

LAS CONTRAMEDIDAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORANEO

Juan Anibal Barria *

**

Una de las críticas más corrientes y frecuentes que se formulan al Derecho Internacional es la imperfección -ineficacia manifiestan algunos- de su sistema de sanciones frente a la ocurrencia de hechos ilícitos. Si la sociedad internacional carece de órganos encargados de asegurar coercitivamente el efectivo y pleno cumplimiento de las obligaciones internacionales, tales quejas y reclamos resultan comprensibles y razonables.

La razón de fondo de esta deficiencia se hallaría en la actual estructura que presenta la sociedad internacional, conformada principalmente por Estados soberanos, jurídicamente iguales entre sí, descentralizada orgánica y funcionalmente y con un escaso desarrollo institucional. Estas características explican y justifican que todavía sea el propio Estado lesionado en sus derechos por el comportamiento ilícito de otro Estado, el que recurra legítimamente a acciones de autodefensa, de muy distinto carácter y alcance.

De esta forma, entonces, el ordenamiento jurídico internacional permite al Estado afectado ejercer múltiples y variadas acciones para hacer cumplir y respetar sus derechos, las que, conviene destacar, no tienen parangón ni similitud con las instituciones propias de los regímenes internos de responsabilidad. Así, por ejemplo, el retiro de los agentes diplomáticos o la ruptura de relaciones diplomáticas con el Estado infractor; la suspensión del cumplimiento de un tratado respecto del Estado que lo ha violado o dejado de cumplir; el no reconocimiento de una situación ilegal; el embargo de bienes del Estado ofensor, etcétera, son formas de reparación talional que el Derecho Internacional acepta como válidas y legítimas, y que son inadmisibles en los sistemas legales nacionales.

La jurisprudencia internacional que se deriva de sentencias o laudos evacuados en casos como «Naulilaa»; «Cysne»; «Acuerdo de los Servicios Aéreos entre Francia y Estados Unidos»; «Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán», «Ac-

* Abogado. Magister en Derecho con Mención en Derecho Internacional (Universidad de Chile). Profesor Visitante en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Funcionario del Servicio Exterior en Misión de Chile ante OEA.

** Las opiniones del autor son estrictamente personales y no representan a la Institución a la que pertenece.

tividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y en contra de ella», y los avances y desarrollos que ha experimentado el Derecho Internacional a partir de la Carta de las Naciones Unidas, en especial, en su capítulo dedicado a las facultades y deberes que tienen los Estados, han perfilado cada vez con mayor nitidez y rigor las condiciones y limitaciones a que quedarían sujetas las reacciones de un Estado cuando ha sufrido directamente un perjuicio proveniente de una infracción al derecho. Estos factores, junto a una abundante práctica estatal -esencialmente bilateral-, han generado un marco consuetudinario general en que han de desenvolverse las contramedidas. Esta reglamentación, sin embargo, es insuficiente para atender y resolver satisfactoriamente nuevos problemas que se plantean en el ámbito -por ejemplo- de los sujetos que tienen derecho a usar de las represalias, específicamente de los terceros Estados, en qué condiciones y con cuáles limitaciones.

En este sentido, valiosa es la tarea de codificación de las contramedidas que ha emprendido la Comisión de Derecho Internacional -en el contexto de la responsabilidad internacional del Estado-, toda vez que podrá arrojar soluciones a las interrogantes surgidas.

Las contramedidas constituyen un concepto de acuñación reciente en la literatura jurídica y en la jurisprudencia -fue precisamente en el laudo arbitral de los «Servicios Aéreos», que se lo utiliza por vez primera. La Comisión de Derecho Internacional, por su lado, lo incorporó en sus proyectos de trabajo. Los autores sí no están contestes acerca de su exacto sentido: algunos le atribuyen un contenido amplio y genérico, que comprende desde las réplicas tradicionales -retorción y represalias- hasta las modernas sanciones dispuestas por los organismos internacionales ante el acaecimiento de una infracción al orden jurídico; otros, en cambio, identifican las contramedidas con las represalias.

