

CONTRAMEDIDAS EN LA RECIENTE CODIFICACIÓN DE
LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS
Fronteras con la Legítima Defensa y el Estado de Necesidad

Julio Barboza*

INTRODUCCIÓN Y CONCEPTOS GENERALES.

Existe un factor que tiene una influencia decisiva en la interpretación amplia de las contramedidas en el derecho de gentes, y otro que tiende a contener y limitar esa interpretación. El primero es el carácter descentralizado de la comunidad internacional y de su orden jurídico, (el DIP) debido a lo cual las contramedidas son imprescindibles para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y tienen un campo mucho más grande que en el derecho interno, donde prácticamente no existen. Las contramedidas implican sanciones y procedimientos internacionales que en el orden interno están a cargo de autoridades judiciales o aun policiales. Son algunas de las reacciones descentralizadas de los Estados frente a los ilícitos de los que son víctimas. Al lado de las contramedidas que puedan establecer los regímenes convencionales, existen las que permite el derecho consuetudinario. Hay, en cambio, otro factor que impone gran prudencia en la aceptación de las contramedidas en derecho internacional, y es la característica esencial que ellas tienen de que sólo aprovechan a las potencias mayores en relación con las más pequeñas: no toma contramedidas quien quiere, sino quien puede y su utilización se ha prestado en el pasado a abusos incalificables de parte de los Estados más fuertes.

* Miembro Titular de la AADI. Presidente del Tribunal Administrativo de las NU. Antiguo presidente de la Comisión de Derecho Internacional.

Siguiendo la nomenclatura de la Comisión de Derecho Internacional, llamaremos al Estado que toma las contramedidas “Estado lesionado” (por el hecho ilícito antecedente de la contramedida) y al que es objeto de ellas “Estado responsable” (del hecho ilícito que motivó la reacción).

Hay dos tipos de reacciones frente a un hecho ilícito de un Estado: una centralizada a cargo de la comunidad internacional o de una comunidad particular –o autorizadas por éstas y llevadas a cabo en su nombre- y otra descentralizada y ejecutada por el Estado lesionado. Últimamente, se ha estado reservando el nombre de sanciones para las primeras, por tener carácter vertical (esto es, de la comunidad hacia el Estado individual) y de contramedidas a las segundas, por tener carácter horizontal (de Estado a Estado).

En cuanto a las sanciones, las adoptadas por una organización internacional pueden ser decretadas y ejecutadas por ella, o una vez decretadas ser delegadas para su ejecución por los Estados miembros, que en tales casos no deciden sino que ejecutan. La causa jurídica inmediata de las medidas está en el acto de la organización y en su estatuto fundacional, no en el acto ilícito precedente. El mencionado fundamento pertenece al derecho internacional particular (el estatuto de la organización), lo que no cambia la naturaleza de la sanción. En caso de sanciones, debe haber cuidado con el debido proceso.

En cuanto a las medidas descentralizadas, se pueden distinguir dos tipos de medidas, a saber, las tomadas por un Estado lesionado según la definición que de ellos da el Art. 42 de la Res. de la AGNU 56/83¹, o las que adopte un Estado distinto de los lesionados según los describe el Art. 48² de

(1) O sea, cuando la obligación violada existe con relación a ese Estado individualmente, o con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o con relación a la comunidad internacional en su conjunto. En estos dos últimos casos, debe cumplirse con un requisito más: que la violación de esa obligación afecte especialmente al Estado en cuestión o sea de tal índole que modifique radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta.

(2) O sea, un Estado que forme parte de un grupo de Estados cuyo interés colectivo sea protegido por la obligación violada o bien cuando la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto

la misma Resolución. La legalidad de estas últimas es dudosa y la Resolución prevé para ellos una cláusula de salvaguardia contenida en su Art. 54.

DEFINICIÓN Y CLASES

Un Estado puede optar por diferentes reacciones frente a un ilícito del que es víctima, a saber entre otras:

a) Represalias³. La Resolución del Institut de droit international, votada en su XXXIX sesión (1934) las define así: "Las represalias son medidas de coerción, derogatorias de las reglas ordinarias del derecho de gentes, tomadas por un Estado como consecuencia de actos ilícitos cometidos en su perjuicio por otro Estado y que tienen por objetivo imponerle, por medio de un perjuicio, el respeto del derecho"⁴. La definición contenida en el Comentario de la CDI dice que son: "...medidas que serían contrarias a obligaciones internacionales del Estado lesionado respecto al Estado responsable si no hubieran sido tomadas por aquel en respuesta a un acto internacionalmente ilícito de éste para procurar su cesación y reparación"⁵.

b) Otras reacciones a un hecho ilícito pueden ser⁶:

i) La retorsión. La retorsión es un acto inamistoso que no es incompatible con ninguna obligación internacional del Estado que la toma, incluso si se la adopta contra un acto ilícito precedente de otro Estado⁷.

ii) La retención por el acreedor de una cosa del deudor moroso que esté en su poder.

(3) Que pasaron a llamarse contramedidas principalmente a partir del asunto de los Servicios Aéreos, mientras que resultó preferible para alguna doctrina reservar la denominación de represalias para las que involucraran el uso de la fuerza.

(4) "Les représailles sont des mesures de contrainte, dérogoires aux règles ordinaires du droit des gens, prises par un Etat à la suite d'actes illicites commis à son prejudice par un autre Etat et ayant pour but d'imposer à celui-ci, au moyen d'un dommage, le respect du droit". Como veremos, las represalias pasaron posteriormente a ser denominadas contramedidas.

(5) CRAWFORD J. The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Cambridge University Press, Cambridge 2002. p. 281.

(6) IDI, Res. XXXIX cit., Art.2.

(7) CRAWFORD, J. Op. cit. p. 281.

iii) La denuncia de un acuerdo violado.

iv) El incumplimiento de una obligación convencional debido a su inejecución culpable por la otra parte.

v) La legítima defensa. Tanto la legítima defensa como las contramedidas son formas descentralizadas de reacción a un ilícito, pero la doctrina clásica las distingue, tal como lo hace la CDI al incluirlas en artículos distintos en el capítulo de las circunstancias que excluyen la ilicitud de los hechos de los Estados. La legítima defensa es una medida de reacción contra un ilícito determinado (agresión, ataque armado) e implica el uso de la fuerza. Las contramedidas, en cambio, reaccionan contra cualquier ilícito y no necesariamente requieren utilizar la fuerza armada. En doctrina, la legítima defensa ocurre durante un ataque armado (técnicamente, no frente a usos menores de la fuerza) y para frustrarlo, de modo que supone que el mencionado antecedente es un hecho continuado (el dicho ataque armado) contra el cual reaccionan y para el que buscan la cesación y la reparación, que básicamente significa en este caso la vuelta al statu quo ante (devolución del territorio ocupado, por ejemplo). Las contramedidas, por el contrario, pueden referirse también a un hecho consumado y enteramente en el pasado, en cuyo caso no corresponde ni es posible reclamar su cesación. Permanece en este caso la posibilidad de la reparación en especie o por equivalente y eventualmente de las seguridades y garantías de no repetición. Veremos más abajo las dificultades con que tropieza la doctrina clásica respecto a las represalias armadas, que a diferencia de la legítima defensa, están prohibidas terminantemente. Por de pronto, están tratadas separadamente en los Arts. 21 y 22 de la Resolución y la legítima defensa implica siempre el uso de la fuerza tanto en sí misma como en el hecho antecedente (ataque armado) mientras que las contramedidas pueden no ser armadas y tener como antecedente un hecho que no implique el uso de la fuerza.

NATURALEZA JURÍDICA

¿Pertenece a las contramedidas al reino de la responsabilidad? Existe una previa posición crítica, según la cual las contramedidas consisten en una conducta contraria al derecho internacional y por ende no debieran ser codificadas, ni en relación con la responsabilidad ni en ninguna otra relación, porque eso significaría darles carta de ciudadanía y legitimarlas, cosa que en el sentir de algunos Estados y de miembros de la CDI no es aconsejable.

