

II. NOTAS

A) Derecho internacional público y relaciones internacionales

LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA EN LA SENTENCIA DE LA CIJ DE 19 DE DICIEMBRE DE 2005 (ASUNTO SOBRE LAS ACTIVIDADES ARMADAS EN EL TERRITORIO DEL CONGO (REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO C. UGANDA))

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA

Catedrático de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales en la Universidad de Murcia
y

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL

Profesora de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales en la Universidad de Murcia

SUMARIO

I. HECHOS BÁSICOS A LOS EFECTOS DE LA PRESENTE NOTA.—II. SOBRE LA NORMA QUE PROHÍBE EL USO DE LA FUERZA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES: 1. *Mantenimiento de una concepción rigurosa sobre la legítima defensa, alejada de las tendencias «flexibilizadoras» más contemporáneas (incluye el tema de la legítima defensa preventiva).* 2. *Confirmación de que el ataque armado puede provenir del ejército regular de un Estado o de grupos irregulares enviados o controlados por él y, en ambos casos, dar lugar al derecho de legítima defensa.* 3. *Confirmación de que hay usos ilícitos de la fuerza que no generan el derecho de legítima defensa.* 4. *Confirmación de que la obligación de impedir que desde el propio territorio se cometan actos armados contra un Estado está indisolublemente unida a los medios de que se disponga y las circunstancias del caso.*—III. Y, EN FIN, PARA QUE SIRVA DE PUNTO DE CONEXIÓN CON LA (PROYECTADA) NOTA SIGUIENTE, ES LA PRIMERA VEZ QUE LA CORTE CONSAGRA UNA TERMINOLOGÍA PRÓXIMA A LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL PROYECTO DE LA CDI SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO (2001).

I. HECHOS BÁSICOS A LOS EFECTOS DE LA PRESENTE NOTA

1. La sentencia de 19 de diciembre de 2005, en el *asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo*, que ha enfrentado a la República Democrática del

Congo (RDC) con Uganda pone fin a un largo contencioso entre ambos Estados enmarcado a su vez en una compleja situación surgida en la región africana de los Grandes Lagos y que implicó a varios Estados de la zona, muy en particular a la RDC, Uganda y Ruanda.

Allí se desarrolló casi durante diez años un período de desorden y enfrentamientos entre Estados y grupos armados así como entre estos mismos. La lucha armada que grupos rebeldes iniciaron en el Zaire (hoy RDC) contra el Presidente del país, mariscal Mobutu Ssesse Seko, en particular la denominada Alianza de Fuerzas Democráticas para la Liberación del Congo (AFDL) liderada por Laurent-Desiré Kabila «y apoyada por Uganda y Ruanda»¹ está en el epicentro de este terrible conflicto².

La Cumbre de Jefes de Estado africanos de Victoria Falls (7 y 8 de agosto de 1998) abrió un proceso que se cerró con el Acuerdo de Lusaka de 10 de julio de 1999, firmado por las máximas autoridades de la RDC y Uganda así como de Angola, Namibia, Ruanda y Zimbabwe. En él se acuerda el cese de las hostilidades entre todas las fuerzas combatientes, su desmovilización y el despliegue de inspectores de la Organización de Unidad Africana (OUA) y de la Misión de Observadores de Naciones Unidas para el Congo (MONUC), así como, sucesivamente, la retirada del territorio de la República de todas las fuerzas extranjeras. Las condiciones fijadas al respecto para esta por dicho tratado fueron modificadas después bilateralmente por la RDC y Uganda en el Acuerdo de Luanda relativo a la retirada de tropas ugandesas del territorio congoleño así como a la cooperación entre los dos países y a la normalización de sus relaciones³. El 8 de abril y el 6 de diciembre de 2000 Uganda firma sendos acuerdos de desmovilización de sus tropas (respectivamente, Planes de Kampala y de Harare), pero según la RDC éstas no abandonan su territorio hasta junio de 2003, aunque dejando una red que permite el aprovisionamiento continuado de armamento por parte de Uganda a grupos étnicos de la región de Ituri que luchan contra el Gobierno de la República⁴.

2. La sentencia de la CIJ, como decía, pone fin al asunto iniciado por la presentación, el 23 de junio de 1999, de una demanda por la RDC contra Uganda, Estado al que acusa de «actos de *agresión armada* (...) en violación flagrante de la Carta de Naciones Unidas y de la Carta de la OUA»⁵.

El 19 de junio de 2000 la RDC presentó a la Corte una solicitud de adopción de medidas cautelares (art. 41 del Estatuto), ordenando el Tribunal en efecto a ambas partes, por auto de 1 de julio, ciertas medidas de esta naturaleza.

La contra-memoria ugandesa incluía tres demandas reconventionales. La Corte, por auto de 29 de noviembre de 2001, estimó las dos primeras, pero no la tercera. La RDC, que ya se pronunció sobre estas demandas en su réplica, fue autorizada, por auto de 29 de enero de 2003 de la Corte, a presentar una pieza adicional centrada exclusivamente sobre las demandas reconventionales ugandesas.

¹ Sentencia de 19 de diciembre de 2005, *asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, pág. 29 (www.icj-cij.org).

² Vide *ad ex*. MAMPUYA, A. «Responsabilité et réparations dans le conflit des Grands-Lacs au Congo-Zaire», *Revue Générale de Droit International Public*, 2004, núm. 3, pp. 678-707.

³ Sentencia de 19 de diciembre de 2005, cit., párs. 102-103.

⁴ Sentencia cit., párs. 33-34.

⁵ Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), pág. 1.

3. La sentencia de 19 de diciembre de 2005 adoptada por la CIJ plantea, *en el marco de la demanda de la RDC contra Uganda*, diversas cuestiones de interés que por ámbitos temáticos y siguiendo el orden con que las enuncia en cursiva el mismo Tribunal en la presentación de su decisión son: consentimiento de la RDC a la presencia de tropas ugandesas en su territorio, cuestiones conectadas con el uso de la fuerza armada, ocupación bélica, normas internacionales sobre los derechos humanos y las relativas al Derecho internacional humanitario, explotación ilegal de recursos naturales, consecuencias jurídicas de la violación por Uganda de sus obligaciones internacionales, y naturaleza jurídica obligatoria de los autos del TIJ. *Y en el contexto de las demandas reconventionales planteadas por Uganda*: La legítima defensa de nuevo, el estatuto jurídico de las misiones diplomática y su personal, y la figura de la protección diplomática⁶.

A la vista de tales cuestiones, no parece exagerada la afirmación que el propio Presidente de la Corte, el Sr. Shi Jiuyong, realizó, en la Declaración pública que decidió hacer tras haberse el Tribunal declarado incompetente (2006) para conocer de la demanda que la RDC decidió presentar contra Rwanda (2002)⁷, otro de los países implicados en el conflicto, de que en su sentencia de 19 de diciembre de 2005 «la Corte formula conclusiones importantes»⁸.

De entre todas ellas, vamos a ocuparnos en la presente Nota sólo de las que permitan ser agrupadas en el ámbito temático relativo a la prohibición en el Derecho internacional contemporáneo del uso de la fuerza armada; dejando para una Nota posterior el comentario de las cuestiones relacionadas con la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Pero antes de proceder a establecer, en relación con tema central objeto de estas líneas, qué sostiene la Corte de interés y de si su posición se ajusta al Derecho vigente o supone alguna modulación del mismo merecedora de comentario, parece razonable sintetizar los hechos del caso, teniendo desde luego siempre en cuenta que vamos a centrarnos en los básicos o esenciales que, además, tengan una relación directa con la cuestión a la que *ratione materiae* hemos decidido limitarnos.

4. Cuando el AFDL, liderado por L.-D. Kabila, derroca al mariscal Mobutu y toma el poder en el Zaire (mayo 1997) mantiene relaciones muy estrechas con los Gobiernos vecinos de Ruanda y Uganda, aliados militares en su lucha que contaban además con altos mandos encuadrados en las fuerzas armadas congoleñas (sobre todo de nacionalidad ruandesa; no es por tanto extraño que uno y otro pasaran a ejercer en el régimen de la que pasa a llamarse República Democrática del Congo una considerable influencia. Desde mediados de 1997 hasta aproximadamente junio de 1998, la RDC invitó o al menos no se opuso a la presencia en su territorio de tropas ugandesas, ubicadas mayoritariamente en su zona oriental fronteriza entre los dos países. Estas tropas, que la RDC reconoce estaban allí «con el consentimiento del Gobierno legítimo del país», tenían como misión emprender acciones militares contra bandas y grupos armados antiugandeses que operaban en la precitada zona fronteriza⁹.

⁶ Sentencia de 19 de diciembre de 2005, cit. (nota 1), párs. 1-7.

⁷ Cit., *infra* nota 21.

⁸ Déclaration à la presse du président Shi Jiuyong, La Haya, le 3 février 2006 (www.icj-cij.org/cijwww/cpresscom/SPEECHES/cspeech_pr).

⁹ Sentencia de 19 de diciembre de 2005, cit. (nota 1), pág. 46.

El 27 de abril de 1998, la RDC y Uganda firman un Protocolo relativo a la seguridad a lo largo de la frontera común. Ambas partes se comprometen a cooperar por medio de sus fuerzas armadas para acabar con los grupos rebeldes que operaban en uno y otro lado de la frontera. La Corte considera que la firma de este Protocolo, así como la ausencia de objeciones anteriores a la presencia en territorio congoleño de tropas ugandesas, implicó la aceptación de la RDC al mantenimiento en el país de dichas tropas con el fin de alcanzar los objetivos del Protocolo en cuestión¹⁰; en todo caso, este no es la base jurídica que fundamente la presencia de tropas de Uganda sino su continuación, dado que el consentimiento a la misma es anterior, afirma la Corte, y (parece querer decir) se trata de un consentimiento unilateralmente prestado, esto es, no pactado en un tratado, por lo que (afirma el Tribunal quizás algo *tajantemente*) «esta autorización o consentimiento preexistente podía en consecuencia ser retirado en todo momento por el Gobierno de la RDC sin seguir formalidad particular alguna»¹¹.

Una vez en el poder el Presidente Kabila, por diversas razones, intentó reducir la influencia que sobre su Gobierno ejercían Uganda y Ruanda. Desde la primavera de 1998 las relaciones con sus aliados se degradaron. El 28 de julio de 1998, mediante una declaración oficial, el Presidente comunica «que pone fin, este lunes 27 de julio de 1998, a la presencia militar ruandesa que nos ha ayudado durante el período de liberación del país (...)»; y tras manifestar su agradecimiento al ejército y al pueblo de Ruanda finalizó su declaración con la frase siguiente: «Esto marca el fin de la presencia de todas las fuerzas militares extranjeras en el Congo»¹². Y aunque las Partes divergen sobre la interpretación de dicha declaración, manteniendo Uganda que no se refiere a sus tropas y la RDC que sí dada la frase final de la misma¹³, la Corte considera que al acusar la RDC tanto a Ruanda como a Uganda en la Cumbre de Jefes de Estado de Victoria Falls anteriormente mencionada, los días 7 y 8 de agosto de 1998, de haber invadido su territorio ese país dejó claro que cualquier consentimiento que anteriormente había dado a la presencia de tropas ugandesas fue, como muy tarde el 8 de agosto fecha de la clausura de la Cumbre, retirado¹⁴. Únicamente cabe exceptuar de esta afirmación general la aceptación por la RDC de tropas ugandesas, más allá de esa fecha, a los efectos y con los límites sentados en el Protocolo sobre seguridad al que nos hemos referido líneas arriba, esto es, para combatir a los grupos rebeldes a lo largo de la línea fronteriza oriental de ambos países o ayudar a las tropas congoleñas a hacerlo¹⁵.

¹⁰ Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), pág. 46.

¹¹ Sentencia cit., pág. 47, *in fine*. Hemos empleado el adverbio que en el texto figura en cursiva porque nos preguntamos si esta afirmación, que pone en manos de un Estado que se comprometió a algo con otro el poder absoluto e incondicionado al parecer de retirar dicho consentimiento, no entra en cierta contradicción con la posición que el mismo Tribunal mantuvo a propósito de las modificaciones que los Estados pueden hacer en su declaración de aceptación de la cláusula opcional o facultativa del artículo 36.2 del Estatuto de la Corte, reclamando que dichas modificaciones (naturalmente legítimas) se hicieran con base en el principio de buena fe, lo que exigía un cierto plazo de preaviso [sentencia de 1984, asunto Nicaragua (competencia), *CIJ Recueil 1984*, pp. 419-420; vide GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 597-599 (pág. 23)].

¹² Sentencia de 19 de diciembre de 2005, cit., pág. 49.

¹³ Sentencia cit., pág. 50.

¹⁴ Sentencia cit., pág. 53.

¹⁵ Sentencia cit., pág. 52.

La RDC acusa a Uganda de invadir su territorio el 4 de agosto de 1998, tomando parte en la ocupación del aeropuerto de Kitona (a 1.800 kilómetros de su frontera con Uganda), así como de ataques militares que se inician desde el Este del país y desde primeros de agosto, prolongándose de hecho a lo largo de los meses siguientes hasta la firma del Acuerdo de Lusaka el 10 de julio de 1999, por el que como hemos apuntado ya se pacta el cese de las hostilidades, la desmovilización y, sucesivamente, la retirada de todas las tropas extranjeras. Uganda, por su parte, considera que su presencia armada estaba jurídicamente justificada por el consentimiento de la RDC hasta el 11 de septiembre de 1998 (fecha en la que el Alto mando ugandés inicia la operación *Safe Heaven* a la que aludiremos más tarde (*infra* párr. 10, B), entre esta fecha y el 10 de julio de 1999 (Acuerdo de Lusaka) sus actos armados *en y contra* el Estado congoleño lo eran en legítima defensa ante los ataques del mismo, y a partir de dicho Acuerdo la presencia ugandesa en la RDC se halla de nuevo bajo la cubierta protectora del consentimiento dado por la República en dicho Acuerdo a su presencia militar¹⁶.

La Corte considera probados los hechos siguientes:

– Uno: La RDC dio su consentimiento a la presencia de tropas ugandesas en el país al menos hasta el 8 de agosto de 1998, fecha de clausura de la Cumbre de Victoria Falls. A partir de ese momento las tropas de Uganda se encontraban ilegalmente en territorio congoleño, con la única excepción de una presencia limitada y condicionada a ciertos objetivos concretos en la zona fronteriza entre ambos países al Este de la RDC¹⁷.

– Dos: No hay elementos de prueba que permitan afirmar que Uganda participó el 4 de agosto de 1998, fecha de la que la RDC parte [...], en la toma del aeropuerto de Kitona¹⁸.

– Tres: La Corte considera probado la comisión por Uganda de ataques armados *en y contra* la RDC desde primeros días de agosto de 1998 y que se prolongan los meses de septiembre y sucesivos, prácticamente hasta la firma el 10 de julio de 1999 del Acuerdo de Lusaka. Como en esas fechas, según lo apuntado, faltaba ya el consentimiento congoleño los ataques armados ugandeses sólo podrían encontrar justificación jurídica, en su caso, en la figura de la legítima defensa¹⁹.

– Cuatro: El Acuerdo de Lusaka (1999) y los Planes de Kampala (2000) y Harare (2000), el primero de los cuales había sido invocado por Uganda como implicando el consentimiento, por segunda vez, del Congo a su presencia militar en el país, no aporta dato alguno que permita aceptar dicha interpretación²⁰. En consecuencia, salvo que pudiera demostrarse que Uganda actuó con base en el derecho de legítima defensa sus actos armados *en y contra* la RDC a partir del 10 de julio de 1999 y hasta su retirada real y total de dicho país no encontrarían justificación jurídica posible.

¹⁶ Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), párs. 31-34, 39 y 92.

¹⁷ Sentencia cit., párs. 52, 53 y 105.

¹⁸ Sentencia cit., párr. 71 (como conclusión de los párs. 55-70).

¹⁹ Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), párs. 72-91.

²⁰ «La Corte concluye de todo lo expuesto que los diversos tratados sobre la organización y el mantenimiento de un cese el fuego, la retirada de las fuerzas extranjeras y la estabilización de las relaciones entre la RDC y Uganda no implican (salvo en la limitada excepción relativa la región fronteriza de los montes Ruwenzori contenida en el Acuerdo de Lusaka) un consentimiento de la RDC a la presencia de las tropas ugandesas sobre su territorio desde el mes de julio de 1999, que hubiera validado jurídicamente dicha presencia» (sentencia cit., párr. 105).

5. Nos parece conveniente apuntar, además, para acabar con la exposición de los hechos que «como consecuencia de los actos de agresión armada perpetrados por Ruanda en el territorio de la RDC»²¹, cuestión que la Corte ha debatido con motivo de la demanda de este país contra Uganda en la sentencia de 19 de diciembre de 2005 objeto de la presente Nota, la RDC acusó (2002) a Ruanda de «violaciones masivas, graves y flagrantes de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario cometidas con desprecio de la Carta internacional de derechos humanos, otros instrumentos jurídicos pertinentes e importantes resoluciones del Consejo de Seguridad».

La Corte se ha declarado incompetente porque, como su Presidente hizo público mediante una declaración formal, «después de un atento examen de conjunto de las bases competenciales invocadas por la RDC al efecto, llegó a la conclusión de que no podía retener ninguna»; de modo que «en ningún momento la Corte ha examinado cuestión alguna sobre el fondo de la disputa ni la ha debatido»²².

Hay en esta nueva decisión aspectos muy interesantes que nos gustaría comentar pero que a fin de no enredar el hilo de la presente dejaremos para una Nota posterior²³.

II. SOBRE LA NORMA QUE PROHIBE EL USO DE LA FUERZA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

1. *Mantenimiento de una concepción rigurosa sobre la legítima defensa, alejada de las tendencias «flexibilizadoras» más contemporáneas (incluye el tema de la legítima defensa preventiva).*

6. Sabido es que en los últimos años se ha manifestado con claridad una tendencia que propone flexibilizar el concepto actual del derecho de legítima defensa individual o colectiva. Manifestaciones rotundas de la misma en la práctica internacional contempo-

²¹ Sentencia de 3 de febrero de 2006, *actividades armadas sobre territorio del Congo [nueva demanda (2002)] (RDC c. Ruanda) (competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda)*, p. 1.

²² Declaración a la prensa del Presidente Shi Jiuyong... cit. (*supra* nota 8).

²³ Así los que se resuelven en los párs. 120-126 y 64 de la sentencia de 3 de febrero de 2006 cit. No queremos, sin embargo, dejar de mencionar aquí los cuatro aspectos más relevantes que deberán comentarse en su momento: 1) Es esta la primera vez que, a nuestro conocimiento, la Corte Internacional de Justicia aplica el artículo 4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) que regula la aplicación en el tiempo de la misma Convención. 2) Asimismo es la primera vez que la Corte conoce de la invocación directa por un Estado contra otro del artículo 66.a) de la misma, que regula la intervención del Tribunal en casos de alegación de la contrariedad de un tratado con normas de *ius cogens*, no pudiendo lamentablemente pronunciarse sobre la cuestión sobre esa base jurídica concreta por falta de competencia. 3) Es la primera vez también que la Corte afirma del citado artículo 66 que no forma parte aún (2006 repárese) del Derecho internacional consuetudinario, conclusión a la que probablemente ya había llegado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1998 (vide su sentencia de 16 de junio de 1998, A. Racke GmbH & Co. Contra Hauptzollamt Mainz, as. C-162/96, Recopilación de jurisprudencia 1998 p. I-03655, en el pár. 59 de la misma, que alude en concreto al artículo 65 del Convenio de Viena). 4) Y, en fin, en esta sentencia la Corte reitera su doctrina en el asunto de Timor Oriental (2005) según la cual ni siquiera la naturaleza imperativa o *erga omnes* de una norma aplicable puede burlar el principio de que la jurisdicción internacional, en particular la de la propia Corte, es voluntaria o facultativa [vide *ad ex*. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La responsabilidad internacional [consecuencias del hecho ilícito]*, Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2005, párs. 79-81, pp. 155-159].

ránea son, en mi opinión, con un carácter global la llamada doctrina Bush o de «guerra preventiva» y, con más concreción, la invocación de la legítima defensa como pretendida base jurídica justificadora de la «Guerra de Afganistán» (2001-2002) no solo por los Estados Unidos sino también por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Cabría añadir, también, que la Administración de los Estados Unidos, en la versión revisada que en el 2006 ha presentado de su Estrategia de Seguridad Nacional (2002), ha ratificado sus tesis sobre el uso preventivo de la fuerza armada ²⁴

Los exponentes documentales paradigmáticos de tendencia tal pueden encontrarse en el Informe (2004) del Grupo de Alto Nivel designado por el Secretario General de Naciones Unidas para la formulación de propuestas de reforma de la Carta en general y de su Sistema de seguridad colectiva en particular, así como en el Informe (2005) que el propio Secretario General sometió a la Cumbre Mundial de Jefes de Estado y de Gobierno (Naciones Unidas, Nueva York, septiembre de 2005) ²⁵.

En este último, el Secretario General de Naciones Unidas afirma:

«Las amenazas inminentes están plenamente previstas en el artículo 51, que salvaguarda el derecho inherente de los Estados soberanos a defenderse de un ataque armado (...).»

añadiendo, con respeto lo decimos pero lo decimos, sin recato:

«(...) Los juristas han reconocido hace tiempo que esto abarca tanto un ataque inminente como un ataque ya ocurrido» ²⁶.

7. El autor de más edad de esta Nota ya puso de manifiesto en otro lugar que esta concepción expansiva de la legítima defensa no parece conforme con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ/TIJ) en diversos asuntos contemporáneos (1986, 2003, 2004), de la que parece emanar una concepción rigurosa y más bien restrictiva, lo que estaría en perfecta coherencia con su naturaleza de excepción y con la gravedad que su aplicación comporta ²⁷.

²⁴ Sobre la Estrategia de Seguridad Nacional (*The National Security Strategy of the United States of America. September 2002*, pp. 1-34; he utilizado la traducción extraoficial al español proporcionada por el Servicio de Noticias en este idioma del Gobierno Federal: *Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de América*, pár. cuarto de su apartado III, y que pueden consultarse en <http://usinfo.gov/espanol/terror/02093001.htm>). A estos efectos vide GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El “uso de la fuerza” en los Informes del Grupo de Alto Nivel (2004), del Secretario General (2005) y, a la postre, en el Documento Final de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno (Naciones Unidas, Nueva York, septiembre de 2005)», *Anuario de Derecho Internacional*, XXI (2005), pp. 13-49, en pp. 16-19 (pár. 5) [puede también consultarse electrónicamente en UNISCI (Unidad de Investigación sobre Seguridad y Cooperación Internacional), número especial, vol. 10, enero 2006, www.ucm.es/info/unisci]. Para la Estrategia revisada, *The National Security Strategy of the United States of America. March 2006*, pp. 1-54 (<http://www.whitehouse.gov>); sobre la misma vide la nota de R. Bermejo García en la Sección de Información y Documentación de este mismo número.

²⁵ Para el detalle de esta tendencia vide *ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El «uso de la fuerza» en los Informes ...*, cit., pp. 13-49

²⁶ «Un concepto más amplio de la libertad. Desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos» (A/59/2005), 21 de marzo de 2005, pár. 124 (en el pár. 125 siguiente, el Informe declara, por el contrario, no conforme con el Derecho internacional el uso preventivo de la fuerza armada por los Estados ante «amenazas latentes»).

²⁷ GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El hecho ilícito internacional*, Dykinson, Madrid, 2005, pár. 92 (pp. 117-125).

De la jurisprudencia de la Corte e interpretando sus decisiones atendiendo al sentido natural y la lógica de sus términos, se desprende un concepto de legítima defensa condicionado en la regularidad de su ejercicio a requisitos bien estrictos que, en esencia parecen ser los siguientes:

- Existencia de un ataque armado que revista las notas mínimas de intensidad, alcance y violencia; ataque que puede ser obra tanto del ejército de un Estado como de los grupos o bandas armadas irregulares que un Estado envíe para cometer actos armados de una gravedad equivalente o participe sustancialmente en los mismos. La Definición de la agresión, contenida en la res. 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, ofrece una guía bien útil al efecto [art. 3, sobre todo letras *a*), *b*), *d*) y *g*)].
- Respuesta armada del Estado víctima que debe notificarse de inmediato al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.
- Respuesta armada del Estado víctima que debe, también, estar justificada, naturalmente en atención a las circunstancias concretas de cada caso, por las notas de necesidad, inmediatez y proporcionalidad.
- Y, en fin, afirmó la Corte en el marco de una alegación de legítima defensa colectiva, el Estado víctima del ataque armado debe haberse declarado objeto de una agresión de dicha naturaleza y haber solicitado la ayuda militar de quien le socorre invocando la legítima defensa.

Hay con todo una cuestión, importante en el marco de las tendencias contemporáneas en esta materia, que la Corte no ha zanjado, pudiendo, me parece, haberlo hecho sin violencia en el contexto de algunos de sus casos más recientes. En el asunto sobre las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (fondo, 1986), la Corte expresamente admite que no se pronuncia sobre la *legítima defensa preventiva*; en el caso *de las plataformas petrolíferas* (2003) tampoco alude a esta figura cuando los hechos daban pie, posiblemente, a hacerlo. Y, sin embargo, subyacente a las expresiones, al tenor, al sentido corriente y lógico de los términos empleados, así como a la rigurosa posición que la Corte asume en cuanto a la verificación de todos los requisitos, tanto procesales como de fondo, que al ejercicio regular de la legítima defensa son exigibles por el Derecho, late un mensaje que lleva a pensar a un intérprete objetivo que la Corte no parece proclive precisamente a admitir un uso preventivo de la fuerza armada²⁸.

8. En la sentencia de 19 de diciembre de 2005 la Corte mantiene una concepción tan restrictiva como en su jurisprudencia anterior del derecho de legítima defensa: A) De una parte porque se muestra tan rigurosa como siempre en la comprobación, a fin de reconocer ese derecho, de todos los requisitos que en este se dan; y B) de otra porque, en nuestra opinión, la Corte, con renglones torcidos, ha escrito más derecho que nunca acerca de la legítima defensa preventiva. Veamos ambos supuestos por separado.

9. (A) La Corte Internacional de Justicia mantiene una concepción restrictiva de la legítima defensa cuando aun sin manifestarse *expressis verbis* sobre los requisitos exigibles para un ejercicio regular de la misma (en particular los de necesidad y proporcionalidad) sí lo hace indirectamente y, en todo caso, deja perfectamente clara la

²⁸ Vide GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El hecho ilícito* cit. (nota 27), pág. 92 (pp. 123-124).

importancia que la comprobación de su existencia tiene para un válido ejercicio de esta excepción a la prohibición del uso de la fuerza armada ²⁹.

Con más claridad a nuestro juicio, la Corte ha recordado, como uno de los requisitos «naturales» que el artículo 51 de la Carta implica respetar, que quien pretende defenderse legítimamente «debe haber puesto en conocimiento del Consejo de Seguridad» los hechos que justificaban su respuesta armada ³⁰.

De varios de los pasajes de la sentencia queda claro que para la Corte la legítima defensa solo es posible como respuesta a un hecho ilícito muy concreto, la violación de la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada y, más en concreto aún, un «uso mayor» de esta, la comisión de un «ataque armado»; el quebrantamiento de la prohibición, como veremos enseguida, mediante un «uso menor» de la fuerza supone desde luego la comisión de un hecho ilícito internacional pero no genera en la víctima en derecho de legítima defensa (*infra* párrafo 12).

Y, en fin, con una afirmación genérica pero sumamente reveladora de la concepción «restrictiva» que el derecho de legítima defensa tiene para ella, la Corte, tras reproducir el artículo 2.4 de la Carta, «piedra angular», califica, de la misma, afirma:

«El artículo 51 de la Carta no puede justificar el uso de la fuerza en legítima defensa sino en el marco de los límites que en él se definen estrictamente. No autoriza, más allá del marco así establecido, el uso de la fuerza por un Estado para proteger intereses que se consideran relevantes para su seguridad. Otros medios tiene a su disposición el Estado afectado, entre ellos, en particular, el recurso al Consejo de Seguridad» ³¹.

¡Compárese con la afirmación que sobre la legítima defensa efectúa el Secretario General en su Informe a la Cumbre Mundial de septiembre de 2005! ³².

10. Ciertamente es que una concepción estricta del derecho de legítima defensa ofrece un nivel de seguridad *jurídica* reconfortante en los azarosos tiempos que vivimos, en los que disparar a la legalidad vigente, en lo que a esta cuestión se refiere, parece haberse convertido para algunos en el deporte de moda. Pero también lo es, probablemente, que no hay más ciego que el que no quiere ver que la realidad cambia y que no es bueno que los conceptos jurídicos se petrifiquen y vivan su propia vida desconectados del mundo real.

Y no pienses, malicioso lector, que los autores de esta Nota empiezan a rendirse a los cantos de sirena de la legítima defensa preventiva, no, quede bien claro que no estamos pensando en eso, que quede claro, sino más bien en sugerir la conveniencia de reflexionar seriamente y sin prisas sobre los términos en que dos de los jueces en

²⁹ «Asimismo, no habiéndose reunido las condiciones previas al ejercicio del derecho de legítima defensa en las circunstancias del caso, la Corte no tiene por qué preguntarse si tal derecho de legítima defensa ha sido o no ejercido en circunstancias caracterizadas por la necesidad y si lo ha sido de una manera proporcionada. Sin embargo, la Corte no puede dejar de destacar que la captura de aeropuertos y ciudades situadas a varios centenares de kilómetros de la frontera ugandesa no parece precisamente proporcionada a los diversos ataques transfronterizos de los que Uganda se prevale para justificar el ejercicio de su derecho de legítima defensa, ni necesaria para su ejercicio» [sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), p. 147].

³⁰ Sentencia cit., p. 145.

³¹ Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), p. 148.

³² *Supra* p. 6.

este asunto se han expresado. Dos jueces que provienen el uno de la Academia y el Derecho, permítasenos que lo digamos así, y el otro de la Diplomacia y la Política; buena coyunda, ¿no?, para hablar de normatividad jurídica internacional.

Bruno Simma y Pieter H. Kooijmans han criticado el que la Corte haya rechazado responder a la cuestión de si y bajo qué circunstancias el Derecho internacional contemporáneo permite el derecho de legítima defensa contra ataques a gran escala de fuerzas irregulares³³. Y es que, según afirmaciones del juez Kooijmans, a las que se unió el juez Simma³⁴, la Corte parece aceptar que Uganda sólo hubiera podido ejercer la legítima defensa contra la RDC (recordemos, tropas revolucionarias antiugandesas que operaban desde territorio congoleño) si se hubiera producido un ataque de éstas imputable directa o indirectamente *a un Estado*, solución por otro lado en armonía con su jurisprudencia más reciente [asunto sobre las *consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio (palestino) ocupado* (2004)]³⁵. Para el juez holandés, el hecho de que para poder ejercitar el derecho de legítima defensa el ataque armado previo deba emanar de un Estado se trata de un requisito que, al no figurar expresamente en el artículo 51 de la Carta, debe considerarse meramente el fruto de una interpretación, una interpretación, sí, mantenida a lo largo de más de cincuenta años³⁶; de modo que si las actividades de bandas armadas pudieran equipararse a un ataque armado, el Estado víctima podría amparar en el artículo 51 de la Carta su respuesta armada aunque dichos grupos no hubieran sido «enviados» o «sustancialmente controlados» por Estado alguno en concreto³⁷.

Esta interpretación más amplia de la legítima defensa, en el sentido de incluir no solo ataques armados provenientes de Estados, sería susceptible de ser aplicada tanto en casos como el que nos ocupa (grupos armados actuando sin trabas en un Estado cuyo Gobierno no es capaz de ejercer control eficaz al respecto...) ³⁸ sino también y más en general en casos de terrorismo. Y habiéndola mencionado, a la Bicha nos referimos, el lector entenderá que los autores se propongan alcanzar el fin de este sendero con pies de plomo. Y debe entenderse, porque si aceptamos esto, ¿por qué un Estado no va a poder usar la fuerza armada, penetrando de ser preciso en territorio de otro para acabar con las bases o santuarios de grupos terroristas que en él se mueven sin

³³ Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), pág. 147.

³⁴ Vide el pár. 27 de la opinión individual del juez Kooijmans y los párs. 8 y 12 de la de Simma. El juez Bruno Simma afirma, incluso, que desde el asunto de Nicaragua (1986), los pronunciamientos de la Corte sobre la prohibición del uso de la fuerza en general y de la legítima defensa en particular han sido problemáticos [«less for the things they say than for the questions they leave open» (pár. 9 de su opinión individual)].

³⁵ En este caso y en contexto de la pretensión israelí de que hoy se reconoce «claramente el derecho de los Estados al recurso a la fuerza en legítima defensa contra los atentados terroristas», la Corte precisa que esta figura solo puede invocarse en los casos de ataques armados *entre Estados*, no en los casos de violencia interna, es decir, en el territorio de un Estado (o en territorio ocupado por este) (dictamen consultivo de 9 de julio de 2004, párs. 138-139). Lo cual no quiere decir, por supuesto, que un Estado no pueda defenderse incluso con la legítima defensa cuando *otro* «le envía» terroristas o «los dirige y controla»; solo será preciso, como antes apuntaba, que los actos cometidos equivalgan por su gravedad a un genuino ataque armado.

³⁶ Opinión individual del juez Kooijmans, pág. 28.

³⁷ Opinión del juez Kooijmans (pár. 29) y Opinión del juez Simma (pár. 12).

³⁸ Hecho, por lo demás, y el propio juez Kooijmans lo advierte (pár. 30 de su Opinión), que parece habitual en no pocas zonas del Mundo, en África por ejemplo.

que el Estado territorial pueda impedirlo?³⁹. Cuidado, cuidado, cuidado (...); no vaya a ser peor el remedio que la enfermedad. ¡Pensémoslo en todo caso!; ¡trátese el tema seriamente a nivel internacional!; y seamos todos razonables. Amén.

Con todo, y volviendo al caso que nos ocupa, los jueces Kooijmans y Simma declararon, finalmente, estar de acuerdo con la negativa de la Corte a que Uganda hubiera actuado en legítima defensa, pero porque no se dieron otros requisitos, pues algunas de las acciones ugandesas (como la toma del aeropuerto de Kinsangani y de territorio congoleño alejado de las fronteras con Uganda) resultaron desproporcionadas e innecesarias, no pudiendo admitirse como un ejercicio regular de la figura de la defensa legítima⁴⁰.

11. (B) Por lo que atañe a la noción de la *legítima defensa preventiva*, la Corte que, sí es verdad, recuerda que tampoco en este caso se ha invocado expresamente dicho concepto por lo que de él no se trata⁴¹, adopta sin embargo una decisión en un contexto tal y, lo que es más, con una argumentación y términos tales que la interpretación que quienes esto escriben han creído posible dar de su jurisprudencia anterior en el sentido de que la Corte no parece inclinada a admitir la legalidad de esa figura, resulta, pensamos, notablemente reforzada con la que se sienta en el presente asunto. Pero permítenos, lector amigo, que nos expliquemos sentencia en mano.

Una de las fases del conflicto en la que se desencadenaron los ataques más feroces de las fuerzas armadas ugandesas en la RDC se abre el 11 de septiembre de 1998 con la operación que en términos militares Uganda llamó «Cielo Seguro» (*Safe Heaven*). El documento clave del Alto Mando ugandés sobre la misma decide llevar a cabo diversas acciones militares «a fin de preservar los intereses legítimos de Uganda en materia de seguridad»⁴². La Corte afirma que los objetivos de esa operación tal y como se enuncian en el documento de Uganda «no atañen a la legítima defensa en el sentido que a esta se da por el Derecho internacional» y, añade, más en concreto, con lo que y acerca de su pensamiento íntimo podríamos decir nosotros, como de Moby Dick gritara el vigía al capitán Achab desde lo alto de la cofia, «allí..., por allí resopla» (...):

«La Corte constata que las operaciones ugandesas no podrían justificarse, suponiendo que ello fuera posible, en tanto que acciones de legítima defensa (...). La operación “Safe Heaven” se basaba claramente en la reivindicación por Uganda de un derecho a “preservar sus intereses legítimos (...) en materia de seguridad” (...)»⁴³.

³⁹ El autor de más edad de la presente Nota ya pensó en su día (1987) que una salida a la intolerable situación del Estado que se ve permanentemente acosado por actos de terroristas o de grupos armados que en el caos de un Estado vecino se mueven sin que la comunidad internacional reaccione y sin que los conceptos técnico-jurídicos de la época (¡la legítima defensa pardiez!), podría estar en una regulada aplicación de otras figuras, como la del estado de necesidad (...). ¿Nos vale ahora la ya la *Vecchia Donna*? A mí me recuerda todo esto un poco el telar de Penélope la esposa fiel y no menos astuta del sagaz Odiseo, rey de Itaca.

⁴⁰ Opiniones del Sr. Kooijmans (párr. 34 y 35) y del Sr. Simma (párr. 14).

⁴¹ «En este asunto (la Corte se refiere a su sentencia sobre el fondo de 1984 en el caso Nicaragua), la Corte decidió “que no se pronunciaba pues sobre este tema” (la posible invocación de la legítima defensa ante una ataque armado inminente pero no producido aún). Ocurre igual en el presente caso.»

⁴² Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), párr. 109 (que reproduce el documento en cuestión).

⁴³ Sentencia cit., párrs. 119, 112-113.

Tras haber apuntado que no se pronuncia sobre la cuestión de la legítima defensa preventiva, la Corte señala que el documento del Alto Mando ugandés citado:

«No hace mención alguna de agresiones armadas de las que Uganda hubiera sido víctima por parte de la RDC (...). La posición del Alto Mando es más bien que [la operación militar por él desencadenada] es necesaria para “preservar los intereses legítimos de Uganda en materia de seguridad”. Las exigencias de seguridad mencionadas son esencialmente de naturaleza preventiva (...)»⁴⁴.

Afirmar esto (es decir, no nos vale el documento porque genera acciones militares con base en consideraciones de naturaleza preventiva) en un contexto en que la Corte niega a Uganda su pretendido derecho de legítima defensa⁴⁵, en un contexto en que la Corte ha dicho que ese documento no responde a la legítima defensa según se entiende en Derecho internacional⁴⁶, y en un contexto, en fin, en que la Corte afirma, como hemos visto, que «el artículo 51 de la Carta (...) no autoriza (...) el uso de la fuerza por un Estado para proteger intereses considerados relevantes para su seguridad (...) [y que en tal caso hay otros medios] como el recurso al Consejo de Seguridad»⁴⁷, no hace sino empujar a todo intérprete objetivo, como pretenden ser los firmantes de esta Nota, a una sola conclusión: la CIJ no acepta el concepto de legítima defensa preventiva.

¿Nos equivocamos mucho acaso si consideramos, dada la fecha de la sentencia, 19 de diciembre de 2005, esto es nueve meses después de la del Informe del Secretario General de Naciones Unidas, que en ella no se sostiene precisamente lo mismo que este al respecto, y que lo que en ella se dice tiene por tanto su importancia?

2. *Confirmación de que el ataque armado puede provenir del ejército regular de un Estado o de grupos irregulares enviados o controlados por él y, en ambos casos, dar lugar por tanto al derecho de legítima defensa.*

12. Aunque la Corte no se pronuncia expresa y directamente en su sentencia en este asunto sobre si es posible y en qué condiciones invocar el derecho de legítima defensa contra un Estado implicado en los actos armados de grupos o bandas irregulares que actúen en el territorio de otro, sí parece entender *a contrario sensu* [confirmando por tanto la plena aplicación del art. 3, letra g), de la Definición de la Agresión que ya ha tenido en cuenta en su jurisprudencia]⁴⁸ que el Estado afectado que demuestre el envío de esos grupos por otro Estado o la participación sustancial de este en los actos armados de los mismos tiene frente a él, de acuerdo con el ordenamiento internacional contemporáneo, un derecho de respuesta armada con base en la figura de la legítima defensa⁴⁹; al menos en tanto en cuanto los ataques de dichos

⁴⁴ Sentencia cit., pág. 143.

⁴⁵ Sentencia cit., págs. 145-147.

⁴⁶ Vide *supra* nota 31.

⁴⁷ Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), pág. 148.

⁴⁸ Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974 (vide sentencia de 27 de junio de 1986 en el asunto Nicaragua, pág. 195, *CIJ Recueil 1986*, pp. 103-104).

⁴⁹ «En consecuencia, (la Corte) no tiene que pronunciarse sobre los argumentos de las Partes relativos a la cuestión de saber si y en qué condiciones el Derecho internacional contemporáneo prevé un derecho de legítima defensa para responder a ataques de envergadura llevados a cabo por fuerzas irregula-

grupos sean «de envergadura» (en palabras de la Corte) o, como la Definición de la Agresión precisa, «de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados».

Puede ser interesante mencionar que, en el caso concreto, los actos cometidos por los grupos rebeldes que, según entendemos, la Corte hubiera considerado (*contrario sensu*) generadores del derecho de legítima defensa consistieron en una serie de ataques repetidos a lo largo de un período dado de tiempo en lugares diversos y que comportaron el secuestro y la muerte de alrededor de un centenar de personas, civiles la mayoría si no todas, y la destrucción de poblados e instalaciones civiles tales como escuelas o centros religiosos...⁵⁰.

3. *Confirmación de que hay usos ilícitos de la fuerza que no generan el derecho de legítima defensa.*

13. Según el Derecho vigente, la legítima defensa presupone la existencia de un ataque armado en forma y solo cuando éste se da cabe invocarla regularmente, negándose esa posibilidad incluso aunque el Estado contra el que pretende ejercerse haya violado la prohibición del uso de la fuerza armada llevando a cabo alguno de los «usos menores» de la misma.

La CIJ se ha referido a esta cuestión tanto el asunto relativo a las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) como en el que se refiere a las *plataformas petrolíferas* (2003)⁵¹. Y lo ha concretado además, considerando que no constituyen usos de la fuerza susceptibles de ser calificados como un ataque armado que justifique una respuesta en legítima defensa: la ayuda a fuerzas rebeldes de un Estado por medio del suministro de armas o apoyo logístico⁵²; un ataque puntual con el lanzamiento de un misil contra un buque mercante, disparos repetidos hacia un helicóptero militar, o el sembrado de una mina con la que impacta un navío de guerra de otro Estado⁵³.

res» [sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), pág. 147]. Pero en un pasaje anterior se afirma: «Conviene, además, destacar que mientras Uganda pretende haber actuado en legítima defensa, nunca ha mantenido haber sido objeto de agresión algunas por parte de las fuerzas armadas de la RDC. La “agresión armada” a la que se ha hecho referencia era más bien obra de las Forces Démocratiques Alliées (FDA) (grupos rebeldes, en suma, antiugandeses que atacaban objetivos en Uganda y volvían al Congo). La Corte ha sostenido antes (...) que no había prueba satisfactoria alguna de la implicación directa o indirecta de la RDC en estos ataques. Estos no eran obra de fuerzas armadas o fuerzas irregulares enviadas por la RDC o que actuaran en su nombre en el sentido del artículo 3.g) de la res. 3314 (XXIX) de la Asamblea General, adoptada el 14 de diciembre de 1974. La Corte cree, vistos los elementos de prueba de que dispone, que esos ataques repetidos y deplorables, incluso si pueden considerarse como presentando un carácter acumulativo, no son atribuibles a la RDC» (pág. 146; la cursiva es nuestra).

⁵⁰ «Ataque contra la escuela técnica de Kichwamba, en el curso del cual treinta y dos alumnos fueron muertos y ciento seis secuestrados; un ataque cerca de Kichwamba, en el curso del cual cinco personas fueron muertas; un ataque contra la población de Benyangule el 26 de junio, en el que murieron o resultaron heridas once personas; el secuestro de diecinueve seminaristas en Kimburara el 5 de julio; un ataque contra la ciudad de Kasesse el 1 de agosto en cuyo curso tres personas murieron. Un sexto ataque ha sido mencionado en la audiencia: habría tenido lugar en Kijarumba y habría ocasionado treinta y seis víctimas» [sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), pág. 132].

⁵¹ Sentencias de 27 de junio de 1986, párs. 191 y 195 y de 6 de noviembre de 2003, pág. 51.

⁵² Sentencia de 27 de junio de 1986, pág. 195.

⁵³ Sentencia de 6 de noviembre de 2003, pág. 64 *in fine* y pág. 72. La Corte entiende, para ser rigurosos del todo, que tales hechos no generan *per se*, automática y necesariamente el derecho de legítima defensa.

14. La Corte ha confirmado esta tesis y su jurisprudencia anterior en su sentencia de 19 de diciembre de 2005 a propósito de las *actividades armadas en el territorio del Congo*.

De una parte considera que Uganda, que se defendía de la acusación de la RDC de haber llevado a cabo una agresión armada en su territorio alegando que sus actividades militares lo eran en legítima defensa, no puede invocar ni esta ni ninguna otra causa que permita excluir la ilicitud de su comportamiento. Uganda al conquistar militarmente varios aeropuertos y poblaciones del Congo en el este del país, penetrando en él profundamente (hasta aproximadamente 600 kilómetros desde su frontera) comete según la Corte, «violaciones graves» de la norma que prohíbe el uso de la fuerza⁵⁴.

Desde la otra cara del espejo, la Corte, al rechazar la primera demanda reconvenicional de Uganda le dice a esta que no, que sus acciones en y contra el Congo no pueden serlo en legítima defensa, es precisamente la RDC la que puede usar la fuerza como respuesta al precitado ataque armado ugandés:

«Se deduce de ello que ninguna acción militar por la RDC contra Uganda (...) podrá considerarse ilícita, en tanto en cuanto se justifica a título de legítima defensa en virtud del artículo 51 de la Carta»⁵⁵.

Legítima defensa que hubiese sido también posible por parte de Uganda de haberse de mostrado que la RDC envió o controlaba sustancialmente bandas armadas para cometer en Uganda ataques armados en sentido propio. Estos se produjeron por parte de las *Forces Democratiques Alliées* (FADS) a lo largo de junio de 1998, pero la Corte no pudo implicar a la RDC en los actos de dichos grupos⁵⁶.

15. Junto al reconocimiento, que acabamos de ver, de que una agresión armada, un uso «mayor» o «grave» de la fuerza, genera el derecho de legítima defensa, la Corte ha reconocido también en este caso que hay violaciones de tan sagrado principio, los «usos menores» de la fuerza, que siendo ilícitas desde luego no permiten al Estado lesionado reaccionar con una respuesta armada defensiva.

Así el Tribunal tras afirmar que no ha podido probarse que sean imputables a Uganda los actos armados cometidos en el Congo por el Movimiento de Liberación del Congo (MLC), sí se ha probado que entrenaba y sostenía al Ejército de Liberación del Congo (l'Armée de Libération du Congo) (ALC), ala militar del MLC. Estos apoyos, constituyen la «violación de ciertas obligaciones del Derecho internacional», como la que consagra el deber de todo Estado de no implicarse en actos de terror o en conflictos internos de otros; en suma, afirma la Corte citando su sentencia de 1986 (asunto Nicaragua), que la norma que prohíbe el uso de la fuerza se puede incumplir (como ocurre en el caso) recurriendo a los medios indirectos a los que se refiere la Declaración de Principios aneja a la res. 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, disposiciones que, afirma, «revisten un carácter declarativo del Derecho internacional consuetudinario»⁵⁷.

⁵⁴ Vide *infra* párs. 19-20 (apartado III).

⁵⁵ Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit, (nota 1) pár. 304.

⁵⁶ Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit, (nota 1), pár., 146.

⁵⁷ Sentencia cit., párs. 161-164 (que citan, como decía, a su vez los párs. 206 y 209 de su sentencia de 1986 en el asunto Nicaragua, *CIJ Recueil 1986*, pp. 108-110). La Corte cita en concreto el pár. séptimo del principio de prohibición del uso de la fuerza («Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar,

Y, más en concreto, la Corte sostiene expresamente que aun demostrándose como cierto que, a petición de otro, un Estado entrena y transporta por vía aérea grupos armados para que combatan junto al ejército del solicitante contra fuerzas armadas de un tercer Estado que han penetrado en el territorio del solicitante e incluso para que desde éste realicen incursiones contra él, no permite al Estado contra el que dichos grupos actúan invocar válidamente el derecho de legítima defensa contra el Estado que, repito, a petición de otro se limitó a entrenarlos y transportarlos⁵⁸.

4. *Confirmación de que las obligaciones de impedir que desde el propio territorio se cometan actos armados contra un Estado vecino dependen de los medios y circunstancias del caso.*

16. En la primera de sus demandas reconventionales, Uganda acusa a la RDC (Zaire, entre 1971 y 1997) de haber tolerado y aún ayudado a los grupos armados que llevaban a cabo, desde bases situadas en territorio zaireño, actos armados contra y en Uganda, implicación que tras el acceso al poder del Presidente Kabila continuó acentuándose incluso con un apoyo más activo por parte del gobierno congoleño a esos grupos antiugandeses entre mayo de 1996 y agosto de 1999⁵⁹.

Más en concreto, la RDC habría violado la norma que prohíbe el uso o amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales así como el que prohíbe la intervención en dos sentidos: *De una parte*, al apoyar y sostener a estos grupos antiugandeses en sus actos armados habría violado la prohibición del uso de la fuerza armada así como el principio que prohíbe la intervención; y, *de otra*, al haber incumplido su deber de vigilancia para impedir que (otros) grupos irregulares atacasen a un Estado vecino desde su territorio. Uganda evoca en particular que «en el asunto del estrecho de Corfú, la CIJ había señalado que “la obligación para todo Estado de no permitir que su territorio se utilice para fines contrarios a los derechos de otros Estados” es un “principio general bien conocido” (CIJ Rec. 1949, pp. 22-23)»⁶⁰.

17. La CIJ que, por lo demás, no considera probado que la RDC entrenara, armara, equiparara, financiara y aprovisionara a los insurgentes aintiugandeses⁶¹, esto es, no considera probado el apoyo activo de la RDC a dichos actos, hace dos afirmaciones sobre el mencionado deber de diligencia que nos parecen de interés, precisamente al hacerlo, y que vienen a confirmar lo que en términos generales todos entendemos como el Derecho vigente en este punto.

instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párr. impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza», así como el párr. segundo del principio que prohíbe la intervención («Todos los Estados deberán también abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas en caminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en los luchas interiores de otro Estado») (sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit., párr. 162).

⁵⁸ «La Corte precisa además que las afirmaciones según las cuales Sudán entrenaba y transportaba soldados de las FAC a petición del Gobierno congoleño no darían a Uganda derecho a emplear la fuerza a título de legítima defensa, incluso si los hechos alegados estuviesen probados» (sentencia cit., párr. 127).

⁵⁹ Sentencia cit., párs. 276, 278.

⁶⁰ Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), párr. 277.

⁶¹ *Ibidem*, párs. 299, 303, 304 y 121-147.

– De un lado, confirma en efecto el deber de vigilancia que todo Estado tiene y que le obliga a no «tolerar en su territorio actividades organizadas con miras a la perpetración de tales actos (de guerra civil o de terrorismo)» y a no «tolerar actividades armadas subversivas o terroristas destinadas a acabar por la violencia con el régimen de otro Estado así como de intervenir en las luchas intestinas de otros (...)», disposiciones éstas a las que se atribuye, como ya hemos apuntado, naturaleza consuetudinaria»⁶².

– De otro, la Corte deja claro que este deber de vigilancia no comporta una obligación (absoluta) de resultado, sino que depende de las circunstancias del caso y muy en particular de las condiciones y medios con los que el Estado territorial debe hacer frente a ese deber. La Corte entiende que ni el antiguo Zaire, luego RDC, ni tampoco Uganda «estaban en posición de poner fin a las actividades» de las bandas armadas que pululaban a uno y otro lado de la frontera. El Tribunal no puede concluir con las pruebas de que dispone que:

«la ausencia de acción del Zaire respecto de los grupos rebeldes de la región fronteriza pueda calificarse de una “tolerancia” con estas actividades o de una “aquiescencia” a las mismas.»

Por el contrario,

«teniendo en cuenta las dificultades de acceso al territorio y su alejamiento (...) ni la RDC ni Uganda podían acabar con todas las acciones rebeldes pese a los esfuerzos desplegados (...)»

Y es que, según la propia Uganda afirma y la Corte recoge, la libertad de movimientos de los rebeldes en la región fronteriza entre la RDC y Uganda era posible

«gracias a su terreno montañoso, su alejamiento de Kinshaha (más de 1.500 kilómetros) y a la ausencia casi total de representantes del Gobierno central o de las autoridades regionales durante los treinta y dos años de presidencia de Mobutu»⁶³.

La CIJ se enmarca, con esta decisión, en una línea jurisprudencial bien afianzada y según la cual la obligación de debida diligencia que todo Estado tiene debe apreciarse siempre valorando «todas las circunstancias que lo (el supuesto o caso en cuestión) rodean». Los medios de los que un Estado pueda disponer, lo que vendrá determinado por su grado de desarrollo económico y de poder político y/o por otros factores que afecten directamente a su estructura orgánica (guerra civil, emergencia pública, crisis de violencia interna, dificultades orográficas...), son los parámetros decisivos que pueden desembocar en la atenuación o incluso la exclusión de su responsabilidad⁶⁴. De otro modo, la obligación de debida diligencia podría convertirse prácticamente en una obligación de *garantía* o, como mantuvo el tribunal arbitral encargado de resolver

⁶² *Ibidem*, párs. 300 y 162 (vide *supra* nota 57).

⁶³ Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), párs. 301, 303.

⁶⁴ Con referencias concretas a práctica y jurisprudencia, LOZANO CONTRERAS, J. F., *La noción de debida diligencia en la codificación y jurisprudencia internacionales*, tesis doctoral (aún inédita), Universidad de Alicante, 2005, pp. 243-246.

la disputa entre Méjico y una empresa extranjera (asunto Técnicas Medioambientales TECMOD S.A. c. Estados Unidos Mejicanos):

«(...) la garantía de protección y seguridad no es absoluta ni impone al Estado que la emite responsabilidad objetiva»⁶⁵.

18. La primera demanda reconventional de Uganda fue, pues, rechazada en su integridad⁶⁶.

III. Y, EN FIN, PARA QUE SIRVA DE PUNTO DE CONEXIÓN CON LA (PROYECTADA) NOTA SIGUIENTE, ES LA PRIMERA VEZ QUE LA CORTE CONSAGRA UNA TERMINOLOGÍA PRÓXIMA A LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL PROYECTO DE LA CDI SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO (2001)

19. Sabido es que los arts. 40 y 41 del Proyecto de la CDI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos consagran, en un contexto de desarrollo progresivo probablemente⁶⁷ del Derecho internacional, un régimen específico de responsabilidad para los casos de «violación grave por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general», determinándose a su vez que «la violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable»⁶⁸.

También es sabido que aunque en su texto la CDI no ha ejemplificado supuestos de *ius cogens*, sí lo ha hecho en los comentarios. La prohibición de la agresión es, sin duda, una de las normas imperativas del Derecho internacional contemporáneo⁶⁹. La misma Corte recordaremos que en este asunto que comentamos ha calificado al artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, que prohíbe en conjunto y con carácter general el uso de la fuerza armada, de «piedra angular» de la misma⁷⁰.

Pues bien, es la primera vez, a nuestro conocimiento, que la CIJ (y posiblemente la jurisprudencia internacional en su conjunto) califica un hecho ilícito concreto como

⁶⁵ Sentencia de 29 de mayo de 2003, pág. 177 (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>).

⁶⁶ Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit., pág. 345, punto 9 (por 14 votos c. 3).

⁶⁷ De todos modos, la propia Comisión parece distinguir entre dos supuestos: Para ella, las obligaciones (el «deber») que todos los Estados del mundo tienen, ante la violación grave de obligaciones derivadas de normas imperativas de Derecho internacional general, de *no reconocer* la situación creada por la misma y *no ayudar* a su autor a consolidarla están asentadas ya en la práctica y la jurisprudencia internacionales; por el contrario, la obligación de cooperar para poner fin a la violación grave de normas imperativas es desarrollo progresivo [vide GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad...* cit. (nota 23), pág. 61 (pp. 114-115)]. Obsérvese, en tal caso, que parece sobreentendido el que la distinción entre hechos ilícitos «normales» y violaciones graves de normas imperativas forma parte ya del Derecho internacional.

⁶⁸ Artículo 40.1-2 del Proyecto, *Informe CDI. Quincuagésimo séptimo período de sesiones (23 de abril a 1 de julio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General. Documentos oficiales. 56.º período de sesiones. Suplemento núm. 10 (56/10)*, Nueva York, Naciones Unidas, 2001, pp. 10-405.

⁶⁹ Vide GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad...* cit., párs. 32, 41, 44 (pp. 77, 86 y ss. y 92 y ss.).

⁷⁰ Vide *supra* pág. 9, letra A.

de «violación grave» de la norma que prohíbe el uso de la fuerza; en este asunto lo hace en dos pasajes muy claramente:

«Emanan de los elementos de prueba que las UPDF (*Uganda People's Defences Forces*) han atravesado vastas zonas de la RDC violando así la soberanía territorial del país. Han llevado a cabo operaciones militares en gran número de localidades, especialmente en (...). Se trata de violaciones graves del parágrafo 4 del artículo 2 de la Carta.»

Y un poco más adelante:

«La intervención ilícita de Uganda ha sido de una amplitud y duración tales que la Corte la considera como una violación grave de la prohibición del uso de la fuerza enunciada en (...)»⁷¹.

Los jueces Simma y Elaraby añaden algo que no nos resistimos, compartiendo su extrañeza, a citar: ¿Por qué la Corte no ha pronunciado la palabra mágica?: ¡Agresión!⁷². Para el juez Simma, si la invasión por Uganda de parte del Congo (una parte, afirma, equivalente al territorio de Alemania) fue calificada por la Corte como violación grave (párr. 165 de la sentencia), ¿por qué no llama «al pan pan y al vino vino»⁷³ y nos habla de agresión? Si, continúa el juez:

«hubo alguna vez una actividad militar ante la Corte merecedora de ser calificada de acto de agresión esta es sin duda la invasión ugandesa de la República Democrática del Congo. Comparadas en su alcance e impacto con ella, las acciones militares que la Corte debió analizar en casos anteriores, como los del Canal de Corfú, Nicaragua o las Plataformas petrolíferas, rozaron lo insignificante»⁷⁴.

El Consejo de Seguridad, en sus resoluciones sobre el conflicto del Congo nunca habló ciertamente de agresión, pero sus razones para ello, afirma el juez, eran puramente políticas; es la Corte Internacional de Justicia, precisamente, en cuanto órgano principal de Naciones Unidas la que debe hacerlo⁷⁵. ¡Bien dicho!

20. De esto se deduce que Uganda ha cometido la violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa del Derecho internacional general (art. 40.1 del Proyecto de la CDI) lo que genera la aplicación de un régimen específico de responsabilidad.

¿Se ha reflejado este hecho en las consecuencias jurídicas que para los mismos el Derecho establece? Agotado el espacio en éste, escribiremos sobre ello, Dios mediante, en un trabajo posterior.

⁷¹ Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), párs. 153, 165.

⁷² Opinión individual del juez Elaraby (párs. 7, 9 y 14) y del juez Simma (pár.2).

⁷³ Traducimos la expresión del magistrado (pár. 2 de su Opinión) en inglés: *Why not call a spade a spade?*

⁷⁴ Opinión del juez Simma, pár. 2.

⁷⁵ *Ibidem*, pár. 3.