En todo caso, y cualquier sea el significado real de las contramedidas, existe consenso en que desde un punto de vista estrictamente técnico, este término refleja y grafica con mayor idoneidad la respuesta estatal que nace con posterioridad a la comisión de un hecho ilícito. A estos efectos, es pertinente consignar la definición del profesor italiano Arangio Ruiz para quien las contramedidas son «reacciones denominadas unilaterales u horizontales de uno o varios Estados contra un hecho internacionalmente ilícito, con exclusión de la legítima defensa y los actos de retorción».¹

La definición transcrita excluye explícitamente a la legítima defensa, lo cual resulta acertado, ya que se trata de una institución especial, sujeta, por tanto, a un estatuto jurídico particular. Otro tanto acontece con la retorsión que no es asimilable a las contramedidas, por tanto aquella supone esencialmente un comportamiento inamistoso, más no ilícito, por lo que se inscribe perfecta y legítimamente en los dominios del Derecho Internacional.

Arangio Ruiz, al referirse únicamente a las «reacciones horizontales», margina indirectamente a las sanciones que puedan imponer las organizaciones internacionales en razón de las facultades de que están investidas por sus tratados constitutivos, que se conocen también como «reacciones verticales».

1 ARANGIO RUIZ. Tercer Informe sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados, Documento A/CN.4/440, del 19 de julio de 1991, de la Comisión de Derecho Internacional, 43º Período de Sesiones, p.5.

Ahora bien, si las contramedidas presuponen un comportamiento ilícito inicial, sus funciones serán básicamente la cesación de él, y la reparación de los perjuicios causados. Las contramedidas tiene así un carácter instrumental, ya que constituyen un medio de presión encaminado a poner fin a la actuación ilícita y lograr una adecuada satisfacción por los perjuicios sufridos. Aún más, pueden llegar a ser una vía eficaz para promover la solución por uno de los mecanismos de arreglo pacífico de controversias.

De otra parte, cumple también un propósito disuasivo y ejemplarizador, en cuanto pueden inducir al Estado autor de la infracción a no cometer en el futuro otros hechos ilícitos.

Si bien algunos autores confieren a las contramedidas un sello punitivo, la opinión prevaeciente y mayoritaria en la doctrina es contraria a tal finalidad. En el presente estado del Derecho Internacional pareciera prematuro y riesgoso aceptar que las represalias puedan cumplir una función penal o represiva. En efecto, si es el propio Estado lesionado quien aprecia la gravedad del hecho ilícito, así como la cuantía de los perjuicios, y si a resultas de tal evaluación subjetiva -sin sujeción a ningún padrón objetivo y positivo - aplica las correspondientes represalias, pueden darse conductas abusivas, en especial y con mayor probabilidad de los Estados más fuertes en desmedro de los más débiles. Las contramedidas, como lo demuestra la experiencia histórica, expresan, en último término, las relaciones de poder imperante en la comunidad internacional. La ausencia, por otro lado, de una regulación convencional sobre la materia, podría generar un espiral de violencia, que, ciertamente, más que solucionar la controversia, la agravaría.

De las afirmaciones precedentes, se coligen claramente dos características o rasgos típicos de las contramedidas, a saber: excepcionalidad y temporalidad.

Se admite por regla general que un Estado que juzga que sus derechos subjetivos han sido conculcados por el acto ilícito de otro Estado, está facultado -bajo ciertas condiciones- para afectar, quebrantar o derogar el orden jurídico. Tal autorización elimina la ilegalidad de la medida de reacción, y por consiguiente, no engendra responsabilidad.

En este sentido hay pronunciamientos judiciales. La sentencia arbitral en el asunto franco-norteamericano de los Servicios Aéreos y el fallo de la Corte Internacional en el caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua, confirman explícitamente la potestad que asiste a un Estado de conformidad a las reglas del Derecho Internacional General, de asegurar sus derechos a través del ejercicio de las contramedidas.

