 79-85, en pp. 79-80.

⁵⁸ Véase *supra* para. 1.

⁵⁹ Draft ILC Statute, U.N. GAOR, 49th Sess., Suppl. N.º 10, p. 72 (Doc. A/49/10, 1994).

⁶⁰ U.N. Doc. A/CONF. 183/C.1/SR.6 (sexta sesión de 18 de junio de 1998, p. 9).

⁶¹ Resolución F, numeral 7, del Acta Final de la Conferencia de Roma.

Comisión (Asuntos Jurídicos) de la Asamblea General de Naciones Unidas, se decidió el establecimiento de un grupo de trabajo especial, abierto a todos los miembros de Naciones Unidas y Organismos Especializados, para seguir mareando la cuestión al hilo de las sesiones anuales de la Asamblea de Estados Partes e, incluso, en interludios informales, de haber gobiernos dispuestos a financiarlos.⁶² A fecha 20 de noviembre de 2005 la página de la Corte Penal en Internet mantenía anclada su última actualización en el 10 de septiembre de 2003, incorporando la última de las numerosas propuestas de definición hechas, sin fruto.⁶³

10. La Comisión de Derecho Internacional, que incluyó el crimen de agresión entre los sometidos a la competencia de la Corte en su proyecto de estatuto de 1994,⁶⁴ había excusado definirlo. Contándose con una definición autoritativa en el anexo de la res. 3314 (XXIX), adoptada por consenso después de un largo proceso de debate y maduración por un órgano tan representativo como la Asamblea General, bastaba ahora con precisar el crimen vinculando los actos ya tipificados con los sujetos a los que podían ser atribuidos.

En esta línea se han movido muchas propuestas, unas tratando de ampliar la discrecionalidad de la Corte Penal sirviéndose de los términos más genéricos del artículo 1 de la definición de la Asamblea (calzado en la horma del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas),⁶⁵ y otras copiando prácticamente la definición toda, incluida la lista indicativa de actos de agresión que figura en su artículo 3⁶⁶ e, incluso, ampliándola.⁶⁷

Sin embargo, los mismos Estados que tratan de imponer el control absoluto del Consejo de Seguridad sobre las acciones de la Corte Penal son también los que formulan propuestas definitorias del crimen tendentes a restringir sustancialmente los actos inculminables. Sus iniciativas no parecen, pues, dirigidas a definir el crimen sino, más bien, a redefinir la agresión a efectos de la persecución y responsabilidad criminal.

⁶² Véase NESI, G. «An Outsider's View». En POLITI, M. y G. NESI (eds.). Ob. cit., pp. 172-173.

⁶³ Propuesta de Cuba sobre la definición del crimen de agresión y las condiciones para el ejercicio de jurisdicción (ICC-ASP /2/SWGCA/DP.1, de 4 de septiembre de 2003, versión revisada de ICC-ASP/1/L.4).

⁶⁴ Artículo 20, b, del proyecto.

⁶⁵ Así, propuesta de Bosnia y Herzegovina, Nueva Zelanda y Rumania (PCNICC/2001/WGCA/DP.2).

⁶⁶ Así en una propuesta de Egipto e Italia, de 21 de febrero de 1997, anterior a la Conferencia de Roma.

⁶⁷ Así, la llamada propuesta árabe en la Conferencia de Roma (UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.56 y Corr.1). Luego, ya en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal, propuesta de Bahrain, Iraq, Líbano, Libia, Omán, Sudán, Siria y Yemen (PCNICC/1999/DP.11).

