

Aplicación coercitiva del Derecho Internacional Público contemporáneo: Especial referencia al régimen de las contramedidas

Enforcement of contemporary public international law: Special reference to the regime of countermeasures

Yusmari Díaz Pérez¹

¹ Universidad de La Habana, Cuba. yusmaridiazperez@gmail.com



PARA CITAR ESTE ARTÍCULO

Díaz Pérez, Y. Aplicación coercitiva del Derecho Internacional Público contemporáneo: Especial referencia al régimen de las contramedidas. *Revista Jurídica*, (36).

DOI

<https://doi.org/10.23878/rj.i36.603>

CORRESPONDENCIA

yusmaridiazperez@gmail.com



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Av. Carlos Julio Arosemena, Km 1,5. Guayaquil, Ecuador
Teléfono: +593 4 380 4600
Correo electrónico: revista.alternativas@cu.ucsg.edu.ec
Web: www.ucsg.edu.ec



© The Autor(s), 2025

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this license visit <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.

Enforcement of contemporary public international law: Special reference to the regime of countermeasures

Yusmari Díaz Pérez¹

¹ Universidad de La Habana, Cuba. yusmaridiazperez@gmail.com

RESUMEN

Las ambigüedades que presenta el actual régimen jurídico de las contramedidas hacen de estas un instrumento manipulable en función de los intereses políticos de los Estados, que facilita la violación de las normas y los principios del Derecho internacional público (DIP) en el ámbito de la responsabilidad del Estado ante la comisión de un hecho ilícito internacional. El presente estudio profundiza en los fundamentos teórico-jurídicos que sirven de sustento al régimen de las contramedidas, como son la delimitación de su naturaleza jurídica, los elementos que las caracterizan y las funciones que ejercen. Además, analiza las condiciones sustantivas y procesales; así como los límites imprescindibles para su legítima aplicación.

PALABRAS CLAVE: Contramedidas, Derecho Internacional Público, Cuba.

ABSTRACT

The ambiguities presented by the current legal regime of countermeasures make them an instrument that can be manipulated according to the political interests of the States, which facilitates the violation of the norms and principles of Public International Law (PIL) in the area of responsibility of the State before the commission of an international illicit act. This study delves into the theoretical-legal foundations that support the countermeasures regime, such as the delimitation of their legal nature, the elements that characterize them and the functions they perform. In addition, it analyzes the substantive and procedural conditions; as well as the essential limits for its legitimate application.

KEYWORDS: International Public Law, countermeasures, Cuba.

RECIBIDO: 28/03/2025
ACEPTADO: 14/04/2025

CORRESPONDENCIA:
yusmaridiazperez@gmail.com

Introducción

Se profundiza en los fundamentos teórico-jurídicos que sirven de sustento al régimen de las contramedidas, como son la delimitación de su naturaleza jurídica, los elementos que las caracterizan y las funciones que ejercen. Además, analiza las condiciones sustantivas y procesales; así como los límites imprescindibles para su legítima aplicación.

La elaboración certera del alcance de los fundamentos teórico-jurídicos del régimen de las contramedidas contribuirá a argumentar las pautas por parte del Estado cubano para las posibles y necesarias modificaciones relativas al régimen de las contramedidas en el marco de los Proyectos de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y la responsabilidad de las organizaciones internacionales, con énfasis en el ámbito de las labores de la Sexta Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas; así como a contrarrestar, desde el punto de vista técnico-jurídico, la posición doctrinal de Estados Unidos que sustenta en el supuesto legal de las contramedidas la imposición del sistema de medidas coercitivas unilaterales contra Cuba.

El uso y la aceptación de la contramedida como uno de los mecanismos legítimos para la aplicación coercitiva del DIP adquiere relevancia en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica de los Estados en los primeros años del siglo XX, resultado de los esfuerzos realizados para alcanzar la codificación de las normas internacionales en materia de responsabilidad internacional del Estado. Las contradicciones que matizan el desarrollo posterior de la denominada sociedad internacional contemporánea condicionan que la contramedida se perciba como una versión modernizada de las llamadas medidas de autotutela, pues nació como una respuesta de fuerza por parte de los Estados en momentos en que el DIP no había logrado alcanzar un sistema de seguridad colectiva con la Carta de Naciones Unidas (CNU).

El primer antecedente histórico de estas conductas se remonta a las disputas primitivas, con la denominada *vendetta*, considerada una represalia justificada contra otra tribu como consecuencia de un agravio. KELSEN afirma que ordinariamente una guerra entre tribus o grupos primitivos es, en esencia, una *vendetta*, un acto de venganza, o sea, una reacción contra la violación de ciertos intereses (KELSEN 1982: 111). Apunta REUTER que este tipo de represalias es una variante en el sistema de justicia privada y de ley del talión, practicadas por las civilizaciones primitivas, las que son luego trasladadas a las relaciones internacionales (REUTER 1978: 202). No obstante, desde la formación de las primeras comunidades humanas se identifica el ilícito previo como condición *sine qua non* para la reacción legítima por parte del grupo víctima del agravio. Con el desarrollo de los Estados esclavistas en la Grecia antigua se reconoce la aplicación de una reacción o represalia pacífica ante un hecho ilícito, con el supuesto fin de recuperar un derecho vulnerado y que constituía un mecanismo de presión. Durante la primera etapa de la Edad Media se mantuvo el criterio que la represalia designaba de inicio aquella medida a la que recurría el ofendido, de forma directa, como medio de obtener reparación en forma inmediata, solo en el ámbito de las relaciones entre particulares. Ya a mediados del siglo

XVII y durante el siglo XVIII, estas represalias privadas fueron sustituidas por represalias públicas, y las naciones apenas tenían derecho a recurrir a ellas.

