

condiciones se definan con demasiada precisión. Sin embargo, el Sr. Ago recuerda que en general la doctrina requiere que la acción presente tres caracteres para constituir una legítima defensa: que sea necesaria, proporcional al fin que supuestamente se persigue y que se produzca inmediatamente.

24. El carácter necesario de la acción es evidente. Si puede emplearse otro medio distinto del uso de la fuerza armada, debe emplearse antes de recurrir a la fuerza armada, cuyo empleo sólo se excusa si constituye una *ultima ratio*. Por lo demás, si la legítima defensa se limita a la resistencia al ataque armado es muy poco probable que el Estado disponga en la realidad de otros medios distintos del uso de la fuerza armada.

25. En lo que se refiere a la «proporcionalidad», el Sr. Ago subraya el peligro que entraña la confusión entre las represalias y la legítima defensa. En caso de represalias es evidente que hay que asegurar una cierta proporcionalidad entre el daño sufrido y el daño que causarán las sanciones que se apliquen. En el caso de la legítima defensa hay que evitar el error de creer que debe existir una cierta proporcionalidad entre la acción del agresor y la del que le opone resistencia. Sólo puede apreciarse la proporcionalidad con relación al fin de la acción, que es el de rechazar una agresión e impedir su éxito. No se puede imponer al Estado víctima de una agresión unos límites que puedan restar eficacia a su respuesta. Por supuesto, será preciso introducir en la materia el concepto de acción razonable, pues no se podría justificar con la excusa de legítima defensa una verdadera agresión en respuesta a un ataque armado de proporciones limitadas.

26. En cuanto al carácter inmediato de la acción, el Sr. Ago hace observar que la reacción sólo puede ser inmediata si tiene por finalidad impedir que se desarrolle la agresión. Se trata, pues, de un carácter inherente a la materia misma de la legítima defensa y no de una de las condiciones de la existencia de ese concepto.

27. El concepto de legítima defensa aparece, pues, claro y preciso: su razón de ser es necesaria y exclusivamente la de rechazar una agresión e impedir su éxito. Sin embargo, corresponde a la Comisión fijar su posición con respecto al Artículo 51 de la Carta antes de fijar el texto del proyecto de artículo 34. En efecto, debe decir si mencionará esa disposición, si la parafraseará o si definirá el principio de legítima defensa, como en el caso de las demás circunstancias, sin tener en cuenta la definición de la Carta, pero cuidando de no contradecirla. En aras de la prudencia y recordando que la Comisión es un órgano de las Naciones Unidas, el Sr. Ago, por lo que a él se refiere, ha optado por la mención expresa del Artículo 51.

28. Subraya que ha empleado en francés la expresión «agression armée», que, sin embargo, no es idéntica al equivalente inglés «armed attack» ni al español «ataque armado»; la situación se complica por el hecho de que existe un instrumento reciente sobre la definición de la agresión, si bien los dos conceptos agresión y ataque armado no coinciden plenamente. La Comisión y su

Comité de Redacción deberán elegir la solución que les parezca más oportuna teniendo en cuenta todas las circunstancias.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

1620.ª SESIÓN

Jueves 26 de junio de 1980, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. C. W. PINTO

Miembros presentes: Sr. Barboza, Sr. Calle y Calle, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Jagota, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Reuter, Sr. Riphagen, Sr. Šahović, Sr. Schwebel, Sr. Tabibi, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Francis Vallat.

También presente: Sr. Ago.

Responsabilidad de los Estados (continuación)
(A/CN.4/318/Add.5 a 7, A/CN.4/328 y Add.1 a 4)

[Tema 2 del programa]

PROYECTO DE ARTÍCULOS
PRESENTADO POR EL SR. AGO (continuación)

ARTÍCULO 34 (Legítima defensa)¹ (continuación)

1. El Sr. RIPHAGEN estima que la Comisión tiene tres posibilidades para tratar el fenómeno de la legítima defensa. Puede enfocar la cuestión inspirándose un tanto en lo que se propone en el proyecto de artículo 34; decidir abstenerse completamente de tratar la cuestión, ya que la Comisión no puede o no debe añadir ni suprimir nada de las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas; por último, cabe que mencione expresamente el derecho internacional como lo ha hecho respecto del proyecto de artículo 30².