En la Sexta Comisión, varios Estados se manifestaron en contra de incluirlas en el proyecto (Cuba, India, México así lo hicieron, mientras Grecia era partidaria de prohibirlas⁸), debido a la históricamente mala reputación de las represalias, ya que son un arma que pueden mejor utilizar, y que en verdad han utilizado abundantemente, los Estados fuertes más bien que los débiles: no toman represalias quienes quieren sino quienes pueden. Otros Estados miembros, por el contrario, (los Estados Unidos, el Reino Unido, y Japón lo hicieron en sus comentarios por escrito) se opusieron a la reglamentación que esbozaba la CDI por considerar que introducía limitaciones arbitrarias e injustificadas al derecho consuetudinario de las represalias⁹. Preferían circunscribir su tratamiento a la manera general en que lo hace la entonces Parte I, Capítulo V, esto es, entre las circunstancias que excluyen la ilicitud¹⁰. Sin embargo, la posición que prevaleció, tanto en la CDI como en la Sexta Comisión, fue la de codificarlas dentro del tema de la responsabilidad por hecho ilícito de los Estados. ¿Cómo se podría, por lo demás, en una comunidad descentralizada de Estados soberanos prescindir de estos medios, prácticamente los únicos de hacer cumplir el derecho internacional? ¿Cómo ir contra la costumbre, plenamente establecida, de autorizarlas en ciertas condiciones? Desde que el punto más objetable de las represalias es el relativo a los abusos a que pueden prestarse por parte de los Estados más fuertes, la solución parecía más bien la de reglamentar las contramedidas con textos cuidadosos que evitaran, en lo posible, tales abusos.

Una segunda objeción a codificar las contramedidas conjuntamente con el derecho de fondo de la responsabilidad tendría que ver con su naturaleza eminentemente “procesal” puesto que se refieren a procedimientos autorizados por el derecho para forzar el cumplimiento de una obligación¹¹. Si bien se mira, ellas no agregan nada a las obligaciones y derechos de fondo entre los Estados en cuestión y mantenerlas dentro del capítulo de la res-

(8) Id, p. 48 note 167.

(9) Id. Nota 168.

(10) Id. Nota 170.

(11) El Informe de la CDI en Anuario de la Comisión de derecho internacional, 1989. Vol. II Segunda parte habla de “consecuencias adjetivas, de forma o procesales” de la violación de una obligación internacional (p. 80).

ponsabilidad sería algo parecido a legislar en el orden interno el código penal conjuntamente con el procesal penal, o el código civil y el de procedimientos como si fueran materias homogéneas. Las contramedidas parecen tener por destinatarios a los Estados por partes iguales en su doble carácter: el de sujetos del derecho que persiguen su propio interés, pero también el del inevitable papel de agentes del derecho internacional, según la concepción kelseniana. En el derecho interno, las normas que rigen las contramedidas estarían mejor destinadas a los jueces que aplican el derecho más bien que a los individuos, como las que establecen la necesidad de notificar al Estado responsable, de ofrecer negociaciones o de adoptar contramedidas urgentes que no son sino medidas precautorias o provisionales que toman los tribunales, aún internacionales, para preservar un derecho de fondo¹². En el proyecto de la CDI transformado en Res. AGNU 56/83, el capítulo correspondiente revista en la Tercera Parte, titulada "Modos de hacer efectiva la responsabilidad del Estado".

Christian Dominicé hace notar, respecto al carácter de la responsabilidad internacional, que ella juega en el derecho de gentes un papel mucho más amplio que en el derecho interno. Por de pronto, señala un significado diferente de la conducta contraria a una obligación: en derecho internacional es hecho ilícito cuando incumpla, no sólo con el derecho general, sino también con el particular: la violación de una cláusula contractual es en el derecho de gentes calificada como un acto ilícito. En cambio, en el derecho interno, sólo es ilícito el incumplimiento de la ley. Por lo demás, en el derecho interno la conducta antijurídica desencadena una gran variedad de consecuencias y mecanismos jurídicos, alternativamente o en forma sucesiva, en los que la institución de la responsabilidad desempeña un papel importan-

(12) De hecho, así las llamaba la versión de la primera lectura, que no consideraba que las medidas precautorias -como el congelamiento de fondos del Estado responsable depositados en bancos- fueran en realidad contramedidas. Eso se cambió en la segunda lectura del proyecto, que quedó en la forma establecida en el Art. 52.2. "No obstante lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1, el Estado lesionado podrá tomar las contramedidas que sean necesarias para preservar sus derechos". En otras palabras, era muy difícil si no imposible distinguir entre una medida cautelar del tipo arriba mencionada y una contramedida, desde que compartían la misma esencia.

te pero circunscrito y tiene una función particular que se combina con otras instituciones¹³. Por ejemplo, internamente, se otorga a la parte lesionada varios medios jurídicos para obtener, en primer término, la ejecución de la prestación adeudada, como pueden ser el secuestro de la cosa de entre las manos del deudor recalcitrante, o su realización por un tercero a costas del deudor moroso, u otras maneras de coerción destinadas al cumplimiento de la obligación. La responsabilidad juega aquí un papel secundario, o complementario, en caso de que hubiera surgido algún daño en el ínterin. En el derecho de gentes, el único mecanismo aplicable es el de la restitutio naturalis como parte de la responsabilidad¹⁴.

Todo lo cual parece decirnos que las contramedidas no son las únicas que no responden al concepto restricto de la responsabilidad que prima en el derecho interno y que por ende su carta de ciudadanía en este capítulo del derecho de gentes está de acuerdo con los papeles que en este plano juega la institución de la responsabilidad.

En suma, entonces, que las contramedidas son una consecuencia posible que un Estado está expuesto a sufrir cuando viola alguna de sus obligaciones internacionales. Consisten en “el incumplimiento temporario de obligaciones internacionales que el Estado que toma tales medidas tiene con el Estado responsable”. Esto es, son ciertas consecuencias, consistentes en el incumplimiento por parte del Estado lesionado de una o de varias obligaciones hacia aquel, legalmente justificadas por el incumplimiento de una obligación internacional por parte del Estado responsable. Es importante señalar que la obligación que resulte incumplida como objeto de la contramedida no necesita corresponder a la obligación violada que le sirve de antecedente ni tampoco estar directamente conectada con ella. Lo mismo sucede si tanto el antecedente como el consecuente comprenden varias obligaciones¹⁵.

(13) “Observations sur les droits de l’Etat victime d’un fait internationalement illicite ” Droit international 2, Institut des hautes études internationales de Paris. Cours et Travaux. 1981/82. p. 4 y ss.

(14) *Id.* p. 4 y ss.

(15) Ver CRAWFORD, *op. cit.*, p. 282.

Su finalidad esencial es ejercer cierta coacción sobre el Estado responsable¹⁶ para hacerlo cesar en su conducta ilícita (si el hecho en cuestión es continuado, o consiste en una serie de hechos) y para que efectúe la correspondiente reparación (incluyendo eventualmente las seguridades y garantías de no repetición) se trate tanto de un hecho continuado o de un hecho puntual. La finalidad punitiva ha sido completamente desterrada del campo de las contramedidas: la Comisión no aceptó en segunda lectura el criterio del Relator especial Roberto Ago, que había admitido en su primera lectura, en sentido de que la represalia tenía ambas finalidades, la punitiva y la instrumental. Es fundamental la caracterización del Art. 49.1 de la Res. AGNU 56/83 que, las permite solamente contra el Estado "responsable del hecho internacionalmente ilícito" y "con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte." (Art. 49.1). Su finalidad esencial, entonces, es inducir al Estado a cumplir con sus obligaciones de la parte segunda y tienen carácter eminentemente provisional, como se verá en el punto siguiente.

En doctrina, al menos hasta el momento de la adopción por la Asamblea General de la Resolución 56/83, hay sin embargo discrepancias sobre el carácter punitivo o instrumental de las represalias, de tal manera que resultaría inexacto decir que tienen uno u otro sin tener en cuenta el contexto que las rodea, el objetivo que persigue el Estado que las toma y los medios utilizados para concretarla. Dominicé concluye que ciertas medidas de represalia tienen un valor represivo. Todas las represalias que se ejercen con medios militares lo tendrían, en su opinión, como los bombardeos y las expediciones punitivas, o bien cuando un Estado expulsa de su territorio a los súbditos de otro Estado. Todas las medidas que tienen un carácter definitivo y apuntan a infligir un daño tendrían una naturaleza represiva innegable. A esa naturaleza represiva le estaría asociada estrechamente una finalidad también de prevención. En cambio, el apoderamiento por un Estado de los bienes de otro para obtener una reparación pecuniaria que le es debida, se

(16) Algunos autores las llaman "medios de coerción" o "medios de presión". OPPENHEIM, L.F.L., *International Law*, Longman's 7th ed. 1952., Tomo II, pp. 132-135. P. REUTER, *Droit International Public*, p. 462 y ss., París, PUF, 1983., 6a ed.

parece mucho a una ejecución forzada¹⁷. Llega a la conclusión de que, si bien en un principio la idea del castigo dominaba el campo de las represalias, hoy en día esa finalidad parece secundaria aunque no enteramente ausente. Hay un párrafo que debe hacernos reflexionar sobre la existencia o no de una finalidad represiva en las represalias y que se refiere al hecho de que la ausencia de distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad civil que caracteriza al derecho de gentes "tiene precisamente por efecto que la sanción de la responsabilidad presente un carácter mixto. Hay ciertos elementos compensatorios, pero también los hay aflictivos. Pretender que la responsabilidad internacional no tiene sino consecuencias compensatorias es permanecer bajo la influencia de las categorías del derecho interno y de las distinciones que se establecen entre ellas"¹⁸.