Las tensiones ya pudieron advertirse en los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional.⁶⁸ En 1991 el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad incluía un artículo que era una réplica casi exacta de la res. 3314 (XXIX). Tres años después, en el proyecto de estatuto de Corte Penal, la Comisión omite la definición, pero explica en comentario al articulado que dicha resolución puede ofrecer alguna guía.⁶⁹ Finalmente, en 1996, cuando aprueba en segunda lectura el proyecto de Código de Crímenes la Comisión abandona la res. 3314 (XXIX) para adoptar la formulación del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.⁷⁰ En su virtud, es responsable del crimen de agresión «el que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento, libramiento de una *guerra de agresión* cometida por el Estado u ordene estas acciones».⁷¹

Esta opción restrictiva, limitada a la *guerra de agresión*, formalizada ahora por Rusia,⁷² parece no disgustar a los demás miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Cuenta en su haber con el hecho de que fue este el crimen contra la paz perseguido en Nüremberg (y en Tokio), el único que puede reclamar para sí, según sus patrocinadores, una naturaleza jurídica consuetudinaria oponible *erga omnes*. Ignora, sin embargo, la evolución de las normas internacionales sobre prohibición de la amenaza y uso de la fuerza a partir del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y hace irrelevante, a los efectos de la responsabilidad penal individual, la definición de la agresión consensuada en 1974 (res. 3314-XXIX), alrededor de la cual insisten en girar las propuestas de una mayoría de países.

30

Otra opción restrictiva fue protagonizada por Alemania al pretender circunscribir el crimen al ataque armado cuyo objeto sea la *ocupación militar* o la *anexión territorial*.⁷³ De aceptar este punto de vista la destrucción de un país a distancia o desde el

⁶⁸ BOLLO, V. M. D. *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 281-283.

⁶⁹ Tras señalar que «given the provisions of Article 2 (4) of the Charter of the United Nations» la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, que incorporaba en su anexo una definición de la agresión, «offers some guidance», observa que «[...] a court must, today, be in a better position to define the customary law crime of agresión than was the Nuremberg Tribunal in 1946» (Draft ILC Statute, U.N. GAOR, 49th Sess., Suppl. N° 10, p. 72, para. 6, U.N. Doc. A/49/10, 1994).

⁷⁰ Artículo 6, a, del Estatuto del TMI (anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945). El Estatuto no definía, a su vez, qué entendía por «guerra de agresión», lo que no impidió perseguir y condenar a quienes se consideraron responsables.

⁷¹ Artículo 16 del proyecto. Énfasis añadido. La Comisión tampoco define qué es «guerra de agresión», arguyendo que «queda fuera del ámbito del presente Código».

⁷² PCNICC/1999/DP.12.

⁷³ PCNICC/1999/DP.13. Se inspira en el supuesto previsto en la letra a) del artículo 3 de la definición de la agresión de la Asamblea General, artículo que extiende hasta la letra g) la enumeración de actos que, sin ánimo exhaustivo, constituyen agresión (anexo de la res. 33314-XXIX).

aire sin intención de poner el pie en él no sería perseguible criminalmente.⁷⁴ Fue una coincidencia que esta propuesta se formulara unos meses antes del bombardeo aéreo de Serbia por algunos de los países miembros de la OTAN, Alemania uno de ellos. Posteriormente, ya en noviembre de 2000, Alemania sostuvo que el crimen de agresión suponía un ataque armado *en gran escala* contra la integridad territorial de otro Estado *manifiestamente* injustificado en Derecho Internacional.⁷⁵ De esta manera pretendía subrayar la importancia o gravedad del ataque y la indudable ilegalidad en que se producía, dos cualificaciones presentes también en las propuestas de otros Estados.⁷⁶

La idea del *umbral* a partir del cual la agresión se convierte en crimen es en sí misma razonable y todas las propuestas mencionadas pueden ser retomadas como manifestaciones de ella;⁷⁷ no obstante, también pueden parecer redundantes en la medida en que la *importancia* y *gravedad* de la agresión:

- 1) está implícita en los tipos del artículo 39 de la Carta de Naciones Unidas, donde se menciona la agresión a continuación del *quebrantamiento de la paz*;
- 2) está expresa en la res. 3314 (XXIX), donde «el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de *suficiente gravedad*» es una de las circunstancias pertinentes para que el Consejo de Seguridad concluya «que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada»;⁷⁸ y
- 3) está asimismo expresa en el Estatuto de la Corte Penal, al afirmarse su jurisdicción sobre los crímenes *más graves*.⁷⁹