2. Hay una serie de variables que influyen sobre esa elección. En primer lugar, si la Comisión prevé, en cualquier fase de sus trabajos, introducir en el capítulo V de la primera parte del proyecto un artículo que se inspire en el artículo 42 de la Convención de Viena³, tendrá que abordar la legítima defensa en una u otra forma, incluso si sólo debe hacerlo mediante el rodeo de una «cláusula de salvaguardia», tal como la que figura en el artículo 75 de esa convención. Si la Comisión no se propone incluir un artículo semejante en su proyecto, le quedará abierta la opción de no ocuparse en absoluto de la legítima defensa.

¹ Véase el texto en la 1619.ª sesión, párr. 1.

² Véase 1613.ª sesión, nota 2.

³ Véase 1615.ª sesión, nota 3.

3. Por su parte, el Sr. Riphagen no es partidario de hacer en el capítulo V una enumeración exhaustiva de las circunstancias que excluyen la ilicitud, dado el peligro de olvidar algunas de esas circunstancias por inadvertencia, y porque la rigidez de una cláusula de salvaguardia sería particularmente poco realista en la esfera de las relaciones internacionales. Además, los proyectos de artículos 33⁴ y 34 no se refieren a la situación en que un estado de necesidad, en el sentido del proyecto de artículo 33, se deba por entero al Estado contra el cual se invoca esa situación. El Sr. Riphagen duda que, en semejante caso, la norma de la proporcionalidad expresada en la segunda frase del párrafo 1 del proyecto de artículo 33 sea plenamente válida.

4. Coincide por completo el orador con el Sr. Ago en que, en el caso de legítima defensa contra un ataque armado, no se plantea la cuestión de la proporcionalidad. La práctica de los Estados demuestra que, en muchos casos, las consecuencias sufridas por el Estado agresor exceden con frecuencia a las que ha querido infligir al Estado víctima. No obstante, el Sr. Riphagen no puede adherir a la declaración que figura en el párrafo 121 del informe (A/CN.4/318/Add.5 a 7), según la cual hasta los ordenamientos jurídicos internos castigan el exceso de legítima defensa. En el país del Sr. Riphagen se ha admitido un determinado grado de exceso en varias decisiones judiciales e incluso la Corte Internacional de Justicia parece haber aceptado algo parecido en el *Asunto del Canal de Corfú*⁵.

5. El proyecto de artículo 33 contiene algunos elementos que faltan en el proyecto de artículo 34. Por ejemplo, el apartado a del párrafo 3 del artículo 33 prevé una excepción de *jus cogens* a la excusa del estado de necesidad. Por otra parte, el artículo 34 da la impresión de consagrar el antiguo adagio *adversus hostem aeterna auctoritas*. Sin embargo, las normas de *jus cogens* relativas a la protección de los derechos humanos en los conflictos armados siguen siendo a todas luces válidas, incluso en las relaciones con un Estado agresor.

6. Otro elemento que figura en el artículo 33, pero que falta en el artículo 34, es la mención de los efectos de los instrumentos convencionales en la esfera de la legítima defensa. El proyecto de artículo 34 prevé lo que la Carta denomina «legítima defensa colectiva». A este respecto, el Sr. Riphagen no comparte totalmente el análisis del Sr. Ago. El derecho a la defensa colectiva es una verdadera ampliación del derecho de legítima defensa y se inspira en un justo escepticismo en cuanto a la capacidad del sistema de la Carta para proteger la integridad territorial y la independencia política de todos los Estados. Por otra parte, un instrumento convencional podría ampliar los *casus belli* más allá del ataque armado, entendido en el sentido de una invasión armada del territorio de otro Estado. En relación con ello, el Sr. Riphagen se refiere en particular al Pacto Renano citado en el párrafo 97 del informe del Sr. Ago.

7. Se ha omitido un punto en los dos proyectos de artículos 33 y 34. En su redacción actual, esos textos parecen permitir la interpretación según la cual el estado de necesidad o de legítima defensa excluye la ilicitud del acto *erga omnes*, lo que sin duda no puede ser la intención del autor. Incluso en caso de legítima defensa contra un Estado agresor debe respetarse en principio la neutralidad de un tercer Estado.