Sin embargo, no es hasta finales del siglo XIX y principios del XX que se puede observar avances significativos en esta materia. Las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907, respectivamente, y la Convención acerca de la limitación del uso de la fuerza para el cobro de las deudas contractuales, denominada Convención Drago-Porter de 1907, así como la adopción y la entrada en vigor de los tratados fundacionales de la Sociedad de Naciones de 1920, sentaron pauta al considerar las represalias armadas incompatibles con los principios del Derecho internacional vigente en este periodo. Hasta ese momento, el término “represalias” se utilizaba para identificar una conducta ilícita, que incluía o no el uso de la fuerza armada, ejercida por un Estado como medida de autotutela en respuesta a un incumplimiento del DIP.

Con la adopción del sistema de seguridad colectiva en la CNU, las represalias alcanzaron una connotación peyorativa, asumiéndose como represalias entre beligerantes, que son medidas que implican uso de la fuerza armada, adoptadas en el contexto de un conflicto armado internacional, las cuales están prohibidas por el DIP. Es así que las antiguas represalias sirvieron de soporte para tipificar la noción contramedida, término relativamente reciente y con un desarrollo doctrinal en proceso de formación. Por tanto, las contramedidas constituyen un mecanismo de aplicación coercitiva unilateral del DIP que coexiste con el inoperante mecanismo de seguridad colectiva.

La contramedida es entendida como la respuesta estatal que nace con posterioridad a la comisión de un hecho ilícito internacional, dirigida al supuesto Estado que cometió la violación de la obligación internacional, con el objetivo de que cumpla con las obligaciones derivadas de su responsabilidad. La doctrina cubana ha seguido la línea de estudio antes señalada, que ha abordado esta categoría en el ámbito de la responsabilidad de los Estados ante la comisión de un hecho ilícito internacional.

A inicios del siglo XX, la jurisprudencia aborda de forma limitada algunos criterios de la denominada represalia pacífica, que posteriormente se insertan como parte de la construcción teórica de la contramedida. El primer laudo que se registra es el del caso *Pesca en la Costa del Atlántico Norte*, de 1910: “Todo Estado tiene que ejecutar determinadas obligaciones de un tratado de buena fe y es instado por las sanciones ordinarias del DIP en relación a la observancia de las obligaciones del tratado. Tales sanciones son, por ejemplo, la publicación de correspondencia, la ruptura de las relaciones y las represalias, etc.” (ONU 1949:187). El tribunal arbitral reconoce el derecho de adoptar represalias ante el incumplimiento de las obligaciones de un tratado, aunque bajo el término “sanción”. Por su parte, la sentencia de la Corte Penal Internacional de Justicia (CPIJ), órgano de la entonces Liga de las Naciones, del caso *Fábrica Chorzow* de 1927 dictaminó: “Es, sin embargo, un principio generalmente aceptado en la jurisprudencia del arbitraje internacional, así como en las cortes internas, que una parte no se puede aprovechar del hecho de que la otra parte no cumplió alguna obligación o no recurrió a un medio de reparación, si la primera, por medio de un acto ilegal, impidió que la última cumpliera la obligación en cuestión, o recurriese a un tribunal”

(CPIJ 1923:61). De esta forma, la CPIJ se pronuncia en contra de la posibilidad de adoptar contramedidas en el caso de que un Estado lesionado haya contribuido a que una violación ocurriese mediante una conducta ilícita anterior, al tiempo que es omisa sobre la posibilidad de la adopción de una contramedida en caso de que el Estado lesionado haya actuado de buena fe.

En 1928, el laudo del asunto *Naulilaa* dictamina: “La represalia es un acto de justicia propia del Estado lesionado, acto que responde, después de un requerimiento sin éxito, a un acto contrario al derecho de gentes del Estado ofensor. Ella tiene como efecto suspender momentáneamente las relaciones entre los dos Estados. Ella es limitada por las experiencias de la humanidad y las reglas de la buena fe, aplicadas a las relaciones Estado-Estado. Ella sería ilegal si un acto anterior, contrario al derecho de gentes, no hubiese sido el motivo. Ella tiende a imponer al Estado ofensor la reparación de la ofensa o el retorno a la legalidad, evitándose nuevas ofensas. La represalia no es lícita si no fue precedida de una notificación sin éxito. El empleo de la fuerza solo se justifica, en efecto, por su carácter de necesidad. La necesidad de una proporción entre la represalia y la ofensa. Debe considerarse como excesiva y por tanto ilícita la represalia que no ostente proporción con el acto que la motivó” (UN 1949: 79). En resumen, entre las cuestiones fundamentales a enjuiciar, el Tribunal consideró la preexistencia de un hecho ilícito internacional, el requerimiento o la notificación sin éxito por parte del Estado lesionado por el hecho ilícito, la proporcionalidad entre la respuesta al hecho ilícito y el agravio sufrido.

De forma coincidente, el origen del término “contramedidas” ha estado en disputa en la literatura jurídica. Algunos arguyen que fue el término acuñado por juristas del gobierno británico en una disputa postal contra Suecia en 1915; (ELAGAB 1988: 12) mientras otros apuntan que es la traducción literal del vocablo alemán *Gegenmaßnahmen*, en los escritos resultantes de un debate entre juristas suizos y alemanes en 1928, para hacer alusión a las represalias que puede adoptar un Estado contra otro en caso de incumplimiento de sus obligaciones tributarias, siempre que se tengan en cuenta los criterios expuestos en el laudo del caso *Naulilaa* (LEBEN 1982:16). Sin lugar a dudas, estos debates han servido como punto de partida para el reconocimiento de la contramedida como un término propio del DIP.