Otra característica de las contramedidas es su calidad de facultades, en la nomenclatura de Ago, y no de derechos subjetivos. Vale decir, a diferencia de las consecuencias que podríamos llamar sustantivas de la responsabilidad, esto es, básicamente la reparación del incumplimiento, que responden a la cupla derecho subjetivo – obligación, en el campo de las contramedidas a la facultad del Estado lesionado de imponerlas no correspondería ninguna obligación por parte del Estado responsable. También conviene destacar que las contramedidas son temporarias, esto es, no deben subsistir con posterioridad al cumplimiento de las obligaciones de la parte segunda de los artículos incluidos en la Resolución 56/83, y que debido precisamente a ese rasgo de provisionalidad, ellas deben ser en lo posible reversibles y no transformarse en un hecho de imposible retractación, como lo establece el Art. 49.2 de la mencionada Resolución de la AGNU. Es notable que el Art. 49 se refiera exclusivamente a las obligaciones de la segunda parte, esto es, a las nuevas obligaciones que surgen de la violación de la obligación primaria y no a estas últimas, que el Art. 29¹⁹ resucita y hace vivir más allá de su existencia terrenal. Acaso se trate de un acto freudiano fallido, como se verá en capítulo aparte.

(17) Id., pp. 54-55.

(18) Id. p. 57.

(19) A nuestro entender, una desgraciada disposición.

Las sanciones adoptadas por organizaciones internacionales, así como aún las contramedidas descentralizadas, tienen en cuanto contribuyen al cumplimiento del derecho, una cierta finalidad y consiguientemente un cierto carácter de "orden público". Las primeras lo asumen naturalmente, puesto que representan un interés comunitario; las segundas lo agregan al interés meramente individual del Estado lesionado de obtener una reparación por el incumplimiento de que fueron víctimas.

REPRESALIAS ARMADAS, LEGÍTIMA DEFENSA, ESTADO DE NECESIDAD

Las represalias armadas. Entendemos que las represalias armadas bien pueden ser objeto de un acápite aparte, por su estrecha relación con la legítima defensa. El estado de necesidad se relaciona, en nuestra opinión, con la legítima defensa y también con las contramedidas, ya sean éstas armadas o no. El estrecho parentesco que une a las tres situaciones hace que a veces sea muy difícil distinguirlas.

En general, no hemos encontrado en la doctrina un análisis suficientemente sistemático de la relación que une a esas tres actitudes con la existencia o inexistencia de un hecho antecedente y con el hecho antecedente mismo cuando éste existe. Se dice que la legítima defensa es la reacción contra un ataque armado –o sea, contra un determinado incumplimiento de la obligación de no utilizar la fuerza en las relaciones internacionales- y que las contramedidas lo son contra cualquier incumplimiento de una obligación internacional. Sin embargo, en las represalias armadas el hecho antecedente cobra particular importancia, porque se utiliza precisamente para distinguirlas de la legítima defensa: en ambas instituciones el hecho antecedente consiste en el uso de la fuerza, sólo que la doctrina insiste en que ese uso es diferente en uno y otro caso.

Por lo demás, la doctrina también diferencia el estado de necesidad de la legítima defensa y de las contramedidas sobre la base de que en el primer caso no hay un hecho ilícito antecedente. Efectivamente, el estado de necesidad excluye la ilicitud de actos que lesionan un bien jurídicamente protegido de otro Estado que puede ser enteramente inocente por no haber come-

tido ningún ilícito, a diferencia de la legítima defensa, en que el Estado responsable cometió una agresión armada.

Entrando ahora en la consideración de las represalias armadas, es obvio que su prohibición por el derecho consuetudinario no ofrece duda alguna cuando el hecho antecedente no es uno que implique el uso de la fuerza armada. No es aceptable en ningún caso la utilización de la fuerza contra un Estado que no la utilizó en primer término para cometer su ilícito.

Tocante la naturaleza del hecho antecedente de una represalia armada, si éste ha involucrado el uso de la fuerza, no debió ser un hecho de carácter continuado. De haberlo sido y haber alcanzado cierta magnitud, hubiera configurado casi necesariamente un ataque armado y la reacción hubiera podido calificarse de legítima defensa. Lo mismo podría decirse de un hecho compuesto²⁰. Resulta difícil imaginar un hecho de fuerza continuado que no llegara a constituir un ataque armado, a menos que se hubiera limitado a ser una serie de escaramuzas fronterizas²¹.

En el orden del uso de la fuerza, entonces, para ser represalia y no algo distinto, debe ella referirse a un hecho antecedente de carácter puntual, aunque sus efectos perduren (Art. 14.1, Res. 56/83), tal como podría ser una incursión aérea no repetida, una incursión fronteriza aislada o en suma un uso de la fuerza circunscrito. Para emplear una expresión grata a Dominicé, debe ser un episodio que se ubique completamente en el pasado y que no cree una persistente situación de ilegalidad. Estos usos puntuales y menores de la fuerza, que no configurarían un ataque armado por falta de magnitud,

(20) El primero no es definido en la Res. AGNU 56/83; el segundo se describe así en el Art. 15.1: "La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito".

(21) Que, de todos modos, si se hacen realmente endémicas podrían llegar a configurar un ataque armado y justificar acciones de legítima defensa, por ejemplo, en el territorio del Estado que las promueve, extremo al que no se podría llegar si las acciones fronterizas no llegaran a configurar aquella figura del ataque armado, al menos según la doctrina de la CIJ en el caso de Nicaragua c/ Estados Unidos.

no darían por ende lugar a la legítima defensa ni autorizarían acciones dentro del territorio del Estado responsable.

Uso de la fuerza de magnitud menor y de carácter puntual, tanto del hecho antecedente como del consecuente, son entonces dos características aparentemente inescapables de la represalia armada. Pero habíamos visto que las represalias armadas son, también en este caso prohibidas tanto como lo son cuando el hecho antecedente no envuelve el uso de la fuerza. ¿Cuál es el alcance de esta prohibición?

Si un Estado es objeto de un hecho de fuerza por parte de otro Estado, obviamente no es lo mismo que si fuera objeto de un simple incumplimiento. El uso de la fuerza es una cuestión de orden público, quienquiera sea el que la utilice. El alcance de la prohibición de las represalias armadas, cuando el hecho antecedente implica la utilización de la fuerza armada, no puede por ende ser absoluto. El alcance de la prohibición tiene que ver con que un asunto de esa naturaleza es materia de la competencia del Consejo de Seguridad. Esto es así porque el uso de la fuerza pone automáticamente en peligro la paz y la seguridad internacionales y por ende el llamado a entender en ese asunto es el Consejo de Seguridad²².

Pero ¿afecta la prohibición mencionada antes los derechos de fondo del Estado lesionado? ¿Qué sucedería si el Consejo de Seguridad, a través del veto más o menos caprichoso de un miembro permanente aliado o amigo del Estado responsable, se paraliza? ¿Quiere ello decir que un Estado que ha recibido un tratamiento semejante de parte de otro Estado está impedido de utilizar la fuerza como represalia para forzar alguna indemnización, o garantía de no repetición? Eso parece algo más digno de una comunidad de santos regida estrictamente por la norma evangélica de ofrecer la otra mejilla, que de la comunidad internacional con su orden jurídico descentralizado.

(22) Obviamente, también lo es en el caso de la legítima defensa, sólo que, como el ataque armado que da pie a esa defensa es un hecho continuado que debe ser frustrado de todos modos, el Estado agredido no está en la obligación de esperar "hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales" como dice el Art. 51 de la Carta, y en ese ínterin puede asumir su propia defensa mediante el uso de la fuerza.

La prohibición arriba mencionada parece tener, por de pronto, un carácter meramente procesal o de competencias, mientras el Consejo de Seguridad no esté paralizado. Consiguientemente, no podría descartarse según el derecho consuetudinario que el Estado lesionado conserve sus derechos de fondo -utilización de una represalia armada- en caso de que aquel Consejo la decline. Otra cosa sería una decisión mayoritaria y fundada contra el Estado aparentemente lesionado.