31

¿Se pretende ahora sugerir que solo los actos más graves del más grave de los crímenes más graves deben someterse a la jurisdicción de la Corte? ¿o más bien, lo que va de suyo, que hay usos de la fuerza prohibidos por el Derecho Internacional que solo cuando traspasan un determinado umbral de gravedad son calificables de agresión, como ya en su día declaró la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*?⁸⁰ De ser así: 1) la agresión es premisa del crimen; 2) si hay agresión, hay crimen; y 3) la definición del crimen

⁷⁴ CONDORELLI, V. L. «Conclusions Générales». En POLITI, M. y G. NESI (eds.). Ob. cit., p. 158. KAUL, H. P. «The Crime of Aggression: Definitional Options for the Way Forward». En POLITI, M. y G. NESI (eds.). Ob. cit., p. 100.

⁷⁵ PCNICC/2000/WGCA/DP.4.

⁷⁶ Esta idea del uso de la fuerza armada en «manifiesta violación de la Carta de las Naciones Unidas» se encuentra también en la propuesta de Grecia y Portugal (PCNICC/2000/WGCA/DP. 5).

⁷⁷ Véase en este sentido PCNICC/2002/WGCA/RT.1, de 1 de abril de 2002, documento presentado por la coordinadora del grupo de trabajo sobre Agresión de la Comisión Preparatoria de la CPI, Silvia A. Fernández De Gurmendi.

⁷⁸ Artículo 2 del anexo de la res. 3314 (XXIX). Énfasis añadido.

⁷⁹ Preámbulo, párrafo noveno, y artículos 1 y 5.1 del Estatuto.

⁸⁰ Nota del Editor: CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*.

requiere determinar quiénes se vinculan con la agresión, de qué manera y en qué medida.

11. La cuestión más peliaguda (y la respuesta más controvertida) es la relativa a la competencia de los jueces de la Corte Penal para establecer la agresión. Frente a quienes se pronuncian en sentido afirmativo con base en el ejercicio independiente de la función judicial, se levantan otros —muy especialmente los voceros de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad— que sostienen que el ejercicio de dicha función depende inexcusablemente de la previa calificación de los hechos por el Consejo de Seguridad.

Lo primero que hay que advertir a la hora de pronunciarse es que el Estatuto de la Corte reclama solo que la disposición definiendo el crimen de agresión y las condiciones de ejercicio de la competencia de la Corte sea «compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas».⁸¹ Eso sería así aunque el Estatuto callara, en virtud de la prevalencia de las obligaciones de la Carta en caso de conflicto con otras obligaciones convencionales.⁸² La Corte Internacional de Justicia ha debido asumirlo disciplinadamente en el ejercicio de su competencia cuando ha advertido que una decisión suya (en relación con la adopción de medidas cautelares) podía chocar con órdenes obligatorias del Consejo de Seguridad actuando en el marco del capítulo VII de la Carta.⁸³ Otro tanto podría sucederle a la Corte Penal en el ejercicio de su competencia sobre el crimen de agresión; por lo demás, ya en el Estatuto en vigor se reconocen al Consejo de Seguridad algunos poderes formidables, como el que le faculta para pedir (realmente, ordenar) a la Corte, mediante resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, la suspensión por doce meses, renovable, de una investigación o un enjuiciamiento.⁸⁴ Recordemos que esta facultad —tan criticada por la dependencia política que impone a la Corte—⁸⁵ ya ha sido utilizada de manera abusiva por el Consejo.⁸⁶

⁸¹ Artículo 5.2 del Estatuto de la CPI.

⁸² Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁸³ Véase *supra* para. 7.

⁸⁴ Artículo 16 del Estatuto de la CPI.