Por otro lado, la acción adoptada a título de contramedidas no pueden prolongarse indefinidamente en el tiempo. Como medida de excepción que es, deberá suspenderse o concluirse una vez que el Estado infractor haya reparado el perjuicio que le es imputable y observa nuevamente la obligación que violó inicialmente o participa de buena fe en un procedimiento pacífico de controversias. En otros términos, cuando se hubiere reconstituido la simetría que existía entre esos Estados con anterioridad a la primera violación.

El Derecho Internacional común permite el ejercicio de contramedidas, en tanto éstas se encuadren dentro de ciertos márgenes de forma y de fondo. Acerca de las condiciones procesales, se advierten coincidencias entre los autores clásicos y modernos. En todo caso,

se han formulado últimamente aportes interesantes y novedosos que bosquejaremos más adelante.

Así, pues, el primer requisito exigido será naturalmente la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el cual puede ser de naturaleza instantánea o continua. En el incidente «Naulilaa», suscitado entre Portugal y Alemania, el tribunal arbitral especial expresó -en 1928- que «la primera condición -sinequa non- del derecho a ejercer represalias es la que haya un motivo proporcionado por un acto previo, contrario al derecho de gentes».

En una época más reciente, empero, algunos publicistas -Dominicé, Fenwick- han sostenido que se admitirían las contramedidas como respuesta a una supuesta violación del Derecho Internacional. No sería necesario, en consecuencia, una ofensa concreta, directa y flagrante al derecho del otro Estado: sólo bastaría que el Estado presuntamente lesionado crea de buena fe que se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito en su contra para que aplique las contramedidas. Esta tesis conlleva, como es obvio suponer, serios riesgos para el Estado presuntamente ofendido, en cuanto el mismo podría llegar a ser responsable internacionalmente si se concluye a posteriori que ninguno de sus derechos habían sido conculcados.

Cabe señalar que la sentencia recaída en el caso de los «Servicios Aéreos» entre Francia y Estados Unidos, reforzó tales planteamientos doctrinarios, ya que en varios pasajes de ella, se utilizan expresiones como «supuesta violación» o «supuesto incumplimiento».

El fallo fue criticado por el profesor W. Wengler, quien en el curso que dictará en La Haya en 1977, titulado «Derecho Internacional Público: Paradojas de un orden legal», afirmó que las represalias, aunque fundadas en un error excusable, son ilegítimas.

Se admite enseguida como condición de validez de las contramedidas que con anterioridad a su ejercicio, se formule un requerimiento al Estado infractor para que cese y repare los perjuicios que hubiese provocado con la violación de la pertinente obligación internacional. Tal solicitud no constituye - desde un punto de vista procesal- una demanda. El jurista polaco K. Skubiszewski dice sobre este punto lo siguiente: «Para que sea legal, el recurso de las represalias sólo puede llevarse a cabo después de presentarse una demanda de reparación y de haber fracasado ésta».²

La razón de esta advertencia previa es plenamente plausible y lógica, ya que brinda una oportunidad, una posibilidad al Estado ofensor para probar que su acción no fue ilícita, y -en el evento de haber incurrido efectivamente en alguna ilicitud- de rectificar su conducta, satisfaciendo los daños consiguientes.

Esta comunicación puede contribuir también a alcanzar un acuerdo acerca del procedimiento de solución de la diferencia.

2 SKUBISZEWSKI, K. EN: *Manual de Derecho Internacional Público*, Editor: Max Sorensen, México, 1978, p. 693.

En esta materia, requisito recurrente, permanentemente reiterado por la doctrina -de la clásica a la contemporánea- y la jurisprudencia, es el de la proporcionalidad entre la ofensa y la contramedida ejercida.