Pero no terminan allí las dificultades cuando se trata de separar tajantemente las represalias armadas de la legítima defensa. Por de pronto, aquello en que consiste el "ataque armado" que, como hecho antecedente, podría contribuir a diferenciar la legítima defensa de una represalia armada, no es definido en la Carta. En la Resolución 3314 (XXIV) de la Asamblea General se define la "agresión", pero hay por lo menos un caso, el del inciso e) del Art. 3 que se considera agresión pero que, definitivamente, no parece configurar un ataque. No es seguro, entonces, que ambos términos tengan idéntico significado.

Si bien se mira, los conceptos de legítima defensa y represalia armada están íntimamente ligados y sólo separados entre sí en relación con el hecho antecedente por la magnitud que éste ha asumido, y por el momento en que ambas tienen lugar: la primera podría considerarse una medida aplicada durante un tal ataque, la segunda una medida aplicada después de producido el episodio de fuerza. Tampoco es eso tan tajante: por ejemplo, un Estado se apodera por la fuerza de una región de otro Estado y la ocupa. Un contraataque posterior no deja de ser legítima defensa por el hecho de que entre ataque y contraataque haya transcurrido un período como para hacerlo parecer una represalia. Se dice que la legítima defensa tiene por finalidad esencial la de frustrar un ataque actual, pero parece sin embargo tener también un ingrediente de disuasión respecto a futuros ataques, lo que sería un elemento propio de las represalias. Parece abonar esta conclusión el hecho de que la legítima defensa pueda completarse con la prosecución de la lucha, no sólo hasta expulsar al invasor fuera del territorio invadido, sino hasta donde pareciera necesario como para que el ataque original no pudiera ser reanudado en un futuro más o menos inmediato. La temporal ocupación de territorio enemigo, así como otras medidas conducentes al mismo

fin, podrían caer bajo el palio de la legítima defensa dentro de una unidad de significación que en parte abarca la frustración del ataque en cuestión y en parte la prevención de un ataque futuro.

Por el contrario, nadie puede negar tampoco a las represalias armadas su ingrediente de legítima defensa, pues aparte de la finalidad punitiva que pudiera existir –que ya vimos que la Resolución 53/86 no acepta– la represalia tiende indudablemente a atacar las fuentes mismas del ataque anterior, para contribuir a su no repetición en el futuro. En la medida en que veamos las acciones de fuerza distribuidas en el tiempo como un continuum y no como episodios desconectados entre sí, las represalias armadas constituyen una forma de legítima defensa también en continuum y tienden a frustrar y contrarrestar un ataque armado distribuido también él en el tiempo. Tienen, entonces, estas dos situaciones demasiados elementos en común como para que pueda negarse su íntimo parentesco.

LA ACUMULACIÓN DE EVENTOS

Quien ha visto con claridad esta influencia del hecho antecedente en la caracterización de legítima defensa y represalias armadas ha sido el profesor Dereck Bowett, quien expuso su concepción de la acumulación de actos como constituyente de un ataque armado que da lugar a la legítima defensa. Sostiene Bowett que “If a State has been subject to repeated armed attacks in the past and these are likely to continue sporadically in the future, this may amount or ‘accumulate’ to an attack against the State so as to trigger self-defence”²³. Si los episodios armados provenientes de una misma fuente se repiten, las acciones armadas en respuesta configuran en opinión de Bowett legítima defensa, puesto que tienen como objetivo frustrar nuevos ataques. Pensamos que esta idea es correcta, ya que la conducta humana básicamente expresa significaciones y se presenta en

(23) AJIL, 66 1, Jan.1972, p. 33 y ss. Aquí la expresión “armed attacks” no puede ser interpretada en el sentido en que se emplea en el Art. 51 de la Carta, sino como actos de fuerza armada que, cada uno en sí mismo no equivale a un “ataque armado” en sentido técnico, pero que todos juntos sí equivaldrían.

forma de unidades de sentido. Para interpretar las conductas humanas en relación con las normas jurídicas que las rigen no conviene seccionarlas en sectores que carecen de sentido considerados aisladamente. Una cosa es una guerra de agresión, como la que se invocó en Nuremberg, y que subsume todos los otros episodios, otra cosa es una lucha fraccionada en ataques de tipo terrorista o guerrillero patrocinados por un Estado, que no se agota en un solo episodio y que preanuncia muchos otros. También es distinto cuando se trata de usos de la fuerza aislados que no llegan a ser un ataque armado de los que justifican la legítima defensa según el Art. 51.

EL ESTADO DE NECESIDAD

Pero además de lo dicho, las dos situaciones recién comentadas tienen entre sí y con el estado de necesidad, un ingrediente común que hace su parentesco más íntimo y estrecho y es su identificación con una cierta situación de necesidad que liga a ambas con la figura del estado de necesidad del Art. 25 (AGNU 56/83), independientemente de la utilización de la fuerza. Hace tiempo²⁴ avanzamos la opinión de que ciertas causales de exención de ilicitud del proyecto de responsabilidad de los Estados como la de legítima defensa (Art.21), el estado de necesidad del artículo 25²⁵ y el estado de necesidad del artículo 22, eran miembros de una familia que llamamos de la necesidad. Si se quiere, que las tres situaciones eran especies de un genérico estado de necesidad.

En realidad, en los tres casos existe un conflicto entre dos bienes jurídicamente protegidos, de los cuales uno necesariamente debe sacrificado en beneficio del otro. Se crea así la necesidad, un peculiar estado de cosas que el derecho debe contemplar y solucionar, puesto que de alguna forma pierde en ese terreno su mecanismo más eficaz, que es la sanción e intenta evitar

(24) "Necessity (revisited) in International Law" en *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, Martinus Nihjoff Publishers, 1984, pp. 27-43.

(25) El Art. 24, referente al peligro extremo o distress, no parece ser más que el estado de necesidad del órgano del Estado, cuyo efecto sería a nuestro modo de ver el de interrumpir su imputación al Estado y por ende impedir su transformación de conducta individual en un hecho del Estado.

el caso de *summum jus, summa injuria* que consistiría en obligar a un sujeto a perder ese bien que el derecho protege en aras del cumplimiento de una obligación jurídica que protege el bien de otro Estado.

En los tres miembros de la familia que comentamos, concurrirían los siguientes caracteres:

a. La necesidad, que legitima la violación por un Estado de una obligación internacional que protege el bien jurídico de otro Estado.

b. La proporcionalidad, que se manifiesta, tanto en el ámbito de la legítima defensa como en el de las represalias, en una cierta equivalencia entre acción y reacción (proporcionalidad) y en el ámbito del estado de necesidad del Art. 25 una también equivalencia entre los bienes en conflicto. En suma, que en las tres la necesidad, al par que justifica el ataque a uno de los bienes jurídicamente protegidos del otro Estado, le fija un límite. Ese límite es el de obrar dentro de lo que la necesidad exige, pero sin sobrepasarlo.

c. La existencia de un conflicto entre aquellos bienes jurídicamente protegidos que provocó la necesidad de sacrificar uno de ellos. Por ejemplo, en la legítima defensa la inviolabilidad territorial e independencia política del Estado atacado contra las vidas y propiedades de nacionales del Estado atacante; en el estado de necesidad propiamente dicho del Artículo 25 el llamado "interés esencial" del Estado que actúa en necesidad contra un interés menor de otro Estado. En las contramedidas, se trataría del sacrificio de un bien jurídico del Estado responsable (objeto de la contramedida) como único medio de preservar el bien jurídico del Estado lesionado (el que protege la obligación internacional violada por el Estado responsable). Recordemos que las contramedidas son una forma de coacción sobre el Estado responsable para inducirlo a cumplir con la obligación violada.

Las tres situaciones que estamos considerando tienen sus raíces en una categoría capital del derecho de gentes, que es su carácter descentralizado, así como descentralizada es la comunidad internacional. En un orden centralizado, el estado de necesidad se desplaza hacia el Estado: es éste quien asegura, con sus fuerzas del orden, los bienes jurídicos de los ciudadanos y la posibilidad de éstos de autotutelar sus propios derechos se ejerce solamente en los resquicios que presenta la posibilidad de acción preventiva del

Estado²⁶. En la medida en que la comunidad internacional creada por la Carta de las Naciones Unidas ha centralizado el uso de la fuerza en el Consejo de Seguridad, las sanciones del Art. 42 se justificarían por la existencia de una situación de necesidad de la comunidad internacional que haría prevalecer el bien jurídico de paz y seguridad sobre la soberanía de los Estados objeto de aquellas sanciones.