⁸⁵ Esa fue la razón que declaró India para justificar su voto negativo al Estatuto: «Los poderes concedidos al Consejo parecen la simiente de la destrucción de la Corte Penal Internacional» (comunicado de prensa L/ROM/21, de 17 de julio de 1998).

⁸⁶ Resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) ordenando la exclusión de toda instrucción o procedimiento criminal contra nacionales de Estados no partes en el Estatuto que participen en operaciones de mantenimiento de la paz autorizadas por el Consejo. Entre nosotros, véase la dura y justificada crítica de GUTIÉRREZ ESPADA, C. «La Corte Penal internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad». *Anuario de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, XVIII, 2002, pp. 3-61, en pp. 20-26 y 36-43, y CARDONA, J. «La CPI y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales». En GÓMEZ COLOMER, J. L., J. L. GONZÁLEZ CUSSAC y J. CARDONA (eds.). *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*. Valencia, 2003, pp. 61-103, en pp. 73-81. Yendo aún más lejos, la resolución 1497 (2003), autorizando el establecimiento de una fuerza multinacional en

Extender los poderes del Consejo en relación con la actividad de la Corte es, desde luego, posible, aunque sea lamentable; pero el Estatuto no obliga a ello. La compatibilidad con la Carta de una futura disposición relativa al ejercicio de competencia sobre el crimen de agresión no exige una calificación previa del Consejo como requisito *sine qua non*, como no lo requiere el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia cuando esta conoce, en paralelo a menudo con el Consejo, de casos que implican el uso de la fuerza.⁸⁷

Es absolutamente impropio sostener la competencia exclusiva del Consejo de Seguridad en la calificación de la agresión previa a la persecución judicial del crimen, arguyendo que no hay otra solución conforme con el Estatuto de la Corte Penal. Por otro lado, introducir una condición así, atendiendo a consideraciones de oportunidad, arruinaría prácticamente las oportunidades de persecución del crimen.⁸⁸

Por supuesto, la declaración por el Consejo de que determinados hechos son una agresión desbrozará el camino de la Corte, aun conservando su competencia para reconsiderar a sus propios efectos dicha calificación. Asimismo, una declaración del Consejo en sentido contrario haría muy difícil la persecución penal de los sujetos a los que se hayan imputado los hechos. Pero si lo primero es altamente improbable, lo segundo es casi inverosímil. El Consejo es un órgano político que vota resoluciones políticas atendiendo a consideraciones que, de ser sustentadas por un juez, estimaríamos tal vez prevaricadoras. Evacuar su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz o en su restablecimiento no exige del Consejo una calificación precisa conforme a los tipos del artículo 39 de la Carta. A los efectos de condicionar la actuación de la Corte Penal frente al crimen de agresión cabría a lo sumo postular una previa acción del Consejo en el marco del capítulo VII. La previsión del Estatuto de la Corte Penal sobre el ejercicio de su competencia cuando el Consejo, actuando dentro de este marco, remita al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o más de los crímenes que le son sometidos por el Estatuto,⁸⁹ podría extenderse

Liberia, decidió que los efectivos aportados por un Estado que no sea parte en el Estatuto de la CPI quedarán sujetos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado a menos que este haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva. Todas estas resoluciones, auspiciadas por Estados Unidos, atentan contra el espíritu y la misma letra del artículo 16 del Estatuto (que el Consejo dice aplicar) pues la facultad exorbitante de ordenar la suspensión se limita a investigaciones y enjuiciamientos «ya iniciados». Es buena noticia que como consecuencia del desgaste político producido por la agresión en Iraq y las violaciones del Derecho Internacional Humanitario en y después de la guerra, Estados Unidos haya debido abandonar en 2004 su proyecto de renovación de las órdenes de suspensión que vencían el 1 de julio, al no poder reunir la mayoría de votos en el Consejo necesaria para ello.

⁸⁷ Véase *supra* para. 6.

⁸⁸ GAJA, V. G. «The Respective Roles of the ICC and the Security Council in Determining the Existence of an Aggression». En POLITI, M. y G. NESI (eds.). Ob. cit., p. 124.