En efecto, autores del siglo pasado como Andrés Bello por ejemplo, se pronunciaron sobre el particular. Este jurista consulto en su libro «Principios de Derecho Internacional» escribió: el talión, (...) consiste en hacer sufrir a la potencia ofensora la misma especie de daño que ella ha inferido a la potencia agraviada...», añadiendo luego: «Cuando se trata de una deuda reconocida, o cuyo reconocimiento se demora con pretextos frívolos o se niega a virtud de una sentencia manifiestamente parcial o injusta; o cuando se trata de una injuria o daño, que puede valuarse en dinero, y resarcirse por el apresamiento de propiedades de igual valor, se acostumbra a hacer uso de represalias, apoderándose la nación agraviada de lo que pertenece a la reacción ofensora, y apropiándose hasta concurrencia de la deuda o de la estimación del daño recibido con los intereses correspondientes...»³

Por su parte, internacionalistas de nuestra era, como Kelsen, Oppenheim, Reuter, Brownlie, Schachter, por mencionar sólo algunos, se inscriben en esta misma posición.

En el plano judicial también hay pronunciamientos concordantes, pese al tiempo que media entre ellos. Así, ilustrativo es el dictum de la sentencia en el asunto «Naulilaa», que data de 1928, en que se expresó:»... aunque se admitiera que el derecho de gentes no exige que la represalia se mida aproximadamente por la ofensa, ciertamente, se deberían considerar excesivas y por tanto ilícitas las represalias totalmente desproporcionadas en relación con el acto que las motivó». Más adelante, el laudo dictado en 1978 en el diferendo sobre los «Servicios Aéreos», dirá: «se reconoce generalmente que las contramedidas deben, ante todo, guardar cierta equivalencia con la violación que se alega...».

Si bien la regla de la proporcionalidad es inherente a las contramedidas, preciso es admitir que todavía no existe consenso respecto de su exacta medida. El concepto no se ha definido en términos categóricos ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

Por ello, son comunes expresiones como las siguientes: «las represalias no deben ser totalmente desproporcionadas en relación con el acto»; o «no ha habido proporción admisible entre la supuesta ofensa y las represalias ejercidas»; o «las represalias deben tener cierto grado de equivalencia con la supuesta infracción... (y no ser) claramente desproporcionada».

En suma, en el lenguaje teórico y judicial abundan las referencias indirectas y negativas a la proporcionalidad. La carencia de una fórmula positiva y común, demuestra la complejidad que conlleva la definición de este término.

En la práctica, en todo caso, todos los aspectos -cuantitativo y cualitativo- del caso concreto servirán para calificar la proporcionalidad. A este fin, sin duda, serán factores relevantes y útiles: la naturaleza y gravedad de la obligación internacional infringida; la finalidad o propósito perseguido con la contramedida, y el daño causado por la infracción cometida.

3 BELLO, Andrés. *Principios de Derecho Internacional*. París, 1882, Cuarta Edición, pp. 143 y 144.

Finalmente, cabe preguntarse si es lícito que un Estado lesionado recurra a contramedidas antes de aplicar un procedimiento de solución pacífica.

Si bien esta interrogante no encuentra aún una respuesta doctrinaria definitiva ni uniforme, se advierte sí una tendencia cada vez más marcada en favor del agotamiento de cualesquiera de los mecanismos de solución amistosa de que dispone el Derecho Internacional General. Esta orientación que tiene su expresión más clara y concreta en la Resolución de 1934 del Instituto de Derecho Internacional, conforme a la cual «las represalias, incluso no armadas, están prohibidas cuando puede asegurarse efectivamente el respeto del derecho mediante procedimiento de solución pacífica», habría sido confirmada posteriormente en la Carta de las Naciones Unidas, al consagrar explícitamente dos principios, estrechamente vinculados entre sí, por lo demás: la prohibición de la amenaza y uso de la fuerza y la solución pacífica de las controversias.

Estos antecedentes constituirían el fundamento básico de una obligación consuetudinaria general, según la cual un Estado no podría adoptar una contramedida sin que previamente haya procurado remediar pacíficamente la infracción. Con arreglo a este razonamiento, en consecuencia, no interesaría saber si es que entre los Estados directamente implicados en el ilícito hay o no un tratado de solución de controversias u otro mecanismo convencional que dirima la disputa.

Acoger esta tesis, como es lógico desprender, importaría reconocer la total inutilidad de las contramedidas: aserto que la propia realidad internacional desmiente.

Por ello, es que un criterio más pragmático se estaría imponiendo: el de recurrir a las contramedidas siempre que resulte infructuoso someter la controversia a un medio de solución pacífica. Dicho de otra manera, si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no coopera de buena fe en la elección y aplicación del medio de arreglo o retarda injustificadamente la solución, serían válidas las contramedidas.

No obstante lo anterior, la práctica internacional reciente permitiría afirmar que las contramedidas son factibles incluso si la controversia está sometida a un procedimiento de arreglo judicial. Los casos de los «Servicios Aéreos» y de los «Rehenes diplomáticos en Teherán» así lo confirman.

Las contramedidas, según se ha expresado, constituyen una prerrogativa cuya aplicación queda entregada -en gran medida- a la discreción de los Estados. En el pensamiento jurídico clásico, las contramedidas eran admitidas bajo condición de cumplirse básicamente dos requisitos: necesidad y proporcionalidad. En el siglo pasado y primeros años del actual, la doctrina, la jurisprudencia y el propio Derecho Internacional común, tratan y profundizan las limitaciones procesales, más que los impedimentos fundados en el contenido de la obligación afectada por la reacción unilateral del Estado ofendido.

La noción de límites sustantivos de las contramedidas es una cuestión que se ha planteado modernamente. Los intentos -tímidos en sus primeras formulaciones positivas, y luego expresamente definidos en Tratados, v.g. Carta de las Naciones Unidas; en declaraciones de Organismos Internacionales, por ejemplo, la Resolución 2625 de la Asamblea General de la ONU y pronunciamientos judiciales como la sentencia de la Corte Internacional en el asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella- por

proscribir el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, determinó la ilegitimidad de las represalias armadas. Más tarde, el concepto de *ius cogens*, insinuado en el fallo de la «Barcelona Traction» y consagrado ulteriormente en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, puso más cortapisas y obstáculos al actuar subjetivo de los Estados. Hoy, entonces, existen contramedidas prohibidas.

La primera limitación sustantiva que surgió fue la condena de toda forma de represalias armadas. La prohibición al uso de la fuerza no sólo tiene un valor convencional derivado de lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 4 de la Carta de la ONU, sino que acusa ya el carácter de una norma internacional general. En este contexto, la fuerza debe entenderse como «fuerza armada», esto es, física o militar y no otro tipo de coacciones que aunque ilícitas y contrarias al Derecho Internacional -como por ejemplo, la controvertida «coerción económica» que, sin duda, afecta el principio de no intervención- no tiene su fundamento en el artículo 2 del tratado mencionado.

Sobre la base de la interpretación restrictiva de la disposición convencional antes aludida, es que debe aceptarse igualmente que existen únicamente dos excepciones a la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internacionales: la legítima defensa individual o colectiva y el uso de las medidas coactivas por los órganos competentes de las Naciones Unidas con el objeto de restablecer la paz y seguridad internacionales.

Con arreglo a los criterios enunciados no pueden reconocerse como válidos planteamientos de algunos renombrados juristas -como D. Bowett y R. Falk- quienes basándose fundamentalmente en razones de orden práctico y de realismo político, postulan la vigencia de represalias armadas «parciales» y «razonables».

La adopción de contramedidas conoce una segunda limitación: la inviolabilidad de los derechos esenciales de la persona humana. El Derecho Internacional que ha ampliado progresivamente la esfera de su reglamentación para proteger al individuo -tendencia contemporánea que se conoce como «la humanización del Derecho de Gentes»-, ha puesto una barrera, un margen ético y humanitario a los remedios unilaterales de los Estados frente a ilícitos.