Habíamos visto que el hecho antecedente en el caso de la legítima defensa y en el de las represalias armadas es difícil de caracterizar. En ambas parece necesario un ilícito previo y eso las diferenciaría del estado de necesidad propiamente dicho del Art. 25 que puede ir contra un Estado enteramente inocente. Por nuestra parte, vemos más esa circunstancia como una diferencia de género a especie, que no afecta la esencial similitud entre las tres alternativas, una vez que la situación de necesidad ha sido creada. Sólo que en dos casos, esa situación obedece a un hecho de un Estado y en el otro -el estado de necesidad del Art. 25- no sucede lo mismo.

Confesadamente, el estado de necesidad tiene tan mala reputación como las represalias armadas. Se ha prestado a muchos abusos, pero también es cierto que tales abusos no son más que los que cobijó la legítima defensa o las dichas represalias. Por eso la doctrina más de una vez ha vacilado delante de la proposición de una norma como la del Art. 25. Pero varias razones militan en favor de su conceptualización normativa, como por ejemplo la que alegó la propia Comisión de Derecho Internacional cuando lo incluyó entre las causales de exclusión de ilicitud:

“La noción del estado de necesidad está demasiado arraigada en el pensamiento jurídico general para que el silencio a su respecto pudiera estimarse razón suficiente para considerar aquella noción como enteramente inaplicable en el derecho internacional y en todo caso no habría justificación para así verlo. El hecho de que se teman abusos –que son evitables si se

(26) Cuando el Estado ejerce la coacción policial, -por ejemplo, en la prevención o frustración de un asalto- en realidad, está haciéndolo en virtud de la necesidad que le imponen circunstancias de desorden y no aplicando a los delincuentes sanciones jurídicas emanadas del derecho de la responsabilidad. Si un delincuente resulta muerto en el enfrentamiento, no es que se le haya aplicado la pena de muerte. Cuando el Estado aplica la coacción, entendemos que lo hace en virtud de un estado de necesidad.

adoptan provisiones detalladas y cuidadosamente redactadas- no es razón suficiente para impedir la operación legítima de una razón de preclusión de ilicitud de la conducta de un Estado en casos en que la utilidad de esa causal es generalmente reconocida.”²⁷.

La CDI, además, consideraba que la noción de *marras* era una “válvula de seguridad” por la que los Estados podían eludir las consecuencias, inevitablemente perjudiciales, de cumplir a toda costa con los requerimientos de la regla de derecho (*summum jus, summa injuria*). Es claro que la posibilidad de abusos no siempre justifica que deba evitarse el uso, particularmente cuando el estado de necesidad, se lo llame así o de otra manera, es una categoría inevitable del pensamiento jurídico. O si se prefiere, una limitación del derecho impuesta por las circunstancias.

Anzilotti parece haber entrevisto lo anterior cuando dice:

“El carácter obligatorio de las normas jurídicas se detiene en este punto, pero no por una supuesta sabiduría o prudencia en la voluntad de los Estados sino por imposición del orden jurídico: sólo así puede entenderse lo que una vez llamamos un límite lógico al carácter obligatorio del derecho internacional.”

En alguien que ponía la voluntad del Estado prácticamente por encima de cualquier consideración en derecho internacional, no es poca cosa.

Por lo demás, el derecho internacional no puede imponer a los Estados –como el derecho interno no puede imponer a los individuos- conductas propias de héroes o de santos. Si bien se mira, el estado de necesidad genérico al que nos hemos referido crea una situación en que el derecho pierde uno de sus elementos fundamentales, como sería la sanción y al perderla pierde la brújula. Cumplir con la ley traería consecuencias peores que la meramente legales: si Jan Valtin no roba el mendrugo de pan (hurto familiar), se desmaya y se muere de hambre. La consecuencia es peor que la sanción por hurto. Por ende, no parecería ser exactamente una imposición del orden jurídico, como dice Anzilotti, sino todo lo contrario, como lo dice él mismo, “un límite lógico al carácter obligatorio del derecho” que el derecho no tiene otra posibilidad que reconocer.

(27) Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1980. Vol.2 segunda parte. p. 47.

Por cierto que en doctrina, la cuestión de la existencia o no del estado de necesidad en el derecho de gentes ha sido poco pacífica²⁸. Entre los negadores se suele citar a P. Fauchille²⁹, De Visscher³⁰, Borsi³¹, A. Cavaglioni³². Rodick, en cambio admite que el estado de necesidad excluye la ilicitud de un hecho, pero esto sólo en condiciones muy restrictas³³. L. Buza encuentra, sin embargo, que una abrumadora mayoría de autores admiten que el estado de necesidad, bajo ciertas condiciones especificadas, excluye la ilicitud de un hecho del Estado³⁴. La jurisprudencia internacional es relativamente escasa en esta materia. Suelen citarse algunos casos clásicos, como el del buque norteamericano Neptune³⁵, en el que la mayoría de la Comisión de reclamaciones³⁶ resolvió, respecto al estado de necesidad invocado por el Reino Unido, que si bien el estado de necesidad podría justificar las medidas adoptadas por aquél, no se daba en el caso tal estado. El árbitro de alzada estuvo de acuerdo con el punto de vista expresado por la Comisión. En el caso del buque Eleanor Sir William Scott declaró que una necesidad real e imperativa era suficiente título para la aplicación de las leyes de humanidad. En el caso del vapor Susanah la Comisión explicó que debido a la necesidad de recalar en puerto mexicano que experimentó el mencionado vapor la mercadería de a bordo no podía ser considerada contrabando. Similar temperamento fue adoptado en el caso Erie entre Estados Unidos y Brasil, así como en el Rebecca en 1884 entre Estados Unidos y México. Hace poco, la Corte Internacional de Justicia tuvo un pronunciamiento al respecto en el caso del proyecto Gabčíkovo-Nagyymaros, donde

(28) Id. Pp. 33 a 50.

(29) *Traité de droit international public*, 8a edición, Tomo I primera parte. Paris, 1922.

(30) "Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité" *Revue generale de droit international public*, 1917.

(31) *Ragioni di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale*, Roma, 1916.

(32) "Lo stato di necessità nel diritto internazionale" en *Rivista di diritto internazionale*, Roma, 1918.

(33) *The Doctrine of Necessity in International Law*. Columbia University Press, New York, 1928.

(34) L. BUZA, "The State of Necessity in International Law", p. 206

(35) LAPRADELLE ET POLITIS, A. de, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. I, pp 137 ss.

(36) Creada por el Jay Treaty de 1794 entre el Reino Unido y Estados Unidos.

expresó que: "La Cour considère tout d'abord que l'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale"³⁷.

EL SISTEMA DE LAS CONTRAMEDIDAS EN LA RESOLUCIÓN AGNU 56/83

Las contramedidas se tratan en dos partes de la Resolución: simplemente se mencionan entre las circunstancias que excluyen la ilicitud de un hecho del Estado (Segunda parte, Capítulo V) y luego se consideran en forma más detallada como modos de hacer efectiva la responsabilidad del Estado (Tercera parte, Capítulo II).

Tocante la mención general, ya se advierte en la primera frase del texto del Art. 22 que se excluye a terceros Estados del campo de las contramedidas: éstas sólo pueden dirigirse contra el Estado que contravino su obligación y no contra otros Estados, ya que la ilicitud del hecho constitutivo de la contramedida "queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado", o sea contra el Estado responsable y no contra ningún otro. El artículo termina diciendo, a continuación de lo anterior: "de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte."

El Capítulo II mencionado toma varias disposiciones. Por de pronto, que sólo serán contramedidas legales y por ende que excluirán la ilicitud del hecho del Estado aquellas que :

- a) No involucren el uso de la fuerza (Art. 50, 1, a).
- b) Estén dirigidas al Estado responsable y no a terceros Estados (Art. 49, 1 y 2).
- c) Sean instrumentales (procuren la cesación y la reparación respecto del hecho internacionalmente ilícito y no punitivas); tengan carácter temporario y

(37) CIJ, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, 1997, p. 40, par. 51.

en lo posible sean reversibles en términos de las futuras relaciones jurídicas entre los dos Estados. (Arts. 49.2 y 3; Art. 53).

d) Sean proporcionadas (Art. 51).

e) No contravengan ciertas obligaciones básicas (Art. 50) en particular aquellas impuestas por normas perentorias del derecho internacional general.