8. Si bien quizá se pueden tratar de resolver las diferentes cuestiones que el Sr. Ago ha mencionado al presentar el proyecto de artículo 34, semejante método entraña peligros evidentes, así como hay inconvenientes manifiestos en mencionar simplemente el Artículo 51 de la Carta en el proyecto de artículo 34. Sería preferible insertar en él una referencia general al derecho internacional. Aunque pueda parecer una solución temerosa, no hay que olvidar que incluso la Definición de la agresión⁶ contiene una cláusula de salvaguardia bastante vaga. Mientras las Naciones Unidas no estén en condiciones de proteger de modo eficaz la integridad territorial y la independencia política de todos los Estados, la Comisión está prácticamente obligada a aceptar el derecho esencial de legítima defensa tal como es y sin entrar en los pormenores.

9. El Sr. USHAKOV aprueba sin reservas el enfoque que ha elegido el Sr. Ago. No obstante, considera que se impone por todos los conceptos la presencia en el proyecto de una disposición sobre la legítima defensa.

10. Duda de que la Comisión deba aportar en su comentario la prueba de que existe en efecto un principio de derecho internacional generalmente admitido relativo a la legítima defensa. No considera que se deba probar la existencia de semejante principio mediante referencias a la historia, ya que la norma que se incluirá en el proyecto es la del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, norma que existe de modo indudable y que se impone por sí misma sin que haya que probar el fundamento. El problema se plantea en forma distinta cuando la Comisión trata de codificar una norma que surge de la práctica, de la jurisprudencia o de la doctrina, y se debe lógicamente probar su existencia antes de establecerla. En el caso de la legítima defensa, la norma existe en realidad clara y neta. Por tanto, el Sr. Ushakov estima que el comentario que la Comisión hará de su proyecto de artículo 34 deberá ser breve y se habrá de referir de modo expreso a la norma existente, es decir, al Artículo 51 de la Carta.

11. En su informe, el Sr. Ago trata de probar de nuevo que la norma de la Carta es idéntica a la del derecho internacional general. *Nolens, volens*, se llega, por consiguiente, a buscar las relaciones que existen entre la Carta y el derecho internacional general.

12. El Sr. Ushakov admite que algunos autores especialmente partidarios del derecho internacional consuetudinario se esfuerzan por probar que existe, junto a ese derecho, un derecho internacional convencional, escrito, que es diferente. No cree el orador que la Comisión pueda adoptar una posición de ese tipo y considerar que la Carta es distinta del derecho internacional

⁴ Véase el texto en la 1612.ª sesión, párr. 35.

⁵ C.I.J. Recueil 1949, pág. 4.

⁶ Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, anexo.

general, pues si no perteneciese al derecho internacional general contemporáneo, éste se limitaría al derecho internacional consuetudinario, cuando en realidad existen dos fuentes de derecho internacional general.

13. Ningún autor soviético ha sostenido nunca que la Carta y el sistema de las Naciones Unidas no formen parte del derecho internacional existente. Se puede afirmar incluso que la Comisión comparte esa opinión si se hace referencia, por ejemplo, al artículo 6 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados⁷ o al artículo 3 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados⁸, que mencionan los efectos de una sucesión de Estados «que se produzca de conformidad con el derecho internacional, y en particular con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas». Esas dos disposiciones, que provienen de la Comisión, indican claramente que, para ésta, los principios que figuran en la Carta pertenecen al derecho internacional contemporáneo. Por otra parte, sería peligroso razonar en otro sentido.

14. En realidad, el Sr. Ago reconoce ese hecho. En su informe no hace sino analizar la doctrina. Ningún Estado ha puesto jamás en duda que los principios de la Carta pertenezcan al derecho internacional contemporáneo, y aun cuando la doctrina no compartiese esa opinión, la Comisión no debería polemizar con los autores a ese respecto.

15. Por lo demás, el Sr. Ushakov no cree que la Comisión esté habilitada para interpretar el principio de la legítima defensa planteado en la Carta tratando de probar que pertenece al derecho internacional general. Estima incluso totalmente imposible que la Comisión pretenda interpretar el Artículo 51 de la Carta en un sentido o en otro. Es normal que el Sr. Ago haya tenido que considerar en su informe todos los aspectos de la cuestión, pero sería muy peligroso que la Comisión tratase de reemplazar a los Estados y a los órganos competentes de las Naciones Unidas, que son los únicos habilitados para interpretar la Carta. Por consiguiente, el comentario del proyecto de artículo 34 deberá ser lo más breve posible y se ha de referir al Artículo 51 de la Carta en calidad de regla general admitida, con todas sus posibles interpretaciones, por los Estados o los órganos competentes.