Al tomar como referencia el laudo del asunto *Naulilaa*, el tribunal arbitral que analizó el caso *Cysne* en 1930 especifica que la represalia solo puede ser aplicada en contra del Estado que cometió el hecho ilícito internacional previo, así como que es la primera vez que se toma en cuenta la limitación de su uso para evitar daños a terceros. La decisión arbitral brinda la argumentación siguiente: “Las represalias constituyen un acto en principio contrario al derecho de gentes, solo pueden justificarse si ellas son provocadas por algún otro acto igualmente contrario a este derecho. Las represalias solo son admisibles contra un Estado ofensor. Es verdad que es posible que las represalias legítimas, ejercidas contra un Estado ofensor afecten a nacionales de un Estado inocente. Sin embargo, se trataría de una consecuencia indirecta, involuntaria, que el Estado ofendido se esforzará, en la práctica, siempre de evitar o limitar en cuanto sea posible” (ONU 1949:1381).

Por otra parte, el dictamen consultivo de la CPJI del caso sobre el tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia, de 1931, reitera la consideración de que la represalia es una respuesta ante la violación de una obligación internacional, al señalar: “Debe ser observado

que la cuestión si Lituania tiene o no derecho a ejercer represalias, *inter alia*, para mantener el sector ferroviario Landwarow-Kaisiadorys sin uso, solo sería posible si fuese demostrado que las obligaciones internacionales en vigor obligan a Lituania a abrir este sector para el tráfico. Si la Corte llegara a la conclusión de que no existe obligación internacional de esta naturaleza, el argumento basado en el derecho alegado a tomar represalias pacíficas deja de tener importancia" (CPIJ 1923:114).

Llegado este punto se destaca que el sistema de seguridad colectiva establecido en la CNU favoreció la limitación del régimen de autotutela basada en el uso de la fuerza, que hoy en día se encuentra en decadencia, como reflejo de las contradicciones que existen en la comunidad internacional y sin lograr el espíritu de la propia CNU, lo que se constata por el predominio de su carácter discriminatorio y elitista.

Ello incidió en la configuración del término "contramedida", al contar entre sus rasgos distintivos, los siguientes: a) es considerada una reacción unilateral del Estado contra los hechos ilícitos internacionales; b) solo puede ser ejercida por un Estado lesionado; c) se recurre a esta después de una solicitud de reparación del perjuicio sufrido; d) debe existir proporcionalidad entre la medida ejercida y la lesión sufrida; e) los bienes y los nacionales del Estado infractor son objeto de esta; y f) los intereses políticos de los Estados son un factor para iniciar o abstenerse de su uso.

En el laudo del caso Acuerdo sobre Servicios Aéreos de 1978, se utilizó el término "contramedidas" por primera vez en este ámbito jurisprudencial, cuando se dictaminó: "Ante una violación de una obligación internacional por otro Estado, el Estado lesionado tiene derecho, teniendo en cuenta las reglas generales del DIP, de hacer respetar su derecho a través de las contramedidas". Además, estableció como condiciones para su aplicación las siguientes: la retaliación al acto ilícito no precisa ser del mismo tipo que el acto ilegal previamente practicado; la retaliación deberá ser comunicada previamente al Estado violador; las contramedidas adoptadas por el Estado víctima deberán ser dirigidas solamente contra el Estado violador, aunque los efectos perjudiciales del acto ilícito por este último practicado puedan alcanzar a terceros Estados (UN 1978: 443).

Los fundamentos ofrecidos por el laudo anterior son ampliados con la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el asunto Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, de 1997, cuando decide: "Para ser justificable, la contramedida debe cumplir ciertas condiciones: En primer lugar, ella debe ser aplicada en respuesta a un hecho ilícito internacional previo de otro Estado y debe ser direccionada contra aquel Estado. En segundo lugar, el Estado lesionado debe haber requerido al Estado que cometió el hecho ilícito internacional que no continúe con su conducta ilícita o ejerza reparación por este motivo. En tercer lugar, el efecto de la contramedida debe ser proporcional con el daño sufrido, teniendo en cuenta los derechos en cuestión. Su propósito debe ser inducir al Estado infractor a cumplir con sus obligaciones internacionales y esta medida debe ser reversible" (CIJ 1997:55) .

De esta forma, la contramedida es un término que surgió de forma paulatina al nutrirse de la doctrina y la jurisprudencia mucho más que de la práctica de los Estados, como alternativa a las represalias devenidas del advenimiento del sistema de seguridad

colectiva establecido en la CNU. Su evolución histórica le ha permitido consagrarse como un mecanismo de aplicación coercitiva unilateral del DIP consuetudinario.

Se debe señalar que el desarrollo progresivo de la noción doctrinal de contramedidas ha estado marcado por los trabajos realizados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y los debates en torno a la responsabilidad internacional del Estado ante la comisión de un hecho ilícito internacional, identificándose tres enfoques doctrinales que intentan definir a la contramedida a partir de su contenido o comparación con otras figuras jurídicas como las medidas de retorsión, la represalia, las sanciones, la suspensión de la aplicación de los tratados y las medidas de reciprocidad, moviéndose desde un carácter amplio hasta restrictivo, a medida que el término “contramedida” gana independencia y se puede distinguir por sí misma como un mecanismo de aplicación coercitiva del DIP. Así, las contramedidas ponen en evidencia el desequilibrio e incluso acrecientan las diferencias entre los Estados poderosos y los demás Estados. Sin embargo, hay que hacer frente a la realidad, pues en el mundo contemporáneo se utilizan, inclusive de forma abusiva, las contramedidas, que hasta cierto punto están reconocidas por el DIP consuetudinario; de ahí la necesidad de concebirlas y regularlas de manera estricta.

Se asume el concepto más restrictivo, al considerar las contramedidas como hechos ilícitos internacionales, de carácter pacífico, celebrados por un Estado lesionado ante una violación de una obligación internacional, cuya ilicitud es excluida al ser una respuesta a un hecho ilícito internacional previo. De este modo se restringe la noción contramedida de otras figuras y términos jurídicos, aunque se reconoce su vinculación con estos en su proceso de conformación teórica. A continuación, se analizan la naturaleza jurídica, los elementos y las funciones que la identifican en el marco del DIP.