En suma, el capítulo trata de las contramedidas tomadas por el Estado lesionado, pero deja la puerta abierta mediante la cláusula de salvaguardia del Art. 54 a lo que el derecho general disponga, en su evolución, respecto las contramedidas tomadas por Estados "que no sean un Estado lesionado" pero que estén habilitados por el Art. 48.1 a invocar la responsabilidad de otro Estado, "para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada".

LA CESACIÓN Y EL ART. 29

Aquí quisiéramos hacer notar que la finalidad que la Res. 56/83 asigna a las contramedidas es obtener la cesación o reparación y que el Art. 29 afirma la continuidad del deber de cumplir la obligación primaria violada. Cabe la pregunta: ¿Cuál es el objetivo de una contramedida: hacer cumplir la obligación primaria o las secundarias emanadas de la violación de aquella? No es un asunto menor, al menos de un punto de vista teórico, determinar una u otras como obligaciones debidas. La respuesta debe buscarse, aquí también, en el hecho que constituye la violación. En todo caso, si se trata de la cesación, el hecho antecedente es un hecho de carácter continuo, cuya violación –según el Art. 14. 2 "se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional".

Existen, según la CDI, dos tipos de actos continuos violadores de obligación: los que consisten en una acción y los que consisten en una omisión. Personalmente, desconfiamos de los segundos, porque si consisten en una omisión quiere decir que la obligación primaria había establecido un cierto momento en el tiempo para su cumplimiento y todos sabemos que el plazo es un elemento esencial de la obligación, con lo que si alguien está obligado

a hacer algo en determinada fecha, por ejemplo pagar una suma de dinero, pasada esa fecha ya no puede cumplirla por más que haga. Podrá cumplir posteriormente con alguno de los contenidos de la obligación primaria, pero no con la obligación primaria completa. Por ejemplo, podrá pagar la cantidad debida, pero eso no descargará totalmente su responsabilidad ni daría cumplimiento a la obligación, que era la de pagar en una fecha determinada. *What is done, cannot be undone*, decía Lady Macbeth, y tenía razón. A ese contenido debo agregar ahora otros ingredientes, por ejemplo, el interés o el lucro cesante, dependiendo de las circunstancias, y esos ingredientes son el contenido de las nuevas obligaciones surgidas por imperio del derecho como consecuencia de la violación de la obligación primaria. Si consideramos que, para cumplir con la *in integrum restitutio* de la regla de la Fábrica de Chorzow, necesitamos pagar la cantidad adeudada en la obligación primaria y añadir las otras cantidades arriba mencionadas (interés o lucro cesante), estaríamos mezclando obligaciones primarias y secundarias al asignar diferentes causas a las obligaciones que se están cumpliendo: a la obligación primaria ciertos contenidos y a la secundaria ciertos otros contenidos.

Pero además estaríamos abandonando nuestra propia concepción lógico-formal de lo que es la estructura de las normas internacionales, que habíamos dividido según correspondieran al trecho de conducta anterior o posterior a la violación en primarias y secundarias. Y por cierto que la estructura lógica que conceptualiza la responsabilidad no es contingente, sino necesaria. No compartimos en modo alguno la posición de que la conceptualización de la conducta humana en dos trechos de legalidad e ilegalidad sea algo de que se pueda prescindir en una correcta evaluación de la responsabilidad. ¿Para qué incurrir, entonces, en esta desprolijidad lógica si podemos conceptualizar lo mismo más correctamente y cumplir con nuestra división en normas primarias y secundarias? Baste con decir que la reparación íntegra comprende la restitución del Art. 35, que implica el cumplimiento de aquellos contenidos de la obligación primaria con los que pueda cumplirse, con más los ingredientes complementarios que también son consecuencia de obligaciones secundarias, como la indemnización monetaria por aquellos contenidos de la obligación primaria que no puedan ser restituidos en espe-

cie, con más eventualmente el lucro cesante o los intereses. Eventualmente, también la satisfacción o las garantías de no repetición.

La cesación en los casos de obligaciones de hacer parece carecer de sentido y producirse automáticamente con el cumplimiento de las obligaciones secundarias.

La otra forma de violación por hecho continuado, que acaso sea la única real, se produce cuando se trata de una obligación de no hacer y su violación consiste en un hecho continuado de carácter positivo. Supongamos una obligación de no contaminar un río internacional, que se viola en cuanto la contaminación causada en el ribereño superior pasa al ribereño inferior y causa en él un daño sensible. Y continúa causándolo por la circunstancia de que la contaminación se prolonga en el tiempo. Aquí la cesación consiste en terminar con la contribución de las fuentes en el ribereño superior, en cesar con las producción de residuos contaminantes.

Esa obligación de cesar es una obligación nueva, que surgió precisamente como consecuencia de la iniciación de la violación por hecho continuado. La palabra "cesar" que se utiliza hace alusión a la terminación de algo, no al cumplimiento de algo. Tiene en cuenta el hecho antecedente, que es la violación de una obligación y quiere decir que ante esa violación surge una obligación nueva: la de cesar de hacer algo que se está haciendo. Se trataría de terminar con una situación de ilegalidad creada por la violación, pero no acaso como piensa Dominicé en un retorno por cumplimiento de la obligación primaria, sino en un retorno por el cumplimiento de las nuevas obligaciones que surgieron por imperio del derecho y como consecuencia de la violación de la primaria. La nueva obligación es "cesar" con la violación puesto que la obligación primaria ya había sido violada al iniciarse el hecho continuado. Al cesar de hacerse lo que se estaba haciendo se opera un retorno a la legalidad por cumplimiento de las nuevas obligaciones que fueron impuestas por imperio del derecho internacional al producirse la violación.

Dominicé distingue entre el caso anterior y aquel en que el objetivo es el de hacer cumplir al Estado responsable con la reparación que esa violación tiene como consecuencia jurídica. No habría aquí una situación de ile-

galidad persistente que exija una cesación: todo lo que se refiere al hecho antecedente de la represalia está, por así decirlo, enteramente en el pasado. Habría entonces un tipo de represalias destinadas a la cesación de una violación continuada (con lo que de paso se restauraría el derecho subjetivo original) y otro tipo cuya finalidad sería hacer cumplir con la reparación que correspondería por la violación de la obligación primaria.

Otro ejemplo indicador de que la cesación no implica cumplimiento de la obligación primaria podría ser el de la toma de rehenes, una conducta cuya cesación se produce al ser aquellos entregados, sanos y salvos, al Estado que los reclama. Pero ¿es que la obligación primaria consistía en tomar rehenes para luego entregarlos sanos y salvos? Nos permitimos señalar que aquella obligación no consistía en entregar nada, sino en un no hacer que, una vez hecho, la hace de imposible cumplimiento. Y si los rehenes son asesinados, ¿ha habido cesación de la violación del deber de no secuestrarlos? Acaso la haya habido igualmente, porque la obligación de devolverlos perdió su sentido y ya no puede cumplirse. Es que tampoco aquí la cesación es el cumplimiento de la obligación primaria sino simplemente el fin del acto continuo de su violación.

Coincidimos con Dominicé en el acierto de la distinción respecto a las represalias, porque éstas en un caso tendrán como objetivo obtener la reparación y en otro la cesación con más la reparación. Creemos también que el Art. 29 está equivocado, puesto que una vez que la obligación primaria ha sido violada, ya no puede cumplirse de ninguna manera y que la cesación solamente es una forma de terminar con una violación por hecho continuado. La cesación hace posible ahora medir la reparación, y al entrar en el trecho de la norma secundaria posibilita también algo que era antes inviable, como la medición del daño que seguía produciéndose con la continuación de la violación.

TRES RASGOS FUNDAMENTALES. EL ART. 49

Este artículo contiene tres principios básicos en sus tres incisos. En el primero, el ya anunciado sobre que las contramedidas sólo deben ser dirigi-

das contra el Estado responsable³⁸, juntamente con el relativo a que su objeto debe ser inducirlo a que cumpla con sus obligaciones establecidas en la segunda parte de la Resolución, esto es, a las que configuran la reparación in integrum (regla de Chorzow). En el segundo, que las contramedidas significan sólo una suspensión del cumplimiento de la o las obligaciones en que aquellas consisten y por ende deben ser, en lo posible y según el tercer principio, reversibles. Este principio se apoya también en el caso citado en la nota anterior³⁹.