Los comentaristas en su mayor parte se inclinan por pensar que ciertos derechos y garantías individuales básicos no pueden sobrepasarse bajo ninguna circunstancia ni excusa. Otros derechos, como los patrimoniales por ejemplo, podrían ser afectados. Esta posición se sustenta en que las principales Convenciones sobre Derechos Humanos distinguen entre derechos fundamentales y otros que no revisten tal naturaleza. Los primeros, entre los que se encuentran el derecho a la vida, a la integridad personal o a la libertad de pensamiento o religión, son inderogables; en tanto que otros derechos o libertades sí pueden ser suspendidos, y en tal sentido no serían fundamentales.

La práctica estatal ratifica esta postura, ya que se han dado casos de expropiación de bienes como de bloqueo de activos a modo de contramedidas. Una prueba patente de lo anterior, fueron las medidas adoptadas por el Gobierno de los Estados Unidos respecto de los bienes iraníes, en represalia al secuestro del personal de la Embajada norteamericana en Teherán.

Otra interdicción para las contramedidas son las obligaciones internacionales destina-

das a proteger a los agentes diplomáticos, y mas genéricamente a aquellas personas especial e internacionalmente protegidas. En este aspecto, hay continuidad en la doctrina: desde H. Grocio en su célebre obra «De la Guerra y la Paz», hasta P. Cahier en su conocido y completo libro «El Derecho Diplomático Contemporáneo», se sostiene que los enviados diplomáticos -sea en su persona, sea en sus bienes- no pueden ser objeto de represalias por la nación que los ha acogido.

El asunto de los rehenes en Teherán puso de manifiesto la importancia fundamental de las obligaciones del Derecho Diplomático, y consecuentemente la ilegitimidad de las contramedidas que las afectasen.

Cabe añadir, en todo caso, que no están suficientemente definidos qué privilegios podrían ser objeto de represalias. La tendencia predominante pareciera ser la defensa irrestricta de la inviolabilidad de la persona del agente diplomático y de los locales de la Misión.

Son inadmisibles también las contramedidas que violen una norma imperativa. Si bien el no uso de la fuerza y la observancia de la normativa sobre derechos humanos son ya normas imperativas; emergerán seguramente otras en el futuro, dado que es un concepto en evolución, que impondrán nuevas barreras a las contramedidas.

Una última restricción a las contramedidas nacería de las «obligaciones erga omnes». Estas, como lo puso de relieve la Corte de La Haya en el caso «Barcelona Traction», se caracterizan por la indivisibilidad jurídica de su contenido, esto es, son obligaciones que vinculan simultáneamente a cada uno de los Estados destinatarios -de la respectiva norma- respecto de todos los demás.

La particular y especial naturaleza de estas obligaciones ha llevado a que se plantee la interesante cuestión de si los terceros Estados -aquellos no directamente afectados por el hecho ilícito- pueden también tomar contramedidas en contra del Estado ofensor. En otros términos, la violación de una obligación erga omnes, ¿importa o no la extensión del concepto de «víctima de un ilícito internacional»?

La respuesta, ciertamente, no es fácil. Si admitiéramos el derecho de cualquier Estado a aplicar contramedidas respecto del Estado infractor de una obligación de la categoría en comento podría perfectamente llegarse a la anarquía internacional. Con el propósito de evitar una situación de caos y desorden, es que, quizás, un organismo en representación de la comunidad internacional en su conjunto podría centralizar la ejecución de sanciones y medidas ante un hecho ilícito.

Las contramedidas, en conclusión, aparecen todavía como un vasto y complejo campo que el Derecho Internacional deberá regular positivamente, mediante normas claras, precisas e inequívocas. En este sentido, el avance creciente y sostenido de fórmulas de consenso que se advierte en el mundo de hoy para abordar variados y sensibles problemas mundiales, alientan expectativas promisorias en la codificación y muy especialmente en el desarrollo progresivo de esta interesante y delicada materia.