Naturaleza jurídica de la contramedida en el ámbito de la responsabilidad internacional por la comisión de hechos ilícitos

A partir de que las contramedidas tienen como base el hecho ilícito internacional realizado por un Estado lesionado ante una violación de una obligación internacional previa, es necesario determinar su naturaleza jurídica. Las contramedidas han sido calificadas como: a) excepción al uso de la fuerza; b) consecuencias de un hecho ilícito; c) circunstancia modificativa de responsabilidad; d) circunstancia que exonera de responsabilidad; y e) cláusula de exclusión de la ilicitud. Por ello no existe unanimidad en la doctrina en este aspecto.

Por una parte, (ALCALDE FERNÁNDEZ 2004: 352) asume que las contramedidas como excepción al uso de la fuerza, entendida como uso de la fuerza armada, se basan en su evolución histórica como medio de coacción alternativo a la guerra, hasta llegar a constituir una medida de autotutela pacífica, limitada por los principios consagrados en la CNU. Se considera que esta posición es limitada, pues defiende el criterio de que las contramedidas que impliquen uso de la fuerza en sentido amplio y no solo los usos de la fuerza armada deben constituir acciones ilegítimas y no reconocidas por el DIP.

El segundo enfoque defiende el criterio de que la contramedida es una reacción contraria, en principio al DIP, y que pertenece a las consecuencias del hecho ilícito. Es la consecuencia que nace cuando un Estado ha incumplido una norma primaria y no acata las normas secundarias que regulan el contenido de su responsabilidad, como son el cese de su comportamiento, la prestación de garantías de no repetición y la reparación de los perjuicios causados. Sin embargo, las contramedidas no forman parte, en rigor, de las normas secundarias que establecen el contenido de la responsabilidad de un Estado que comete un hecho ilícito, sino que tienen relación con la ejecución o la aplicación de estas (BOISSON DE CHAZOURNES 1992:16).

Por tanto, las contramedidas no anulan ni dan por terminada la obligación principal (norma primaria), sino que sirven para incidir en el Estado autor del ilícito previo, para que restablezca la situación jurídica previa existente entre ambos Estados. Constituyen la responsabilidad de la responsabilidad (ROMERO PUENTES 2009: 98). No obstante, esta concepción es restrictiva, pues no abunda en la licitud o ilicitud de las mismas.

Por otra parte, la tercera corriente, que se identifica como la más reciente, las enmarca como circunstancia modificativa de responsabilidad, al defender que, en el caso de las contramedidas, no parece en rigor eliminarse la antijuridicidad misma del comportamiento realizado. Se considera que cuando un Estado, para obligar a otro a hacer frente a su responsabilidad, se aparta consciente y deliberadamente de lo que de él exige la relación jurídica existente, su responsabilidad se modifica. Se intenta adaptar las llamadas circunstancias atenuantes de responsabilidad del Derecho penal al afirmar que la existencia de una contramedida no justifica enteramente el hecho ilícito, pero sí permite considerar que la responsabilidad no es del mismo grado que la que se origina para el Estado cuando no media esa circunstancia. Aunque (BRIERLY 1965:52; ROSENSTOCK 2002: 194) asumen que el uso de una contramedida trae consigo un daño y persiguen la exigencia de responsabilidad del Estado que la práctica, en caso de extralimitarse en su accionar; no tienen en cuenta las diferencias teóricas entre la ilicitud y la responsabilidad internacionales.

Afirman (ALLAND 2010: 732; ANZILOTTI 1999: 518) que toda circunstancia que excluya la ilicitud de un hecho tiene necesariamente el efecto de exonerar su responsabilidad y, en consecuencia, las contramedidas son también una circunstancia excluyente de responsabilidad. En la medida en que sin hecho ilícito no hay responsabilidad *strictu sensu*, conduciría lógicamente a rechazar la posibilidad de que el sujeto jurídico internacional pudiera ser considerado responsable desde el punto de vista del DIP. Los términos utilizados por la doctrina internacional son lo suficientemente expresivos: si no hay ilegalidad, no puede haber responsabilidad.

En este sentido, es necesario distinguir ilicitud y responsabilidad. La ilicitud indica la acción u omisión, que entra en conflicto con una obligación impuesta por una norma primaria del DIP, imputada a un sujeto jurídico internacional. A su vez, la responsabilidad internacional constituye una relación jurídica que se establece entre un sujeto

jurídico internacional autor de un hecho ilícito internacional y los afectados, que genera la obligación de reparación *lato sensu*, la cual incluye las clásicas modalidades de restitución, indemnización y satisfacción, así como el deber de cesar en dicho comportamiento ilícito, en caso de que este se prolongue en el tiempo. Forma parte de las denominadas normas secundarias del DIP.

En correspondencia con esta consideración, BODANSKY y CROOK, consideran que: “La violación de una obligación internacional da lugar a un nuevo régimen legal y que las reglas secundarias en materia de responsabilidad internacional que comprenden todo tipo de obligación en este contexto, sin considerar su fuente, asunto o importancia frente a la comunidad global e incluyen actos y omisiones respecto a tratados y normas consuetudinarias” (BODANSKY y CROOK 2002: 777). En esta misma línea de pensamiento, HERDEGEN, expone que el régimen de la responsabilidad lo conforman las normas secundarias, que regulan los tipos de infracciones de Derecho internacional, así como las posibles justificantes, y determinan las consecuencias jurídicas, especialmente el deber de restablecimiento (HERDEGEN 1994:412). De esta forma, las contramedidas al ser circunstancias que excluyen la ilicitud hacen que sea inexistente una relación jurídica de responsabilidad, no que se excluya la responsabilidad.