⁸⁹ Artículo 13, b, del Estatuto de la CPI. Véanse los comentarios de GUTIÉRREZ ESPADA, C. «La Corte Penal internacional (CPI) y las Naciones Unidas...», pp. 26-36; y CARDONA, J. «La CPI y el mantenimiento de la paz...», pp. 63-73.

al crimen de agresión sin requerir del Consejo una precisa calificación de dicha situación, pues esa indeterminación suele ensanchar la base consensual de sus resoluciones sin limitar el abanico potencial de sus acciones.

Buscando un paso entre las dos orillas, la de los que propugnan la independencia absoluta de la Corte Penal en el ejercicio de su competencia⁹⁰ y la de los que patrocinan su absoluta dependencia del Consejo de Seguridad en la calificación de la agresión,⁹¹ se han hecho numerosas propuestas de compromiso que toman como punto de partida el deber de la Corte Penal de solicitar del Consejo de Seguridad una calificación de los hechos como agresión y la facultad, si el Consejo no se pronuncia en un plazo estatutario de, según unos, actuar conforme a su criterio⁹² y, según otros, acudir a la Asamblea General para que solicite de la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva con base en la cual la Asamblea podría aprobar una recomendación a la que se atendería la Corte.⁹³

12. Realmente quienes predicán la intervención previa y vinculante del Consejo de Seguridad, lejos de tratar de proteger sus competencias según la Carta de las Naciones Unidas, lo que persiguen es extender al Estatuto de la Corte Penal el privilegio del veto de sus miembros permanentes y la impunidad para ellos y sus protegidos. Exigiendo la calificación del Consejo, la Corte se convierte en su herramienta judicial cuando la resolución se aprueba y, cuando no, queda a la merced de cada uno de los miembros permanentes. Si la Corte Penal debiera depender del pronunciamiento previo de otro órgano declarando la agresión, lo lógico sería atribuir dicha competencia al órgano judicial principal de Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia.⁹⁴

34

Desenlace

13. En el pasado hemos asistido a la persecución y condena de los autores de una guerra de agresión como crimen contra la paz. Fue en Nüremberg y en Tokio al término de la Segunda Guerra Mundial. Hubo incluso quien, como Rudolf Hess, fue

⁹⁰ Así, Cuba (ICC-ASP /2/SWGCA/DP.1), que señala que la falta de determinación por el Consejo de Seguridad de la existencia de un acto de agresión no impedirá el ejercicio de la jurisdicción de la Corte.

⁹¹ Así Rusia (PCNICC/1999/DP.12), Alemania (PCNICC/1999/DP.13).

⁹² En este sentido presentó Camerún una enmienda al artículo 10.1 del Estatuto en la Conferencia de Roma (A/CONF.183/C.1/L.39). Luego, en la Comisión Preparatoria de la CPI, Grecia/Portugal (PCNICC/1999/WGCA/DP.1 y PCNICC/2000/WGCA/DP.5) y Colombia (PCNICC/2000/WGCA/DP.1).

⁹³ Así Bosnia y Herzegovina, Nueva Zelanda y Rumania (PCNICC/2001/WGCA/DP.1).

⁹⁴ En su condición de ponente de la CDI sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, Gaetano Arangio-Ruiz, había planteado esta posibilidad desde la perspectiva de la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia, advirtiendo al mismo tiempo sus limitaciones, deducidas de las actuales bases (consensuales) de su jurisdicción (*Anuario de la CDI*, 1988, vol. I, p. 114).

condenado únicamente, a diferencia de sus compañeros de banquillo, por este crimen. Purgó una cadena perpetua de la que solo pudo librarle la muerte en 1987. Por aquel entonces ni siquiera todos los jueces que formaron parte de los tribunales militares internacionales estuvieron de acuerdo en que la censura moral de la guerra de agresión se había transformado ya en una censura jurídica.⁹⁵ Cincuenta años después, esas dudas se han despejado, al menos por lo que hace a la guerra de agresión, y cabe sostener que la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza proclamada por la Carta de las Naciones Unidas extendió el crimen a otras formas de agresión incorporadas en normas de Derecho Internacional Consuetudinario.⁹⁶

Pero esta constatación carece de relevancia práctica si no existe el órgano competente para enjuiciar el crimen y castigar a sus responsables. Una vez en vigor el Estatuto de la Corte Penal es carencia gravísima la hibernación de su competencia sobre el crimen de agresión debido, sobre todo, al afán de los miembros más conspicuos de la sociedad internacional por reducir el tipo criminal y someter en todo caso la persecución y el enjuiciamiento al control exclusivo de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Ha de descartarse, por otro lado, la creación de nuevos tribunales internacionales ad hoc, como los decididos por el Consejo para los acontecimientos de la antigua Yugoslavia a partir de 1991 (res. 827, de 25 de mayo de 1993) y para los de Ruanda en 1994 (res. 955 de 8 de noviembre de 1994), tribunales que al ocuparse de crímenes ocurridos en conflictos civiles obviaron en sus estatutos la agresión.

Si consideramos que el crimen de agresión, por su naturaleza, solo es perseguible ante instancias judiciales internacionales,⁹⁷ estamos muertos (aunque podamos resucitar más adelante). La Comisión de Derecho Internacional no llegó a tanto en sus proyectos, pero sí puntualizó que solo los jueces del Estado nacional de los presuntos implicados podían juzgarlos en defecto o como alternativa a tribunales internacionales. Sin embargo, parece estrecha la Comisión al hacer de la nacionalidad del agresor

⁹⁵ En este sentido cabe recordar que los jueces Pal y Röling, que se sentaron en el tribunal de Tokio discreparon de la mayoría, al sostener que, si bien los agresores merecían la condena moral, el crimen no era tal antes ni al comienzo de la guerra, pues no se habían satisfecho las condiciones que en las relaciones internacionales podían haberlo originado (RÖLING, B. V. A. y C. F. RUTER (eds.). *The Tokyo Judgment*, vol. II, 1977).

⁹⁶ CIJ, s. de 27 de junio de 1986 (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*), Recueil, 1986, p. 103. La Corte hace esta afirmación en relación con la letra g) del artículo 3 de la definición de la agresión de la Asamblea General (res. 3314-XXIX), que albergaba el más problemático y discutido de los supuestos (el envío por un Estado o en su nombre de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que llevan a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado). El supuesto se circunscribe a los actos de fuerza armada «de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados». En estos términos parece indiscutible la implicación de que todos los supuestos mencionados en el artículo 3 están contemplados hoy por normas consuetudinarias.

⁹⁷ Como ha sostenido, por ejemplo, CRAWFORD, J. en la CDI (*Anuario de la CDI*, 1994, vol. I, p. 221).

la única conexión legitimadora de una jurisdicción estatal, y poco realista suponer la disposición de los jueces nacionales a su ejercicio.⁹⁸

La Comisión es estrecha porque: 1) presume que son nacionales quienes toman las decisiones que hacen de su Estado un agresor; y, 2) pasa por alto el interés legítimo del Estado agredido a ejercer la jurisdicción si la oportunidad se presenta, interés que puede ser también el de los países de nacionalidad o residencia de las víctimas. El Estatuto de la Corte Penal afirma que «los crímenes más graves [...] no deben quedar sin castigo» y a tal fin «hay que adoptar medidas en el plano nacional [...] siendo deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables».⁹⁹

36 Creer, por otro lado, en la disposición del juez nacional a encausar por agresión a sus compatriotas es poco realista, incluso en el caso de que hayan perdido el poder con violencia. Se les pedirán cuentas por genocidio, crímenes contra la humanidad, torturas o crímenes de guerra en conflictos civiles; en los internacionales, acaso se les persiga por traición a la patria si han sido derrotados, no por agresión. Ahora los tribunales iraquíes tendrían oportunidad de incluir la agresión a Irán y a Kuwait en el pliego de cargos de Sadam Hussein y sus colaboradores. No creo que lo hagan. La diseminación fatal de la culpa del agresor al Estado, a sus instituciones, a sus ciudadanos, que probablemente consintieron, autorizaron o jalearon sus actos frente a enemigos tradicionales, tiene un efecto disuasorio, no solo sobre la administración de justicia, sino sobre la misma previsión legal. ¿Cuántos ordenamientos estatales recogen el crimen de agresión? ¿Cuántos la jurisdicción sobre el mismo? Los jueces nacionales harán lo posible para tapar las rendijas por las que quieran colarse los venusianos, pioneros de una justicia extraterrestre.

Además, por si esto no bastara, está el asunto de la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes del Estado y, muy particularmente, de sus altos dirigentes en tanto se mantienen en sus cargos. La Corte Internacional de Justicia la ha afirmado en términos absolutos frente a tribunales estatales, solicitada al efecto por la República Democrática del Congo, uno de cuyos ministros estaba procesado en Bélgica por crímenes internacionales.¹⁰⁰ Esa inmunidad no opera frente a la Corte Penal Internacional,¹⁰¹ pero el Estatuto dispone que la Corte no puede forzar el deber de cooperación de los Estados partes para entregar a una persona si la entrega es incompatible con las obligaciones relativas a inmunidades que el Derecho Internacional impone (o, incluso, con las que ha asumido mediante acuerdo con un tercero, al margen de tales obligaciones).¹⁰² Esto

⁹⁸ GAJA, V. G. «The Long Journey towards Repressing Aggression». En CASSESE, A., P. GAETA y J. R.W. D. JONES (eds.). *The Rome Statute of the ICC: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002, vol. 1, p. 432.

⁹⁹ Párrafos cuarto y sexto del preámbulo del Estatuto de la CPI.

¹⁰⁰ S. de 14 de febrero de 2002 en el asunto *Orden de arresto de 11 de abril de 2000* (R. D. del Congo c. Bélgica).

¹⁰¹ Artículo 27 del Estatuto de la CPI.

¹⁰² Artículo 98 del Estatuto de la CPI.

último ha sido un coladero para las decenas de acuerdos que con tan fin ha celebrado Estados Unidos para *proteger* a sus ciudadanos de la Corte, muy oportunamente, teniendo en cuenta el extenso despliegue de sus efectivos y los métodos que inspiran su conducta. Una actitud, por otro lado, muy civilizada, teniendo en cuenta que gentes como John Bolton proponían reducir la Corte a las tinieblas.¹⁰³

Se atribuye a Agustín de Hipona, el relato de un pirata que habiéndose encontrado con Alejandro Magno le espetó que su única diferencia estribaba en la escala de sus depredaciones. El caso es que solo los piratas son ahorcados. Los agresores pueden dormir tranquilos en su estabilizada condición de presuntos. Morirán de otra cosa, a menos que sean vencidos, en cuyo caso su persecución se alimentará de la derrota. La agresión y el crimen, ¿pertenecen al orbe de la política y la diplomacia, no al de la justicia, que puede servirlos, pero no desbancarlos? De ser así, si en países que salen de la tiranía se pretende sofocar la persecución extraterritorial de otros crímenes gritando ¡viva la democracia, abajo la justicia universal!, pues ese —se dice— es el precio, ¿por qué escandalizarse si frente a la agresión y los agresores también se grita ¡viva la paz, viva (incluso) la libertad, abajo la justicia internacional!? Vencedores y vencidos, he ahí la eterna medida del crimen. Si la agresión, como parece, recibe respaldo ciudadano en algunos países desarrollados democráticos, tal vez en vez de un crimen es solo un punto de vista.

¹⁰³ BOLTÓN, J. «Courting danger. What's Wrong with the ICC». *The National Interest*, invierno 1998-1999, pp. 60-71.