LAS LIMITACIONES. EL ART.50

Hay ciertas obligaciones que no pueden ser afectadas por contramedidas. En general, no pueden serlo aquellas impuestas por normas perentorias del derecho internacional general, como se resume en el inciso 1.d). Es natural que, si tales obligaciones no pueden ser derogadas por tratados, mucho menos podrían serlo por decisiones unilaterales. En particular, el inciso 1. a) toca el tema de las represalias que involucren el uso de la fuerza, que están ya prohibidas en la Resolución AGNU 2625/XXX), así como en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en los casos Nicaragua⁴⁰ y estrecho de Corfu⁴¹, el inciso 1. b) las obligaciones que protejan derechos humanos fundamentales, como ya se establecía en el caso Naulilaa⁴² así como en el Informe del Institut de Droit International en su reunión de 1934⁴³. Se ha ampliado la panoplia de protección de tales derechos a través de numerosos tratados⁴⁴.

(38) En relación con el primero, la Corte dice: "In order to be justifiable, a countermeasure must meet certain conditions... In the first place it must be taken in response to a previous international wrongful act of another State and must be directed against that State" (Id.p. 55)

(39) "The measure must, therefore, be reversible". Ver ICJ Reports, 1997, para.83, p. 55.

(40) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua(Nicaragua vs United States of America) Merits. ICJ Reports, 1986, para.16, en p. 127.

(41) ICJ Reports1949, para 4 en p. 35.

(42) Responsibility of Germany for Damage Caused in the Portuguese Colonies in the South of Africa RIAA, vol.II, (1928), p. 1026.

(43) Annuaire de l'Institut de droit international, vol.38, (1934) p. 710.

(44) Ver CRAWFORD, op. cit, p. 289, nota 803.

El inciso 1.c) se refiere a las obligaciones del derecho humanitario que prohíben las represalias. Sabido es que bajo las convenciones de La Haya de 1929 y de Ginebra de 1949, así como en el Protocolo Adicional I de 1977, se prohíben las represalias contra clases allí definidas de personas protegidas.

El inciso 2 toca dos tipos de obligaciones que se sustraen del terreno de las contramedidas por constituir *lex specialis* entre las Partes. El 2. a) menciona las obligaciones impuestas por un procedimiento de arreglo de controversias vigente entre ellas y que esté relacionado con la disputa en cuestión, tanto con la disputa referente a la violación inicial como con la que toca a la legitimidad de la contramedida. Cabe citar en este sentido el caso del Personal diplomático y consular en el que la Corte hizo valer el Tratado de Amistad en lo concerniente al arreglo pacífico de disputas entre las Partes⁴⁵. El inciso 2.b) trata de las obligaciones establecidas en los regímenes diplomático y consular, particularmente en lo relativo a la inviolabilidad de los funcionarios. A ese respecto, la Corte dijo en un párrafo muy citado que: "The rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained régime which, on the one hand, lays down the receiving State's obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving State to counter any such abuse"⁴⁶.

LA PROPORCIONALIDAD. EL ART. 51.

"Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido" comienza diciendo la disposición del acápite⁴⁷. Vale esto decir que, básicamente, dicha proporcionalidad debe ser medida en relación con los daños que violación y contramedida produjeron, pero la segunda parte del artículo refina y matiza esa inicial medición, al agregar: "teniendo en cuenta la gravedad

(45) ICJ Reports, 1980, p. 3.

(46) *Id.* p. 40.

(47) Resulta significativo comparar la proporcionalidad exigible a las contramedidas de hoy con su presumible y remoto antecedente de la primitiva Ley del Talión, que limitaba la venganza de la sangre (una forma de represalia).

del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión". Un exceso de la contramedida, calculada sobre la base de los anteriores parámetros, haría incurrir al Estado lesionado en responsabilidad internacional.

El Art. 51 sigue las líneas de tres casos importantes: el Naulilaa, el de los Servicios aéreos entre los Estados Unidos y Francia y el de Gabcikovo-Nagymaros. En el primero de ellos, el Tribunal arbitral utilizaba un lenguaje diferente para decir aproximadamente lo mismo que la norma del Art. 51: las represalias que estuvieran "fuera de toda proporción con el acto que las motivan" debían ser consideradas ilegales⁴⁸. Aunque la diferencia pueda ser algo sutil entre ese lenguaje y la redacción del Art. 51, surgiría del lenguaje del laudo referido que éste pone el acento en la desproporción más que en la proporción y que mide con mayor flexibilidad el alcance de la contramedida. Anteriormente, la sentencia en cuestión había establecido que "the reprisal must be approximately in keeping with the offence", lo cual concuerda con la flexibilidad preconizada en el párrafo anteriormente citado. En el caso de los servicios aéreos, el Tribunal fija criterios que son tenidos en cuenta por el Art. 51, cuando al referirse a la contramedida adoptada por los Estados Unidos, dice que establecer la proporcionalidad "no es tarea fácil" y debe ser hecha por aproximación. Continúa así: "In the Tribunal's view, it is essential, in a dispute between States, to take into account not only the injuries suffered by the companies concerned but also the importance of the question of principle arising from the alleged breach." Sigue diciendo que no era suficiente comparar los perjuicios sufridos por Pan Am por la suspensión de los servicios proyectados, sino que era necesario tener en cuenta "the importance of the positions of principle which were taken when the French authorities prohibited changes of gauge in third countries", que en su criterio afectaban el cuadro general de la política de transporte aéreo de los Estados Unidos que había sido aplicada en gran número de acuerdos de aquel país con otros Estados además de Francia. Sobre esa base el Tribunal juzgaba que las contramedidas tomadas por los Estados Unidos "do not appear to be clearly disproportionate when compared with those taken by France" y termi-

(48) Caso citado, p. 1028. (Itálicas nuestras).

naba por declarar que el Tribunal debía satisfacerse con una apreciación aproximativa⁴⁹.

En el caso de Gabcikovo -Nagymaros la CIJ también tiene en cuenta la calidad o el carácter de los derechos en cuestión como un asunto de principio y no en términos meramente cuantitativos⁵⁰. Además, utiliza casi las mismas palabras después incorporadas al texto del Art. 51: "taking into account the rights in question"⁵¹. El artículo, además, siguió a la decisión en este caso en otra línea importante: adoptó una redacción positiva, en lugar de la negativa que utilizaron las dos decisiones anteriores. La CDI consideró que en otras materias donde la proporcionalidad tenía importancia, los textos adoptaban esa redacción aún cuando su determinación fuera aproximativa. Se pensó que darle forma negativa daba demasiada flexibilidad al intérprete, teniendo en cuenta la posibilidad de los abusos a que las contramedidas se prestaban⁵². Por lo demás, esta misma preocupación por no dejar demasiado margen a la interpretación tuvo que ver con la posibilidad que, de hacerlo, se dejara alguna forma de entrada a las finalidades punitivas, que habían sido estrictamente prohibidas.

EL PROCEDIMIENTO

El Art.52 establece los pasos procesales correspondientes a la adopción de contramedidas. Son las condiciones de su recurso y consisten, previamente a tomarlas, en requerir al Estado responsable que cumpla con las obligaciones de la segunda parte y notificarlo de cualquier decisión de tomar contramedidas, amén de ofrecerle negociar a ese respecto. (52.1.a). No obstante lo prescripto anteriormente, el Estado lesionado podrá tomar las medidas urgentes que sean necesarias para asegurar sus derechos (52.2), como por ejemplo, congelar los fondos que el Estado responsable pueda tener en bancos del Estado lesionado. Las contramedidas no podrán tomarse, y si hubiesen sido tomadas, deberán cesar de inmediato, si concurren dos

(49) Caso citado, p. 444, para 83.

(50) CRAWFORD, op. cit, p295.

(51) Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia, ICJ Reports, 1997, p. 27.

(52) CRAWFORD, op. cit. p. 296. para 6).

circunstancias: que el hecho ilícito hubiera cesado (52.3.a) y que la controversia esté sometida a un tribunal o corte facultados para dictar decisiones vinculantes para las Partes.(52.3.b). Cabe señalar que no basta con que exista entre las Partes un procedimiento para resolver controversias; para que se cumpla la condición que examinamos es menester que el tribunal esté constituido y el asunto sometido a su jurisdicción. En tales casos, el Tribunal tiene potestad para dictar medidas provisionales que cumplirían las mismas funciones que las contramedidas. Lo anterior no es válido si el Estado responsable no aplica de buena fe los procedimientos de solución de controversias (52. 4).