Además, se reconoce que son un mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad del Estado infractor de una obligación internacional; por lo que, en caso de no cumplirse con los requerimientos y los límites en su aplicación, se produce otra relación jurídica de responsabilidad imputable al Estado ejecutor de las contramedidas, en la que la exclusión de la ilicitud no es aplicable. De este modo, no se suspende ni se pone fin a la obligación subyacente. La ilicitud del comportamiento en cuestión queda solo excluida mientras se cumplan las mismas.

Así, un hecho pierde la condición de ilícito si es realizado por un Estado contra otro con el cual existe una relación jurídica previa, a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito realizado por este último. En este sentido se debe señalar que la ilicitud de un determinado comportamiento viene determinada por el DIP. Este principio, asentado en la doctrina, práctica y jurisprudencia internacionales, se fundamenta en que un hecho solo es ilegal cuando el DIP así lo decide; mientras, un Estado no puede alegar su Derecho interno como causa que justifique el incumplimiento de una norma de DIP. De esta forma, un Estado comete un ilícito internacional cuando ejecuta un acto contrario a una norma jurídica internacional, en vigor para dicho Estado, omite su contenido o permanece inactivo cuando esta le exige comportarse de una determinada manera, sin ser relevante el origen de la obligación incumplida. Estas formas de actuación configuran la denominada antijuridicidad, norma consuetudinaria del DIP.

Sin embargo, el carácter antijurídico del comportamiento de un Estado está sujeto además a la existencia de una circunstancia que excluye la ilicitud aplicable. Se entiende como causas de exoneración de la ilicitud, aquellos factores, de aplicación general, que suprimen el carácter antijurídico de un hecho internacional, que se configura como ilícito

to. No anulan ni dan por terminada la obligación primaria violada, pues no son parte de los elementos constitutivos de la misma ni de los requisitos que originan la cuestión de la ilicitud. Por tanto, tampoco constituyen un medio para eludir la responsabilidad, como son la competencia de los tribunales, la admisibilidad de una reclamación o cuestiones relacionadas con la carga de la prueba. De forma acertada explica CARRILLO SALCEDO: “El efecto de la presencia de alguna de esas circunstancias que excluyen la ilicitud del comportamiento del Estado no consiste en excluir la responsabilidad que, de otro modo, se derivaría de un hecho ilícito en sí, sino más bien en impedir que se califique de ilícito el comportamiento de un Estado” (CARRILLO SALCEDO 1991:183).

Las contramedidas constituyen una cláusula de exclusión de la ilicitud, pues son un medio de defensa a favor de la reclamación por el incumplimiento de una obligación internacional, que se configuran cuando un Estado lesionado actúa contra el Estado responsable de un hecho ilícito internacional, con el objetivo de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumben de acuerdo con la relación de responsabilidad de la cual es sujeto, por la comisión de la mencionada conducta ilícita. La CDI asume este criterio al disponer lo siguiente: “Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito: La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado” (UN 2001 :6).

Se considera que la naturaleza jurídica de las contramedidas se enmarca en ser una consecuencia de un hecho ilícito internacional al incidir en la ejecución del contenido de las relaciones de responsabilidad de un Estado; y de manera simultánea constituye una cláusula de exclusión de la ilicitud, pues al ser una respuesta ante un hecho ilícito internacional previo se le reconoce por el Derecho internacional consuetudinario la eliminación del carácter antijurídico de un hecho que, en principio, se califica como ilícito.

Condiciones para la aplicabilidad legítima de las contramedidas

La aplicabilidad sustantiva es determinada por las llamadas condiciones de validez, imprescindibles para el legítimo uso de las contramedidas. Estas condiciones son traspoladas de los requisitos de la legítima defensa para evitar abusos de derecho entre los Estados, aunque esta es una respuesta a un ataque armado consumado; mientras las contramedidas responden a un hecho ilícito internacional.

Teniendo en cuenta que las contramedidas solo tienen por objetivo inducir al autor del hecho ilícito internacional inicial a que cumpla sus obligaciones y se restaure la situación de legalidad entre el Estado lesionado y el Estado responsable, y no la creación de nuevas situaciones que no puedan rectificarse cualquiera que sea la respuesta del Estado responsable a las reclamaciones dirigidas contra él, como parte de su carácter instrumental no punitivo, una de sus condiciones de aplicabilidad sustantiva es la reversibilidad.

La mayoría de la doctrina internacional, que incluye la producida por la CDI, defiende la posición de que la reversibilidad en las contramedidas consiste, *strictu sensu*, en que

cuando un Estado lesionado decide ejecutar una contramedida, esta acción no puede tener efectos definitivos. Para ZOLLER, si la medida impide cualquier posibilidad de retorno al status quo ante, o priva a la otra parte de cualquier interés para lograrlo, sus efectos estarían distorsionados (ZOLLER 1984:72). En este sentido, CRAWFORD ha defendido que el régimen de las contramedidas debe abarcar acciones que puedan ser revertidas en sus efectos (CRAWFORD 2002:12).

Las contramedidas se limitarán a la suspensión del cumplimiento de obligaciones internacionales del Estado lesionado contraídas con el Estado autor del hecho ilícito internacional previo. Mientras, una interpretación más amplia sería que la contramedida no puede impedir la restauración de la condición de legalidad entre el Estado lesionado y el Estado autor del hecho ilícito internacional previo y en caso de la creación de nuevas situaciones, que puedan ser rectificadas, cualquiera que sea la respuesta de este último a las reclamaciones hechas contra él.

Una cuestión a analizar es si la exigencia de que las contramedidas escogidas sean reversibles es absoluta. CRAWFORD considera que, si bien la reversibilidad es una condición sustancial en la aplicación legítima de las contramedidas, no siempre será posible respetarla; al tiempo que si el Estado lesionado puede elegir entre contramedidas eficaces de diverso tipo, que aplique aquella que sea reversible. Ilustran esta problemática ejemplos como la obligación de notificar cualquier acto en virtud de un tratado bilateral, pues de considerarse la no notificación como contramedida, resulta lógico, una vez cumplida la obligación de reparar, que no se puede dejar sin efecto la no notificación del acto, hasta la suspensión de obligaciones en el ámbito ambiental (CRAWFORD 2013: 13). Por su parte, la CDI se centra en los efectos de las contramedidas al reconocer que puede que no sea posible en todos los casos corregir todos los efectos de las contramedidas una vez que ha cesado el hecho que motivó su adopción, es decir, que sus efectos sean irreversibles, como en el caso de un daño de carácter financiero mediante la pérdida de lucros e intereses, que es raramente irreversible, pero los efectos consecuentes de este daño, como pueden ser la insolvencia de una compañía en cuestión, pueden ser irreversibles. Se asevera que las contramedidas y sus efectos no pueden ser irreversibles. Si un Estado lesionado adopta una medida irreversible y existe la posibilidad de otra medida que sea reversible, la legalidad de la contramedida puede ser cuestionada. Una medida irreversible contra un Estado que ha violado una obligación internacional equivaldría a una sanción, medida de carácter punitivo, y no una contramedida tal como se concibe en el DIP consuetudinario.

Se asume que la reversibilidad debe ser considerada como condición de validez de las contramedidas y sus efectos no pueden ser permanentes. La esencia es que debe existir siempre la posibilidad, una vez que el Estado autor del hecho ilícito internacional haya hecho frente a sus obligaciones, como parte de la relación de responsabilidad, de que la situación jurídica entre Estado lesionado y el Estado al que se dirige la contramedida se restablezca.

Otra de las condiciones de validez de las contramedidas es la proporcionalidad, término sobre el cual existe un debate doctrinal que ha sido fiel reflejo de los riesgos que presenta el término en estudio desde la perspectiva del DIP. Para los estudiosos del Derecho es un término común utilizado en otras ramas y que ha tenido un desarrollo doctrinal en varias ramas del Derecho, pero en el caso del DIP ha sido difícil determinar los criterios para su delimitación y ni siquiera existe una guía clara con respecto a cómo los Estados y los tribunales deben medirla.

Es importante señalar que, en materia de contramedidas, la proporcionalidad es relevante para determinar el tipo de contramedidas y el grado de intensidad de esta. Es así que esta condición sustantiva ayuda a frenar la reacción del Estado lesionado por el hecho ilícito internacional previo y a evitar escaladas cíclicas de abusos, es decir, el hecho que de la responsabilidad puedan surgir contramedidas desproporcionadas hace que sea necesario un presupuesto de seguridad para los Estados a los que se dirigen las contramedidas, al tiempo que se insta a un espíritu de moderación para los Estados que las apliquen.

No existe un criterio definitivo sobre las bases en que se puede fundamentar y los aspectos a tener en cuenta. VERDROSS defiende que no debe existir una desproporción manifiesta entre la represalia y el acto que la motiva (VERDROSS 1974: 33). Por su parte, BENNOURA expone que la contramedida debe ser en proporción con el grado de gravedad del hecho ilícito y sus efectos sobre el Estado lesionado (BENNOURA 1994:62). Es así que la condición de proporcionalidad se desarrolla en el campo de la apreciación; por ejemplo, el Estado lesionado congela los activos financieros del Estado autor del hecho ilícito en contramedida ante la demora de este último en las obligaciones de pago.

Se destaca el análisis de las distinciones entre proporcionalidad y equivalencia realizado por ZOLLER, el cual trascendió a los debates realizados en el seno de la CDI. El autor refiere que la proporcionalidad no exige matemática, pero sí igualdad relativa. Mientras la equivalencia encuentra sus límites en el campo de las cosas cuantificables, la proporcionalidad no está sujeta a estos límites. La proporcionalidad puede aplicarse sobre la base de la cantidad y también de la calidad. Es por eso, que, contrario a la equivalencia, la proporcionalidad puede referirse al comportamiento y a los valores morales. En el caso de las contramedidas, este autor defiende que la proporcionalidad no está limitada a la relación de la violación con la contramedida, sino en relación con el propósito destinado, el retorno del status quo ante, y los dispositivos que se recurrieron para lograrlo (ZOLLER 1984: 135). Así, el criterio de proporcionalidad se entiende como el conjunto de factores cuantitativos y cualitativos. RIPHAGEN distingue entre proporcionalidad cuantitativa y proporcionalidad cualificada, al afirmar que el requerimiento cuantitativo de la proporcionalidad obliga al Estado autor de la contramedida a aplicar la coerción en proporcionalidad a la gravedad del hecho denunciado como ilícito y al daño sufrido; mientras la proporcionalidad cualificada se refiere a la calidad y la intensidad de la contramedida en correspondencia con el hecho ilícito internacional (UN 1983: 13). En esa línea de pensamiento, ARANGIO-RUIZ profundiza en los factores cualificativos de la proporcionalidad al

considerar que debe tenerse en cuenta a la hora de aplicar una contramedida, el interés protegido por la obligación violada y la gravedad y los efectos de este hecho ilícito internacional (ARANGIO-RUIZ 1994: 18). Por su parte, CRAWFORD asevera que los elementos a evaluar al aplicar una contramedida proporcional son el daño sufrido, la gravedad del hecho ilícito internacional previo y los efectos negativos en el sujeto internacional lesionado (UN 2000: 13).

Así se va configurando la noción de proporcionalidad, que incluye la verificación de la adecuación de la medida tomada con el objetivo que se persigue; la gravedad del hecho y el impacto en los derechos de los Estados implicados, así como las denominadas cuestiones relacionadas con los principios reconocidos en el DIP.

A pesar de la complejidad de fijar el contenido y los límites del término proporcionalidad en el DIP, en el ejercicio de las contramedidas se han considerado determinados criterios objetivos que podrían brindar mayor seguridad jurídica. En primer lugar, la proporcionalidad no es equivalencia. En segundo lugar, se debe tomar en cuenta el daño sufrido, sus consecuencias desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, como lo son: la importancia del interés protegido por la norma violada, la gravedad de la violación y la finalidad de la contramedida a la hora de analizar la proporcionalidad de esta medida.

Además, se ha asumido como condiciones procesales para aplicación de las contramedidas, las acciones previas que debe realizar el Estado lesionado antes de ejecutarlas directamente, las que se enumeran a continuación: la necesidad, la temporalidad o provisionalidad y el requerimiento previo sin éxito.

La necesidad es la primera condición procesal de las contramedidas. Esta abarca la decisión del Estado lesionado de recurrir a las contramedidas con criterio razonable y de buena fe, y por su cuenta y riesgo, pero como último recurso cuando los demás medios han fracasado o son ineficaces para inducir al Estado infractor a cumplir con sus obligaciones.

La evaluación, por parte del Estado lesionado por un hecho ilícito internacional previo, de la necesidad de recurrir a contramedidas debe hacerse después de evaluar la disposición y la reacción del Estado infractor ante las demandas relativas al cese del hecho ilícito y su reparación *lato sensu*.

El requisito de que el Estado lesionado tenga en cuenta la medida en que el Estado infractor ha dado a sus peticiones una respuesta debida tiene por objetivo lograr un equilibrio adecuado entre la posición del Estado lesionado y la del Estado infractor. La necesidad pretende evitar que el Estado lesionado tenga excesiva latitud, en detrimento del Estado infractor, en el uso de las contramedidas. Así, la inexistencia de esa condición haría que el Estado infractor pueda ser objeto de contramedidas, incluso después de admitir su responsabilidad o mientras estuviese procediendo a dar reparación *lato sensu*. Por consiguiente, incumbe al Estado lesionado evaluar hasta qué punto sigue siendo necesario adoptar las contramedidas a la luz de la respuesta del Estado infractor a sus peticiones. La situación creada por el hecho ilícito requiere reacciones diferentes, según el Estado infractor responda a las peticiones del Estado lesionado con un no procede, es

decir, una denegación tajante de responsabilidad o, por el contrario, se brinde a dar una reparación adecuada y oportuna, o someta el asunto a un procedimiento obligatorio de solución por terceros o incluso explique al Estado lesionado que no se ha cometido ningún hecho ilícito internacional que se le pueda imputar. La finalidad de la condición de necesidad es que se tenga en cuenta a la hora de aplicar contramedidas, que estas son el último recurso para instar a un Estado u OI en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación de responsabilidad, cuando los demás medios han fracasado.

El carácter instrumental de las contramedidas, al adoptárseles como modo de exigencia y no de sanción, para inducir al Estado responsable a cumplir sus obligaciones de cesación y reparación *latu sensu*, es el fundamento de la condición de temporalidad o provisionalidad.

Otro elemento a tener en cuenta es que para que un Estado cometa un hecho ilícito internacional, la violación de una obligación internacional debe referirse necesariamente a una obligación en vigor para ese Estado. Al respecto, se considera inadecuado el tratamiento doctrinal que se ha construido en torno a la ausencia de la prescripción del derecho de un Estado perjudicado por un hecho internacionalmente ilícito. Contra toda violación de un derecho o la falta a un deber, es preciso que exista una acción con la que el perjudicado se defienda y el perjuicio se destruya, pero esa acción no debe estar por tiempo indefinido como una amenaza perpetua en manos del que la tenga. Que no prescriba significa que pueda manejarse esta institución jurídica conforme con condicionamientos políticos, pues un Estado perjudicado bien podría guardar esa habilitación para utilizarla como mecanismo de presión.

Se pudiera aplicar por analogía el nivel de gradación en el tiempo que presenta el Derecho penal internacional en materia de comisión de crímenes internacionales, en atención a la mayor o menor importancia de cada delito en sí mismo. En el caso del ilícito internacional, la gradación bien pudiese diferenciar en torno a si se ha violado una obligación que forma parte del *ius cogens* internacional, para el que se defendería la imprescriptibilidad, o si la transgresión se refiere a una norma multilateral que afecta a la comunidad internacional en su conjunto, o si la obligación violada solo se limita a una obligación bilateral que debiera presentar un término de prescripción. De esta forma, la temporalidad o provisionalidad de las contramedidas es esencial para que estas logren su función coercitiva.

El acto de requerir por parte del Estado lesionado al Estado infractor, antes de ejecutarse las contramedidas por el primero, ha tenido diversas interpretaciones, que abarcan el accionar de los órganos judiciales sin éxito, la notificación de las posibles consecuencias del hecho ilícito internacional y la negociación para el cese del incumplimiento de la obligación internacional, con la debida reparación.

No obstante, la obligación de negociar se entiende sin perjuicio de que este Estado tome las medidas transitorias de protección que sean necesarias para preservar sus derechos, pues mientras se negocia, se pueden adoptar contramedidas, provisionales y

urgentes o no, pero siempre sobre la base de obligar a que el Estado autor del hecho ilícito cumpla con la obligación de reparación.

El requerimiento más polémico y debatido relativo a la aplicabilidad procesal de las contramedidas ha sido la obligación del Estado lesionado de someterse de forma previa a un mecanismo de solución pacífica de controversias antes de ejecutarlas. Así el paradigma debe ser que, dada la naturaleza de las contramedidas, es conveniente que su desencadenamiento y realización se vean sometidos, en general, a un sistema de solución pacífica de controversias, pero la complejidad, las condiciones y el desarrollo del DIP hacen que se limite a privilegiar solo el uso de estos mecanismos, de decidirse por las partes. De esta forma, se defiende que el uso de los mecanismos de solución pacífica de controversias debe incluirse como una condición de aplicabilidad procesal de las contramedidas, como parte del ofrecimiento para negociar que consta como requerimiento previo.

Conclusiones

Las contramedidas son consecuencia jurídica de carácter instrumental del ilícito internacional previo y cláusula consuetudinaria de exclusión de la ilicitud. Su principal función es coercitiva, al instar al Estado autor del ilícito previo a que ejecute las obligaciones derivadas de la relación de responsabilidad. No son represalias, tampoco retorsiones, que son conductas lícitas en sí mismas, ni sanciones que se caracterizan por su función punitiva. No son parte de las medidas coercitivas unilaterales, que son un instrumento de coacción política y económica violatorio del DIP. No se pueden identificar con las medidas self-help ni con la legítima defensa que parte del hecho de un ataque armado consumado; así como tampoco con el estado de necesidad, que al igual que los actos unilaterales no dependen de la ocurrencia de un hecho ilícito previo. Son incompatibles con las medidas de suspensión de las obligaciones convencionales, las cuales están dirigidas a restaurar un determinado balance convencional.

Se identifican como condiciones de aplicabilidad de las contramedidas: a) los Estados y las organizaciones internacionales lesionados directamente por el ilícito previo son los sujetos internacionales legitimados para ejecutarlas; b) la reversibilidad entendida como la imposibilidad de que produzcan efectos permanentes y se restablezca la situación jurídica entre Estado lesionado y el autor del ilícito previo; y c) la proporcionalidad como la unión de los factores cuantitativo y cualitativo del daño sufrido, la importancia del interés protegido por la norma violada, la seriedad de la violación y la finalidad de la contramedida; d) la necesidad entendida como último recurso para instar a un Estado u organización internacional en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación de responsabilidad, cuando los demás medios han fracasado; e) la temporalidad considerada como la duración en un plazo corto y determinado mientras subsista el hecho ilícito previo; f) el requerimiento previo, que abarca en sí mismo el requerimiento lato sensu de la reparación, la notificación al Estado responsable de la decisión de tomar contramedidas y el ofrecimiento para negociar con aquel Estado, que incluye el uso de otros mecanismos de solución pacífica de controversias antes de ejecutarse estas.

Bibliografía

- ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín (2004) : « Countre-mesures et réglément de différends », *Révue Générale de Droit International Public*, 2, pp. 347-380
- ALLAND, Denis (2010): *The Definition of Countermeasures in the Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press.
- ANZILOTTI, Dionisio (1999): *Cours de Droit International*. Paris : Éditions Panthéon-Assas.
- ARANGIO-RUIZ, Gaetano (1994): «Countermeasures and Amicable Dispute Settlement Means in the Implementation of State Responsibility: A Crucial Issue before the International Law Commission», *European Journal of International Law*, 5, 9-23.
- BENNOURA, Martin (1994) “Le réglements des différends peut-il limiter le droit de se faire justice á soi-meme”, en *European Journal of International Law*, volume 5, Oxford : Oxford University Press, pp. 47-62.
- BODANSKY, Daniel y John R. CROOK, (2002) “The ICL’s State Responsibility Articles”, en *American Journal International Law*, volume 96, Washington D.C: American Society of International Law, pp. 769-788.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence (1992) *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, París : A. Pedone.
- BRIERLY, James Leslie (1965) *Direito Internacional*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1991) *Curso de Derecho internacional público*, Madrid: Tecnos.
- CIJ (1997) *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>, fecha de consulta: 17 de noviembre de 2018.
- CIJ (1923) *Collection of Judgments (1923-1930)*, Société d’Éditions A.W. Sijthoff, Leiden, disponible en https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf, fecha de consulta: 17 de noviembre de 2018
- CRAWFORD, James (2002): *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press.
- _____ (2013) *State Responsibility: The General Part*, Cambridge: University Press.
- ELAGAB, Omer (1988): *The legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law*. Oxford: Clarendon Press.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. (1996) *Textos de Derecho Internacional Publico*, Tecnos, Madrid.
- HERDEGUEN, Mathia, (1994) *Derecho Económico Internacional*, Biblioteca Jurídica: Pontificia Universidad Javeriana.
- KELSEN, Hans (1982) *Teoría Pura del Derecho*, México : UNAM.
- LEBEN, Charles (1982) “Les contre-mesures interétatiques et les réactions à l’illicite dans la société internationale”, en *Annuaire Français de Droit International*, volume 28, París: Editions du CNRS.
- REUTER, Paul (1978): *Derecho Internacional Público*. Barcelona : Bosch.

- ROMERO PUENTES, Yusnier (2009): *La Responsabilidad Internacional del Estado a causa del hecho ilícito internacional*. Tesis doctoral inédita. La Habana: Universidad de La Habana.
- ROSENSTOCK, Robert (2002) “The ILC and State Responsibility”, en *American Journal of International Law*, volume 4, Washington D.C.: American Society of International Law, pp. 188-199.
- UNITED NATIONS (1949): *Report of International Arbitral Awards*, United Nations, II.
- _____ (1978): *Yearbook of the International Law Commission United Nations*, II.
- _____ (1983) “Fourth Report on State Responsibility by Sr. Willen Riphagen”, en *Yearbook of International Law Commission*, volume II, part I, United Nations, New York, pp. 3-17, disponible en http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1983_v2_p1.pdf&lang=EFSRA, fecha de consulta: 13 de septiembre de 2017.
- _____ (2000) “Third Report on State Responsibility by Sr. James Crawford”, en *Yearbook of International Law Commission*, volume II, part I, United Nations, New York, pp. 3-15, disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2000_v2_p1.pdf; fecha de consulta: 9 de octubre de 2017.
- _____ (2001): *Yearbook of the International Law Commission United Nations*, II.
- VATTEL, Emer De (2004): *O Direito das Gentes*. Coleção de Clássicos. Prefácio e Tradução: Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais.
- VERDROSS, Alfred (1974): *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar.
- ZOLLER, Elisabeth (1984): *Peacetime Remedies: An Analysis of Countermeasures*. New York: Ed. Publishers Transnational.