16. En cuanto a la naturaleza del principio de legítima defensa, el Sr. Ushakov no estima que se trate de una circunstancia que excluya la ilicitud de un hecho. En efecto, el principio de legítima defensa tiene a su juicio un alcance más amplio, y decir que la legítima defensa excluye la ilicitud es volver a considerarla como la única limitación de la prohibición prevista en la norma que excluye el empleo de la fuerza armada, como afirma el Sr. Ago en la segunda frase del párra-

fo 108 de su informe. Ahora bien, el Sr. Ushakov no comparte este criterio y recuerda que el Capítulo VII de la Carta permite a las Naciones Unidas emplear la fuerza en una serie de circunstancias distintas de la agresión. Considerar la legítima defensa como la única limitación a la prohibición de recurrir a la fuerza armada pasaría a ser, en cierto modo, como concebir el suicidio como un homicidio legal. Resultaría por lo menos extraño calificar la legítima defensa como agresión legítima.

17. El Sr. Ushakov no cree tampoco que haya que considerar la legítima defensa como una circunstancia que excluya la ilicitud de un hecho, pues el concepto debe comprenderse como tal y no con referencia al empleo de la fuerza, y puede definirse como el derecho inalienable de un Estado que es objeto de una agresión armada y, por tanto, como legítimo en sí. Según el Sr. Ushakov, la legítima defensa existe en cuanto acción totalmente legítima y no como circunstancia que excluye la ilicitud de un hecho. No se trata de comprobar un hecho que constituya una violación de una obligación internacional y de excluir luego la ilicitud como consecuencia de determinadas circunstancias, sino, por el contrario, de afirmar que la legítima defensa caracteriza una acción que en ningún momento ha sido tachada de ilicitud y que se presenta *ab initio* como el uso de un derecho. Por esa razón, el artículo 34 no debe figurar en el Capítulo V del proyecto, entre las circunstancias que excluyen la ilicitud, sino que debería ser objeto de un capítulo y de un artículo distintos dedicados a la legítima defensa.

18. En cuanto a la formulación del proyecto de disposición, el Sr. Ushakov cree que la Comisión no tiene que explicar el concepto de legítima defensa, sino que debería simplemente referirse al Artículo 51 de la Carta, recoger su terminología y redactar, por ejemplo, el texto en la forma siguiente:

«Ninguna disposición de los presentes artículos menoscabará el derecho natural de legítima defensa previsto en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.»

Sería especialmente peligroso proponerse redactar sobre este tema una disposición paralela a la que figura en la Carta para procurar definir la propia norma. Debería ser posible encontrar documentos, tratados u otros instrumentos que pudieran proporcionar un precedente utilizable.

19. El Sr. Ushakov pone de relieve nuevamente que el comentario de la Comisión sobre ese proyecto de artículo deberá ser muy breve y referirse a la Carta de las Naciones Unidas, sin tratar de interpretar el Artículo 51 ni de probar la existencia de una norma de alcance más amplio.

20. El Sr. REUTER ve en el concepto de legítima defensa la otra cara de otra noción jurídica: la agresión. Si se acepta esa propuesta, resulta que la Comisión aborda un problema desmesurado, sobre el cual no puede adoptar ninguna posición definitiva. En efecto, si se recurre al Artículo 51 de la Carta, como lo desea el Sr. Ushakov, hay que observar que esa disposición sólo

⁷ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados*, vol. III, *Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.79.V.10), pág. 195.

⁸ Véase *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 16 y ss., documento A/34/10, cap. II, secc. B.

prevé la agresión armada, lo que da a entender que quizá existen otras formas de agresión. Ahora bien, incluso en el sistema de las Naciones Unidas, no se han formado de modo claro opiniones sobre ese aspecto sumamente difícil de resolver, puesto que todos saben que el crimen, la agresión prohibida, va más allá de la agresión armada. Por ello, el Sr. Reuter coincide también con el Sr. Ago en reconocer que existen soluciones de temor. En efecto, la situación del mundo, tal como se presenta, puede suscitar mucha angustia, y el proyecto de artículo 34 es una especie de manto de Noé que cubre el gran problema del que pende la paz del mundo.

21. El Sr. Reuter está convencido de que no basta con referirse a la agresión armada. En apoyo de esa opinión cita el ejemplo de un Estado que envía sus embarcaciones de pesca a una zona considerada por otro Estado como una zona de pesca exclusiva, y esa medida provoca incidentes con los barcos de guerra del segundo Estado. El Sr. Reuter está personalmente dispuesto a admitir que se trata de un caso de legítima defensa para los dos Estados en presencia, aun cuando sea exagerado hablar de agresión o de crimen, si bien la situación provocará actos de violencia o de coacción. Asimismo, si un Estado lanza un satélite que transmite al territorio de otro Estado emisiones de radio o de televisión a fin de provocar disturbios internos, el segundo Estado puede tratar de destruir ese satélite invocando la legítima defensa contra una agresión de carácter cultural o político, y el Sr. Reuter no está seguro que en ese caso se podría hablar de una agresión armada. Del mismo modo, si un Estado emprende el bloqueo de un estrecho para perjudicar a otro Estado, se puede también tratar de calificar ese hecho de agresión armada, y el orador comprende que el Estado víctima sostenga que para él se trata de un caso de legítima defensa.

22. La legítima defensa supone un vínculo inmediato, directo, entre la medida adoptada y la medida a la cual se opone. Es un concepto autónomo, distinto del estado de necesidad y de la fuerza mayor. El Sr. Reuter estima que la Comisión debe limitarse en esta materia a una disposición bastante vaga, pues la comunidad internacional no ha alcanzado un grado de unidad suficiente para superar algunas etapas. Por consiguiente, la Comisión sólo puede referirse a la norma general existente.

23. En cuanto a determinar si hay que referirse a la Carta o a posibles principios más generales, el Sr. Reuter estima que habría gran interés en referirse a los principios de derecho internacional que han sido incorporados especialmente en la Carta. El empleo del adverbio «especialmente» implicaría que no figuran en la Carta todos los principios de la legítima defensa. El Sr. Reuter recuerda que en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados se planteó la cuestión de la aplicación retroactiva de los principios de la Carta a situaciones anteriores a ese instrumento y que el Consultor Técnico, Sir Humphrey Waldock, respondió que no correspondía a la Comisión resolver problemas de ese carácter. En igual forma, la Comisión debe admitir que los conceptos de legítima defensa y de agresión son anteriores a su proyecto de artículos.

24. El Sr. Reuter estima que en el proyecto se impone la presencia de un artículo sobre la legítima defensa. Sin embargo, considera que no debe tratarse de un artículo de fondo, sino de una disposición que promulgue una reserva general y mencione la legítima defensa en los términos más vagos posibles. No se opone a una referencia a la Carta, pero preferiría que en ese caso no se mencionase únicamente el Artículo 51, sino el conjunto de la Carta mediante una fórmula como la siguiente: «los principios generales de la legítima defensa tal como figuran especialmente en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas».

25. El Sr. Reuter prevé que la redacción del comentario del proyecto de artículo será difícil e invita a la Comisión a depositar nuevamente su confianza en el Sr. Ago para que lleve a cabo acertadamente esa tarea.

Se levanta la sesión a las 11.40 horas.

1621.ª SESIÓN

Viernes 27 de junio de 1980, a las 10.20 horas

Presidente: Sr. C. W. PINTO

Miembros presentes: Sr. Barboza, Sr. Calle y Calle, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Jagota, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Reuter, Sr. Riphagen, Sr. Šahović, Sr. Schwebel, Sr. Tabibi, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sir Francis Vallat.

También presente: Sr. Ago.

Responsabilidad de los Estados (continuación) **(A/CN.4/318/Add.5 a 7, A/CN.4/328 y Add.1 a 4)**

[Tema 2 del programa]

PROYECTO DE ARTÍCULOS
PRESENTADO POR EL SR. AGO (continuación)

ARTÍCULO 34 (Legítima defensa)¹ (continuación)

1. El Sr. SCHWEBEL está de acuerdo en lo esencial con la argumentación del informe (A/CN.4/318/Add.5 a 7, secc. 6), del que aprueba en particular las partes relativas a la proporcionalidad y a la legítima defensa colectiva. Cree también que hay cuestiones, como la relativa a la licitud de la legítima defensa preventiva, a las cuales la Comisión no debería intentar responder en el contexto del proyecto de artículo 34 y de su comentario.

2. Sin embargo, en algunos puntos las opiniones del Sr. Schwebel no coinciden totalmente con las expuestas

¹ Véase el texto en la 1619.ª sesión, párr. 1.