En primera lectura se había aprobado provisionalmente un interesante mecanismo, según el cual el Estado contra el cual se hubiera tomado una contramedida, podía someter unilateralmente la disputa que hubiere surgido entre las Partes respecto a la interpretación o aplicación de los artículos del proyecto a un tribunal arbitral. El anexo II creaba un procedimiento infalible para la constitución del mencionado tribunal. Claro está, la importancia de esta disposición era notable: introducía en el arbitrario y peligroso mundo de las contramedidas un test de legalidad. La Comisión, sin embargo, decidió abandonarlo debido a que consideró que darle al Estado responsable (el que supuestamente había cometido el hecho ilícito) un derecho unilateral de arbitrar era privilegiarlo y crear una desigualdad injusta en principio. Además, podía incitar a un Estado que se considerara lesionado a tomar contramedidas –incluso contramedidas exageradas- para obligar a la otra parte a arbitrar sobre la legalidad de la conducta que motivó la contramedida⁵³.

Acaso pudieran contrarrestarse, al menos en parte, los anteriores razonamientos argumentando que privilegiar al Estado presuntamente responsable -esto es, el Estado que es objeto de la contramedida- serviría para equilibrar la balanza en una situación en que la práctica internacional muestra al otro Estado como el más fuerte, a tal punto que es por temor a la repetición de abusos cometidos por esos Estados fuertes en el pasado que algunos miembros de la CDI y algunos delegados en la Sexta Comisión se oponían a la inclusión de las contramedidas en el proyecto de artículos. Por otra parte,

(53) Vide Id. pp. 10/11.

tomar contramedidas -que constituyen un derecho del Estado lesionado-, si es con el objeto de forzar al otro Estado a un arbitraje sobre la legalidad de la contramedida y sobre la dilucidación de la controversia a que dio lugar el hecho antecedente no es siempre un resultado indeseable, todo lo contrario. No otra cosa hicieron los Estados Unidos con Francia con su contramedida que originó el arbitraje de los servicios aéreos, sin que a nadie se le ocurriera reprocharle nada por esa actitud. Un Estado que provoca un arbitraje, en primer lugar, debe tener importantes razones para litigar, ya que si descuenta que lo va a perder seguramente que no se lanzaría a esa provocación. Es posible que la realidad de la comunidad internacional de nuestros días no haya permitido el avance que, a nuestro criterio, hubiera significado ese test de legalidad tan necesario en el terreno de las contramedidas: sólo nos queda lamentar este retroceso.

TERMINACIÓN

El Art. 53 fija la obligación por parte del Estado lesionado de terminar con las contramedidas cuando el Estado responsable hubiera cumplido con sus obligaciones establecidas en la Parte II, esto es, si ha habido cesación y reparación.

MEDIDAS TOMADAS POR ESTADOS DISTINTOS DEL ESTADO LESIONADO

Hasta aquí habíamos visto las contramedidas en cuanto éstas eran tomadas por el Estado lesionado. Pero hay otros Estados que pueden invocar la responsabilidad del Estado que hubiera incurrido en la violación de una obligación internacional, según lo establece el Art. 48, esto es, aquellos que formen parte de un grupo de Estados para la protección de cuyo interés colectivo la obligación violada hubiera sido instituida, o cualquier Estado cuando la obligación violada fuera con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

Los Estados que se encuentren en las condiciones anteriores pueden reclamar al Estado responsable la cesación del hecho ilícito, así como las seguridades y garantías de no repetición (Art.48.2.a). También pueden re-

clamarle la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada (Art. 48.2. b). El comentario al Art. 54, que trata justamente del tema del acápite⁵⁴, hace notar que las circunstancias recién enumeradas demuestran que a los Estados del Art. 48 se les reconoce un interés legal en el cumplimiento de la obligación violada. La cuestión abierta y no resuelta por la Res.56/83 es hasta dónde puede llegar legalmente la reacción de tales Estados y las contramedidas son sin duda uno de los pasos siguientes a la invocación de la responsabilidad. ¿Pueden esos Estados tomar contramedidas contra el Estado responsable?

Una primera reflexión, contenida en el párrafo (2) del Comentario⁵⁵, es que hay que distinguir entre las medidas individuales, tomadas por un Estado o grupo de Estados que actúan cada cual en su capacidad individual y a través de sus propios órganos, de las reacciones institucionales en el marco de una organización internacional: obviamente las situaciones contempladas en el Capítulo VII de la Carta, por ejemplo, no están previstas en los artículos de la Resolución 56/83.

Continúa el Comentario diciendo que la práctica internacional a este respecto es embrionaria y limitada. Es cierto que han existido ocasiones en que Estados en las condiciones arriba indicadas han adoptado -sin haber pretendido ser individualmente lesionados- sanciones económicas o de otra naturaleza, como veremos enseguida.

a) En 1978 Estados Unidos prohibió la exportación de bienes y de tecnología a Uganda, así como importaciones de todo tipo provenientes de ese país, aduciendo que el Gobierno ugandés había cometido un genocidio contra su propio pueblo.

b) En 1981, ciertos Estados occidentales y los Estados Unidos tomaron medidas contra Polonia y la Unión Soviética con motivo de la imposición de la ley marcial en Polonia. Tales medidas incluyeron la suspensión de derechos de aterrizaje de Aeroflot en los Estados Unidos y de LOT en aquel país así como en el Reino Unido, Francia, Holanda, Suiza y Austria en contravención con lo establecido en los respectivos tratados.

(54) Ver id.pp. 302 y ss.

(55) Id. p. 302.

c) En 1982, la Argentina resultó ser objeto de varias medidas cuando asumió el control de las islas Malvinas. Con posterioridad a la Resolución del Consejo de Seguridad de abril 3 de 1982, y a pedido del Reino Unido, los miembros de la CE, así como Australia, Nueva Zelanda y Canadá adoptaron sanciones económicas. Prohibición temporaria de toda importación de productos argentinos, (contrariamente a lo previsto en los artículos XI.1 y Art. III del GATT⁵⁶. El embargo adoptado por los países europeos constituyeron también una suspensión de los derechos de la Argentina según dos acuerdos sectoriales, sobre el comercio de textiles y sobre el comercio en corderos y ovejas, a los que no se les aplicaba la cláusula de seguridad nacional del GATT.

d) En 1986, tras recomendación del Consejo de Seguridad en sentido de boicots económicos sectoriales y congelamiento de relaciones culturales y deportivas, los Estados Unidos suspendieron derechos de aterrizaje de South African Airways en su territorio. Esto iba contra los términos del Acuerdo de Aviación de 1947 entre los Estados Unidos y Sudáfrica.

e) En 1990, como consecuencia de la condena por el Consejo de Seguridad de la invasión iraquí a Kuwait, miembros de la CE y los Estados Unidos adoptaron embargos comerciales y congelaron fondos iraquíes, medidas todas ellas adoptadas con el consentimiento del Gobierno de Kuwait.

f) En 1998, como respuesta a la crisis humanitaria de Kosovo, los Estados miembros de la CE congelaron fondos yugoslavos y establecieron una prohibición de vuelos, que violaban acuerdos existentes para Francia, Alemania y el Reino Unido. Yugoslavia protestó contra estas medidas.

g) Hubo otros casos de suspensión de derechos emanados de tratados pero que no fueron fundados en la facultad de tomar contramedidas, sino en un cambio fundamental de circunstancias.

(i) En 1982, los Países Bajos suspendieron un tratado bilateral de asistencia al desarrollo de Surinam y con ello el otorgamiento de ciertos subsi-

(56) Y no justificadas claramente por la excepción de seguridad nacional del Art. XXI (b). (iii) del mismo GATT.

dios financieros. El Tratado en cuestión no contenía cláusulas de suspensión o de terminación de tales subsidios, pero el Gobierno de La Haya alegó el mencionado cambio fundamental de circunstancias.

(ii) En 1991, miembros de la CE suspendieron y denunciaron luego el Acuerdo de Cooperación con Yugoslavia de 1983, yendo más allá del embargo de armas ordenado por el Consejo de Seguridad en su Res. 713 del 25/9/91. Tal medida contrariaba el mencionado Acuerdo de cooperación, que sólo establecía la denuncia con seis meses de preaviso. Las medidas fueron justificadas con una mención explícita a la amenaza a la paz y seguridad que implicaban las acciones yugoslavas, pero básicamente por un cambio fundamental de circunstancias.

La práctica internacional a este respecto no es demasiado intensa y sólo abarca un número limitado de Estados, lo que movió a la CDI a incluir una cláusula de salvaguardia en el Art. 54 con la intención de no coartar el desarrollo del derecho consuetudinario en esta materia. Dicha disposición habla de "medidas" en lugar de "contramedidas" para no perjudicar cualquier posición que los Estados distintos del lesionado pudieran adoptar en respuesta a violaciones de obligaciones que protejan un interés colectivo o el de la comunidad internacional en su conjunto. El texto del artículo es el siguiente:

"Medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado.

Art. 54. Este capítulo no prejuzga acerca del derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada".