

MARÍA ALEJANDRA STICCA
Dra. en Derecho y Ciencias Sociales (UNC)
Profesora de Derecho Internacional

Elementos Estructurales del Estado de Necesidad en el Derecho Internacional Público

*Prólogo de Dra. Zlata Drnas de Clément
Profesora Emérita Universidad Nacional de Córdoba*

CÓRDOBA
2018

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

Sticca, María Alejandra

Elementos estructurales del estado de necesidad en Derecho Internacional Público / María Alejandra Sticca. - 1a ed. - Córdoba : Universidad Nacional de Córdoba ; Córdoba : Editorial Advocatus ; Córdoba : Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad, 2018.

332 p. ; 23 x 16 cm.
ISBN 978-950-33-1442-5

1. Derecho Internacional. 2. Responsabilidad. 3. Estado. I. Título.
CDD 341

Editado por:



Ciencia, Derecho y Sociedad
Editorial de la Facultad de Derecho y
Ciencias Sociales de la Universidad
Nacional de Córdoba

Impreso por:

ADVOCATUS

Obispo Trejo 181 - Córdoba
editorial@eadvocatus.com.ar
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en Argentina

*A mis padres Ditty y Nelay ejemplos de amor,
honestidad, trabajo y responsabilidad.
A mi esposo Walter J. Bovina, por su apoyo y comprensión,
y a María del Mar, María Julia y María Lucía,
mis tres florcitas que alegran mis días.*

PRÓLOGO

Me es una gran satisfacción prologar este trabajo, que es parte sustancial de la tesis doctoral de María Alejandra Sticca. La sólida formación de la autora, sus varios títulos de grado y de postgrado obtenidos en el país y en el extranjero (Abogada, Licenciada en Relaciones Internacionales, Notaria, Especialista en Aspectos Jurídicos y Económicos de Mercosur, Magister en Cooperación Internacional al Desarrollo y Acción Humanitaria, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales), al igual que su prolongada y reconocida práctica como docente e investigadora, dan fuerte respaldo a los resultados de esta obra.

He seguido la construcción de la tesis paso a paso desde sus inicios hasta su exitosa culminación en mi condición de directora de la misma. La tesis fue desarrollada, presentada y defendida en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la antigua y renombrada Universidad Nacional de Córdoba y calificada con justicia con la máxima estimación: sobresaliente con publicación recomendada.

Se ocupa de un tema apasionante, el “estado de necesidad” como circunstancia de exclusión de ilicitud en el derecho internacional. Esta causal ha sido la más discutida, la que mayores oposiciones ha despertado a través de los siglos, la que más confusiones ha manifestado en la práctica administrativa y judicial. Su aceptación siempre fue temblorosa por considerarse que contiene en sí misma la virtualidad de destruir todo el derecho establecido, y porque quien la invoca, a la hora de violar *prima facie* el derecho internacional establecido, lo hace *sua sponte, suo motu, de motu proprio*, sin esperar aval del lesionado, ni de terceros, ni de tribunales. Sin embargo, su larga presencia en el derecho -consolidada consuetudinariamente- no ha permitido obviarla en las propuestas normativas en materia de responsabilidad internacional. No debe olvidarse que el “estado de necesidad” busca salvaguardar intereses vitales de un Estado, los que al mismo tiempo, por su propia condición, son parte de los intereses vitales y del equilibrio de la sociedad internacional, lo que

eleva el rol del “estado de necesidad” como circunstancia de exclusión de ilicitud en el contexto de las demás causales.

Es un tema de altísima actualidad, ya que las grandes y variadas “crisis” de nuestro tiempo han llevado y llevan una y otra vez a la escena internacional a la defensa de necesidad, sola o emparentada con otras causales e institutos del derecho internacional. La encontramos invocada en las intervenciones por razones de humanidad y las actuaciones propias de la responsabilidad de proteger; en la justificación conceptual de la guerra preventiva; en los descargos por violaciones al *jus ad bellum* y al *jus in bello*; en las medidas para la protección de elementos esenciales del medioambiente; en la preservación de los mares y sus recursos; en disputas comerciales y financieras internacionales; en las alegaciones para defender el cierre de fronteras frente al alud de refugiados; ellas, entre muchas otras circunstancias.

El desarrollo de este trabajo -dividido en cinco capítulos- sigue una adecuada secuencia metodológica y lógica, la que por su nitidez y visibilidad no necesita de fundamentaciones.

En el *Primer Capítulo*, la autora busca conceptualizar al “estado de necesidad”, tratando de determinar si constituye una excusa o una justificación-aspecto aún hoy discutido en la doctrina-, lo que con solvencia va desentrañando, al mismo tiempo que va clarificando si se trata de una circunstancia excluyente de ilicitud o meramente de responsabilidad.

En el *Segundo Capítulo* se ocupa del “estado de necesidad” en las labores de la Comisión de Derecho Internacional, órgano de la Asamblea General dedicado a la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, cuyos ricos frutos son estructura de base de los más importantes complejos normativos que sostienen la rama jurídica (derecho de los tratados, derecho diplomático, derecho del mar, derecho internacional penal, etc.). La autora pone en valor los grandes aportes de los distintos relatores a través de más de cuatro décadas de labor y analiza críticamente las construcciones alcanzadas en los diferentes proyectos aprobados.

En el *Tercer Capítulo* compara al “estado de necesidad” con otras circunstancias excluyentes de ilicitud, precisando sus semejanzas y contrastes, buscando captar los elementos propios de la defensa de necesidad. Con adecuado criterio también se ocupa de las causas de terminación de los tratados, destacando sus diferencias con las circunstancias excluyentes de ilicitud.

En el *Cuarto capítulo*, releva la práctica internacional, no limitándose a la jurisprudencia, sino expandiendo la observación a asuntos resueltos entre partes y actos administrativos en los que se ha invocado directa o indirectamente la defensa de necesidad. Subdivide y clasifica esa práctica, rescata los elementos esenciales del instituto, incluso los que subyacen ocultos en los distintos pronunciamientos.

En el *Quinto Capítulo*, capítulo final de carácter conclusivo y acompañado de colofón, sustentándose en los anteriores, perfila los elementos estructurales, volviéndolos nítidos en su apreciación y alcances, discerniendo su sustrato general y destacando sus particularidades propias, todo ello sin dejar de visualizar la trascendencia que tiene el instituto defensivo para la preservación de la sociedad internacional y su sistema normativo. Pocas obras han aportado a la clarificación de los elementos del “estado de necesidad” y todo su complejo identitario como ésta.

El lenguaje es claro, directo, no deja aspecto dudoso sin someterlo a análisis, buscando contribuir (lo que logra con creces) con aportes duraderos, confiables, bien sustentados, al conocimiento de este instituto –desde sus entrañas mismas: sus elementos–, cuestión que largamente se ha mantenido en tinieblas o ha sido escasamente iluminada.

Zlata Drnas de Clément

INDICE

Prefacio	15
Palabras Preliminares	17

Capítulo 1: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y DOCTRINARIA AL ESTADO DE NECESIDAD

Introducción	19
Naturaleza del Estado de necesidad	20
¿Excusa o justificación?	20
¿Circunstancia excluyente de ilicitud o de responsabilidad?	28
Aproximación conceptual en distintas disciplinas jurídicas	35
Derecho Romano	35
Derecho Canónico	38
Derecho Penal	39
Derecho Penal Internacional	56
Derecho Internacional	60
Conclusiones Parciales	73

Capítulo 2: EL ESTADO DE NECESIDAD EN LAS LABORES DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI)

Responsabilidad de los Estados por hecho internacionalmente ilícitos	76
Aportes del Relator Especial Ago al tratamiento del estado de necesidad	83
Posición de los Gobiernos	98
Aportes del Relator Crawford al tratamiento del estado de necesidad	99
Posición de los Gobiernos	103
Requisitos para la invocación del Estado de Necesidad conforme al art. 25 del Proyecto de la CDI	104
Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales – Algunas consideraciones sobre el estado de necesidad	106
Conclusiones Parciales	117

Capítulo 3: EL ESTADO DE NECESIDAD FRENTE A OTRAS CIRCUNSTANCIAS DE EXCLUSIÓN DE ILICITUD Y FRENTE A CAUSAS DE TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS

Introducción	119
Comparación del estado de necesidad con otras circunstancias que excluyen la ilicitud	119
Fuerza mayor	121
Peligro extremo	128
Legítima defensa	132
Contramidas	139
El Estado de necesidad y las causas de terminación de los tratados internacionales	144
Causas de terminación de los tratados internacionales	144
Comparación entre las causas de terminación de los tratados y las circunstancias de exclusión de ilicitud	147
Procedimiento para dar por terminado un tratado	149
Consecuencias de la terminación de un tratado internacional	151
Comparación del estado de necesidad con algunas causas de terminación de los tratados	152
a. Violación grave del tratado	152
b. Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento	160
c. Cambio fundamental en las circunstancias (<i>rebus sic stantibus</i>)	163
Conclusiones Parciales	174

Capítulo 4 EL ESTADO DE NECESIDAD EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL

Consideraciones introductorias	179
A. Casos en los que se invocó el estado de necesidad ante un peligro grave e inminente para el medio ambiente	182
Asunto de la pesca de focas de peletería frente a la costa de Rusia	184
Asunto de la caza de focas de peletería en el Mar de Bering	185
Incidente del Torrey Canyon	189
Asunto jurisdicción de las pesquerías(España c/ Canadá)	191
Asunto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría / Eslovaquia)	194

B. Casos en los que se invocó el estado de necesidad para justificar el incumplimiento de obligaciones financieras	212
Consideraciones introductorias	212
Asunto de las indemnizaciones rusas (Rusia c. Imperio Otomano).....	213
Asunto concerniente al pago de diversos empréstitos serbios emitidos en Francia (Francia /Serbia-Croacia-Eslovenia).....	215
Asunto concerniente al pago en oro de los empréstitos federales brasileños emitidos en Francia (Francia c. Brasil)	217
Asunto de los bosques de Rodhope central (Grecia c/Bulgaria).....	218
Asunto de la Société Commerciale de Belgique (Bélgica c/Grecia)	219
Casos en los que la República Argentina invocó estado de necesidad	220
Caso CMS (Gas Transmisión Company) c/ República Argentina.....	221
Caso LG&E Energy Corp. y otros c/ República Argentina	231
Caso Continental Casualty Company c/ República Argentina.....	240
C. Casos en los que se invocó estado de necesidad para salvaguardar diversos intereses esenciales de los estados o de la comunidad internacional en su conjunto.	248
Asunto del Neptune (EE.UU. c/Gran Bretaña).....	248
Controversia respecto de bienes de nacionales británicos que vivían en Portugal (Gran Bretaña c/ Portugal)	250
Caso Caroline (EEUU c/Gran Bretaña)	250
Asunto de la Compañía General del Orinoco (Francia c/Venezuela)	252
Asunto del buque Wimbledon (Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón c/Alemania)	253
Asunto de los inmuebles de las minorías búlgaras en Grecia.....	255
Asunto Oscar Chinn (Gran Bretaña c/Bélgica).....	256
Asunto relativo a los derechos de nacionales de los Estado Unidos de América en Marruecos (Francia c/EEUU)	259
Caso RainbowWarrior sobre interpretación o aplicación de dos acuerdos concluidos el 9 de julio de 1986) (Nueva Zelanda c/ Francia)	260
Consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado	262
Conclusiones parciales.....	279

Capítulo 5 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL ESTADO DE NECESIDAD

Introducción	283
ELEMENTOS ESTRUCTURALES	
- Defensa de la corrección de una conducta ‘prima facie’ ilícita	287
- El “estado de necesidad” es una situación transitoria.....	288
- Existencia de un interés esencial del Estado, puesto en riesgo por un peligro grave e inminente	288
- Situación en la que existe un peligro grave e inminente para un interés esencial del Estado.	288
- Balance de intereses. La conducta-medida no debe afectar gravemente un interés esencial de otro Estado o de la comunidad internacional.	295
- La conducta ‘prima facie’ ilícita ha sido el único modo para el Estado de salvaguardar su interés esencial contra el peligro grave e inminente	298
- El Estado que invoca la licitud de su conducta no debe haber contribuido con su conducta presente o anterior a que se produzca el estado de necesidad.....	299
- Finalidad del sujeto que invoca el estado de necesidad – comportamiento voluntario	300
- Incumplimiento de una obligación frente a un sujeto inocente.....	302
- Conexión causal entre el incumplimiento de la obligación y el peligro.....	302
- El tipo de obligación internacional violada de que se trate determina la posibilidad de invocar el estado de necesidad o no	303
Colofón	305
Bibliografía	309

PREFACIO

El libro que ahora se publica es el fruto de mi tesis doctoral defendida el día 29 de junio de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córbova. Mi esfuerzo no ha sido una tarea individual por lo que deseo expresar algunos agradecimientos.

En primer lugar, deseo manifestar mi reconocimiento y gratitud a la *Dra. Zlata Drnas de Clément*, directora de la tesis, ejemplo tanto en la docencia como en lo humano, que me transmitió no sólo sus conocimientos sobre el derecho y la vida sino su amor por el conocimiento y su responsabilidad. Me acompañó, comprendió y corrigió, en fin, que tan generosamente me regaló largas horas de trabajo para que yo pueda estar publicando esta obra.

La tesis obtuvo la más alta calificación 10 (*diez sobresaliente con recomendación de publicación*) y es justo agradecer las observaciones y sugerencias realizadas por el tribunal que otorgó esa calificación. El Tribunal evaluador estuvo integrado por la *Profesora Doctora Lilian del Castillo* y los *profesores Dres. Guillermo Barrera Buteler, Ernesto Rey Caro*.

A mis compañeros/as de las Cátedras de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho (UNC), a mis compañeros/as del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales y a todas las autoridades de la Facultad de Derecho (UNC) por el apoyo y estímulo siempre brindado.

A mi familia porque me apoyó y acompañó durante todos estos años y, especialmente a mis hijas, porque con su ternura, comprensión y espontaneidad supieron alegrar e iluminar la tarea de la mamá.

PALABRAS PRELIMINARES

La responsabilidad constituye el “epicentro” de un sistema jurídico -tal como ha señalado P. M. Dupuy-, tema que desde años atrás viene llamando la atención de la Comunidad internacional y sobre el cual todavía no se ha alcanzado consenso

Dentro del vasto tema de la responsabilidad internacional por hecho internacionalmente ilícito, centramos nuestra atención en una de las circunstancias de exclusión de ilicitud: el *estado de necesidad*, mecanismo jurídico conflictivo, que ha sido receptado en los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Hecho Ilícito, el que si bien existe en la mayor parte de los derechos nacionales, en el plano internacional, encuentra resistencias por considerarse que cobija en su esencia la virtualidad de desconocer todo el derecho vigente.

En esta tesis nos propusimos indagar en este instituto de exclusión de ilicitud dada las encontradas posiciones doctrinarias en torno a su esencia, sus elementos estructurales y su función en el derecho. Por ello analizamos la práctica y la doctrina nacional e internacional en materia de *estado de necesidad* –como también de figuras análogas-, buscando determinar los elementos estructurales requeridos para la invocación de esta causal de exclusión de ilicitud. Ello, en base tanto al Derecho internacional consuetudinario y convencional.

La importancia de un desarrollo doctrinario del *estado de necesidad* como circunstancia de exclusión de ilicitud radica en su complejidad derivada de su carácter absolutamente excepcional.

Utilizamos el método inductivo, basado en la observación de la práctica de los sujetos del ordenamiento internacional en la materia objeto de investigación. Nuestro estudio se limitó a los últimos sesenta años, con algunas excepciones muy puntuales a este límite. La elección de 1946 como punto de partida se fundó en que ya en ese año las Naciones Unidas

manifestaron su preocupación por el desarrollo progresivo y la codificación de temas vinculados a la responsabilidad internacional.

Las labores de Comisión de Derecho Internacional (CDI) fueron un importante punto de apoyo para nuestra labor. La Comisión de Derecho Internacional trató el tema, particularmente, en 1980.

Tanto la práctica de los Estados como las decisiones judiciales y la doctrina, así como el Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hecho internacionalmente ilícito del año 2001 en su artículo 25, y el Informe de dicha Comisión, avalan la posible invocación del *estado de necesidad* como circunstancia que excluya la ilicitud de un hecho internacionalmente ilícito en condiciones limitadas, pero en ningún caso se establecieron los criterios suficientes conforme a los cuales dicha causa puede ser invocada.

Nosotros analizamos los distintos casos jurisprudenciales, contrastando las circunstancias propias de cada uno, despojando los pronunciamientos de las particularidades de cada caso para discernir los elementos sustanciales de valor estable que están en la base de esos dictámenes, lo que nos permitió discernir la construcción de doctrina jurisprudencial del derecho internacional en la materia, sustentada en distintas escuelas jurídicas, particularmente en lo que hace a la determinación de los elementos estructurales del *estado de necesidad*, objeto central de esta tesis.

Para ello secuencializamos el desarrollo basándonos en los siguientes tópicos: aproximación conceptual y doctrinaria al estado de necesidad (Capítulo 1), el estado de necesidad en las labores de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) (Capítulo 2), el estado de necesidad frente a otras circunstancias de exclusión de ilicitud y frente a causas de terminación de los tratados (Capítulo 3), el estado de necesidad en la práctica internacional (Capítulo 4), elementos estructurales del estado de necesidad (Capítulo 5) y colofón.

CAPÍTULO 1

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y DOCTRINARIA AL ESTADO DE NECESIDAD

INTRODUCCIÓN

El concepto de “estado de necesidad” ha sido definido de distintas maneras a través de los años y presenta un perfil particular según la rama jurídica que lo aborde. Algunos doctrinarios contemporáneos han señalado que puede actuar como excusa o como justificación. Por ejemplo, James Crawford y Simon Olleson entienden que, en sustancia, la invocación del estado de necesidad es una excusa de conducta¹, en tanto, por ejemplo, Roman Boed considera que puede ser una excusa o una justificación por la violación de una norma internacional que le es aplicable, tanto desde la perspectiva práctica como de la teórica².

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas ha conceptualizado a la “necesidad del Estado” como una situación de peligro extremo pero no para la vida de los individuos, sino para la existencia del propio Estado, su supervivencia política o económica, para la continuidad del funcionamiento de sus servicios esenciales, para el

¹ CRAWFORD, J. –OLLESON, S. “The Nature and Forms of International responsibility”, en EVANS, M.D. (Ed.), *International Law*, 2d. ed., Oxford University Press, New York, Suffolk, 2006, p. 469 considera que la invocación de un estado de necesidad es una excusa de conducta asumida (“necessity operates to excuse conduct taken which ‘is the only means for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril’”).

² BOED, R. “State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct”, en *Yale Human Rights and Development L.J.*, Vol. 3:1, 2000 (“the concept of necessity as an excuse or justification for a State’s breach of an international legal obligation from a practical and theoretical perspective.”)(obtenible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/LawJournals/Roman_Boed_YHRDLJ.pdf).

mantenimiento de la paz interna, para la supervivencia de un sector de su población, la preservación del medio ambiente de su territorio o parte de él³.

Cabe preguntarnos:

- si la invocación de “estado de necesidad” por parte de un Estado constituye una excusa o una justificación,
- si se trata de una circunstancia excluyente de ilicitud o de responsabilidad.

En este capítulo también consideraremos brevemente la percepción del estado de necesidad en distintas ramas del Derecho con el fin de determinar las características de la concepción del *estado de necesidad* en los distintos derechos internos.

NATURALEZA DEL ESTADO DE NECESIDAD

¿EXCUSA O JUSTIFICACIÓN?

Austin se pregunta “¿Cuándo se ofrecen excusas? En general, se trata de una situación en la que alguien es acusado de haber hecho algo o se dice de alguien que ha hecho algo malo, incorrecto... En consecuencia, él o alguien en su nombre tratará de defender su conducta o de sacarle de ella”⁴.

Para Brudner la discusión acerca del derecho de necesidad, por siglos, ha estado marcada por la discordancia existente entre la visión de los filósofos de una parte y de los jueces de otra⁵. Por ello hace una crítica a la teoría utilitarista anglosajona de la necesidad en tanto que justificación.

³ ILC Yearbook 1980, A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 1), p. 15. “The “necessity” then invoked is a “necessity of State”. The alleged situation of extreme peril does not take the form of a threat to the life of individuals whose conduct is attributed to the State, but represents a grave danger to the existence of the State itself, its political or economic survival, the continued functioning of its essential services, the maintenance of internal peace, the survival of a sector of its population, the preservation of the environment of its territory or a part thereof, etc.”

⁴ AUSTIN, J “Un alegato en pro de las excusas” en *Ensayos filosóficos*, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1975, pp. 169- 192 en https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D121A0103/2/material_docente/

⁵ BRUDNER, A. “A theory of necessity”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7 N° 3, 1987, pp. 339-368.

En líneas generales, se ha señalado que la excusa constituye el reconocimiento de una infracción pero pretende disminuir o cancelar el reproche. La justificación, por el contrario, es una manera de defender la corrección de una conducta, aun en casos en que la misma pueda ser considerada a primera vista como ilegítima⁶.

Considerar que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de dicho acto dispuso de un permiso del orden jurídico para actuar como lo hizo. Como señala Bacigalupo, “la característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc; no sólo respecto del autor, sino también de quienes lo han ayudado o inducido”⁷. El autor se plantea cómo puede el intérprete de una determinada circunstancia saber si está ante una causa de justificación o ante una excusa. A ello responde que la manera es recurrir a principios pre-legales, los cuales dieron lugar a dos teorías: monistas de la justificación⁸ y pluralista de la justificación⁹.

Thomas Hobbes considera que el estado de necesidad constituye una excusa a pesar de que señala: “the actor in a state of necessity should be

⁶ BOUZAT, A. y otros “El fundamento jurídico de un derecho de necesidad”, nota 2 pág. 1 en http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/navarro_derecho_de_necesidad.pdf. Para una exposición más profunda de este tema véase por ejemplo AUSTIN, J. “A Plea for excuses” en <http://www.ualberta.ca/~francisp/NewPhil448/AustinPlea56.pdf>; HART, H. “Legal Responsibility and excuses”, en <http://www.hist-analytic.com/Hartexcuses.pdf>. También se puede consultar BRUNDER, A. “A Theory of necessity”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7 N°3, 1987, pp. 339 – 368; GARDNER, S. “Instrumentalism and necessity”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6 N°3, 1987, pp. 431 – 438; SHUCHMAN, P. “Ethics and the problem of necessity”, *39 Temp. L.Q.* 279, 1965 – 1966, pp. 279 – 298; SIMONTON, J. “Ways by necessity”, *33 West Virginia Law Quarterly*, 100 1926 - 1927, pp. 64- 100.

⁷ BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 3ª reimpresión, Ed. Temis, Bogotá, 1996, p. 118.

⁸ Requiere un alto nivel de abstracción, sostienen que la justificación responde a la idea de “más utilidad que daño social” o de “utilización de un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico”.

⁹ Considera la esencia del ilícito como una lesión de intereses, en consecuencia sólo cabe aceptar dos principios justificantes: el principio de la ausencia de interés y el principio del interés preponderante.

totally excused; exculpation is to be preferred because no law can oblige a man to abandon his own preservation”¹⁰.

La excusa se centra en el *actor*. Si su conducta es excusable, sólo esa persona es excusada. Su razón se asienta más en la argumentación que en la lógica.

La justificación admite que una conducta encuadra en la concepción de ofensa pero la conducta no es ilícita desde que está totalmente justificada en las circunstancias del caso. La justificación pone el acento en el *acto*, por lo que si un acto es justificable para un ente, es justificable para todos en las mismas circunstancias. Se centra en una apreciación objetiva del acto, en su razonabilidad. Su lógica es más próxima a la invalidación o anulación de la norma presuntamente violada. Mousourakis entiende que la justificación opera en el supuesto de que, cuando se hace en los casos previstos, el acto en cuestión, por lesivo que pueda ser, se debe evaluar de manera diferente que cuando se hace en circunstancias normales, es decir, en aquéllas en las que la norma de prohibición original, se aplicaría. Entiende que, por lo general, la definición legal de una defensa basada en la justificación se centra en la referencia a la conducta en las circunstancias. Así, por ejemplo, para que la justificación de la legítima defensa sea admisible, se requiere que la fuerza utilizada sea necesaria, es decir, sea en respuesta a una amenaza real y suficientemente específica e inminente, y razonable, es decir, proporcional al ataque. El requisito de proporcionalidad limita la cantidad de la fuerza, y por lo tanto, la del daño que puede ser causado en defensa de un interés jurídicamente reconocido¹¹.

¹⁰ HOBBS, TH. *Leviathan*, pt. ch. 27.

¹¹ Cf. MOUSOURAKIS, G. “Justification and excuse”, *Tilburg Foreign Law Review*, vol. 7, 1998, pp. 36-64, en esp. p. 36. “Justifications operate on the assumption that, when done under the prescribed circumstances, the act in question, harmful though it may be, should be assessed differently than when done under normal circumstances, *i.e.* under those in which the original prohibitory norm would apply (...). Justifications are concerned with the objective evaluation of conduct. The conditions which give rise to claims of justification are understood to alter the grounds for the moral and/or legal assessment of a *prima facie* wrongful and unlawful act. An act which, in absence of the justificatory conditions, would normally be described as an offence is now considered to be right, or at least, legally permissible. Usually the legal definition of a justification-based defence is formulated so as to include certain limitations on the defence reflecting prior judgments as to what is reasonable, hence justifiable, conduct in the circumstances. For the defence of self-defence to succeed, for example, it is required that the force used must be

Grocio fue quizás quien primero planteó el problema de la necesidad en el derecho internacional. La necesidad crea, según Grocio, un genuino derecho y no meramente una excusa¹².

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su Informe de 1980 sobre el Proyecto de responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos ha señalado que algunos doctrinarios, sobre todo los más tempranos, han entendido que la justificación de estado de necesidad se caracteriza por la existencia de un conflicto entre dos derechos subjetivos, uno de los cuales, inevitablemente debe ser sacrificado, entendiéndose que encuentran base en la convicción de que existen ciertos derechos fundamentales, los que deben prevalecer sobre otros derechos de los Estados, hallándose entre los primeros el derecho a la existencia, a la auto preservación, a la conservación de sí mismo. Asimismo, hace presente que los juristas, con posterioridad, han rechazado la existencia de un “derecho de auto-preservación”, y que el derecho en cuestión debía ser incorporado en un menos teórico “derecho de necesidad”. Un alto número de juristas pasó a considerar que es incorrecto hablar de un “derecho subjetivo” del Estado que invoca el estado de necesidad, debiendo ser descrito como un conflicto entre un “interés esencial”, por un lado y un derecho subjetivo por el otro. Un tercer punto de vista, avanzado en la Comisión en el curso del debate, es que la situación debe ser descrita como un conflicto entre dos normas separadas abstractas que, debido a un conjunto fortuito de circunstancias, no pueden ser observados al mismo tiempo, por lo que debe prevalecer una sobre otra¹³.

necessary, i.e. in response to a sufficiently specific and imminent threat, and reasonable, i.e. proportionate to the attack. The requirement of proportionality limits the amount of force, and hence the harm, that may be used in defence of a legally recognized interest. Justification is precluded if the harm caused by the actor, although necessary to protect the interest at stake, is too grave as compared to the objective value of that interest. By contrast with justifications, excuses focus on the actor rather than the act. When a person pleads an excuse, the wrongfulness of her act is not denied.”

¹² “This right exists even against the innocent party, especially against the neutral. The moral justification of such right - important in a system based on the law of nature - has been given in book III, ch. I, 2...” citado por WEIDENBAUM, P. “Necessity in International Law”, en *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 24 Problems of peace and war, papers read before the Society in the Year 1938 (1938), p. 114.

¹³ Report of the International Law Commission on the work of its thirty-second session (5 May-25 July 1980), DOCUMENT A/35/10, p.35. “4) Traditionally, so-called

La CDI señaló en 1973 que a su juicio “el verdadero efecto de la existencia de esas circunstancias no consiste, normalmente al menos, en excluir la responsabilidad que, de otro modo, se derivaría de un hecho ilícito en sí, sino más bien en excluir que se califique de ilícito el comportamiento del Estado en una de las circunstancias mencionadas”¹⁴.

Sin embargo, Ago, en el ámbito de sus labores en la CDI, rechazó la concepción del estado de necesidad como un “derecho” emanado del derecho a la auto-preservación del Estado, considerándolo como una excusa frente a la violación de una obligación internacional del Estado

“justifications” have been sought for the situation described here by the term “state of necessity”. According to some writers, particularly the earlier ones, this situation is characterized by the existence of a conflict between two “subjective rights”, one of which must inevitably be sacrificed to the other: on the one hand, the right of State X, which State Y must respect under an international obligation binding it to State X, and on the other, a right of State Y, which the latter can in turn adduce against State X. This idea had its origin in the nineteenth century in the widespread belief that there were certain “fundamental rights” and that they necessarily prevailed over the State’s other rights. The so-called “right” defined as the “right of existence”, or more often as the “right of self-preservation” (“droit de la conservation de soi-même”, “droit de l’ autoconservation”, “Recht auf Selbsterhaltung”) was, it was held, the subjective right that should take precedence over the subjective rights of another State. Subsequently, jurists having rejected the existence of a “right of self-preservation”, the right in question was said to be embodied in a no less theoretical “right of necessity”. Most writers, however, consider it incorrect to speak of a “subjective right” of the State which invokes the state of necessity. The term “subjective right” denotes the possibility at law of requiring a particular service or course of conduct from another subject of law, but a person who invokes a situation of necessity as justification for his act makes no “claim” on others for service or conduct. The situation might therefore be better described as a conflict between an interest, however essential, on the one hand and a subjective right on the other. A third view, advanced in the Commission in the course of discussion, is that the situation should be described as a conflict between two separate abstract norms which, owing to a fortuitous set of circumstances, cannot be observed simultaneously, and that one of these norms governs the state of necessity. The Commission noted the various explanations given, but did not feel that it had to take a stand on them, since acceptance of one or other of the explanations was of no relevance in determining the content of the rule which it had to formulate”.

¹⁴ CDI *Anuario* 1973, vol. II, p. 179.

para proteger un “interés esencial”¹⁵⁻¹⁶. Señaló que la “idea de un derecho subjetivo de necesidad” era marginalmente aceptable en tiempos en que la ciencia del derecho no había refinado sus conceptos, pero que a la fecha del Informe era una “tontería”¹⁷. No por ello dejó de reconocer

¹⁵ Ago ha señalado “[t]he theory of fundamental rights of States (...) was the product of pure abstract speculation with no basis in international legal reality, and has since become outdated; in particular, the idea of a right of self-preservation has been completely abandoned.” (AGO, R. *Addendum to the Eighth Report on State Responsibility* (U.N. Doc. A/CN.4/318/ADD., reprinted in 1980 Y.B. INT.L L. COMM.N vol. II, p. 16, para. 7, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 1), p. 17 para 7).

¹⁶ Kant también rechazó la idea de “derecho de necesidad” y sólo aceptó que el hecho de la conservación mediante violencia, no debe ser considerado inocente (inculpable) sino únicamente incastigable (impunible), considerando una extraña confusión tomar esa impunidad subjetiva por una impunidad objetiva (una legalidad). Así expresó: “The so-called Right of necessity (*Jus necessitatis*) is the supposed Right or Title, in case of the danger of losing my own life, to take away the life of another who has, in fact, done me no harm. It is evident that, viewed as a doctrine of Right, this must involve a contradiction (...). It is clear that the assertion of such a Right is not to be understood objectively as being in accordance with what a Law would prescribe, but merely subjectively, as proceeding on the assumption of how a sentence would be pronounced by a Court in the case. An act of violent self-preservation, then, ought not to be considered as altogether beyond condemnation (*inculpable*); it is only to be adjudged as exempt from punishment (*impunibile*). Yet this *subjective* condition of impunity, by a strange confusion of ideas, has been regarded by Jurists as equivalent to *objective* lawfulness. The *Dictum* of the Right of Necessity is put in these terms, ‘Necessity has no Law’ (*Necessitas non habet legem*). And yet there cannot be a necessity that could make what is wrong lawful.” (KANT, I. *The Philosophy of Law*, Trad. W. HASTIE, B.D., T&T Clark, Edinburgh, 1887, p. 52). Más adelante toma como base de los derechos la fórmula de Ulpiano: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* y con relación a la segunda ley expresa: “*neminem laedere*: ‘do wrong to no one.’ This formula may be rendered so as to mean, ‘do no wrong to anyone, even if thou should be under the necessity (...).’” (*Idem*, p. 55). Christie analiza la defensa de necesidad desde el punto de vista legal y moral. Explora los fundamentos de porqué cuando alguien destruye la propiedad para salvar vida humana generalmente no se le requiere pagar compensación y porqué no se usa la defensa de necesidad cuando se sacrifica una vida para salvar varias amenazadas. Concluye afirmando que esa conducta no tiene fundamento ni legal ni moral. CHRISTIE, G. “The defense of necessity considered from de legal and moral points of view”, *Duke Law Journal*, vol. 48, March 1999, N° 5, pp. 975-1042.

¹⁷ “(T)he idea of a subjective right of necessity, which may have been marginally acceptable in times when the science of law had not yet refined its concepts, is absolute nonsense today...” (AGO, R. *Addendum to the Eighth Report on State Responsibility* (U.N. Doc. A/CN.4/318/ADD., reprinted in 1980 Y.B. INT.L L. COMM.N vol. II, p. 17, para. 7).

-como situación aceptada propia de la segunda mitad del siglo veinte- el recurso a la definición de “estado de necesidad” dada por Anzilotti en su Curso de Derecho Internacional: “*un Estado, obligado por la necesidad de salvarse de un peligro grave e inminente, que no ha causado voluntariamente y que no puede evitar de otra forma, comete un acto contrario al derecho de otro Estado*”¹⁸.

En similar sentido se ha pronunciado Schwarzenberger al negar el derecho a la auto-preservación por entender sería un super-derecho capaz de derogar las normas de derecho internacional¹⁹.

El proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de la CDI establece:

Artículo 25. Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y*
- b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.*

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o*
- b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.*

Artículo 26. Cumplimiento de normas imperativas

¹⁸ A/CN.4/318/ADD.5 A 7, p. 50.

¹⁹ SCHWARZENBERGER, G. «The Fundamental Principles of International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1955-I, Leyden, Sijthoff, t. 87, p. 344) (“If self-preservation were an absolute and overriding right, the rest of international law would become optional, and its observance would depend on a self-denying ordinance, revocable at will by each State, not to invoke this formidable super-right.”).

Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general.

El Informe de la CDI de 2001, en el comentario al art. 25²⁰ expresa:

*“1). Por la expresión “estado de necesidad” (“état de nécessité”) se designan los casos excepcionales en que la única forma que tiene un Estado de salvaguardar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente es, de momento, no cumplir otra obligación internacional de menor importancia o urgencia. En las condiciones estrictamente definidas en el artículo 25, esa **excusa** se reconoce como circunstancia que excluye la ilicitud”.*

Es de observar que la redacción en el art. 25 de circunstancia de exclusión de ilicitud “estado de necesidad” es la única de todas las circunstancias enunciadas que ha sido redactada en sentido negativo (“ningún Estado puede invocar el estado de necesidad... a menos que...”), modalidad impropia para enunciar un caso excluyente de ilicitud, más allá de que la CDI lo haya explicado en base a la situación de excepcionalidad e interpretación restrictiva que le es aplicable. La referencia a “interés” (ni del Estado, ni de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, menos aún para comunidad internacional en su conjunto), entendemos que no es adecuada ya que el término denota una percepción particularista, individualista de utilidad, provecho, beneficio, ganancia, ventaja, con la expresión “esencial” que le acompaña que conlleva el tinte de algo primordial, fundamental, principal. Si el interés es particular, sólo ese Estado estaría facultado para determinar si el mismo le es básico y no el derecho internacional (que pretende señalarlo como “limitación”). Si con ello se pretende indicar que se trata de una cuestión primordial para su propia existencia-supervivencia, y que debe justificar y fundar, probando que no tenía otra forma de preservar ese “interés”, está aceptando tácitamente que se trata de un interés de auto-preservación²¹. Tampoco sería adecuada la referencia a “interés” si se pensara en cuestiones esenciales

²⁰ ILC. *Report of the fifty-third session (2001)*, A/56/10, p. 200.

²¹ Si se busca señalar una conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o legal, no debiera ser concebida la circunstancia a modo de excepción, o de interpretación restrictiva.

para el Estado pero de conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral, material o legal.

Recordamos lo expresado previamente: la excusa admite la ilicitud del comportamiento pero busca atenuar sus consecuencias en base a argumentación centrada en el actor, su situación subjetiva en las circunstancias dadas. En cambio, la justificación no considera ilícito el comportamiento, obrando la necesidad de auto-preservación como excepción de la norma internacional y, en consecuencia, circunstancia eximente de ilicitud. Si se la considera excusa, por razones lógicas, no podría ser una circunstancia excluyente de ilicitud sino atenuante de responsabilidad. El Informe de la CDI de 2001, señala las diferencias del estado de necesidad con otras circunstancias excluyentes de ilicitud pero no funda el por qué la considera “excusa” y no “justificación”. Debe tenerse en cuenta que la excusa es algo individual, accidental, subjetivo, que no condice con una disposición de tipo general como la que se formula en el proyecto para el instituto (válida para todos los Estados en circunstancias equivalentes)²².

¿CIRCUNSTANCIA EXCLUYENTE DE ILICITUD O DE RESPONSABILIDAD?

Algunos doctrinarios y algunos proyectos de codificación que especificaremos más adelante prefieren la expresión “circunstancias que excluyen la responsabilidad” a la de “circunstancias que excluyen la ilicitud”. Por nuestra parte entendemos la primera de las opciones responde a la “excusa”, en tanto la segunda a la “justificación”.

María José y Fernando Falcon y Tella recuerdan el párrafo de la *Teoría del Derecho* de Kant que refiriéramos en el punto anterior, en el que distingue exención de punición (inculpabilidad), de la insusceptibilidad de punición (inimputabilidad), considerando a la “necesidad” (al igual que a la equidad) derecho equívoco, ambiguo, dudoso (*Zweideutig*)²³.

²² V. *infra* Cap. 5.

²³ FALCON Y TELLA, M. J. y F. *Punishment and culture: a right to punish?* Translation into English by Peter Muckley, M. Nijhoff, Boston, 2006, p.143: “An argument, likewise counter to the existence in Kant of only a retributive basis to imposing punishments, may be extracted from a work which is not strictly penal. This is the ‘Introduction to the

Para Kelsen²⁴ las expresiones “circunstancias que excluyen la ilicitud” y “circunstancias que excluyen la responsabilidad” son sinónimas. Ello en razón de definir el hecho ilícito en función de la responsabilidad engendrada por ese hecho. No compartimos esa posición porque entendemos que el principio base de la responsabilidad por hecho internacionalmente ilícito es que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste. Por lo tanto, si en un caso dado la presencia de una circunstancia determinada tuviera como consecuencia que un hecho estatal no pueda calificarse de internacionalmente ilícito, esa misma circunstancia automáticamente excluiría la responsabilidad internacional. En otras palabras, toda circunstancia que excluya la ilicitud de un hecho tiene necesariamente el efecto de excluir igualmente -pero de modo indirecto- la responsabilidad que se derivaría de ese hecho. En consecuencia, no existe ilicitud cuando media alguna de las circunstancias previstas porque, en virtud de la presencia de esa circunstancia, no existe el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito, es decir, la violación de una obligación internacional.

La CDI en 1979 consideró que las expresiones “*circunstancia excluyente de responsabilidad*” y “*circunstancia excluyente de ilicitud*” no eran sinónimos. Sólo pueden ser sinónimos para quienes definen al hecho ilícito en términos de la responsabilidad resultante del acto en cuestión. Hay una diferencia entre el hecho ilícito que resulta de una conducta del Estado que contradice una obligación impuesta al mismo por una norma primaria del derecho internacional, y la idea de responsabilidad que indica las consecuencias legales determinadas por una norma secundaria ante un

Theory of Law’, more particularly, those passages dedicated to the right of necessity. As one of the cases, together with equity, which illustrate the right, there is what Kant calls ‘Mistaken Right’ (*Zweideutigen Recht*). This consists in the ‘taking away someone’s life who has not threatened me always and only when my own life is in danger.’ As example might be a shipwrecked man who, in danger of death, throws overboard his partner in misery, to keep him afloat and so be able to save his own life. The curious thing is the justification Kant gives for such conduct. He does not consider it *exempt* from punishment (*inculpabile*), but rather as being unsusceptible to punishment (*inimputable*). Kant treats it as an example of the non-imputable, not as a case of pardon or the right to grace”.

²⁴ KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, Méjico, 1982, pp. 133 y ss. (obtenible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1039/pl1039.htm>)

ilícito²⁵. Ya en 1973 la CDI afirmó que “cuando un Estado involucrado en cierta conducta en circunstancias tales como la legítima defensa, fuerza mayor o la legítima aplicación de una sanción, esa conducta no constituye un hecho ilícito internacional porque, en esas circunstancias, el Estado no estaba compelido a cumplir la obligación internacional que normalmente hubiera tenido que respetar, por lo tanto no se dio una violación de la obligación. Consecuentemente, una de las condiciones esenciales para la existencia del hecho ilícito está ausente”²⁶.

Entendemos por *ilícito* la conducta prevista como antecedente de una sanción (acción u omisión que constituye violación de una obligación internacional). La ilicitud solamente es el antecedente de una sanción. Una conducta no es sancionada porque hiera determinados sentimientos o intereses o valoraciones, sino porque ha sido puesta como condición de una sanción y del nacimiento de una nueva relación (responsabilidad).

En el Proyecto de la CDI se enuncian las dos condiciones indispensables para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. La primera de estas dos condiciones, a saber, la presencia de un comportamiento consistente en una acción u omisión atribuibles al Estado según el derecho internacional (*elemento subjetivo*), es objeto del capítulo II del proyecto, en el que la Comisión se ha dedicado a definir cuáles son los «comportamientos» que el derecho internacional considera «hechos del Estado» para los efectos de determinar la existencia eventual de un hecho internacionalmente ilícito. Este *elemento objetivo* en que el comportamiento atribuido al Estado, sujeto de derecho internacional, constituye un incumplimiento por ese Estado de una obligación internacional que tiene a su cargo, es decir, para utilizar los términos del apartado *b* del artículo 3, en el hecho de que tal comportamiento constituye «una violación de una obligación internacional del Estado». La Comisión ya ha expuesto las razones que la han inducido a concretar en la «violación de una *obligación* internacional» el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito, así como la elección de tal expresión con preferencia a otras, como la violación de una «regla» o «norma» de derecho internacional. La Comisión ha señalado que la expresión elegida no sólo es la que se emplea

²⁵ A/CN.4/SER.A/1979/Add.1(Part2), p. 107.

²⁶ CDI *Anuario* 1973, vol. II, p.178, doc. A/9010/Rev. 1, cap. II, sec. B.2, párr. 7 comentario al art. 2.

más corrientemente en la jurisprudencia internacional y en la práctica de los Estados, sino que además es la más exacta. La *regla* es el derecho en sentido objetivo, mientras que la *obligación* es una situación jurídica subjetiva y el comportamiento del sujeto, tanto si es conforme a la obligación como si la infringe, interviene en relación con esa situación. Además, la obligación no tiene necesariamente y en todos los casos su origen inmediato en una regla en el sentido propio de la palabra, sino que puede haber sido impuesta a un Estado por un acto jurídico unilateral de ese mismo Estado o por decisión de un tribunal internacional o de un órgano de una organización internacional facultados para ello. La Comisión ha indicado igualmente las razones por las que ha preferido el término «violación» a otras expresiones análogas, como «incumplimiento», «transgresión» o «no ejecución»; «violación» es, en particular, el término empleado en el apartado *c* del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia²⁷.

Si en un caso puntual, se produce una colisión entre intereses jurídicamente protegidos debemos hacer prevalecer el superior, ello es lo que ocurre en el estado de necesidad, y por ello en este punto las normas secundarias determinan que frente a algunos supuestos, la violación de una norma primaria no configura un delito. Se rompe la relación entre comportamiento antijurídico y sanción por la intervención de una circunstancia que el orden jurídico entiende justifica dicho comportamiento. Así es como en el derecho penal y en el derecho civil, el estado de necesidad permite a una persona realizar, bajo determinadas condiciones, un acto lesivo a los derechos de otra. En nuestro caso, el estado de necesidad en que se puede encontrar objetivamente un Estado u otro sujeto de derecho internacional, justifica la realización de un hecho contrario a un derecho de otro sujeto, siempre que se reúnan las condiciones que oportunamente señalaremos.

Conforme al artículo 1 del Proyecto de artículo sobre responsabilidad internacional del Estado “*Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*”²⁸. Nos ubicamos de este

²⁷ CDI, *Anuario*, 1976, vol. II (segunda parte), pp. 73 -78.

²⁸ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

modo, en las normas secundarias (perinormas) del derecho internacional, es decir, aquellas que determinan las consecuencias de la violación o incumplimiento de las normas primarias cualquiera sea su fuente. No sólo los hechos ilícitos son generadores de responsabilidad, también los hechos dañosos no prohibidos la generan, aunque bajo otro título. En este punto nos ubicamos dentro de la responsabilidad *sine delicto*.

En consecuencia, en un caso concreto, la presencia de una de las circunstancias de exclusión de ilicitud determina que el hecho estatal no pueda calificarse de ilícito, por lo que no podría derivar ninguna forma de responsabilidad internacional. A los fines de la CDI, toda circunstancia que excluya la ilicitud de un hecho tiene necesariamente el efecto de excluir igualmente la responsabilidad.

Tal como lo señaláramos, cuando media una de estas circunstancias no existe ilicitud, porque no existe el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito, es decir, la violación de una obligación internacional.

“El comportamiento de un Estado, cuando tiene lugar, por ejemplo, en circunstancias de legítima defensa, fuerza mayor o ejercicio legítimo de una sanción, no constituye un hecho internacionalmente ilícito, ya que en tales circunstancias el Estado no tiene que observar la obligación internacional que normalmente debería respetar ni, por lo tanto, puede haber violación de tal obligación. Falta, por consiguiente, una de las condiciones esenciales para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito”²⁹.

Son causas de exclusión de ilicitud y no de responsabilidad porque tornan lícita una conducta que de otra manera sería ilícita. En este sentido se pronuncia Carrillo Salcedo, quien entiende que “el efecto de la presencia de alguna de esas circunstancias 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. Las causas o circunstancias excluyentes de ilicitud suponen, por consiguiente, la no comisión de un hecho ilícito y, en consecuencia, la inexistencia de responsabilidad internacional”³⁰.

²⁹ CDI *Anuario* 1979, vol. II, 2º Parte, p.127.

³⁰ CARRILLO SALCEDO, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público*, Edit. Tecnos, Madrid, 1996, pp.183 – 184.

Jiménez de Aréchaga se refiere a circunstancias en razón de las cuales un acto que causa perjuicio o daño puede ser justificable³¹.

Verdross sostiene que existen causas que suprimen la antijuridicidad y que informan todo el Derecho Internacional. Según este autor hay que distinguir el mero incumplimiento pasivo de un deber jurídico internacional por motivos de autoconservación y los casos en que un Estado interviene activamente en la esfera de un Estado inocente para salvarse de un estado de necesidad. En referencia al caso del buque norteamericano *Neptun*, expresó. “Vemos, pues, que el tribunal de arbitraje no vaciló en estimar aplicable a una situación interestatal el principio del estado de necesidad, comúnmente reconocido por los países civilizados, aun cuando no se hubiera ido constituyendo hasta entonces, ni quepa desentrañar hoy, una costumbre internacional en este sentido. Pero el estado de necesidad jurídico – interno sólo excluye la pena y no la antijuridicidad; también en el Derecho Internacional el acto cometido a impulso del estado de necesidad constituye un acto ilícito que obliga a la indemnización, pero no a la satisfacción, la cual encierra, como sabemos, un elemento penal”³².

Las circunstancias de exclusión de ilicitud son de aplicación general, se pueden invocar frente a la violación de una obligación internacional cualquiera sea su fuente. Pero dicha obligación debe provenir de una norma dispositiva.

Estas circunstancias no anulan, no dan por terminada la obligación internacional, sólo justifican el incumplimiento. Por ello, se las debe diferenciar de las causas de terminación de la obligación en sí.

El caso *Gabčíkovo – Nagymaros* la CIJ en el párrafo 101 del fallo observó: “*Incluso si se comprueba la existencia del estado de necesidad, no constituye una base suficiente para la terminación de un tratado. El estado de necesidad sólo puede invocarse para eximir de su responsabilidad a un Estado que no ha cumplido un tratado. Incluso si se considera justificada su invocación, el tratado no termina por ello; puede no surtir efecto*

³¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. “Responsabilidad Internacional”, en *Manual de Derecho Internacional Público*, Edit. por Sørensen, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 513 y ss.

³² VERDROSS, A. *Derecho Internacional Público*, 5ª Edición, Aguilar Ediciones, 1974, p. 332.

*mientras persista el estado de necesidad; de hecho puede ser inoperante, pero sigue vigente, a menos que las partes acuerden su terminación. Tan pronto como desaparece el estado de necesidad, renace la obligación de cumplir las obligaciones dimanantes del tratado*³³ - ³⁴.

A la misma conclusión arribó Fitzmaurice en su Cuarto Informe sobre Derecho de los Tratados de 1959 “cuando se aplica una de las circunstancias que excluye la ilicitud, el incumplimiento no sólo está justificado sino

³³ 101. *The Court will now turn to the first ground advanced by Hungary, that of the state of necessity. In this respect, the Court will merely observe that, even if a state of necessity is found to exist, it is not a ground for the termination of a treaty. It may only be invoked to exonerate from its responsibility a State which has failed to implement a treaty. Even if found justified, it does not terminate a Treaty; the Treaty may be ineffective as long as the condition of necessity continues to exist; it may in fact be dormant, but - unless the parties by mutual agreement terminate the Treaty - it continues to exist. As soon as the state of necessity ceases to exist, the duty to comply with treaty obligations revives. (CIJ Reports 1997)*

³⁴ El para 47 de la referida sentencia establece: 47. *Nor does the Court need to dwell upon the question of the relationship between the law of treaties and the law of State responsibility, to which the Parties devoted lengthy arguments, as those two branches of international law obviously have a scope that is distinct. A determination of whether a convention is or is not in force, and whether it has or has not been properly suspended or denounced, is to be made pursuant to the law of treaties. On the other hand, an evaluation of the extent to which the suspension or denunciation of a convention, seen as incompatible with the law of treaties, involves the responsibility of the State which proceeded to it, is to be made under the law of state responsibility. Thus the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties confines itself to defining - in a limitative manner - the conditions in which a treaty may lawfully be denounced or suspended; while the effects of a denunciation or suspension seen as not meeting those conditions are, on the contrary, expressly excluded from the scope of the Convention by operation of Article 73. It is moreover well established that, when a State has committed an internationally wrongful act, its international responsibility is likely to be involved whatever the nature of the obligation it has failed to respect (cf. Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, Advisory Opinion, ICJ Reports 1950, p. 228; and see Article 17 of the Draft Articles on State Responsibility provisionally adopted by the International Law Commission on first reading, Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. II, Part 2, p. 32).*

que va encaminado a que se reanude el cumplimiento tan pronto como desaparezcan los factores que causaban y justificaban el incumplimiento³⁵.

Cuando se invoca una circunstancia de exclusión de ilicitud, el Estado que pretende justificar-exculpar su comportamiento debe mostrar que ha cumplido con las condiciones establecidas acumulativamente por la norma que la contiene.

Para dar respuesta a las preguntas que nos formuláramos precedentemente, con una visión más amplia, nos vemos motivados a indagar en la percepción del estado de necesidad en la doctrina de distintas ramas del derecho, incluido, el Derecho internacional.

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL EN DISTINTAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

DERECHO ROMANO

Para el Derecho Romano el acto ilícito ejecutado por una persona con o sin intención de dañar que ocasionare un perjuicio a otra se denominó *damnum iniuria datum* y se lo incluyó entre los delitos civiles. La jurisprudencia romana elaboró las normas que lo regulan con alto grado de casuística.

La reparación del daño injustamente causado a cosas ajenas fue contemplado por la Ley de las XII Tablas que contenía disposiciones referidas a distintos supuestos. Dicha ley castigaba hechos dolosos, como el incendio de casas y cosechas, la tala de árboles, la devastación de pastos ajenos y la lesión producida al esclavo de otro con distintas sanciones que llegaban hasta la pena capital.

A instancia del tribuno Aquilio se sancionó un plebiscito que se conoció como *Lex Aquilia*, la cual dejó sin efecto las disposiciones contenidas en el Código Decenviral y en leyes anteriores que trataban del daño con injuria y significó un intento de generalización tendiente a sistematizar las

³⁵ FITZMAURICE, Cuarto Informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario CDI* 1959, vol. XII, p.44.

normas aplicables a todos los casos de daños injustamente causados, los cuales quedaron configurados como delitos productores de obligaciones³⁶.

En el Derecho Romano, cuando el individuo no podía tutelar los propios derechos sin sacrificar los de otro, no cometía delito si su hecho lesionaba un derecho menos o igualmente importante de aquél en peligro. Estaba justificado por una necesidad relativa.

Para Cardini en el “*Corpus Iuris*” el instituto aparece en forma casuística, fragmentariamente en distintos textos³⁷. De este modo, encontramos disposiciones aisladas que regulan distintos casos de estado de necesidad, en los que se exime de responsabilidad a los autores de los hechos. El estado de necesidad era admitido con carácter excepcional. Los preceptos más conocidos son los que encontramos en la Lex Aquilia, en la Lex Roída de jactu y en la de Incendio, ruina, naufragio *rate nave expugnata*.

No se reconoce la acción de la Ley Aquilia al dueño de la nave cuyas cuerdas hubiesen sido cortadas por marineros de otra nave, cuando esta última se encontrase enredada entre aquellas por haber sido impelida por los vientos, no habiéndose podido desenredar sino cortando las cuerdas; el mismo caso se da cuando la nave se hubiese enredado en las redes de los pescadores, siempre que no se hubiesen enredado por culpa de los marineros³⁸.

Tampoco se aplica la Ley Aquilia a quien impulsado por un justo miedo destruye la casa vecina para contener el incendio, para que el fuego no llegue hasta su casa³⁹.

³⁶ PEÑA GUZMÁN, L. y ARGÜELLO, L. *Derecho Romano*, 2ª edición, Tea edit., Buenos Aires, 1966, p. 391.

³⁷ CARDINI, E. *Estado de necesidad*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 95 ss.

³⁸ Digesto, Libro IX, Tít. II, Comentarios a la Ley Aquilia, Ley 29, párrafo 3. Escribe Labeon, que si cuando por la fuerza de los vientos hubiese sido impelida la nave contra las cuerdas de las áncoras de otras, los marineros hubiesen cortado las cuerdas, si de ningún otro modo, sino habiendo cortado las cuerdas, pudo ella desenredarse, no se ha de dar acción alguna. Lo mismo opinaron Labeon y Próculo respecto a las redes de los pescadores, en las que se había enredado una nave de pescadores. Pero si eso hubiese sucedido por culpa de los marineros, se debía aplicar la Ley Aquilia.

³⁹ Digesto, Libro IX, Tít. II, comentario a la Ley Aquilia, Ley 49, párrafo 1: Cuando dice que el daño causado con injuria se persigue por la Ley Aquilia, habrá de entenderse del siguiente modo: que se repunte daño causado con injuria el que con el mismo daño hubiese producido la injuria, a no ser que hubiere sido hecho precisándolo una fuerza grande, como escribe Celso del que cortó las casas vecinas para contener un incendio; porque

También se establecía que en los casos en que un navío se encontraba en una gran tempestad y se tornaba necesario el alijo, no correspondía la acción de locación contra el patrón de la nave si el daño se distribuía entre todos aquellos a quienes hubiese interesado el alijo⁴⁰.

Para que se aplicase el estado de necesidad en el Derecho romano, se exigía que el autor del hecho tuviese por fin evitar un mal, que no hubiese mediado dolo del autor⁴¹, que estuviese motivado por un verdadero temor⁴², ya que no hay justa excusa de un vano temor, y que el autor haya actuado obligado por una necesidad⁴³.

en este caso deja de tener lugar la acción de la Ley Aquilia, pues impulsado por justo miedo cortó las casas vecinas para que hasta él no llegase el fuego, y ya sea que llegase el fuego o que antes fuera apagado, opina que deja de tener lugar la Ley Aquilia.

⁴⁰ Digesto, Libro XIV, Tit. II De la Ley Rodia sobre el alijo, Ley 2, párrafo 2: Habiendo muchos mercaderes reunidos en una misma nave varios géneros de mercaderías, y navegando además en ella muchos pasajeros esclavos y libres, por haberse formado una gran tempestad se había hecho necesario alijo; después se preguntó lo siguiente: ¿deberían responder todos del alijo, también si algunos hubiesen embarcado tales mercancías, que con ellas no se gravase la nave, como piedras preciosas, brillantes, y de qué proporción se ha de responder, y se deberá acaso también por las personas libres, y por qué acción podrá demandarse esto? Se estableció que todos aquellos a quienes hubiese interesado que se hiciera el alijo, debían contribuir, porque deberían esta contribución las cosas conservadas; y así, que también el dueño de la nave estaba obligado a proporción. El importe del alijo debe distribuirse conforme al precio de las cosas; no puede hacerse estimación alguna de los individuos libres; los dueños de las cosas perdidas deberán ejercitar la acción de conducción contra el marinero, esto es, contra el patrón.

⁴¹ Digesto, Libro XIX, Tit. V De las acciones “Praescriptis verbis” y por el hecho, Ley 14 El que por conservar sus propias mercancías arrojó al mar las ajenas, no se obliga por ninguna acción, pero si esto lo hubiese hecho sin causa, se obliga por la acción del hecho, y si con dolo, con la de dolo.

⁴² Digesto, Libro L, Tit. XVII De las diversas reglas del derecho antiguo, Ley 184: No hay justa excusa de un vano temor.

⁴³ Digesto, Libro XIV, Tit. II De la Ley Rodia sobre el alijo, Ley 10, párrafo 1: Si tomaste en arrendamiento una nave con la condición de que en ella se transportasen tus mercancías, y sin verse obligado por ninguna necesidad el marinero transbordó aquellas mercancías a otra nave peor, sabiendo que no querías que se hiciera esto y se perdieron tus mercancías con la nave en que últimamente fueron transportadas, tienes contra el primer marinero la acción de locación por razón del arrendamiento. Dice Paulo: antes bien por el contrario si en aquella navegación perecieron ambas naves, cuando esto hubiese sucedido sin dolo ni culpa de los marineros. El mismo derecho habrá si retenido por la autoridad pública el primer marinero, se hubiese hallado impedido de navegar tus mercancías. El mismo derecho habrá, cuando de ti hubiese él tomado en

No podían ampararse en el estado de necesidad los que hubieran causado el mal y los que tenían la obligación de soportar el mal, quienes tenían que afrontar el peligro, como los soldados⁴⁴, los esclavos que ni aun heridos podían abandonar a su dueño en riesgo, y los mensajeros que no se les permitían revelar los secretos ni aun para evitar su muerte.

El fundamento de estas impunidades en el derecho romano fue o la falta de dolo o el carácter lícito del hecho.

DERECHO CANÓNICO

El origen del término *ius necessitatis* proviene de la doctrina canónica de la Edad Media y Moderna, aunque la idea de *necessitas* tiene precedentes más antiguos.

La primera expresión formal de relevancia para la historia del Derecho del principio «*necessitas non habet legem*» se encuentra en el llamado *Decretum Gratiani* (c. 1140). En su segunda parte, C. (causa) 1, q. (questio) 1, c. (capitulum) 39 señalaba que en caso extremo cualquier bautizado podía perdonar los pecados. En el d. (dictum) p. (post) c. (capitulum) señala el propio Graciano que hay que distinguir entre los sacramentos que son de dignidad, que han de ser administrados con respeto a las normas establecidas, y los que son de necesidad, «*Quia enim necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*».

Pero la regla que iba a dar lugar a un tratamiento intensivo por los juristas de todo el Derecho Común fue la 5, 18, 3 de las citadas Decretales, donde se decía que «*Comittens furtum ex necessitate non multum urgente, peccat, sed non graviter; unde imponenda est ei levi poenitentia*». Y a continuación se añadía que «*Si por razón de necesidad por hambre o desnudez*

arrendamiento con la condición de que te pagaría cierta pena si antes del día señalado no hubiese puesto tus mercancías en aquel lugar adonde hubieses arrendado que debían transportarse las mercancías, y no consistiese en él que no esperase que aquella pena le fuese remitida. El mismo derecho observaremos en este mismo caso, si se hubiere probado que el marinero no pudo navegar, impedido por una enfermedad. Lo mismo diremos, si lo hubiere motivado vicio de su nave, sin dolo malo ni culpa de él.

⁴⁴ Digesto, Libro LXIX, Tit. XVI De las cosas militares, Ley 3, párrafos 3, 4 y 22. Son castigados con pena capital *i.a.* 3. Los que no quisieron proteger a su jefe, o lo abandonaron, habiendo muerto él, son castigados con pena capital.

se hubiese hurtado alimentos, vestido o ganado, que se penitencie por tres semanas, y si hubiera restituido no se le obligue a ayunar». De lo anterior dedujo la doctrina que si la necesidad era grande y urgente, no había pecado⁴⁵.

En el Siglo XVII fue von Pufendorf quien en su obra *De Jure Naturae et Gentium* dedica el capítulo VI del libro II a «Del derecho de la necesidad». Influido por algunos textos del *De officiis*, de Cicerón, y por la doctrina canónica, se ocupa de «los privilegios que otorga la necesidad de nuestra propia conservación, para eximirnos de la obligación de observar en ciertos casos las leyes generales. Es decir, que es necesario examinar si se puede a veces hacer lo que las leyes prohíben, o dispensarse de hacer lo que ordenan, cuando quien se encuentra reducido, sin haber contribuido a ello por su culpa, a tal situación extrema, no podría de otro modo salvarse del peligro del que es amenazado». Se plantea luego «si la necesidad de conservar nuestra vida nos otorga algún derecho sobre el bien de otro» (§§ V a VII), discurriendo fundamentalmente sobre el llamado hurto fármico. Expresa: «En fin, la necesidad de salvar nuestro bien, nos otorga también el derecho de estropear y destruir el bien de otro. Pero esto sólo con restricciones» (§ VIII). Hace el autor entonces referencia a la echazón en la Lex Rhodia de *iactu* y al supuesto de que, ardiendo una hilera de casas, se tire una abajo, para que sirva como cortafuegos (ambos casos tomados del Digesto). También se refiere a la constitución forzosa de la servidumbre de paso. A estos ejemplos luego los encontramos en distintos doctrinarios (vg. Kant, Kelsen, Ago, etc.).

DERECHO PENAL

En esta parte del capítulo, efectuamos algunas consideraciones acerca de la recepción de la figura del estado de necesidad en el derecho penal atento al importante desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial que alcanzó en esta rama del derecho. En primer término, nos detenemos en el concepto y naturaleza jurídica del instituto, luego en los requisitos

⁴⁵ Ver GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. *Ilicitud, culpa y estado de necesidad: Un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil*, Dykinson, 2005, p. 111 ss.

necesarios para su invocación y finalmente nos concentramos en los Códigos Penales de Argentina, Brasil, Alemania, Francia, Italia y Japón.

Cabe señalar que modernamente se considera que la “fórmula del estado de necesidad” fue creada por los alemanes (*Notstand*), los italianos emplean la expresión “*estato di necessità*” y los franceses han adoptado el término *état de nécessité*.

Los elementos que identificamos con este análisis, si bien, no son directamente aplicables al Derecho Internacional en razón de la diferencias existentes entre dicho orden jurídico y el interno, nos permitirá transpolar aquellos elementos que se ajusten a las características del orden internacional. Además al haber sido receptado por los principales sistemas jurídicos internos ello demuestra que el estado de necesidad está arraigado en la teoría general del derecho y por lo tanto aún cuando se guardara silencio en el derecho internacional no se lo podría desconocer.

Aspectos conceptuales

En primer lugar nos referimos al concepto de estado de necesidad elaborado por destacados penalistas nacionales y luego nos detenemos en el concepto vertido por autores extranjeros.

Núñez conceptualiza el estado de necesidad como “*la situación en que se encuentra una persona que para salvar un bien en peligro, debe lesionar mediante una conducta penalmente típica, otro de un tercero que representa un interés jurídico menos valioso*”⁴⁶. Este autor destaca la tipicidad de la conducta del autor, requisito que se omite en los conceptos de otros autores y que dio lugar a críticas de otros doctrinarios entre ellos Soler para quien resulta redundante e innecesario hacer la aclaración que el hecho que comete el sujeto debe ser penalmente típico, puesto que es un presupuesto sobreentendido y sin el cual resultaría irrelevante determinar si el hecho debe ser justificado o no.

Por su parte, Soler llama, en general, estado de necesidad a una “*situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico*”⁴⁷. Este concepto comprende tanto la

⁴⁶ NÚÑEZ, R. *Derecho Penal Argentino*, Tomo 1, Parte General, Marcos Lerner Edit., Córdoba, 1987, p. 316.

⁴⁷ SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*, Vol. 1, Edit. Tea, Buenos Aires, 1986, p. 460.

legítima defensa como el estado de necesidad, pero éste se diferencia de aquélla en tanto la situación se produce sin que medie agresión alguna, el bien jurídico sacrificado es protegido por la ley y su titular sin culpa se ve privado de él.

Para Carrara el acto del sujeto en estado de necesidad es una *acción*, mientras que en la legítima defensa es *reacción*⁴⁸. Este autor entiende que el estado de necesidad no torna imputable al hecho sino que no será punible. Esto atento que el hecho en sentido absoluto será imputable no así en sentido relativo esto es como delito.

Creus lo define como “*la situación en que se encuentra un sujeto en la que, como medio – necesario – para evitar la pérdida de bienes jurídicos propios (o de un tercero en determinados casos), ataca un bien jurídico extraño de menor entidad que el que trata de salvar*”⁴⁹.

Fontán Balestra define al estado de necesidad con carácter general sosteniendo que es “*una situación de peligro actual para intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses jurídicamente protegidos de otro*”⁵⁰. Distingue entre coacción y estado de necesidad. Considera que en virtud de la coacción no actúa culpablemente quien lo hace bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente que parte de un ser humano. Para el autor, en el estado de necesidad la amenaza de un mal grave e inminente proviene de fuerzas no humanas⁵¹.

Dentro de la doctrina extranjera, Maurach concibe al estado de necesidad como un *estado actual de peligro*⁵² para intereses legítimos que

⁴⁸ CARRARA, F. *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, Parte General, vol. 1, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 191-194.

⁴⁹ CREUS, C. *Derecho Penal – Parte General*, 2º Edición, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 323.

⁵⁰ FONTÁN BALESTRA, C. *Derecho Penal. Introducción y Parte General* 16º Edición, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 361 ss.

⁵¹ FONTÁN BALESTRA, C. *Derecho Penal*, Ob. Cit. p. 361 ss.

⁵² Se entiende por *peligro* una situación en la que dadas las circunstancias concurrentes, se considera como probable la producción de un daño, una situación que, conforme a los principios generales de la experiencia, debe ser entendida como causante de un perjuicio. La presencia de un peligro implica, pues, un juicio que, si bien se obtendrá – principio de la experiencia – sobre la base de una consideración posterior generalizadora, se emitirá ex ante en el caso concreto: un peligro ha ocurrido pues también

*únicamente se puede conjurar por lesión de intereses legítimos de un extraño*⁵³. Este autor es quien ha desarrollado con mayor amplitud la teoría de la diferenciación. Afirma que para la definición y para su tratamiento, conviene desprenderse del derecho vigente. Agrega que para el derecho penal sólo es relevante aquella situación de peligro en que la acción de salvamento emprendida cumple el tipo de un hecho delictivo. Este autor siguiendo la doctrina germana, estudia separadamente el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante.

Entre los autores italianos, Manzini sostiene que el estado de necesidad está constituido por *una situación individual jurídicamente reconocida, por la cual quien se encuentra en ella es determinado a violar un precepto penal para la salvación propia o ajena, y que tiene por efecto justificar el hecho proporcionado al peligro, cuando la causa de tal peligro no pueda atribuirse a la voluntad del agente*⁵⁴. Para este autor se trata de una causa de justificación, el hecho cometido sin exceso se justifica porque el Estado reconoce al individuo una facultad legítima de actuar.

Por su parte, Maggiore considera que existe “*estado de necesidad cuando alguien, a causa de un hecho no imputable a él, se halla en la situación inevitable de no poder salvarse sino sacrificando a otro*”⁵⁵. Para este autor el estado de necesidad entra en el campo del derecho y por tanto en el de la justificación. Responde al instinto de conservación, incoercible en el hombre, si bien desde otro punto de vista pueda considerarse inmoral el hecho de sacrificar al prójimo para salvarse a sí mismo.

Para Von Liszt, el estado de necesidad es una “*situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos*”⁵⁶. El concepto dado por von Liszt fue adoptado por distintos autores por su certera brevedad que al decir de Jiménez de Asúa en esas

aun cuando no se haya producido en el caso particular el suceso objetivamente temido, causante del daño.

⁵³ MAURACH, R. *Tratado de Derecho Penal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 389.

⁵⁴ MANZINI, V. *Tratado de Derecho Penal*, tomo 3, 1º Parte Teorías Generales, Vol. 3, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1949, p. 126.

⁵⁵ MAGGIORE, G. *Derecho Penal*, Vol. I, Edit. Temis, Bogotá, 1954, p. 421.

⁵⁶ VON LISZT, F. *Tratado Derecho Penal*, vol. II, traducción de la 18º edición alemana, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1929, p. 341ss.

frases caben todas las situaciones necesarias, desde las más graves en que colisionan dos vidas hasta las más simples. Pero si queremos sólo encararlo como causa de justificación dejando de lado los supuestos inculpables, Jiménez de Asúa da este concepto “*El estado de necesidad es una situación de peligro actual o inminente de los intereses protegidos por el derecho, en la que no queda otro remedio que la violación de los intereses ajenos, jurídicamente protegidos, pero de inferior entidad, a condición de que el peligro no haya sido intencionalmente provocado por quien actúa en salvaguarda del bien o interés en conflicto*”⁵⁷.

Atento que los autores referidos definen al estado de necesidad en su género como una *situación*, nos detenemos a definir qué se entiende por tal. La Real Academia Española define: “*Situación: de situar. Acción y efecto de situar. Disposición de una cosa respecto del lugar que ocupa. Situar del latín situs, sitio, posición. Poner a una persona o una cosa en determinado sitio o situación*”⁵⁸. También se ha definido como “estado o constitución de las cosas o las personas”⁵⁹. Desde la teoría de la comunicación, la situación es el “lugar” desde donde el actor se relaciona con el escenario; un ámbito que sitúa al hombre y desde donde construye su interpretación de la realidad circundante y el potencial de desarrollo de su acción. La explicación situacional –primera reflexión que se efectúa en el denominado “momento explicativo”– es el cálculo que el sujeto realiza “desde adentro” de la circunstancia - de la que *es parte, forma parte y toma parte*- vale decir; como activo participante comprometido por motivaciones, valores, creencias y razones⁶⁰. También se ha señalado que la situación es un estado de cosas, de una cantidad de cosas, es decir, complejo múltiple, en el que se hallan factores objetivos, subjetivos, políticos, sociales y económicos⁶¹.

⁵⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Edit. Losada, Buenos Aires, 1952, p. 278.

⁵⁸ *Diccionario de la Lengua Española*, 16º edición, Madrid, 1936, p. 1165.

⁵⁹ *Lexipedia*, Vol. 3. Enciclopedia Británica, EEUU, 1995-1996, p. 422.

⁶⁰ OSSORIO, A. *Momento explicativo. Apreciación de situación* (http://www.sgp.gov.ar/contenidos/onig/planeamiento_estrategico/docs/biblioteca_y_enlaces/PE_PartII.pdf).

⁶¹ GARMENDIA, G. *Experiencia y Filosofía*, Ed. Colihue, Buenos Aires, 2004 (obtenible en www.colihue.com.ar)

Fundamento del estado de necesidad

Según Maggiore, todos están de acuerdo en que el autor del hecho en estado de necesidad no es punible, pero no hay acuerdo en cuanto al fundamento. El referido doctrinario divide las teorías en tres grupos:

- las que consideran a la acción ajurídica, es decir, fuera de la órbita del derecho. Bajo la presión de la necesidad, el ordenamiento jurídico positivo queda suspendido o abolida del todo. Tal es la opinión de *i.a.* Grocio, Pufendorf, Wolf, según los cuales en estos casos la ley natural prevalece sobre la escrita;
- las que consideran la acción injusta, pero le quitan el carácter criminal consideraciones subjetivas (Kant la justifica por la inutilidad de la pena; Feuerbach por la perturbación del ánimo en que se halla el necesitado);
- las que consideran la acción necesaria como justa, entre ellas la teoría de la colisión de derechos enunciada por Hegel y Berner y corregida por Stammler y Moreau⁶².

Para Maggiore el estado de necesidad entra dentro del campo del derecho, en el de la justificación. “En realidad, el estado de necesidad responde al instinto de conservación, incoercible en el hombre; y aunque el hecho de sacrificar al prójimo para salvarse a sí mismo, sea inmoral, como sostiene alguno, es ciertamente jurídico, porque ningún ordenamiento jurídico puede desconocer el derecho de la propia conservación...”.

Sermet, citado por Jiménez de Aréchaga, encuentra doce opiniones distintas sobre el estado de necesidad, he aquí la enumeración:

1. vuelta al estado de naturaleza (Grocio, Le Sellyer);
2. violencia moral (Tiraqueau, Mathaeus, Pufendorf, Rossi, Trébutien, Laborde, Garuad, etc);
3. teoría de las acciones mixtas, semi-voluntarias, semi-forzadas (Aristóteles, Filangieri);
4. Debilidad humana (Boltvinik)
5. Instinto de conservación (Janka);
6. Inutilidad de la ley penal (Kant, Bentham, Feuerbach, Garçcoa);
7. Falta de temibilidad (Alimena);

⁶² MAGGIORE, G. *Derecho Penal*, vol. I, Edit. Temis, Bogotá, 1954, pp. 421 ss.

8. Teoría del simple delito (Hälschner);
9. Irrelevancia jurídica (Fichte, Vidal);
10. La vida es un derecho absoluto, superior a todos los otros (Hegel);
11. Conflictos de intereses (Cremani, Stammer, Berner);
12. Conflicto de bienes (Moriaud)⁶³.

Por su parte, Jiménez de Asúa agrupó las teorías sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad en siete grupos⁶⁴, pero luego las redujo a cuatro, a saber:

- a) tesis de la neutralización (vuelta a la comunidad de bienes y al estado de naturaleza⁶⁵, sitúa la necesidad fuera del derecho penal⁶⁶ y de la inutilidad práctica de la represión⁶⁷);
- b) teorías subjetivas (inimputabilidad, impunidad, inculpabilidad y posición positivista)⁶⁸;

⁶³ Cf. SERMET, E. *L'état de nécessité en matière criminelle*, Paris, Rousseau, 1903, p. 181.

⁶⁴ 1. Doctrina de la vuelta a la comunidad de bienes y al estado de naturaleza; 2. teoría subjetiva de la violencia moral; 3. doctrina subjetiva de la inutilidad práctica de la represión; 4. teoría mixta de la propia conservación; 5. doctrina objetiva de la colisión de derechos o de bienes; 6. teoría que sitúa el estado de necesidad fuera del derecho; 7. escuela positiva.

⁶⁵ Esta doctrina fue la de la Iglesia. Los publicistas que pertenecen a la escuela del derecho natural y a la del contrato social, la acogen también. Grocio dio la siguiente fórmula: *neceitas rem reducit ad meram ius naturae*. Estas doctrinas tratan exclusivamente de justificar el apoderamiento de alimentos y vestidos, ejecutado bajo la imperiosa necesidad de aplacar el hambre o cubrir la desnudez.

⁶⁶ Fichte sitúa al estado de necesidad fuera del derecho. Hoy los partidarios de esta teoría lo sitúan fuera del derecho penal. La doctrina puede resumirse del siguiente modo: el delito necesario no presenta una importancia social suficiente para que se precise reaccionar contra él, más que por medio de una acción civil de indemnización de daños y perjuicios.

⁶⁷ La idea madre de esta teoría es: la pena impuesta contra el acto ejecutado por necesidad estaría desprovista de utilidad social, bien porque no lograría el fin que se propone o bien porque estos objetivos se alcanzaron ya sin haber tenido que recurrir a medios represivos. Una pena inútil es injustificable, por eso el delito necesario debe quedar impune. Kant, Feuerbach, Bentham se enrolan en esta postura.

⁶⁸ Muchos autores que aceptaron la impunidad del acto necesario por falta de acción práctica de la pena, buscaron *razones subjetivas*, en el propio necesitado, para fundar la inutilidad de la represión.

La *violencia moral*: esta doctrina es de carácter subjetivo y, afirma la naturaleza injusta del delito necesario, le deja impune, por estimarle cometido en una situación en que el

- c) doctrina intermedia de la colisión de intereses⁶⁹;
- d) doctrina que lo eleva a causa de justificación⁷⁰.

Por su parte, Terán Lomas clasifica a las teorías que se han formulado para fundamentar el estado de necesidad, en naturalistas (vuelta al estado de naturaleza; estado de naturaleza fuera del Derecho Penal; inutilidad de la amenaza penal), subjetivas (teoría de la propia conservación; teoría de la violencia moral; teoría de la debilidad humana; doctrina positivista fundada en la ausencia de peligrosidad y de móvil antisocial), objetivas

hombre tuvo que elegir coaccionado por la amenaza de un mal. Su génesis filosófica se halla en la *Ética* a Nicómaco de Aristóteles.

La debilidad humana: basan la impunidad del delito necesario en la feble condición humana.

Irresponsabilidad: Miller en el Derecho Norteamericano y en España, Castejón, consideran al estado de necesidad un caso de irresponsabilidad.

Escuela positivista: Ferri y Florián se remontan al motivo determinante que en el delito necesario es el de salvarse. El agente se encuentra, por tanto, en condiciones tales que suprimen su temibilidad por razón del móvil no antisocial que le guía.

⁶⁹ Esta teoría se ubican entre las subjetivas y las objetivas.

Teoría de la propia conservación: Pufendorf tiene el mérito de haber sido el primero que hizo de la necesidad un motivo general de impunidad, excusando no sólo los conflictos entre los bienes patrimoniales y la vida, sino también el homicidio necesario.

Teoría mixta de la colisión de intereses: von Buri, uno de sus exponentes, sostiene “una acción cometida para la salvaguarda de un bien jurídico importante, no es punible más que cuando la pérdida amenazada hubiera debido soportarse, según la naturaleza de sus relaciones con la lesión ocasionada”.

Teoría objetiva de la colisión de derechos o de bienes: esta doctrina que fundamenta la justificación cuando se la condiciona a la preponderancia del bien superior, es de eminente sello alemán. Su primer germen está en Hegel. Según el filósofo, cuando el hombre ejecuta un derecho necesario no puede invocar la excusa de la violencia moral: la impunidad de ese acto debe aplicarse apreciando su naturaleza intrínseca, esto es, situándose en el punto de vista objetivo. El estado de necesidad es, a sus ojos, un conflicto de derechos, de donde nace un derecho. El más absoluto de todos es el derecho a la vida; por eso, todo lo que la ataque “es una lesión infinita de la existencia y produce una pérdida total de derechos. No permitirle a un individuo salvaguardar su vida en peligro, sería negarle, de un golpe, todos los derechos”. Von Liszt que habla de la colisión de intereses se sustenta en esta teoría aunque con alguna variante.

⁷⁰ Quienes plantean el estado de necesidad como colisión de bienes o intereses jurídicamente protegidos, suelen situar esa eximente en el más alto puesto de causa de justificación en que queda excluido lo injusto.

Algunos penalistas alemanes adoptan la teoría de la diferenciación.

(plantean el problema como colisión de intereses o de derecho o de deberes o de bienes) y finalmente, las tesis diferenciadoras, cuyo origen lo encontramos en el derecho alemán (distingue entre los supuestos en que los bienes son iguales, y aquellos en que el bien protegido es superior)⁷¹.

Bacigalupo considera que el fundamento justificante del estado de necesidad es el interés preponderante. Esta consideración lleva a ponderar otros factores que rodean el conflicto de bienes. El orden valorativo de los bienes jurídicos que colisionan debe deducirse de la totalidad del ordenamiento jurídico. Lo decisivo no será la relación jerárquica de los bienes, sino el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social. Incluso se puede considerar los intereses individuales del afectado por la acción en estado de necesidad⁷²⁻⁷³.

Requisitos del estado de necesidad⁷⁴

El estado de necesidad es una situación de hecho extraordinaria, excepcional que el derecho contempla y regla. Debemos tener en cuenta que, a diferencia del estado de necesidad receptado por el Derecho internacional, en el Derecho penal el invocante de la causal es un individuo y con relación a sus circunstancias personales.

Es una situación de peligro actual o inminente para bienes protegidos, propios de quien ejecuta el hecho necesitado o de un tercero. Esa situación de peligro puede tener distintos orígenes, pero nunca haber sido producida por el sujeto necesitado. Es decir, el mal no debe haber sido provocado por el autor del hecho necesitado, ni el sujeto debe estar obligado a soportar el mal que lo amenaza

Por otra parte, el agente no tiene que haber dispuesto de otro medio idóneo no delictivo para intentar la salvación de su bien. El sujeto al ejecutar el hecho necesitado debe tener la finalidad de evitar el mal siendo éste un requisito subjetivo exigido para que proceda la justificación en algunos ordenamientos jurídicos. De allí que la finalidad del autor del mal menor

⁷¹ TERÁN LOMAS, R. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo 1, Astrea Edit., Buenos Aires, 1980, p. 377.

⁷² Pone como ejemplo que no es posible justificar el aborto contra la voluntad de la embarazada, aunque de esta manera se le salve la vida.

⁷³ BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal*, Ob. Cit, p. 129.

⁷⁴ A este punto lo retomamos en el capítulo 5.

es otro de los requisitos para que se configure el estado de necesidad, es decir, que no basta con que objetivamente el mal menor producido haya evitado un mal mayor e inminente, sino que el autor del hecho necesitado debe cometerlo con ese fin.

El mal, el hecho necesitado, debe ser entendido como una acción u omisión contraria al derecho, ilícita, antijurídica. Debe tratarse de una acción típica prevista en una figura penal. El mal causado debe entenderse como un ataque a un bien jurídico ajeno, pues el daño o destrucción de un bien propio no configura delito.

El concepto de mal grave es relativo, en tanto desea expresar que el mal que se procura evitar debe ser más grave que el que se causa tratando de conseguir aquello. La gravedad del mal a evitar se considera en relación con el mal que se causa. Creus considera que cuando la evaluación de los bienes comparados da como resultado que ambos poseen la misma jerarquía (por ej. vida por vida), la doctrina resuelve el conflicto como situación de inculpabilidad.

El mal, que tiene que ser inminente, requiere a la vez de la seguridad o, cuando menos, grave probabilidad de su ocurrencia en un lapso de tiempo suficientemente breve como para que el sujeto tenga que actuar en forma inmediata⁷⁵.

La inminencia es independiente de todo criterio cronológico, es inminente un mal a cuya merced se halla el sujeto. También considera inminente al mal que tiene continuidad por su reiteración frecuente como por ejemplo una inundación en zona de alta precipitación⁷⁶. La inminencia consiste en que el peligro para el bien jurídico de mayor valor que se pretende proteger, se muestre como un peligro actual, y que su producción esté por suceder de inmediato si no se hace algo para evitarlo.

Para determinar la diferencia entre los bienes se acude a la importancia de las penas contenidas en la Parte Especial. En este sentido, Soler considera que la magnitud de las sanciones con diversas escalas es ya un criterio positivo de valoración⁷⁷. La comparación estimativa debe hacerse de manera concreta, de bien a bien, de deber a deber. Es preciso establecer

⁷⁵ CREUS, C. *Derecho Penal*, Ob. Cit., p. 324.

⁷⁶ ZAFFARONI, E. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 634.

⁷⁷ SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*, Ob Cit., p. 462.

concretamente la situación de peligro y la relación existente entre el acto cumplido y el mal evitado o que se pretendió evitar.

Algunos autores exigen que la diferencia entre los bienes sea *esencial*, es decir, que el bien que se intenta salvar sea marcadamente superior al que se ataca.

También se requiere un conocimiento cierto o verdadera suposición de la situación de necesidad, ya que el sujeto que ignora la situación objetiva de necesidad en que actúa no es inculpable, porque su autodeterminación permaneció intacta, la necesidad no influyó en su motivación. En los casos de falsa suposición de la situación de necesidad, entendemos que el sujeto se encuentra amparado por la figura.

Otro de los requisitos es la racionalidad/proporcionalidad del acto que se pretende como salvador.

Estos son los requisitos que en general se exigen para la invocación de la figura, lo cual no obsta a que algunos ordenamientos jurídicos internos requieran otros.

*Recepción del estado de necesidad en Códigos Penales*⁷⁸

CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Artículo 34: No son punibles (...)

3° El que causare un mal para evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño (...).

Esta disposición proviene literalmente del Código Penal de 1886, a su vez derivado del Proyecto de 1881 y repetido con algunas modificaciones en los Proyectos posteriores de 1891, 1906, 1917, 1936, 1941, 1951, 1960, 1973, 1974 y 1980⁷⁹.

El Código Penal Argentino enuncia en forma escueta los elementos que son atinentes al estado de necesidad como causa de justificación. Ello parece responder a un intento de evitar abarcar las inmensas posibilidades que se pueden presentar en la casuística.

Esos elementos son:

⁷⁸ Analizamos la recepción del estado de necesidad en los Códigos Penales de países con importante doctrina jurisprudencial en la materia.

⁷⁹ VIDAL, H. *Illicitud. Justificación. Exceso*, Edit. Lerner, Córdoba, 1985, p. 49.

- El mal causado por la conducta necesaria debe ser menor que el que se pretende salvar.
- El mal debe ser inminente.
- El autor debe ser extraño al mal que le amenaza, es decir, que no lo haya causado.

El estado de necesidad no presupone una situación normal o inherente a la actividad profesional de quien ejecuta el hecho necesitado, sino presupone una situación excepcional, extraordinaria.

Soler sostiene que, conforme con nuestra ley, el caso típico de estado de necesidad debe ser definido como aquél en que un sujeto actúa cometiendo un mal para evitar otro mayor.

Conforme a este dispositivo, el mal evitado debe ser mayor que el mal causado. En este punto, la vulnerabilidad aumenta cuando entramos en ámbitos como el de la propiedad, en el que el principio de utilidad juega su rol⁸⁰. Por otra parte, debe acreditarse la relación existente entre el acto cumplido y el mal que con él se evitó o se pretendió evitar.

Para nuestro derecho penal, el estado de necesidad representa una causa de justificación, fundada en el mayor interés que el Derecho tiene en que se evite el mal mayor.

Para Núñez, por “mal” debemos entender algo que es ilícito, que se opone al derecho positivo. Continúa afirmando “éste mira como contrario a sus fines todo lo que ofende lo que para él significa un interés, sea que el objeto de este interés mire al individuo como tal, al individuo como miembro de la sociedad o al Gobierno en ejercicio de su propia finalidad”⁸¹.

El bien ofendido debe ser ajeno, pues la destrucción de un bien propio no es delito, salvo cuando involucra la ofensa de un interés ajeno⁸².

Nuestra legislación admite el resguardo de bienes propios o ajenos, no establece limitación alguna al respecto, acepta una amplia intervención en defensa de los bienes de terceros.

⁸⁰ Sobre este punto se puede consultar la obra de Ricardo Núñez que a continuación citamos.

⁸¹ NÚÑEZ, R. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, tomo 1, Marcos Lerner Edit. Córdoba, 1987, p. 319.

⁸² Ver ejemplos expuestos por Ricardo Núñez en la obra citada, p. 320 nota al pie 117.

En cuanto al mal mayor, Núñez considera que la valoración de los bienes en juego es de índole objetiva, por lo que lo determinante es el valor que al bien asigna el Derecho y no el autor del hecho⁸³.

CODIGO PENAL DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL
Decreto-Ley n° 2.848 de 07.12.1940 modificado por la Ley n° 9.777 en 26/12/98

Exclusão de ilicitude

Art. 23. - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Estado de necessidade

Art. 24. - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

1° - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

2° - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

El Código Penal brasileño considera que el estado de necesidad excluye la ilicitud del hecho, por lo que no se configura el delito. Dicha causa de exclusión debe reunir los siguientes requisitos:

- Existencia de un peligro actual no provocado e inevitable de otro modo.
- Necesidad de salvar un derecho propio o ajeno.
- Inexigibilidad del sacrificio del derecho amenazado en las circunstancias.

⁸³ NÚÑEZ, R. *Tratadode Derecho Penal*, Ob. Cit., p. 322.

- Inexistencia de una obligación de enfrentar el peligro por parte del agente.

Según Machado, la primera legislación positiva brasilera, el Código Criminal del Imperio de 1830, adoptó en el artículo 14 la teoría diferenciadora, al disponer que “*será o crime justificable e não terá lugar a punição déle: 1º Quando fôr feito pelo delinqüente para evitar mal mayor*”. La misma línea se mantuvo en el Código Penal de 1890 en el artículo 32⁸⁴. Luego de un paso por la teoría objetiva unitaria, el Código de 1969 retomó la teoría diferenciadora⁸⁵.

A diferencia del Código argentino, este Código enuncia más detalladamente los requisitos necesarios para la invocación del estado de necesidad, sin embargo, en cuando al mal que se causa y a los bienes que se ponen en juego, nada refiere.

CÓDIGO PENAL ALEMÁN

La Parte General en la Sección Segunda “Conducta Criminal”, en su Título IV “Legítima Defensa y Necesidad” contempla el estado de necesidad en una doble dimensión:

SECTION 34. NECESSITY AS JUSTIFICATION

“to avert an imminent and otherwise unavoidable danger to the life, limb, liberty, honor, property or other legal interest of himself or of another does not act unlawfully if, taking into consideration all the conflicting interests, in particular the legal ones, and the degree of danger involved, the interest protected by him significantly outweighs the interest which he harms. This rule applies only if the act is an appropriate means to avert the danger”.

SECTION 35. NECESSITY AS EXCUSE

“(1)Whoever commits an unlawful act in order to avert an imminent and otherwise unavoidable danger to his own life, limb, or liberty, or to that of a relative or person close to him, acts without guilt. This rule does not apply if under the prevailing circumstances the perpetrator

⁸⁴ “Artigo 32. Não serão criminosos: 1º Os que praticarem o crime para evitar mal mayor”.

⁸⁵ MACHADO, L. “Do estado de necessidade no Código Penal de 1969”, Anais do I. Congresso do Ministerio Público do Estado de São Paulo, *Justitia* Vol. I, Serviço de documentação jurídico do Ministerio Público, 1971, p. 317 ss.

could be expected to have assumed the risk, especially because he was himself the cause of the danger or because he found himself in a special legal relationship. If however, the perpetrator did not have to assume the risk with regard to a special legal relationship, the punishment may be reduced in accordance with the provisions of § 49(l). (2) If, in committing the act, the perpetrator assumes the existence of circumstances which under subparagraph (1) would excuse his conduct, he shall be punished only if he could have avoided the error. The punishment shall be reduced In accordance with the provisions of § 49(l)''.

El Código Penal Alemán recepta la teoría de la diferenciación, la cual distingue entre estado de necesidad justificante y exculpante. Para que funcione la justificación en Alemania se exige que el interés protegido sea significativamente más importante que el afectado.

El hecho necesitado debe ser ejecutado en orden a evitar un daño inminente y de otro modo inevitable para la vida o para la propiedad de un sujeto. Cuando el interés protegido tiene significativamente más valor que el dañado estamos ante un acto lícito.

En cambio, comete un acto ilícito quien sin culpa actúa con vistas a evitar un peligro inminente y de otro modo inevitable para bienes personales o patrimoniales propios o de un tercero cercano a él. Esta regla no se aplica si el sujeto debía asumir el riesgo o él mismo causó el peligro.

CÓDIGO PENAL FRANCÉS

TITULO II DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Capítulo II De las causas de exención o de atenuación de la responsabilidad

Artículo 122-7. No será penalmente responsable quien, ante un peligro actual o inminente que le amenace a él mismo, a otro o a un bien, ejecute un acto necesario para la salvaguarda de la persona o del bien, salvo si existe desproporción entre los medios empleados y la gravedad de la amenaza.

El Código Penal Francés contiene una enunciación exigua de los requisitos para la configuración del estado de necesidad. A diferencia del derecho italiano como veremos seguidamente, exige que se cierna sobre un sujeto o sobre un bien un peligro actual e inminente, por lo que el hecho

necesitado debe tener como objetivo la salvaguarda de una persona o un bien. El hecho debe guardar proporcionalidad con la amenaza.

CÓDIGO PENAL ITALIANO

LIBRO I DEI REATI IN GENERALE on le modifichie apportate dalle leggi 205/1999; 479/99, 507/1999; 7.12.2000 n. 397 (indagini difensive) G.U. 3 gennaio 2001 e legge 1.03.2001 n. 63 legge 27 marzo 2001 n. 97

54 Stato di necessità

Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo⁸⁶.

Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo.

La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo (611; 2045 c.c.).

La situación que, determina la aplicación de esta eximente, es la de una necesidad que conduzca a adoptar una conducta contraria al derecho penal objetivo. Debe tratarse de una necesidad tal que permita al sujeto adoptar una conducta voluntaria a diferencia de lo que ocurre en la fuerza mayor por ejemplo. Por lo tanto, los requisitos son:

1. un peligro actual e inevitable,
2. un peligro de grave daño personal,
3. no haber dado voluntariamente causa al peligro,
4. necesidad de salvarse o de salvar a otro,
5. la proporción entre el hecho y el peligro.

⁸⁶ El art. 54 del Código Penal Italiano dispone “No será punible quien cometiere un hecho por haberse visto obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otro del peligro actual de un daño grave a la persona, peligro no voluntariamente causado por él, ni evitable de otra manera, con tal que el hecho sea proporcionado al peligro”.

El peligro debe tener por objeto un daño grave sobre un bien personal y no patrimonial. Por otra parte, se exige que el agente no haya dado voluntaria /dolosamente causa al peligro.

El concepto de necesidad se refuerza al requerirse la “necesidad de salvar” y al requerir que “no sea evitable de otra manera”.

Finalmente, el hecho no debe pasar los límites que la necesidad prescribe, y si los supera no podrá ser justificado porque representa un exceso.

El estado de necesidad no puede ser invocado por el que tenga el deber jurídico de exponerse al peligro.

En el último apartado del artículo 54, se prevé la situación que el peligro resulte de la obra de un tercero. Esto ocurre cuando una persona se ve obligada a reaccionar, no contra la persona que determinó la situación peligrosa sino contra una persona extraña a la causa que fue ocasión del peligro. En consecuencia, las disposiciones del estado de necesidad se aplican “aunque dicho estado fuere determinado por la amenaza de otro; pero en este caso será responsable del hecho cometido por la persona amenazada, el que la obligó a cometerlo”⁸⁷.

Para Maggiore, el daño que se busca evitar debe ser grave, pues es la única manera de justificar el sacrificio de un inocente⁸⁸. Por otro lado, cuando el dispositivo requiere que el agente no haya dado *voluntariamente* causa al peligro, ello equivale a decir *dolosamente*.

CÓDIGO PENAL DE JAPÓN

Act of necessity

Article 37. Acts unavoidably done in order to save from an immediate danger the life, body, liberty, or property of oneself or another person shall not be punished only when the damage caused thereby does not exceed in degree the damage going to be averted. Provided that,

⁸⁷ En cuando a los *efectos civiles*, el art. 2045 del Código Civil dispone “*Cuando el que ha cometido un hecho dañoso se ha visto obligado a ello por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro del peligro actual de un grave daño a la persona, y el peligro no ha sido voluntariamente causado por él, y no era evitable de otra manera, se le debe al perjudicado una indemnización, cuya cuantía se deja a la equitativa apreciación del juez*”.

⁸⁸ MAGGIORE, G. *Derecho Penal*, vol. I, Ob.Cit, p. 424.

according to the circumstances, penalties may be reduced or remitted for acts in excess of the limits.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not apply to persons under special obligation in professional lines⁸⁹.

El Código japonés establece que no constituye delito o, en su caso, puede ser reducida la pena, cuando el acto de necesidad es ejecutado en orden a salvar, frente a un peligro inminente, un bien personal o patrimonial propio o ajeno. El acto de necesidad debe guardar proporción con el daño que se pretende evitar y no debe existir obligación profesional de soportar el daño.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL⁹⁰

En el marco del Derecho Penal Internacional, el artículo 31 del Estatuto de Tribunal Penal Internacional contempla al estado de necesidad en los siguientes términos:

Artículo 31. Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: (...) d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: i) Haber sido hecha por otras personas; o ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

2. La Corte determinará si las circunstancias eximentes de responsabilidad penal admitidas por el presente Estatuto son aplicables en la causa de que esté conociendo.

⁸⁹ Este artículo pertenece al Cap. VII: *Chapter VII. Non-constitution of a Crime and Reduction or Remission of Penalty. The Penal Code of Japan 1996 (Law No. 45, April 24, 907).EHS Law Bulletin Series.EHS Vol. II, PA-PC.*

⁹⁰ Estimamos que debería decir «Internacional Penal».

3. *En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21⁹¹. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba⁹².*

Uno de los antecedentes de la Corte Penal Internacional y su estatuto es el Estatuto del Tribunal para la exYugoslavia, el que no contiene un artículo semejante. Sin embargo, el estado de necesidad fue invocado como defensa en el caso DRAŽEN ERDEMOVIĆ, case No. IT-96-22-T at 9 (*“While the complete defence based on moral duress and/or a state of necessity stemming from superior orders is not ruled out absolutely, its conditions of application are particularly strict.”*). El Tribunal sólo lo consideró asimilable a una circunstancia atenuante⁹³, de modo similar al fijado en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg⁹⁴.

⁹¹ Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Art. 21: Derecho aplicable. 1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos. 2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. 3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.*

⁹² Es de observar que el artículo se refiere a personas atento a que se trata de una Corte Penal Internacional que no juzga actos ilícitos de los Estados.

⁹³ Ver KALAMATIANTOU, Ph. «L'état de nécessité sous l'angle du Droit pénal comparé et de la justice pénale internationale», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2-2004, pp.449-457.

⁹⁴ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (8 de agosto de 1945) establecía en su art. 8 “El hecho de que el acusado hubiera actuado en cumplimiento de órdenes de su Gobierno o de su superior jerárquico no libera al acusado de responsa-

El Tribunal para la exYugoslavia en su sentencia de noviembre de 1996 en el referido caso expresó:

19. Mientras que la defensa completa basada en la coacción moral y / o un estado de necesidad derivadas de órdenes superiores no se descarta en absoluto, sus condiciones de aplicación son muy estrictas. Debe buscarse no sólo en la existencia misma de un orden superior -que primero debe ser probada -, sino también y sobre todo en las circunstancias que caracterizan cómo se dio la orden y la forma en que se recibió.

En este enfoque caso por caso -adoptado por los tribunales después de la guerra- a la hora de evaluar los elementos objetivos y subjetivos que caracterizan la coacción o el estado de necesidad, corresponde a la Sala examinar si el acusado en su situación no tenía el deber de desobedecer, si existía la opción moral de hacerlo, o tratar de hacerlo. En el uso de este enfoque riguroso y restrictivo, la Sala se basa no sólo en los principios generales del derecho como se expresa en numerosas legislaciones nacionales sino también en la discrecionalidad jurisdiccional. Con respecto a un crimen contra la humanidad, la Sala considera que la vida del acusado y la de la víctima no son completamente equivalentes. A diferencia del derecho común, la violación en este caso ya no ataca sólo el bienestar físico de la víctima, sino a la humanidad en su conjunto.

20. Sobre la base del enfoque caso por caso y teniendo en cuenta todos los elementos de que dispone, la Sala de Primera Instancia considera que la prueba de las circunstancias específicas que puedan exonerar al acusado de su responsabilidad, no se ha proporcionado. Por lo tanto, la defensa de la coacción que acompaña a la orden de un superior, como el Secretario General parece sugerir en su informe, se tendrá en cuenta en el momento en que otros factores sean tomados en consideración como circunstancias atenuantes. En conclusión, la Sala de Primera Instancia, por todas las razones de

bilidad, pero ese hecho podrá considerarse para la atenuación de la pena, si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere?.

*hecho y de derecho considera válida la declaración de culpabilidad de Dražen Erdemović*⁹⁵⁻⁹⁶.

Se ha señalado que la invocación de la orden de un superior es un medio de impugnar la *mens rea*, elemento de los crímenes de guerra, ya que la compulsión lleva a la necesidad de la elección entre males. Las exigencias de la disciplina militar y las consecuencias de la insubordinación llevan al subordinado a la difícil posición de exponerse si no cumple con la orden, por insubordinación, a la ejecución por orden de un consejo de guerra y, si obedece la orden, a la horca por un juez o tribunal por haber

⁹⁵ Le jugement dans l'affaire *Erdemović* IT-96-22-T du 29 novembre 1996: “19. *Accordingly, while the complete defence based on moral duress and/or a state of necessity stemming from superior orders is not ruled out absolutely, its conditions of application are particularly strict. They must be sought not only in the very existence of a superior order - which must first be proven - but also and especially in the circumstances characterizing how the order was given and how it was received. In this case-by-case approach - the one adopted by these post-war tribunals - when it assesses the objective and subjective elements characterizing duress or the state of necessity, it is incumbent on the Trial Chamber to examine whether the accused in his situation did not have the duty to disobey, whether he had the moral choice to do so or to try to do so. Using this rigorous and restrictive approach, the Trial Chamber relies not only on general principles of law as expressed in numerous national laws and case-law¹³, but would also like to make clear through its unfettered discretion that the scope of its jurisdiction requires it to judge the most serious violations of international humanitarian law. With regard to a crime against humanity, the Trial Chamber considers that the life of the accused and that of the victim are not fully equivalent. As opposed to ordinary law, the violation here is no longer directed at the physical welfare of the victim alone but at humanity as a whole.*20. *On the basis of the case-by-case approach and in light of all the elements before it, the Trial Chamber is of the view that proof of the specific circumstances which would fully exonerate the accused of his responsibility has not been provided. Thus, the defense of duress accompanying the superior order will, as the Secretary-General seems to suggest in his report, be taken into account at the same time as other factors in the consideration of mitigating circumstances. In conclusion, the Trial Chamber, for all the reasons of fact and law surrounding Drazen Erdemović's guilty plea, considers it valid*”.

⁹⁶ INSCO, J. B. “Defense of superior orders before military commissions”, 13 Duke J. of Comp. & int'l l., pp. 389 y ss. El autor recuerda que: “the defense of superior orders is a means of challenging the *mens rea*, or mental culpability, elements of war crimes. Whether viewed as an independent defense based on the same tenets as other accepted criminal defenses, or as a proxy for challenging the element of an illegal act, the manifest illegality principle is a legitimate means of immunizing a soldier from unreasonable culpability where the soldier follows orders under ambiguous conditions while not altering the burdens of command responsibility.” (p.394).

cometido un crimen. El artículo 90 del Código Uniforme de Justicia Militar (UCMJ) establece que un acusado no puede ser declarado culpable de insubordinación si la orden era en realidad ilegítima. Sin embargo, la ley presume la legalidad de las órdenes y castiga la desobediencia a menos que la orden sea claramente ilegal, ponderación incierta que conlleva serios riesgos para el subordinado. Mientras el demandado puede plantear la defensa de subordinación/coacción en la situación, el fiscal debe tratar de probar que el subordinado, en realidad, subjetivamente, conocía la ilegalidad de la orden. Si el fiscal logra demostrar que el subordinado sabía que la orden era ilegal, pero siguió la misma a pesar de ello, la defensa no tendrá éxito en negar el elemento de *mens rea* como elemento del acto criminal. Si por el contrario prueba que la ilegalidad de la acción no era manifiesta para el subordinado o que éste se sentía como Ulises entre Escila y Caribdis, tratando de salvar su propia vida, se evita la responsabilidad absoluta del subordinado para atribuir el conocimiento y la responsabilidad por las violaciones a los superiores⁹⁷, concepción próxima a la idea de autopreservación.

DERECHO INTERNACIONAL

La aceptación de la *necesidad* como una circunstancia excluyente de ilicitud de un comportamiento del Estado contrario al Derecho internacional en una *primera etapa* fue implícitamente admitida por los autores clásicos de los siglos XVI, XVII y XVIII, fundada en la idea de “*autoconservación*” (*self-preservation*), si bien tiempo después comenzaron las críticas al ser relacionada a fines de expansión o dominación.

Hugo Grocio en el siglo XVII observó que muchas naciones en sus derechos internos reconocían el derecho a la autopreservación, por lo que consideraba a este principio igualmente aplicable a las relaciones interestatales. Destacó las limitadas circunstancias en las cuales un Estado podría estar justificado al invocar un derecho de necesidad. Cuando escribió acerca de los derechos de las potencias neutrales durante una guerra y afirmó que “*nothing short of extreme exigency can give one power a right over what belongs to another no way involved in the war*”. Al mismo tiempo, expresó “*even where the emergency can be plainly proved, nothing can justify(...) taking or applying the property of the neutral power, beyond*

⁹⁷ Ibidem, p. 394 y ss.

the immediate demands of that emergency". "No emergency can justify anyone in taking and applying to his own use what the owner stands in equal need of himself". Finalmente, expresó: "when the exigency passes, the property must be returned to the neutral state and full value should be paid for the difference in condition or amount of the returned property". Grocio entendió a la necesidad como un derecho que poseen los Estados, un derecho fundamental emparentado al derecho a la existencia y consecuente autopreservación⁹⁸.

⁹⁸ GROTIUS, H. *On the Law of War and Peace*, Translation from the original Latin *De Jure belli ac Pacis* by A.C. Campbell, A.M., Batoche Book Kitchener, Ontario, Canada, 2001, p. 4: "In certain cases this authority may be communicated to others. For it is a point settled beyond all doubt that subordinate magistrates may, by their officers, reduce a few disobedient and tumultuous persons to subjection, provided, that to do it, it requires not a force of such enormous magnitude as might endanger the state. Again, if the danger be so imminent as to allow of no time for an application to the sovereign executive power, here too the necessity is admitted as an exception to the general rule. Lucius Pinarius the Governor of Enna, a Sicilian garrison, presuming upon this right, upon receiving certain information that the inhabitants had formed a conspiracy to revolt to the Carthaginians, put them all to the sword, and by that means saved the place. Franciscus Victoria allows the inhabitants of a town to take up arms, even without such a case of necessity, to redress their own wrongs, which the Prince neglects to avenge, but such an opinion is justly rejected by others." En la p. 78 señaló: "For if written laws are to be construed in a sense, approaching as nearly as possible to the laws of nature, much more so are those customs which are not fettered with the literal restrictions of written maxims. From hence it follows that in cases of extreme necessity, the original right of using things, as if they had remained in common, must be revived; because in all human laws, and consequently in the laws relating to property, the case of extreme necessity seems to form an exception." En p. 79 recordó: "Plato allows anyone to seek water from his neighbour's well, after having dug to a certain depth in his own without effect Solon limits the depth to forty cubits; upon which Plutarch remarks, that he intended by this to relieve necessity and difficulty, but not to encourage sloth. Xenophon in his answer to the Sinopians, in the fifth book of the expedition of Cyrus, says, "wherever we come, whether into a barbarous country or into any part of Greece, and find the people unwilling to afford us supplies, we take them, not through motives of wantonness, but from the compulsion of necessity." VIII. In the next place this plea of necessity cannot be admitted, where the possessor is in an equal state of necessity himself. For under equal circumstances the owner has a better right to the use of his possessions. Though Lactantius maintains that it is no mark of folly to forbear thrusting another from the same plank in a shipwreck in order to save yourself. Because you have thereby avoided hurting another: a sin which is certainly a proof of wisdom to abstain from. Cicero, in the third book of his offices, asks this question, if a wise man, in danger of perishing with hunger, has not a right to take the provisions of another, who is good for nothing? To which he replies; By no means. For no one's life can be of such importance as to authorize the violation of that general rule of forbearance, by which

Según algunos autores el estado de necesidad está caracterizado por la presencia de un conflicto entre dos “*derechos subjetivos*”, uno de los cuales tiene que ser sacrificado frente al otro: por un lado el derecho del Estado X que el Estado Y ha de respetar en virtud de una obligación internacional que le vincula al Estado X, y por otro lado un derecho del Estado Y, que este puede a su vez invocar frente al Estado X. Esta idea tuvo su origen en el Siglo XIX y respondía a la convicción de que existían derechos fundamentales de los Estados y que los mismos prevalecían sobre los demás derechos del Estado. Derecho que fue definido como “derecho a la existencia”, “derecho a la conservación propia o a la autoconservación”. Posteriormente esta doctrina fue rechazada y se identificó ese derecho con un supuesto “derecho de necesidad”.

Para la mayoría de los autores es inexacto hablar de un “*derecho subjetivo*” del Estado que invoca el estado de necesidad, puesto que implicaría la posibilidad de exigir de otro sujeto una prestación o un comportamiento determinado. En consecuencia, la situación se describe como un conflicto entre un interés esencial de un lado y un derecho subjetivo de otro.

Según un tercer modo de concebir el problema, la situación debería considerarse como la de un conflicto entre dos normas abstractas diferentes, que por un conjunto fortuito de circunstancias, no pueden ser respetadas simultáneamente, y una de las cuales sería la que prevé el estado de necesidad⁹⁹.

the peace and safety of every individual are secured. IX. In the third place, the party thus supplying his wants from the property of another; is bound to make restitution, or give an equivalent to the owner; whenever that is possible. There are some indeed, who deny this, upon the ground that no one is bound to give an indemnity for having exercised his own right. But strictly speaking, it was not a full and perfect right, which he exercised; but a kind of permission, arising out of a case of necessity, and existing no longer than while the necessity continued. For such a permissive right is only granted in order to preserve natural equity in opposition to the strict and churlish rigor of exclusive ownership. En p. 145: If no such necessity exist, but equity or utility manifestly require a restriction to the literal meaning, it must be most rigidly adhered to, except where circumstances compel us to do otherwise. But in things of an odious nature a figurative expression may be allowed in order to avoid inconvenience or injustice. Therefore, when any one makes a grant, or relinquishes his right, though he express himself in the most general terms, his words are usually restricted to that meaning, which it is probable he intended. And in cases of this kind, the hope of retaining a thing is sometimes taken for the act of possession. In the same manner it is understood that subsidies of men, promised by one party only, are to be maintained at the expense of the power, who requires them.”

⁹⁹ CDI Anuario 1980, vol. II, 2º Parte, p. 34.

En el siglo XIX el autor inglés Travers Twiss sostuvo: “*Of the primary or absolute rights of a nation the most essential, and as it were, the cardinal right, upon which all others hinge, is that of self-preservation. This right necessarily involves, as subordinate rights, all other rights which are essential as means to secure this principal end*”¹⁰⁰.

En la misma línea de pensamiento encontramos a Charles Fenwick, quien afirmó: “*The right of existence, or of self-preservation, is recognized by international law as the primary right of states, being the necessary postulate of the possession of all other rights*”¹⁰¹.

Quienes consideran que la existencia y la autopreservación son derechos de los Estados han entendido que, cuando la existencia del Estado está amenazada, el Estado puede en nombre de ese derecho tomar acción para preservarse aun cuando la acción sea contraria a sus obligaciones internacionales. En este sentido, Hershey escribió “*in order to protect and preserve this right (to self-preservation), a State may in extreme cases of necessity commit what would ordinarily be an infraction of the Law of Nations and violate the sovereignty or international right of another State (...)*”¹⁰². Alfaro señaló que, cuando un número de seres humanos se organiza como Estado, se debe presumir que lo ha hecho con la intención de preservar esa organización estatal, por lo que el cuerpo de los hombres que forman el Estado debe tener el derecho a preservar, mantener y proteger su soberanía, su independencia y su igualdad. Es decir, poseen el derecho a la preservación, protección y al desarrollo de su existencia¹⁰³. Por su parte, Rivier sostuvo que la autopreservación es el derecho esencial

¹⁰⁰ TWISS, T. *The Law of Nations in Time of Peace*, Oxford University Press, 1861, Section 99, p. 179, obtenible en <https://archive.org/details/lawofnationscons12twis>

¹⁰¹ FENWICK, Ch. *International Law*, 6th. Ed., Century Co., 1924, pp. 142-43.

¹⁰² HERSHEY, A. *The essentials of international public law and organization*, The McMillan Co., 1927, pp. 232.

¹⁰³ ALFARO, R. “The rights and duties of a State”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1959- II T.97, pp. 97-98. “... When a number of human beings organize themselves as a State, it must be presumed that they have done so in the pursuit of their open happiness and that they intend to *preserve their State organization*. (...) Consequently, that body of men forming a State must have the right to preserve, maintain and protect their sovereignty, their independence and their equality (...)”.

por excelencia, el primero y la suma de todos los derechos¹⁰⁴. Calvo, en tanto, afirmó “*one of the essential rights inherent in the sovereignty and the independence of States is that of self-preservation. This right is the first of all absolute or permanent rights and is the fundamental basis of a great number of accessory, secondary or occasional rights*”¹⁰⁵.

La percepción del estado de necesidad sustentada en derechos fundamentales (en particular, la existencia) se observa también en Salmon: “*La notion de l'état de nécessité a aussi été englobée en particulier au cours du XIX siècle dans une théorie des droits fondamentaux des États parmi lesquels on rangeait le droit à la existence, le droit à la conservation au la théorie des intérêts vitaux. La faculté de portes atteinte aux droits des autres États était de cette façon présentée comme l'exercice d'un véritable droit subjectif par l'État qui en usait (...)*”¹⁰⁶.

Fitzmaurice en su curso de la Academia de La Haya sostuvo que la autodefensa constituía un verdadero derecho, si bien podía prestarse a abusos: “*It is also generally held that the right of self-defence extends not only to the protection of a State's territory, armed forces, vessels and aircraft against attack, but equally to the protection of its nationals in foreign territory in case they are threatened with loss of life or grave physical injury, by action of an extra legal character directed against them by the local government, or against foreign nationals generally, or arising from a breakdown of law and order in the territory concerned, or from mob violence which the local authorities are unable to control. This is a controversial matter, because the right is liable to abuse, and may be made the pretext for politically motivated intervention*”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ RIVIER, A. *Principles du Droit des Gens*, Tomo I, 1896, p. 104.

¹⁰⁵ CALVO, C. *Le Droit International Théorique et pratique*, 5 ed., Vo. I., Guillaume, Paris, 1896, p. 208. Este autor dividió a los derechos de los Estados en dos grupos, por un lado los derechos absolutos o primitivos (existen a consecuencia de la vida misma del Estado y sin los cuales no podría tampoco ser) y por el otro los relativos, condicionales o hipotéticos.

¹⁰⁶ SALMON, J. “Faut-il codifier l'état de nécessité en DI?”, en *Essay in Honour of Judge Manfred Lachs*, Martinus Nijhoff, 1984, pp. 238-239.

¹⁰⁷ FITZMAURICE, G. G. “The General Principles of International Law”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1957-II, Leyden, Sijthoff, 1951, t. 92, p. 172.

Tal como lo señaláramos precedentemente, en una *segunda etapa* comenzaron las críticas a la teoría de la autopreservación como fundamento del estado de necesidad para su invocación.

Oportuno es recordar que la necesidad fue invocada para justificar la Invasión alemana a Bélgica el 1 de agosto de 1914¹⁰⁸.

Así, Schwarzenberger¹⁰⁹ ha entendido que en los sistemas jurídicos que aceptan la excusa de la necesidad, las razones de por qué el cumplimiento absoluto de las obligaciones asumidas no es exigido, se basan en consideraciones de equidad y de evaluación realista de los límites del respeto a la ley humana. Existen pruebas suficientes para permitir la afirmación de que, en el derecho internacional, la necesidad puede excusar el incumplimiento de las obligaciones internacionales. Si la excusa es válida, excluye la responsabilidad internacional. Por lo tanto, la necesidad no da ningún derecho, pero puede proporcionar una buena excusa. Por

¹⁰⁸ En el Tratado del 18 de abril de 1893, Rusia, Francia, Gran Bretaña, Austria y Prusia se autodeclaran garantes del Tratado de Neutralidad celebrado entre Bélgica y Holanda de la misma fecha. El 1 de agosto de 1914, Alemania invadió Bélgica y Luxemburgo. La justificación basada en la Necesidad que dio el Canciller von Bethmann-Hallweg's ante el Reichstag el 4 de agosto de 1914 reza: "Gentlemen, we are now in a state of necessity, and necessity knows no law! Our troops have occupied Luxemburg, and perhaps are already in Belgium soil. Gentlemen, that is contrary to the dictates of international law. It is true that the French Government has declared at Brussels that France is willing to respect neutrality of Belgium as long as her opponent respect it. We know however, France stood ready for the invasion. France could wait, but we could not wait. A French movement upon our flanks upon the lower Rhine would have been disastrous. So we were compelled to override the just protest of the Luxemburg and Belgium Governments. The wrong – I speak openly – that we are committing we will endeavor to make good as soon as our military goal has been reached. Anybody who is threatened as we are threatened, and is fighting for his highest possessions, can have only one thought... how he is to hack his way through." Citado en POBLADOR, A. "The defense of necessity in International Law", 57 *Phil. L.J.* 332 1982, pp. 343-344.

¹⁰⁹ SCHWARZENBERGER, G. «The Fundamental Principles of International Law», *Recueil des Cours*..., Ob. Cit., p. 343-344. Expresó: "In legal systems which accept the plea of necessity, the reasons why absolute compliance with obligations undertaken is not demanded are based on considerations of equity and a realistic assessment of the limits of human law-abidingness. Sufficient evidence exists to permit the statement that, in international law, necessity may excuse the non-observance of international obligations. If the excuse is valid, it excludes international responsibility (...). Thus, necessity does not give any right, but may provide a good excuse. Moreover, the excuse of necessity may cover a breach of international obligations in relation to anybody".

otra parte, la excusa de la necesidad puede cubrir una violación de las obligaciones internacionales con relación a alguien. Además, señaló: “si el derecho de autoconservación fuese un derecho absoluto, el resto del Derecho Internacional se haría opcional, y su observancia dependería de una decisión, revocable a voluntad de los Estados, de no invocar este formidable super-derecho y, si el derecho de autoconservación fuera un derecho relativo, sería todavía más difícil comprender por qué además de la legítima defensa, la autotutela o al necesidad, se requiere la existencia de un concepto tal”¹¹⁰.

Oppenheim hizo presente que: *“From the earliest time of the existence of the Law of Nations self-preservation was considered sufficient justification for many acts of a State which violate other States(...) although self-preservation is in certain cases an excuse recognized by International Law, no State is obliged patiently to submit to violations done to it by such other State as acts in self-preservation, but can repel them. It is a fact that in certain cases violations committed in self-preservation are not prohibited by the Law of Nations. But, nevertheless, they remain violations may therefore be repelled, and indemnities may be demanded for damage done”*¹¹¹.

En esta misma línea de pensamiento encontramos a Rivier, quien aún más categórico que Oppenheim, expresó: *“When a conflict arises between the right of self-preservation of a State and the duty of that State to respect the right of another, the right of self-preservation overrides the duty. Primum vivere. A man may be free to sacrifice himself. It is never permitted to a government to sacrifice the State of which the destinies are confined to it. The government is then authorized, and even in certain circumstances, bound to violate the right of another country for the safety of its own. That is the excuse of necessity. It is a legitimate excuse”*¹¹².

¹¹⁰ Ibidem, p. 344. “If self-preservation were an absolute and overriding right, the rest of international law would become optional, and its observance would depend on a self-denying ordinance, revocable at will by each State, not to invoke this formidable super-right”.

¹¹¹ OPPENHEIM, L. *International Law A Treatise*, vol. 1 Peace, 8^o Edic. Longmans, Green and Co. G. Britain, 1955, pp. 297-304, en part. 297.

¹¹² RIVIER, A. *Principes du Droit des Gens*, Tomo I, Ob. Cit., p. 277 ss. (obtenible en <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5724168d/f290.image>).

Durante la primera mitad del siglo XX, la mayor parte de la doctrina ha compartido la opinión de que la *necesidad* es una justificación o excusa capaz de excluir en algunas hipótesis la ilicitud de un hecho internacionalmente ilícito¹¹³.

En esta línea de pensamiento podemos mencionar *i.a.* a los siguientes autores: Anzilotti¹¹⁴, Strupp¹¹⁵, Le Fur¹¹⁶, Wolff¹¹⁷, François¹¹⁸, Cohn¹¹⁹ Sereni¹²⁰ y Ago¹²¹.

Anzilotti ha sostenido que un estudio de los documentos diplomáticos permite arribar a la conclusión que los Estados se encuentran muy lejos de negar que la necesidad pueda legitimar actos contrarios por sí mismos al derecho internacional. A esto añade: “*Si los Estados interesados han impugnado, y muy a menudo con razón, la existencia en el caso de que se trataba la pretendida necesidad de obrar en una forma determinada, también han declarado de modo expreso o han dado a entender claramente que, en otras circunstancias, la excusa invocada hubiera tenido todo su valor. Esta se admite, pues, de manera abstracta, aunque sea negada en el caso concreto. A la inversa, en vano buscaría una sola declaración que impugne, por regla general, el principio mismo de la necesidad*”¹²².

¹¹³ V. *supra*.

¹¹⁴ ANZILOTTI, D. *Cours de droit international*, vol. I, Paris, 1929, p. 507. Véase también su Opinión Individual en el Caso Oscar Chinn (Cap. 4, p. 237).

¹¹⁵ STRUPP, K. “Les règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1934-I, Paris, Sirey, t. 47, p.567-568.

¹¹⁶ LE FUR, L. “La Théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1927-III, Paris, Hachette, t. 18, pp. 429 y ss.

¹¹⁷ WOLFF, K. “Principes généraux du droit”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1931-II, Paris, Sirey, t. 36, p. 519.

¹¹⁸ FRANÇOIS, G. P.A. “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1938-IV, Paris, Sirey, 1938, t. 66, p.182-183.

¹¹⁹ COHN, G. “La théorie de la responsabilité internationale”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1939-II, Paris, Sirey, 1939, t.68, p.318.

¹²⁰ SERENI, A.P., *Diritto internazionale*, vol.III, Milán, Giuffrè, 1962, p.1528.

¹²¹ AGO, R. “Le délit international”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1939-II, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p.541.

¹²² ANZILOTTI, D. *Curso de Derecho Internacional*, Madrid, 1935, vol. I,p. 446. V. *infra*.

Strupp definió al estado de necesidad como «la situation, á constater objectivement, dans laquelle un Etat est menacé d'un grand danger, actuel ou imminent, susceptible de mettre en question son existence, son status territorial ou personnel, son gouvernement ou se forme même, de limier, voire d'anéantir son indépendance au sa capacité d'agir, situation á laquelle il ne peut échapper qu'en violant certains intérêts d'autres Etats protégés par le droit des gens»¹²³. Con ello sostuvo particularmente la existencia de un “derecho de necesidad”.

Moreno Quintana sostuvo la existencia de una circunstancia que excluye la responsabilidad del Estado por la violación de una norma internacional, cuando una situación de peligro grave e inminente amenaza su integridad territorial o independencia política. Es para el citado autor el llamado estado de necesidad que autoriza a hacer uso del correspondiente derecho. Afirmó: “*La ilegalidad originaria de la medida queda cubierta a consecuencia del derecho fundamental de independencia de los Estados, por el ejercicio del “derecho de necesidad”. Ella no constituye un delito internacional, ni entraña responsabilidad alguna. Tampoco exige, por igual motivo, resarcimiento de daños y perjuicios*”¹²⁴.

Autores como Wolff y Cohn aceptan la excusa de necesidad en derecho internacional como un “principio general del derecho”, en razón de su codificación en el derecho interno de numerosos Estados.

Para Sereni se considera que “*hay estado de necesidad cuando el sujeto comete el acto contrario a derecho impelido por la necesidad de salvarse de un peligro grave e inminente que no ha causado voluntariamente*”¹²⁵.

Schwebel, como miembro de la CDI, en 1980, manifestó que sería quizás conveniente considerar como ilícito el acto derivado de un estado de necesidad y admitir que las condiciones de necesidad atenúen la obligación de reparación, en lugar de considerarlo como no ilícito, pero afirmando que no por ello deja el Estado de estar obligado a reparar¹²⁶.

A mediados del siglo XX la mayoría de los autores se pronunció a favor de la invocación del *estado de necesidad* como circunstancia ate-

¹²³ STRUPP, K. K. “Les règles générales du droit de la paix (...)», Ob.Cit., p. 568.

¹²⁴ MORENO QUINTANA, L. *Tratado de Derecho Internacional*, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1963, p. 294 – 298.

¹²⁵ SERENI, A.P., *Diritto internazionale*, Ob. Cit, p. 1528.

¹²⁶ V. Cap. 2, p. 65

nuante de responsabilidad y bajo condiciones limitativas especiales. *I.a.* podemos mencionar a más de Schwarzenberger¹²⁷ y Oppenheim¹²⁸ -ya referidos-, a García Amador¹²⁹, Soerensen¹³⁰, Barboza¹³¹.

García Amador en su Tercer y Sexto Informe a la CDI planteó la posibilidad que el estado de necesidad en los casos que no excluya la responsabilidad actúe como un atenuante.

Entre los autores que adoptaron una *postura directamente contraria* al estado de necesidad o a su naturaleza de justificación de ilicitud encontramos *i.a.* De Visscher¹³², Jiménez de Aréchaga¹³³, Kraus¹³⁴, Bourquin¹³⁵, Verdross¹³⁶, Kelsen¹³⁷ y Basdevant¹³⁸.

¹²⁷ SCHWARZENBERGER, G. V. *supra*.

¹²⁸ OPPENHEIM, L. V. *supra*.

¹²⁹ V. Segundo informe de J. Crawford, A/CN.4/498/Add.2 (30 April 1999).

¹³⁰ SØRENSEN, M. *Manual of Public International Law*, McMillan, London, 1968.

¹³¹ BARBOZA, J. "Necessity (revisited) in International Law", *Essays in International Law in honour of Judge M. Lachs*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, The Netherlands, 1984, pp. 27-43.

¹³² DE VISSCHER, CH. *Theory and Reality in Public International Law*, Princeton University Press, New Jersey, 1957, p. 267-268, en particular p. 267.

¹³³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. y TANZI A. *La responsabilité internationale des états, Droit International. Bilan et perspectives* Tomo 1, Bedjaoui (coord. gral), Pedone, Paris, 1991, p.376-378.

¹³⁴ KRAUS, H. "La morale internationale", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1927-I, Paris, Hachette, t. 16, pp. 523-524.

¹³⁵ BOURQUIN, M. "Règles générales du droit de la paix", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1931-I, Paris, Sirey, 1932, t.35, p.220. En particular, ha señalado en la referida página: «Certains auteurs soutiennent en fin que l'état de nécessité suffirait à justifier l'accomplissement d'actes contraires au droit des gens. Mais là où elle dépassé la notion de la légitime défense, cette théorie, d'autant plus dangereuse quelle livre passage à tous les abus, ne semble répondre à aucun besoin légitime et nous croyons, avec beaucoup de juristes, qu'il faut la bannir impitoyablement».

¹³⁶ VERDROSS, A. "Règles générales du droit international de la paix", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1929-V, Paris, Hachette, 1931, t. 30, pp. 488 y ss.

¹³⁷ V. *supra*.

¹³⁸ BASDEVANT, J. "Règles générales du droit de la paix", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1936-IV, Paris, Sirey, 1937, t.58, pp.551 y ss.

Así, De Visscher expresó: *“The individualist character of international relations and the absence of any jurisdictional control also explain the difficulty of applying the notion of necessity as an excuse for non fulfillment of contractual obligations. Indeed, in the very rare cases where necessity has been definitely pleaded, the excuse appeared frankly unacceptable; elsewhere it is likely to merge either in force majeure or self-defense. The excuse of necessity leads to obstinate conflict wherever the essential or vital political interests of States are all grips....The claim of one State to protect its vital interests at the cost of the essential interests of another is, in the present stage of international organization, a purely political claim, for it cannot be justified objectively and it is likely to exclude even the possibility of legal settlement”*¹³⁹.

De Vischer agregó: *“Though it is not possible to state a priori that a qualified international organ cannot decide on the merits of the excuse of necessity, at least in questions where the essentials political interests of States are not in conflict, it must be observed that this excuse is still in the domain of discretionary judgment and unilateral decision”*¹⁴⁰.

Basdevant señaló: *“no parece existir regla de derecho internacional positivo que justifique la falta de observancia de una norma de este derecho con la excusa de necesidad. Un Estado puede estimar que, en determinado caso, las circunstancias superan a su fidelidad al derecho; puede estimar que tiene razones de orden político o de orden moral para separarse de la observancia del derecho internacional. Empero, esto no deja de representar una falta con respecto al derecho internacional, falta susceptible de acarrear la responsabilidad del Estado al cual es imputable”*¹⁴¹.

Como ya señalamos anteriormente, Verdross sostiene que al igual que lo que sucede con el estado de necesidad jurídico – interno, *“en Derecho Internacional el acto cometido a impulso del estado de necesidad constituye un acto ilícito que obliga a la indemnización, pero no a la satisfacción, lo cual encierra un elemento penal”*¹⁴².

¹³⁹ DE VISSCHER, CH. *Theory and Reality in (...)*, Ob. Cit, p. 267.

¹⁴⁰ Ibidem, p.268.

¹⁴¹ BASDEVANT, J. “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1936-IV, Paris, Sirey, 1937, t.58, p.553.

¹⁴² VERDROSS, A. *Derecho Internacional(...)*, Ob. Cit., p. 332.

Ian Brownlie, uno de los críticos del estado de necesidad como circunstancia excluyente de ilicitud sostuvo que “*necessity as an omnibus category probably does not exist*”. “*While denying the existence of a general exception of necessity, does not necessarily deny that there can be special rules of the state of necessity which will be applied in cases where particular types of interests or international obligations are in question*”¹⁴³.

Para Barboza, en derecho internacional, el estado de necesidad tiene una reputación dudosa. Es una excusa muy excepcional que tiene por objeto evitar que se produzca lo que describe el aforismo latino *summum jus, summa injuria* como consecuencia de la aplicación estricta e inflexible de una norma jurídica. Continúa afirmando que bajo denominaciones tales como “doctrina de necesidad” o “derecho de necesidad” ha sido abusivamente invocado por poderosos Estados para justificar ataques contra otras más débiles¹⁴⁴. Propuso la siguiente línea de razonamiento a fin de intentar arribar a una conclusión válida, a saber:

“1) There are, on the one hand, certain interests of States A and B, and on the other certain legal norms protecting those interests.

2) If State A has an obligation towards State B, that means that B has certain right as a counterpart. This right protects an interest of State B.

3) Complying with its obligation, State A puts in jeopardy one of its essential interests (hypothesis of art. 33 Project Ago).

4) The interest of State B could, for instance, be a piece of its property if A’s obligation is a financial one. In abstract, the law protects the property of States. The non-compliance of A with its obligation would damage State B in its property.

5) Let us suppose that the essential interest of State A, which would be prejudiced if A complies with its obligation, concerns its existence. Whatever our position regarding self-preservation, it seems unobjectionable that international law protects the existence of States.

6) There is, then, a conflict between the property of State B and the existence of State A, both opposing interests protected by law.

¹⁴³ BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*, 7º edición, Oxford University Press, 2008, p. 466 ss.

¹⁴⁴ BARBOZA, J. “*Necessity (revisited) (...)*”, Ob. Cit, p. 27.

7) The legal rules that protect existence and property of States are not in themselves incompatible. There is no conflict between them in the abstract.

8) However, in certain concrete cases the above opposition of interests takes place and a situation of necessity arises for one of the States concerned. Law solves the conflict by deciding in favor of one of the dissenting interests, i.e. in the case of art. 33, in favor of the essential interest of the State. Or, as Anzilotti puts it, one of the States is left at liberty not to comply with its obligation”.

El citado autor encuentra que el esquema propuesto, si bien es muy simple, y generalmente la realidad se muestra más compleja, puede ayudar a entender la magnitud de las cuestiones legales involucradas¹⁴⁵.

Para Benadava no existe un principio general que permita invocar el estado de necesidad como eximente de responsabilidad. Lo que sí pueden existir son ciertas reglas de derecho internacional que toman en cuenta una necesidad más o menos imperiosa¹⁴⁶.

La CDI entendió que el estado de necesidad supone en realidad un solo derecho, el del otro Estado, que no es respetado por el acto realizado en estado de necesidad: *“El Estado que realiza el acto no tiene derecho a actuar como lo hace; sólo tiene una obligación. Es más bien la ausencia de todo derecho de parte del Estado que actúa la que plantea la cuestión de si éste puede aducir como excusa la necesidad para justificar el no respeto de la obligación. De aquí que deba evitar la expresión derecho de necesidad. La necesidad es una situación de facto, en la que un Estado vinculado por una obligación internacional a otro Estado se niega a cumplir esa obligación porque de hacerlo lesionaría uno de sus intereses fundamentales”*¹⁴⁷.

Cualquiera que sea la extensión del efecto que el derecho internacional actual reconoce al estado de necesidad, éste no podría jamás constituir una circunstancia excluyente de la ilicitud de un comportamiento estatal no conforme a la obligación de abstenerse de todo uso de la fuerza que

¹⁴⁵ Ibidem, pp. 30-31.

¹⁴⁶ BENADAVA, S. *Derecho Internacional Público*, 4ª Edición, Santiago (Chile), 1993, p. 190-191.

¹⁴⁷ CDI *Anuario*, 1980, vol. II, 1º Parte, p. 153. V. Cap. 2.

constituya un acto de agresión contra otro Estado u otra norma imperativa de derecho internacional, por su propia naturaleza.

Los negadores del estado de necesidad como causal de exclusión de ilicitud, en general, se basaron en el peligro del empleo abusivo del concepto, peligros acompañados del inconveniente derivado de la ausencia en derecho internacional de una jurisdicción obligatoria a la que encomendar en caso de controversia, la determinación de la existencia de un estado de necesidad capaz de excusar el incumplimiento de la obligación internacional.

CONCLUSIONES PARCIALES

Por nuestra parte, *prima facie*, nos inclinamos por considerar que la invocación de un estado de necesidad constituye una “justificación”, que no es un super-derecho que pretenda derogar normas, sino que es un presupuesto de toda norma internacional válida, ya que, al igual que el derecho inmanente, natural de auto-preservación que tiene la persona humana (el individuo¹⁴⁸⁻¹⁴⁹), lo tiene el ente colectivo, pueblo organizado – Estado - sujeto primario del derecho internacional. Ello es concordante con el art. 25 (estado de necesidad), al que se ubica en el Capítulo V (Circunstancias que excluyen la ilicitud) del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado en 2001¹⁵⁰. La sola ubicación en el proyecto perfila al instituto del estado de necesidad como una justificación y no como una excusa, ya que, si se descarta la ilicitud, no puede al mismo tiempo pretenderse que supone el reconocimiento de un obrar contrario a derecho.

Esta última consideración, nos obliga a sumergirnos en las labores de Comisión de Derecho Internacional (CDI), las cuales serán un importante punto de apoyo para nuestro análisis. Cabe señalar que la CDI se dedicó a trazar los contornos del estado de necesidad, particularmente, en 1980 de la mano de su Relator Roberto Ago.

¹⁴⁸ V. *supra* el título Derecho Penal y v. con relación al Estado, el art. 24 del Proyecto de la CDI 2001 sobre Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito.

¹⁴⁹ Tanto en Derecho Penal como en otras ramas del derecho.

¹⁵⁰ (A/56/10 y Corr.1 y 2).

CAPÍTULO 2

EL ESTADO DE NECESIDAD EN LAS LABORES DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI)

Habiendo analizado en el capítulo anterior los aportes de la doctrina y de distintas ramas del derecho a la construcción del estado de necesidad, en este capítulo ahondaremos en el estudio de los informes producidos en el marco de la CDI. Importante es destacar que dichos informes son una fuente insoslayable, de la cual es necesario nutrirse atento que en ellos se ven reflejados no sólo los desarrollos doctrinarios más importantes habidos en el mundo, sino también la práctica internacional y la opinión de los sujetos internacionales vertida en sus observaciones. Al haber sido el estado de necesidad una de las circunstancias más discutidas en el ámbito de este órgano de la Asamblea General de Naciones Unidas, a la CDI le llevó largo tiempo y acaloradas discusiones la adopción del art. 33 en 1980. Los comentarios al proyecto de artículo son muy extensos y abarcan no sólo la historia, sino también, la práctica estatal, las cláusulas insertas en distintas convenciones, las decisiones judiciales y la doctrina. A estas consideraciones debemos añadir que, en este caso particular, la CDI ya desde el año 1954 -año en que comenzó el intento codificar de la responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito- decidió incluir el tratamiento del estado de necesidad.

Este capítulo se divide en dos partes: en la primera, nos centramos en el tratamiento que recibió el estado de necesidad en los distintos Informes producidos en el ámbito de la CDI y de sus Relatores Especiales relativos a la Responsabilidad Internacional de los Estados por hecho internacionalmente ilícito. En la segunda parte, nos detenemos en los Informes de la CDI sobre Responsabilidad Internacional de las Organizaciones Internacionales. En ambos proyectos de artículos, el estado de necesidad fue receptado como causa de exclusión de ilicitud.

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS

Tal como lo señaláramos, la decisión de contar con el *estado de necesidad* como una eventual causal de exclusión de ilicitud está presente en las labores de la CDI desde 1954, año en el que comienza, en cumplimiento de la Res. 799 (VIII) de 7/12/1953, de la AG, el primer intento de codificar el tema “responsabilidad internacional de los Estados”. Los Relatores de la CDI sobre la materia fueron: *García Amador (1956-1961)*; *Ago (1963-1979)*; *Riphagen (1980-1986)*; *Arangio Ruiz (1987-1996)* y *Crawford (1997-2001)*.

García Amador abordó el tema de la responsabilidad internacional del Estado desde el punto de vista del tratamiento a los extranjeros y sus propiedades, en un todo conforme con el tratamiento que se venía ya dando a la responsabilidad internacional de los Estados¹⁵¹.

En el Informe de 1956, García Amador se pregunta si no sería posible considerar la figura del *estado de necesidad* como causa de exención o disminución de la responsabilidad.

En el Capítulo VII de su primer Informe, en el que estudia las causas de exención y las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad, aborda los siguientes temas, a saber:

- Regla del agotamiento de los recursos internos
- Cláusula Calvo
- Otras circunstancias

¹⁵¹ La Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de 1930 abordó la cuestión de la “Responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o propiedad de los extranjeros”.

En el año 1929 el Comité Preparatorio de la Conferencia de Derecho Internacional de La Haya presentó bases para la discusión:

Circumstances under which states can decline their responsibility

Basis of discussion N° 24

A State is not responsible for damage caused to a foreigner if it proves that its act was occasioned by the immediate necessity of self-defense against a danger with which the foreigner threatened the State or other person.

Should the circumstances not fully justify the acts which caused the damage, the State may be responsible to an extent to be determined.

Entre las circunstancias en las cuales el Estado puede declinar su responsabilidad, al enunciar el cuestionario elaborado por el Comité preparatorio de la Conferencia de La Haya, figuraba la legítima defensa.

Sin perjuicio de sus características propias, la fuerza mayor y el *estado de necesidad* suscitan una situación análoga cuando se trata de determinar el grado de responsabilidad que cabe imputar al Estado que invoca una de estas circunstancias. En la base de discusión que el Comité elaboró posteriormente, al admitir la no responsabilidad cuando el Estado hubiera actuado ante una necesidad inmediata de legítima defensa, reconoció asimismo que si las circunstancias no justifican plenamente los actos que han causado el daño, el Estado podrá ser responsable en la medida en que se determinara. Por su analogía con la legítima defensa, *se puede pensar que el grado de responsabilidad también es susceptible de variar en los casos de fuerza mayor y estado de necesidad*¹⁵².

En su tercer Informe, García Amador sostiene que la opinión doctrinaria dominante se inclina por reconocer al *estado de necesidad* como causa que puede excluir o atenuar la responsabilidad, por lo que considera que en un futuro proyecto habría que incorporar una disposición sobre el estado de necesidad.

El relator propone dentro del Capítulo VI “*causas eximentes y circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad*”, el artículo 13:

¹⁵² CDI “Responsabilidad Internacional. Informe preparado por F.V. GARCÍA AMADOR A/CN.4/96”, Anuario CDI, 1956, vol. II, p.208. “184. *The Preparatory Committee of The Hague Conference mentioned self-defence as one of the circumstances in which a State is entitled to disclaim responsibility. An analogous case in that of force majeure and necessity – though these have their own peculiar features – as factors to be taken into account in measuring the degree of responsibility to be imputed to the State which pleads one of the defences.*

185. *In the Basis of Discussion which it prepared at a later stage, the Committee said that a State was not responsible if the act concerned was occasioned by immediate necessity of self-defence, but added: Should the circumstances not fully justify the acts which caused the damage, the State may be responsible to an extent to be determined. Owing to their analogy with the case of self-defence, it may be considered that the extent of responsibility may also vary to cases of force majeure and necessity”.*

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el Estado no es responsable de los daños causados al extranjero cuando las medidas adoptadas obedezcan a una fuerza mayor, o un estado de necesidad, determinado por un peligro grave e inminente que amenace algún interés vital del Estado, siempre que éste no lo haya provocado ni podido contrarrestar por otros medios.

2. El Estado tampoco es responsable de los daños causados cuando el hecho lesivo lo haya provocado un acto culposo del propio extranjero.

3. La fuerza mayor y el estado de necesidad, así como la culpa imputable al extranjero, cuando no sean admisibles como causas eximentes de responsabilidad, constituirán circunstancias atenuantes al fijarse la cuantía de la reparación”¹⁵³.

En el referido Informe, García Amador plantea que la responsabilidad internacional del Estado por daños causados a la persona o bienes de los extranjeros se origina cuando tales daños resultan de actos u omisiones de sus órganos o funcionarios contrarios a las obligaciones internacionales del Estado, y aclara que el mero comportamiento ilícito no basta para generar responsabilidad, sino que es necesario que haya ausencia de toda causa o circunstancia, ajena a la voluntad del Estado, que lo haya compelido a realizar el acto u omisión. Sostiene que existen circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad¹⁵⁴.

¹⁵³ GARCÍAAMADOR, F.V. “Tercer Informe de, Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o los bienes de los extranjeros, Parte II, La reclamación internacional CDI Anuario 1958, vol. II, A/CN.4/11, p. 55. “*Chapter VI Exoneration from responsibility; extenuating and aggravating circumstances. Article 13 1. Notwithstanding the provisions of the article last preceding, the State shall not be responsible for injuries caused to an alien if the measures taken are the consequence of force majeure or of a state of necessity due to a grave and imminent peril threatening some vital interest of the State, provided that the State did not provoke the peril and was unable to counteract it by other means.*

2. Similarly, the State shall not be responsible for the injuries caused if the injurious act was provoked by some fault on the part of the alien himself.

3. Force majeure, state of necessity and the fault imputable to the alien shall, if not admissible as grounds for exoneration from responsibility, constitute extenuating circumstances in the determination of the quantum of reparation.”

¹⁵⁴ *Ibidem*, párr. 1 y 2, p. 55.

El relator considera que existe una gran incertidumbre y contradicciones sobre cuáles son los elementos constitutivos del estado de necesidad, de allí la necesidad de incorporar el estado de necesidad en su anteproyecto. En primer lugar, debe tratarse de un *peligro que amenace algún interés vital* del Estado. Un peligro que no haya sido provocado, porque si ha mediado falta o culpa de su parte desaparecería el fundamento de la excepción. El peligro debe ser grave e inminente y no una simple amenaza. La tercera condición es que el Estado no haya podido contrarrestar por otros medios el peligro¹⁵⁵.

Debemos destacar que García Amador prefiere usar el término amenaza a un *interés vital del Estado*. Sobre este punto volveremos al referirnos al proyecto de artículo propuesto por Ago en 1980.

García Amador consagra la plena autonomía del estado de necesidad, distinguiéndolo netamente de la fuerza mayor. Así, en su Sexto Informe, en su artículo 17 titulado *Circunstancias exonerantes o atenuantes*, propone:

1. *(Fuerza mayor)*
2. *Tampoco habrá lugar a la imputación si el acto obedece a un estado de necesidad, que suponga un peligro grave e inminente que amenace algún interés vital del Estado, y siempre que éste no lo haya provocado ni podido contrarrestar por otros medios y así evitar el daño.*
3. *(Conducta culposa del propio extranjero lesionado)*
4. *La fuerza mayor y el estado de necesidad, así como la culpa imputable al extranjero, cuando no sean admisibles como causas eximentes de la responsabilidad, obrarán como atenuantes a los efectos previstos en el artículo 26, inciso 4, del presente anteproyecto*¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Ibidem, p.57.

¹⁵⁶ A/CN.4/134 y Add. I, p. 48. "Article 17 Exonerating and extenuating circumstances 1. (...). 2. Likewise, an act shall not be imputable to the State if it is the consequence of a state of necessity involving a grave and imminent peril threatening some vital interest of the State, provided that the State did not provoke that peril and was unable to counter-act it by other means and so to prevent the injury. 3 (...). 4. Force majeure, state of necessity and the fault imputable to the alien, if not admissible as grounds for exoneration from responsibility, shall operate as extenuating circumstances for the purposes mentioned in article 26, paragraph 4, of the draft."

De la lectura del referido art. 17 se desprende que los conceptos de fuerza mayor y estado de necesidad están separados a fin de dotar de mayor claridad y precisión a las condiciones bajo las cuales cada una de estas defensas es admisible¹⁵⁷.

Conclusiones del Relator. El estado de necesidad es: *un factor de exclusión de ilicitud; *una causa autónoma, distinguible de la fuerza mayor y la legítima defensa; *sólo puede ser válidamente invocado cuando reúna ciertas condiciones (peligro grave e inminente, sobre un interés de importancia excepcional para el Estado que pretende ampararse en esta circunstancia, no provocado por quien lo invoca y que la acción u omisión que sacrifica el derecho subjetivo de un Estado extranjero constituya el único camino para escapar de ese peligro)¹⁵⁸⁻¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 53.

¹⁵⁸ Si bien perfila las condiciones para la invocación de la causal de exclusión de ilicitud, aparecen imprecisiones que se habrían de mantener en la labor de sucesivos relatores. Ello se da especialmente con la “excepcionalidad”. Algunos señalaron que el interés debe ser excepcional como también lo debe ser la invocación en general. Por su parte Jorge E. Viñuales señala que “no está claro si dicho carácter excepcional debe conducir necesariamente a una interpretación restrictiva de cada uno de los requisitos exigidos para la admisibilidad del estado de necesidad o si el cumplimiento cumulativo de todos los requisitos basta para respetar dicho carácter excepcional. En otras palabras, el nivel de análisis en el cual interviene la excepcionalidad no ha sido resuelto (...)”. Dicha dificultad puede tener consecuencias prácticas importantes, en particular en lo que respecta al análisis del carácter esencial del interés de un Estado, la gravedad y la inminencia del peligro en cuestión y, sobre todo, el margen de acción posible del Estado que intenta justificar un hecho ilícito internacional”. (VIÑUALES, J.E. “Las cuestiones medioambientales y el concepto de estado de necesidad”, *Vniversitas*, N° 119, julio-diciembre de 2009, p. 229). La excepcionalidad requerida y que queda reafirmada desde la propia redacción negativa del texto del proyecto de artículo de la CDI, recuerda precedentes doctrinarios ya casi olvidados. Jean Lamarque al comentar la obra de Geneviève Camus *L'état de nécessité en démocratie*, de la colección *Bibliothèque constitutionnelle et de science politique*, tomo XVIII publicada en París por la Librairie générale du droit et de jurisprudence en 1965 (428 pp.), recuerda la hostilidad de la tradición democrática frente al «estado de necesidad» a pesar de que lo considera “ineluctable». El rechazo se centra en la concentración de poder, en la discrecionalidad, en el autoritarismo sin contrapeso que la institución entraña. Camus llega a llamarla “tentación permanente”, “instrumento de fraude” (LAMARQUE, J. “G. Camus, *L'état de nécessité en démocratie*», *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 18 N°4, Octobre-décembre 1966, pp. 957 y ss.

¹⁵⁹ V. CHUBB, K. “The “state of necessity” defense: A burden, not a blessing to the international investment arbitration system”, *14 Cardozo J. Conflict Resol.* (2012-2013), pp. 513 y ss.

Tras el fracaso del primer ensayo codificador sobre el tema responsabilidad internacional, en su sesión 637^o de 7 de mayo de 1962 la CDI creó una *Subcomisión* de composición reducida y con el mandato de debatir los aspectos generales de la responsabilidad internacional. Dicha Subcomisión estaba integrada por: Presidente Sr. Ago, Briggs, Gros, Jiménez de Aréchaga, Lachs, De Luna, Paredes, Tsuruoka, Tunkin y Yasseen¹⁶⁰.

Para Gutiérrez Espada la designación de Ago como Presidente de la Subcomisión, encargada de organizar y encauzar el segundo intento codificador del tema responsabilidad internacional, fue premonitorio del futuro papel que habría de jugar el estado de necesidad¹⁶¹. Ya en 1939 cuando dictó el Curso sobre responsabilidad internacional en la Academia de La Haya, se alineó con los autores partidarios de la existencia en el Derecho Internacional positivo del estado de necesidad¹⁶².

La citada Subcomisión se reunió del 7 al 16 de enero de 1963, y durante sus trabajos la figura del estado de necesidad fue varias veces mencionada. Especialmente en los documentos de trabajo de Paredes, Ago y Yasseen se afirmó que la CDI debía adoptar una postura acerca del estado de necesidad como circunstancia en el derecho internacional capaz o no de excluir la ilicitud. Finalmente, se adoptó un Programa de trabajo sobre los puntos que habrían de ser estudiados por la CDI, entre dichos puntos encontramos:

*“Circunstancias que excluyen la ilicitud: el consentimiento del perjudicado. Problemas del consentimiento presunto. Ejercicio legítimo de una sanción contra el autor de un hecho ilícito internacional. La legítima defensa. El estado de necesidad”*¹⁶³.

La CDI en 1963 debatió el Informe presentado por la citada Subcomisión, en dicha oportunidad algunos miembros se refirieron expresa-

¹⁶⁰ CDI *Anuario* 1962, vol. II, A/5209, p. 218, párr. 47.

¹⁶¹ GUTIERREZ ESPADA, C. *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en Derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1987, p 30.

¹⁶² AGO, R. “Le délit international”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1939-II, París, Sirey, 1947, t.68, p. 540-545.

¹⁶³ Informe del Sr. Ago. A/CN.4/152, Anuario CDI, 1963, vol.II, p. 266.

mente al estado de necesidad, entre ellos Lachs¹⁶⁴, Tunkin¹⁶⁵, Waldock¹⁶⁶ y Bartos¹⁶⁷.

El Informe fue aprobado por la CDI y al Presidente de la Subcomisión, Sr. Ago, se lo designó Relator Especial en el tema.

¹⁶⁴ El párrafo 4 le ofrece dudas pues parece situar en un plano de igualdad al estado de necesidad y a la legítima defensa. Sigue afirmando que el estado de necesidad ha sido invocado por los Estados como justificación de las violaciones del Derecho internacional y para dar sanción legal a actos esencialmente ilícitos, mientras que la legítima defensa es, por definición, cualitativamente distinta. Ses. 686, párr.28, Anuario CDI 1963, vol. I, p. 87.

¹⁶⁵ Para Tunkin el problema principal a este respecto es que la enumeración no puede ser considerada en modo alguno como expresión de un criterio en cuanto al fondo de la cuestión. Por ejemplo, en el párrafo 4 del primer punto del Plan se menciona el estado de necesidad. Esto se debe a que se han dado casos en que los Estados han invocado la doctrina del estado de necesidad; y por ello es menester que la Comisión exponga su criterio acerca de esta materia. Pero la inclusión en el párrafo 4 del estado de necesidad no significa que la Subcomisión lo sitúe al mismo nivel que la legítima defensa; comprende muy bien la preocupación de Lachs a este respecto. Ses. 686, párr.33, Anuario CDI 1963, vol. I, p. 87.

¹⁶⁶ Coincide con los miembros recién citados en que es necesario que tanto el Relator Especial como la Comisión adopten una actitud muy clara en relación con el problema del estado de necesidad. Sean cuales fueren las opiniones que mantengan los miembros de la Comisión acerca de la inadmisibilidad de esta alegación en la mayoría de los casos se trata de una cuestión que ha sido invocada por los Estados con tanta frecuencia en una u otra forma que es menester señalar la importancia de un estudio de este asunto. La Comisión debe formular conclusiones muy firmes con respecto a esta alegación a fin de eliminar los conceptos erróneos que, al parecer, todavía subsisten. Ses. 686, párr. 44, Anuario CDI 1963, vol. I, p. 88.

¹⁶⁷ Se refiere a la conexión entre el riesgo y el estado de necesidad. En los tiempos actuales, no puede alegarse la necesidad en defensa de un acto ilícito, si no se tienen en cuenta ciertas formas de responsabilidad, no sólo en el caso en que el estado de necesidad tenga su origen en una falta, sino también cuando el acto realizado en estado de necesidad produzca ciertas consecuencias. Un acto considerado como plenamente excusable no sería un acto internacionalmente ilícito, sin embargo, las partes deben admitir, a su juicio, cierto riesgo en un estado de necesidad. Ses. 686, párr.59, Anuario CDI 1963, vol. I, p. 90.

APORTES DEL RELATOR ESPECIAL AGO AL TRATAMIENTO DEL ESTADO DE NECESIDAD

Especialmente nos detenemos en el tratamiento del tema que se llevó a cabo en la CDI a impulso de su Relator Especial Ago, en el marco de la codificación de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos, porque constituye un aporte de gran valor al conocimiento del tema objeto de estudio.

Para Jagota la premisa de la cual parte Ago al considerar cada una de estas circunstancias es la siguiente: *“each of them, by its presence, precludes the international wrongfulness of an act of a State which would otherwise be a breach of an international obligation towards another State”*¹⁶⁸.

El Relator Especial en 1980 se pronunció por considerar el estado de necesidad como una causa autónoma de exclusión de ilicitud. A tal fin incorporó dicha figura en el artículo 33 del Proyecto, en los siguientes términos:

Artículo 33 Estado de necesidad

1. La ilicitud internacional de un acto de Estado que no esté en conformidad con las exigencias de una obligación internacional quedará excluida si el Estado no ha tenido ningún otro medio de salvaguardar un interés estatal esencial amenazado por un peligro grave e inminente. Dicha exclusión tendrá valor solamente en la medida en que el incumplimiento de la obligación para con otro Estado no entrañe el sacrificio de un interés de este otro Estado, comparable o superior al que se trate de salvaguardar.

2. El párrafo 1 no se aplicará si el surgimiento de la situación de “necesidad” se debe al Estado que pretende invocarla como excusa de su comportamiento.

3. El párrafo 1 no se aplicará tampoco:

a. si la obligación internacional con que el acto del Estado no se halle en conformidad resulta de una norma imperativa de derecho internacional general y, en particular, si ese acto entraña el incumplimiento de la prohibición de la agresión;

¹⁶⁸ JAGOTA, S. P. “State responsibility: Circumstances precluding wrongfulness”, en *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, Dec. 1985, p. 254.

b. si la obligación internacional con la que el acto del Estado no se halle en conformidad está establecida en un texto convencional que, explícita o implícitamente, excluya la aplicabilidad de toda excusa de necesidad en relación con el incumplimiento de dicha obligación.

Consideramos que el propuesto art. 33 significó, en primer término, consagrar la autonomía del estado de necesidad en el derecho internacional, especialmente en relación con la legítima defensa. En segundo término, se van completando los elementos esenciales de esta figura, esto es la ausencia de otro medio, la amenaza a un interés estatal esencial y no ya vital como teníamos en el art. 17 y particularmente se establece la necesidad de proporcionalidad del hecho necesitado al exigirse que dicho hecho no entrañe el sacrificio de un interés del otro Estado comparable o superior. Finalmente, Ago precisó cuáles son los límites a la posibilidad de invocar esta circunstancia de exclusión, destacando su prohibición cuando el hecho necesitado entrañe agresión.

Del debate que tuvo lugar en el seno de la Comisión puede concluirse que la mayoría de sus miembros apoyaron la incorporación del artículo propuesto. Sólo Schwebel, Ushakov y Yankov se opusieron a considerar al estado de necesidad como una circunstancia de exclusión de ilicitud.

Schwebel en su intervención planteó que el Estado A, al incumplir una obligación contraída con el Estado B, actúa por necesidad, puesto que si cumpliera la citada obligación, menoscabaría uno de sus intereses fundamentales. Sigue diciendo, al actuar así el Estado A viola la obligación que contrajo y en muchos casos es probable que perjudique al Estado B que es totalmente inocente en el asunto. Entonces se pregunta: *¿cuál de esos dos Estados debe sufrir el perjuicio? Estima que el Estado A.*

El mismo autor observa que tal como está planteado el estado de necesidad en el informe del Relator, la exclusión de la ilicitud por razones de necesidad no implica por sí misma la exclusión de las consecuencias que resultarían si el acto fuese considerado ilícito y no se extendería en ningún caso a las consecuencias que el mismo hecho engendraría. Por ello, *planteó que sería quizás conveniente considerar como ilícito el acto derivado de un estado de necesidad y admitir que las condiciones de necesidad atenúen la obligación de reparación, en lugar de considerarlo como no ilícito, pero afirmando que no por ello deja de estar obligado a reparar*¹⁶⁹.

¹⁶⁹ A/CN.4/318 y Add.5 y 6.A/CN.4/328 y Add.1 a4, párr. 18-20, p. 163.

A las observaciones de Schwebel responde Ago indicando que “sería errado considerar el estado de necesidad como un atenuante más que como una causa de exclusión de la ilicitud de su acción. *El mérito esencial de la excusa de necesidad es el de borrar el estigma de ilicitud de la acción del Estado y no el de atenuar las consecuencias de una acción que seguirá siendo ilícita.* En cuanto a la obligación de indemnizar los posibles daños, ella podrá mantenerse a otro título, pero siendo plenamente íntegra. A juicio de Ago, esa obligación se relaciona más con las consecuencias perjudiciales de un hecho internacionalmente lícito que con una responsabilidad atenuada”¹⁷⁰.

En una sesión posterior, Schwebel considera de interés la sugerencia de Vallat de redactar el proyecto de artículo en forma negativa. Propone al Relator que estudie la posibilidad de incluir un párrafo 4 del siguiente tenor:

“El hecho de que sea aplicable el párrafo 1 carece de efectos sobre las consideraciones de equidad que determinan la imputación de los daños; entre el acreedor inocente de una obligación internacional y el Estado que no cumple su obligación por razones de necesidad, es el segundo el que debe soportar las consecuencias de tal incumplimiento y reparar íntegramente el perjuicio sufrido por el primero”¹⁷¹.

Por su parte, Ushakov sostiene que el artículo 33 no tiene razón de ser, debido a que ninguno de los ejemplos propuestos por el Relator ilustra una verdadera situación de necesidad extrema. Declara que pueden ocurrir casos de necesidad extrema, pero deberían tratarse como casos no previstos por el derecho internacional y respecto de los cuales un órgano judicial habría que reconocer que es imposible aplicar las normas de derecho existentes¹⁷².

Yankov estima que el estado de necesidad es una noción frágil debido a la confusión posible con otras circunstancias que excluyan la ilicitud y que al fundarse más en un juicio subjetivo que en criterios objetivos, entreabre la puerta a violaciones injustificadas de las obligaciones internacionales. Además, sostiene que la noción de estado de necesidad ampliará la esfera de controversias, en especial en una época en que la situación financiera mundial es inestable y agudizará el conflicto entre los intere-

¹⁷⁰ Ibidem, párrafo 33, p. 164. El resaltado nos pertenece.

¹⁷¹ A/CN.4/318 /Add.5 a 7, .A/CN.4/328 y Add.1 a4, párr. 9-13, p. 170.

¹⁷² A/CN.4/318 y Add.5 y 6.A/CN.4/328 y Add.1 a4, párr. 34-38, p. 164.

ses de los Estados y los derechos subjetivos reconocidos por el derecho internacional. Finalmente considera que esta noción sólo es aplicable a la cuestión del grado de responsabilidad internacional y a la circunstancia que atenúa esa responsabilidad¹⁷³.

Los distintos supuestos en que fue invocado el estado de necesidad por la República Argentina y la variable recepción que ha tenido la figura por parte de los distintos tribunales arbitrales intervinientes dan la razón a Yankov en cuanto a las dificultades que puede generar esta figura en época de crisis financiera.

Seguidamente destacamos los aportes efectuados por los integrantes de la Comisión que se han manifestado a favor del estado de necesidad como circunstancia excluyente de ilicitud.

Riphagen se detiene en el punto en que el Relator indica que según Verdross la situación descrita por los términos estado de necesidad es una situación en que entran en conflicto un derecho por un lado y por el otro un interés. En consecuencia, Riphagen se pregunta “cómo se puede resolver el conflicto, cualesquiera que sean las circunstancias, haciendo prevalecer el simple interés de un Estado sobre el derecho jurídicamente protegido de otro. *Sólo puede llegarse lógicamente a ese resultado reconociendo que el derecho internacional otorga un cierto grado de protección a ese simple interés*, lo que equivale a decir que la Comisión se encuentra ante un conflicto entre dos normas de derecho internacional abstractas y diferentes, que en un conjunto fortuito de circunstancias no pueden respetarse simultáneamente”¹⁷⁴.

En cuanto a los intereses, Riphagen sostiene que en el derecho internacional moderno se está preparando el reconocimiento de ciertos intereses fundamentales de los Estados, en particular de sus intereses económicos¹⁷⁵.

¹⁷³ A/CN.4/318 /Add.5 a 7, .A/CN.4/328 y Add.1 a4, párr. 1-9, p. 172-173.

¹⁷⁴ Ses. 1614, párr. 1, Anuario CDI 1980, p. 159.

¹⁷⁵ “El derecho internacional nuevo difiere en ese punto de modo fundamental del derecho internacional antiguo que considera a los Estados como potencias. El único interés vital de una potencia es engrandecerse o, por lo menos, no disminuir. Así, pues, no es de sorprender que los juristas internacionales hayan considerado al derecho de propia conservación con mucha desconfianza”.

Riphagen considera que la redacción del párrafo 2 del artículo propuesto es “quizá a la vez demasiado fuerte y demasiado débil”¹⁷⁶.

Por su parte, Reuter considera que la redacción del proyecto de artículo 33 no podría ser mejor que la propuesta, no obstante para él persisten algunas dudas bastante importantes. Él se plantea si no habría que haber introducido disposición sobre fuerza mayor y estado de necesidad en el derecho de los tratados, pero ese no es tema de la Comisión. Por ello seguidamente se plantea que si desaparece el carácter ilícito del acto (total o parcialmente), no está muy seguro que la solución elegida sea la justa¹⁷⁷.

También Reuter se pregunta cuál es el verdadero carácter del proyecto de artículo 33 (norma técnica o principio general), para él es un principio general porque conceptos como interés esencial y peligro grave e inminente son difíciles de apreciar¹⁷⁸.

Šahović, otro miembro de la CDI, se detiene en el apartado a) del párrafo 3 del proyecto de artículo. Para él ese apartado es fundamental puesto que el respeto de las normas imperativas del derecho internacional general, especialmente la prohibición de la agresión, son una condición previa necesaria para poder invocar el estado de necesidad, pero le parece que su redacción no es satisfactoria¹⁷⁹. Por último, subraya la cuestión de

¹⁷⁶ “No cabe suponer que en la práctica se dé un caso en el que un Estado cree deliberadamente un peligro grave e inminente que ponga en peligro sus intereses esenciales. Además, el elemento de carácter fortuito inherente a la excusa de necesidad supone que el comportamiento del Estado no es la única causa de la situación. Así, pues, quizá fuera preferible sustituir las palabras “se debe al” por “hubiera podido razonablemente ser evitado por él”. Ibidem, párr. 8, p. 160.

¹⁷⁷ “(...) Cuando hay, según la terminología inglesa, más precisa, “compensation” y no “damages”, es decir, cuando hay responsabilidad pecuniaria sin que se haya cometido un acto ilícito, uno se sitúa en una esfera que no es lo que examina actualmente la Comisión, (...) esfera que más bien correspondería al tema encomendado al Sr. Quentin Baxter”. Ibidem, párr. 22, p. 163.

¹⁷⁸ Cf. Ibidem, párr. 26, p. 163.

¹⁷⁹ “En primer lugar, el contenido de este apartado merecería figurar en el párrafo 1. Además, su texto no se ajusta perfectamente al párrafo 2 del artículo 29. En efecto, en dicha disposición la Comisión se ha referido a las normas imperativas del derecho internacional general, recogiendo la definición que de ellas da la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. La fórmula concisa que se utiliza en el artículo objeto de examen podría suscitar interpretaciones erróneas”. Ses. 1615, párr. 11, Anuario CDI 1980, p. 166.

la indemnización que puede plantearse en el caso de exclusión de ilicitud del hecho del Estado.

Consideramos que Šahović, al resaltar el carácter imperativo de la prohibición de agresión, pretendió ubicarla por encima de otras normas imperativas, lo cual es inadecuado, atento que no existe jerarquía entre las normas de tal carácter. Además, mencionar especialmente la prohibición de agresión es redundante desde que es una norma imperativa.

Barboza afirma que si bien hay divergencia en la doctrina respecto del estado de necesidad, “mucho más importante aún es el hecho de que la práctica de los Estados reconoce el principio de la necesidad. Son particularmente valiosas a este respecto las opiniones autorizadas de los jueces, árbitros y agentes de los gobiernos, opiniones de las cuales se desprende que nunca se ha negado el principio real de la necesidad”. Para este autor, el punto de partida es la premisa de que la obligación ya ha sido violada y no puede cumplirse. Toma como ejemplo el caso de la Caza de Focas en el Mar de Bering y considera que si el gobierno de Estados Unidos de América (EUA) hubiera enviado buques para impedir la actividad de los cazadores de focas se habría violado la obligación y el único procedimiento posible habría sido establecer una nueva relación jurídica entre los gobiernos de EUA y Canadá teniendo aquel la obligación de indemnizar. Sin embargo, Canadá podría haber adoptado contramedidas (bloqueo de fondos). Si EUA hubiere invocado y probado un estado de necesidad, su comportamiento habría sido lícito y la contramedida de Canadá ilícita. “De haberse causado algún daño habría estado obligado de indemnizar, pero esta cuestión corresponde al tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional”¹⁸⁰.

También Barboza ejemplifica el caso de obligaciones de hacer. Finalmente sostiene “la finalidad del proyecto del artículo 33 no es atenuar la responsabilidad del Estado sino excluir la ilicitud, aunque la responsabilidad puede subsistir por todo daño causado por actos ilícitos”. Por último, analiza el *requisito de la urgencia*, recuerda que pueden surgir situaciones en las que sea imposible a un Estado cumplir su obligación por razones distintas de la mera falta de tiempo¹⁸¹.

¹⁸⁰ Ver Capítulo 4, pág. 191 ss.

¹⁸¹ Ses. 1617, parr. 26–29 Anuario CDI 1980, pp. 175–176.

Por la expresión estado de necesidad, la CDI entiende la “*situación de hecho en que un Estado hace valer la existencia de un interés cuya importancia es para él esencial hasta el punto de obligar a ceder a la obligación que de otro modo tendría de respetar un derecho subjetivo determinado de otro Estado, siendo ese respeto, en tales circunstancias, incompatible con la salvaguardia de dicho interés*”¹⁸².

La CDI luego de analizar las distintas opiniones doctrinales y la práctica sobre la materia afirma que “*la noción de estado de necesidad está arraigada demasiado profundamente en la teoría general del derecho para que el silencio que se guardara respecto de ella pudiera, por sí solo, interpretarse como una exclusión absoluta de la aplicabilidad de esa noción en derecho internacional, exclusión que, por otra parte, si verdaderamente fuera total, no estaría justificada. El temor a los abusos (...) no es razón suficiente para suprimir el funcionamiento legítimo de una causa de exclusión de la ilicitud del comportamiento del Estado en los casos en que la utilidad de esta causa está generalmente reconocida*”¹⁸³.

Esta afirmación de la CDI permite considerar que el estado de necesidad se ha constituido en una norma consuetudinaria, reconocida tanto en la doctrina como en la práctica de los Estados.

Por otro lado, el Relator señala que la exclusión de la ilicitud que el estado de necesidad comporta no prejuzgar la cuestión de si el Estado que lo invocó puede verse obligado “con otra base que no fuera la responsabilidad *ex delicto*” a reparar los eventuales daños.

La Comisión sostiene que “la exclusión del carácter ilícito de un hecho del Estado, no entraña automáticamente la consecuencia de que ese hecho no pueda engendrar, por otros conceptos, una obligación de indemnizar los daños causados, incluso si esta obligación no debe calificarse de obligación de reparar un hecho ilícito”¹⁸⁴.

Todo el problema en Derecho internacional se reduce a determinar si existen o no hipótesis en las cuales el Derecho internacional otorga valor a tal postura, hipótesis en las cuales admite que el “derecho subjetivo”

¹⁸² Anuario CDI 1980, Vol. II, 2º Parte, párr. 1, p. 33.

¹⁸³ Ibidem, párr. 31, p. 47.

¹⁸⁴ Anuario CDI 1980, vol. II, 2º Parte, párr. 39, p. 49.

de un Estado sea sacrificado en beneficio del interés esencial del Estado, que estaría de otro modo obligado a respetar ese derecho.

El Relator en su Informe enuncia *distintas condiciones que debe reunir la “excusa de necesidad”*¹⁸⁵ para poder ser invocada por un Estado, a saber:

- Sólo puede admitirse eventualmente en Derecho internacional a condición de que sea de *carácter absolutamente excepcional*. El interés del Estado en quebrantar el derecho subjetivo de otro Estado debe ser, a su vez, de los que revisten importancia excepcional para el Estado que pretende hacerlo valer. Ese interés no se limita al de la “existencia” del Estado, por ello el Relator habla de “*interés esencial*” y no de “interés vital” tal como lo hicieron entre otros Verdross¹⁸⁶ y García Amador en su proyecto antes referido. El Relator no considera conveniente una enumeración de las categorías de intereses que podrían considerarse esenciales, tal como lo propuso Strupp¹⁸⁷.
- El peligro debe ser extremadamente grave, debe afectar al interés amenazado, y su superveniencia debe ser absolutamente independiente de la voluntad del Estado cuyo interés se halle amenazado¹⁸⁸.
- La adopción por un Estado de un comportamiento, no conforme a una obligación internacional que le liga a otro Estado, debe representar verdaderamente para él el único medio de conjurar el peligro extremadamente grave e inminente que percibe. El comportamiento en cuestión debe resultar indispensable en su totalidad, y no sólo en parte, para preservar el interés amenazado. Una vez alejando el peligro, la persistencia en ese comportamiento lo torna ilícito, por lo que, en el caso de resultar aun material-

¹⁸⁵ Ver sobre este punto Capítulo 1 p. 20 ss.

¹⁸⁶ VERDROSS, A. “Règles générales du droit international de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1929-V, Paris, Hachette, 1931, t. 30, p. 489.

¹⁸⁷ Strupp propuso la siguiente enumeración “de un peligro a su existencia, su estatuto territorial o personal, su gobierno o su propia forma, que puede limitar o incluso anular su independencia o su capacidad de actuar”. “Les règles générales...”, Ob. Cit., p. 568.

¹⁸⁸ A/CN.4/318/ADD.5 A 7, Ob. Cit., párr. 13, p. 22.

mente posible, debe reanudarse el cumplimiento de la obligación internacional afectada¹⁸⁹.

- El interés protegido por el derecho subjetivo atribuido al Estado extranjero, que se sacrificaría a la salvaguardia de un “interés esencial” del Estado obligado, debe ser inferior a ese otro interés. Es una cuestión relativa, de proporción. Para Ago no puede invocarse el estado de necesidad si entraña el sacrificio de un interés comparable o superior al que se trata de salvaguardar. El texto propuesto por la CDI, que seguidamente transcribimos, impide la alegación del estado de necesidad si éste afecta gravemente un interés esencial de otro Estado, con lo cual parecería lícito hacer uso de esta causa de exclusión incluso frente a un interés igualmente esencial del otro Estado, siempre que no resulte gravemente afectado. La cuestión radica en comparar *in concreto* el interés de quien lo invoca y el derecho del Estado sacrificado y hacer primar el superior.
- Excluye la posibilidad de que el estado de necesidad funcione como circunstancia excluyente de ilicitud de un comportamiento no conforme a una obligación derivada de una norma de *ius cogens*, o de determinadas normas de derecho internacional humanitario¹⁹⁰.
- No hay ninguna razón para que el estado de necesidad actúe como circunstancia excluyente de ilicitud de un hecho del Estado cuando la norma que establece la obligación subordina explícita o tácitamente el cumplimiento de la obligación a la condición de que determinadas circunstancias no la hagan demasiado onerosa o peligrosa.

¹⁸⁹ Ibidem, párr. 14, p. 22.

¹⁹⁰ V. HAYASHI, N. “Military necessity as normative indifference”, *44 Geo. J. Int’l L.* 2012-2013, p. 675 y 681-685. Al respecto Hayashi expresa: “Article 25(1) of the ILC Articles on State Responsibility, deals with the invocation of necessity by a state as a circumstance precluding the wrongfulness of its act otherwise in breach of a binding obligation of international law. According to the ILC, necessity would be inadmissible as a justification for non-compliance with a provision of IHL conventions. This inadmissibility emanates primarily from the very nature of the activities intended to be regulated by these conventions, rather than from the empirically problematic claim that every IHL rule has in fact accounted for necessity.” Distingue la necesidad militar (grado de coacción necesario), de la normativa (relación conducta –propósito) y la jurídica (excepción autorizante).

En lo que respecta al texto del artículo, finalmente la Comisión optó por una redacción negativa inspirándose en la solución adoptada en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Se siguió en este aspecto la propuesta efectuada por Vallat¹⁹¹, la que fue apoyada por Schwebel, Barboza¹⁹² y Pinto¹⁹³.

“1. Ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho de ese Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional del Estado a menos que:

- a) ese hecho haya sido el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; y*
- b) ese hecho no haya afectado gravemente un interés esencial del Estado para con el que existía la obligación.*

2. En todo caso, ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud:

- a) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad dimanara de una norma imperativa de derecho internacional general; o*
- b) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad ha sido establecida por un tratado que, explícita o implícitamente, excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad con respecto a esa obligación; o*

¹⁹¹ “En lo que respecta al texto del proyecto de artículo 33, convendría hacer más hincapié en el carácter excepcional de la excusa de necesidad. Podría, por ejemplo, incluirse este proyecto de artículo después del proyecto de artículo 34 (legítima defensa) – con objeto de que surta efectos reconocidamente diferentes de los de las demás circunstancias que excluyen la ilicitud – redactándolo en forma negativa sobre la base del artículo 62 de la Convención de Viena”. Ses. 1615, párrafo 24, Anuario CDI 1980, vol. I, p. 168.

¹⁹² “(...) Quizás sea conveniente expresar el principio en forma negativa para responder a las preocupaciones de quienes desean dar una interpretación restrictiva a la noción de estado de necesidad”. Ses. 1617, párrafo 30, CDI Anuario 1980, vol. I, p. 176.

¹⁹³ “En cuanto a la redacción del proyecto de artículo propiamente dicho, Pinto es partidario de que se introduzca el criterio de moderación en el párrafo 1. Hay que precisar también el carácter excepcional de la excusa de necesidad y redactar el artículo siguiendo el modelo del artículo 62 de la Convención de Viena, como ha sugerido Sir Francis Vallat (1615° Sesión) (...)”. Ses. 1618, párrafo 6, Anuario CDI 1980, vol. I, p. 178.

c) si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad”.

Encontramos una diferencia fundamental entre el artículo propuesto por el Relator y el de la CDI, esto es, el propuesto por la CDI tiene una redacción negativa, no se califica expresamente al estado de necesidad como excusa, lo que si se da en el otro caso. El Relator propone que el estado de necesidad sea invocable cuando el hecho necesitado no entrañe el sacrificio de un interés del otro Estado comparable o superior al que se trata de salvaguardar, con lo cual queda abierta la posibilidad a que se afecte un interés esencial del otro Estado pero inferior, ello nos conduce a un análisis de jerarquía y proporcionalidad entre intereses. La CDI simplemente propone que el hecho necesitado no afecte gravemente un interés esencial del otro Estado. Por otra parte, el Relator puntualiza que la situación de necesidad no se tiene que deber al Estado que la invoca, en este punto también difiere la propuesta de la CDI, ya que aquí se refiere a contribución del sujeto, lo que añade complejidad para quien pretenda invocar el estado de necesidad, pues una interpretación estricta podría llevar a la imposibilidad de invocar esta causa de exclusión. Debemos recordar que la contribución presenta matices, ya que puede tratarse de una contribución dolosa, intencionada, o bien se puede contribuir por negligencia.

La Comisión también analizó las condiciones requeridas para poder invocar el estado de necesidad, entre ellas señaló:

- *Existencia de peligro grave e inminente.*

Algunos autores han puesto énfasis en la necesidad de la urgencia. Sobre este punto, como ya anticipáramos, en la CDI Barboza afirmó que la misma no constituía un requisito esencial. Para Gutiérrez Espada lo que debe ser inminente y grave es el daño que de la existencia de un peligro dado se deriva¹⁹⁴.

- *Amenaza a un interés esencial del Estado.*

No hay una norma precisa que establezca cuáles son considerados intereses esenciales de los Estados. “El carácter más o menos esencial de un interés determinado está en función, naturalmente, del conjunto de las condiciones en que se encuentra un Estado en las diversas situaciones con-

¹⁹⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, C. *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en Derecho*, Ob. Cit., p. 48.

cretas; es preciso, pues, apreciarlo en relación con cada caso particular en que entre en consideración tal interés, y no determinarlo anticipadamente en abstracto”¹⁹⁵. Ello permite la flexibilidad y adaptabilidad necesaria a un escenario internacional permanentemente cambiante. Con lo cual el concepto de estado de necesidad lejos de ser estático, evoluciona con la comunidad internacional y puede responder a las nuevas y variadas circunstancias. La práctica demuestra que el estado de necesidad ha sido invocado, como veremos en la parte correspondiente, ante amenazas a intereses como el mantenimiento de la paz interior, las condiciones de vida de la población, el equilibrio económico-financiero y la protección del medio ambiente. Cabe señalar que buena parte de las discusiones en el seno de la Sexta Comisión se centraron en tratar de clarificar el concepto de “interés esencial”.

Consideramos interesante el aporte de Salmon al tema, quien si bien no fue miembro de la CDI, sostiene que el objeto del interés a salvaguardar por un Estado no ha sido descrito de manera uniforme por la doctrina y propone una enumeración sobre qué ha de entenderse por interés esencial, a saber:

- Peligro para la propia conservación del Estado o sus intereses esenciales.
- Conservación concerniente a las exigencias esenciales de la vida del Estado
- Amenaza para la existencia misma del Estado
- Protección de intereses vitales
- Protección de la existencia del Estado, de su estatuto territorial y personal presentes, de su gobierno o de la forma misma de Estado
- Catástrofe nacional, medidas de orden público necesarias para el buen funcionamiento de las instituciones o a la salvaguarda de los intereses vitales de los nacionales
- Salvaguardar valores de gran importancia, tales como la vida humana o la existencia misma del Estado¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Anuario CDI 1980, vol. II, 2º Parte, párr. 32, p. 48.

¹⁹⁶ SALMON, J.J.A.: «Les circonstances excluant l' illicéité», *Responsabilité internationale*. Institut des Hautes Etudes Internationales, Cours et Travaux, P. Weil (Director), Paris, 1987, pp. 135-136.

Pinto, en sesión de la CDI, sostuvo que: “La palabra *interés* puede ser objeto de diversas interpretaciones, y hará, sin duda alguna, difícil una aplicación de esa disposición que sea conforme a la justicia en cada caso particular. La necesidad de comparar los intereses que entran en juego, que parece exigir juicios de valor, mientras no haya una escala de valores universalmente aceptada, puede plantear problemas que comprometan seriamente la utilidad de la noción de necesidad y, por tanto, del proyecto de artículos”¹⁹⁷.

A esta inquietud, Ago responde que no se deben exagerar las dificultades que pueda plantear la interpretación de la necesidad y pone como ejemplo el caso *Torrey Canyon*, en el que “no ha sido necesario preguntarse si el interés de Gran Bretaña en evitar una contaminación grave de sus costas prevalecía realmente sobre el interés del Estado del pabellón en que no se destruyeran los restos del buque”¹⁹⁸.

El supuesto planeado por Ago claramente no genera duda sobre la jerarquía de los intereses, el problema radica cuando los intereses en tensión son de discutible prevalencia, tal por ejemplo, el caso que se da frente al interés en preservar el medio ambiente o hacer prevalecer la integridad territorial¹⁹⁹.

- *El Estado no debe haber dado lugar al peligro.*

A fin de evitar problemas al momento de interpretar este requisito, Riphagen propuso en la Comisión sustituir, del proyecto de artículo 33 de Ago, las palabras *se debe a* por *las hubiera podido razonablemente ser evitado por él*, otros miembros de la Comisión (Jagota, Barboza, Tsuruokay Pinto) preferían sustituir *se debe* por *ha contribuido al* nacimiento de la situación de necesidad. Para Ago el término *contribución* podía ser demasiado laxo y capaz de privar injustamente de la posibilidad de invocar el estado de necesidad a un Estado que pudiendo haber contribuido de

¹⁹⁷ Ses. 1618, párr. 2, Anuario CDI 1980, vol. I, p. 177.

¹⁹⁸ *Ibidem*, párr. 41, p. 182.

¹⁹⁹ Si bien Ago declinó enumerar a los intereses esenciales del Estado a los propósitos del art. 33, en el entendimiento que un determinado interés esencial en su extensión dependía de cada caso, dio algunos ejemplos, entre los cuales se cuentan: la supervivencia política y económica, la continuidad del funcionamiento de servicios esenciales, el mantenimiento de la paz interna, la supervivencia de un sector de la población, la preservación del medioambiente de su territorio o parte de él. V. BOED, R. “State of necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct”, *Ob.Cit.*, p. 15.

algún modo al nacimiento de una situación de necesidad ésta no puede realmente considerarse que se debe a él²⁰⁰. El artículo 33.2.c del Proyecto de la CDI reza “c) *si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad*”²⁰¹.

Coincidimos con Ago en que los distintos niveles en los que se puede “contribuir” a generar un estado de cosas podría tornar de imposible invocación al estado de necesidad²⁰².

- No exista otro modo de evitar que mediante el comportamiento contrario al derecho internacional.

Las medidas tomadas en estado de necesidad deben ser la única alternativa posible para escapar del peligro²⁰³. El estado de necesidad existe mientras el peligro exista, desaparecido éste no pueden seguirse ejecutando las medidas iniciadas, pues estas serían contrarias al ordenamiento internacional²⁰⁴.

La palabra “modo” utilizada en el Proyecto de la CDI no se limita a una acción unilateral de parte del Estado que invoca el estado de necesidad, sino que puede comprender otras formas de comportamiento posibles (aunque puedan ser más costosas o menos convenientes) mediante la cooperación con otros Estados o por conducto de organizaciones internacionales. Ejemplo: las medidas adoptadas por organismos regionales competentes para conservar las pesquerías.

La CDI ha enunciado claramente los tres supuestos en que el estado de necesidad no puede ser invocado, a saber:

- cuando de hacerlo resulte gravemente afectado otro interés también esencial de un Estado;

²⁰⁰ Ses. 1618, párr. 26, Anuario CDI 1980, vol. I, p. 180.

²⁰¹ “La Comisión alude con ello a los casos en que el Estado que invoca el estado de necesidad ha contribuido, en una u otra forma, intencionalmente o también por negligencia al mantenimiento de la situación de la que pretende valerse para justificar su incumplimiento de una obligación internacional”. (Comentario 41 al artículo 33 de su Proyecto, Anuario CDI 1980, vol. II, 2º Parte, p. 50)

²⁰² Sobre los distintos grados de contribución, si bien aplicable al apoyo brindado a grupos terroristas pero posible de ser aplicable a nuestro tema, se puede profundizar en la obra de CASSESE, A. *International Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2005, p. 470.

²⁰³ GUTIÉRREZ ESPADA, E. *El estado de necesidad...*, Ob. Cit., p. 55.

²⁰⁴ Comentario 33 al artículo 33 de su Proyecto, Anuario CDI 1980, vol. II, 2º Parte, p. 48.

- cuando la obligación que -amparándose en la necesidad- pretende incumplirse dimana de una norma imperativa del derecho internacional²⁰⁵;
- cuando el texto de un tratado cuyas obligaciones intentan no respetarse justificándose en esta figura excluye expresamente o implícitamente la posibilidad de su invocación²⁰⁶.

Finalmente, a juicio de la comisión, la exclusión del carácter ilícito de un hecho del estado no entraña automáticamente la consecuencia de que ese hecho no pueda engendrar, por otros conceptos, una obligación de indemnizar los daños causados, incluso si esta obligación no debe calificarse de obligación de “reparar un hecho ilícito”²⁰⁷.

Jagota, quien fue miembro de la CDI, sostiene que atento que la necesidad afecta intereses esenciales del estado, una redacción de la disposición que limite frente a los posibles abusos, será más útil que no incluir una disposición sobre el estado de necesidad, particularmente cuando las

²⁰⁵ “(...) La única cuestión que la Comisión estima oportuno mencionar en este comentario es que la obligación cuyo carácter imperativo no puede ser puesta en duda en ningún caso es la que prohíbe menoscabar por la fuerza la integridad territorial o la independencia política de otro Estado. La Comisión quiere que esto quede bien puntualizado, pues son las tentativas pasadas de los Estados de invocar el estado de necesidad para justificar actos de agresión, conquistas y anexiones realizadas por la fuerza las que dan origen con mayor frecuencia a los temores suscitados por la idea de admitir la noción de estado de necesidad en derecho internacional. Entre las normas cuya violación no puede justificarse nunca por razón alguna de necesidad se mencionaron igualmente, en los debates, normas tales como la que prohíbe el genocidio o la que condena categóricamente la matanza de los prisioneros de guerra”. Comentario 37 al artículo 33 de su Proyecto, Anuario CDI 1980 vol. II, 2º Parte, p. 49.

²⁰⁶ “(...) La Comisión considera importante puntualizar a este respecto que el silencio del tratado no debe interpretarse automáticamente como una admisión de la posibilidad de invocar el estado de necesidad. Existen obligaciones convencionales que se han concedido especialmente como aplicables asimismo, o muy particularmente, en situaciones anormales de peligro para el Estado obligado y para los intereses fundamentales de éste y que, sin embargo, no contienen ninguna cláusula relativa a la cuestión que aquí se trata (es el caso de otras convenciones de derecho humanitario aplicables en las conflictos armados). A juicio de la Comisión, la exclusión de la posibilidad de invocar el estado de necesidad se desprende entonces de modo implícito, pero indudable, del objeto y fin de la norma, y también a veces de la circunstancias de su elaboración y aprobación. Por eso la Comisión consideró especialmente útil mencionar también expresamente esta hipótesis dentro del marco del artículo que había de definirse”. Ibidem, comentario 38.

²⁰⁷ Ibidem, comentario 39, p. 49.

limitaciones claramente protegen las normas imperativas y los intereses humanitarios²⁰⁸.

POSICIÓN DE LOS GOBIERNOS

En su conjunto, los debates del artículo 33 del proyecto de la Comisión en el Sexto Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas permiten sostener que la casi totalidad de sus miembros aceptaron el referido artículo. Por su parte, México, Finlandia, Argentina y Ucrania consideraron que el estado de necesidad es un concepto jurídico universalmente reconocido. Las intervenciones críticas fueron poco numerosas, entre ellas, los países del bloque socialista, Rumania, y Libia. Especialmente duros con el proyecto de artículo 33 fueron los comentarios efectuados por la Unión Soviética, Checoslovaquia y Bielorrusia.

Suiza si bien aceptó la figura del estado de necesidad, dijo: “*the conditions in which it can be invoked have not been clearly established by international law, which means that each case will have to be judged individually on the basis of moral rather than legal considerations*”²⁰⁹. Por su parte, los gobiernos de la URSS y Bielorrusia sostuvieron que el párrafo 1 del art. 33 era inaceptable por la vaguedad del término “interés esencial”²¹⁰. Mongolia afirmó: “*It is virtually impossible to establish whose interests are essential when the interests of two States clash*”²¹¹. Los Países Bajos sugirieron que el artículo debería “*take account of the possibility*

²⁰⁸ JAGOTA, S. P. “State responsibility: circumstances precluding wrongfulness”, Ob. Cit., p. 271.

²⁰⁹ A/CN.4/342 (10 de abril 1981) p. 4.

²¹⁰ A/CN.4/351/Add.1, (6 de abril 1982) A/CN.4/351/Add.2 (16 de abril 1982), p. 18. “*The admission of criteria such as essentiality of interests or the seriousness of impairment as norms of international law is unjustified. It may give the State cause to interpret these criteria as broadly as possible and to violate its international obligations on this pretext, while avoiding responsibility for such acts. The provisions of art. 33 p. 1 contradict the essential meaning of the international responsibility of States and are therefore unacceptable.*”

²¹¹ A/CN.4/342/ Add.2 (29 de junio 1981) p. 3.

of the injured State itself having contributed towards the coming about of the situation of necessity”²¹².

Interesante resulta el aporte efectuado por el gobierno holandés al análisis del art. 33, por considerar que el citado artículo en el párrafo 2 c) sólo contempla la no contribución del sujeto necesitado, habiendo sido preferible que se previese también la posibilidad que el sujeto inocente haya contribuido al surgimiento de la situación de necesidad.

APORTES DEL RELATOR CRAWFORD AL TRATAMIENTO DEL ESTADO DE NECESIDAD

El Relator Crawford²¹³, luego de comprobar que con posterioridad a la adopción por la CDI del estado de necesidad, éste ha sido invocado en la práctica, y que el TIJ se refirió largamente a este instituto en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, concluye que, en conjunto, dicha disposición “permite aparentemente establecer un equilibrio entre los intereses de los Estados concernidos y los de la comunidad internacional considerada como un todo”. En consecuencia, el Relator propone mantener el artículo 33 respetando en lo esencial su forma, efectuando sólo algunas enmiendas²¹⁴. En primer término, considera conveniente reemplazar la expresión “estado de necesidad” por “necesidad” a fin de evitar confusión con el otro sentido del término “Estado” en el texto del proyecto²¹⁵.

Crawford propone tres modificaciones a dicho artículo, a las cuales las califica de “redaccionales” y en conjunto “menores”. Ellas son:

a) el texto del art. 33.2.b. prohibía a un Estado invocar el estado de necesidad cuando la obligación incumplida por él figuraba “en un tratado” que explícita o implícitamente excluía su invocación. El Relator propone

²¹² A/CN.4/351/Add.3, (6 de mayo 1982) p. 19.

²¹³ V. CRAWFORD, J.-PEEL, J. – OLLESON, S. “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading”, *EJIL*, Vol. 12-5 (2001), pp. 963 y ss. V. asimismo, GATTINI, A. “Smoking/no smoking: some remarks on the current place of fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility”, *EJIL*, Vol. 10-2 (1999), PP. 397 SS.

²¹⁴ A/CN.4/498 Add.2, p. 35, párrafo 291.

²¹⁵ *Ibidem*, párrafo 290.

que se indique la imposibilidad de alegar el estado de necesidad si “la obligación internacional excluye, expresa o implícitamente, la posibilidad de invocar (...)”. Plantea que si bien un tratado podría excluir la invocación del estado de necesidad, por qué una norma consuetudinaria no podría hacer lo mismo.

b) En cuanto al requisito de no haber el Estado contribuido a la aparición de la situación de necesidad, el Relator propone que se añada “*notablemente contribuido*”. Se trata de no impedir la invocación de esta causa al Estado que pudiendo haber contribuido a su aparición, su contribución no fue “lo suficientemente importante”²¹⁶.

c) El Relator entiende que hacer depender la invocación del estado de necesidad de que el comportamiento pretendido no lesione gravemente sólo los intereses del otro Estado, tal como lo establece el art. 33.1.b, implica no tener en cuenta la existencia de obligaciones *erga omnes*, es decir, obligaciones que protegen intereses de la comunidad internacional en su conjunto, por lo que propone una modificación en este sentido. Su propuesta conlleva una imposibilidad de invocar el estado de necesidad cuando ello supusiera la vulneración de intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto. Con esta propuesta se restringe entonces aún más la posibilidad de invocar esta figura, olvidando la contracara de ello, esto es la posibilidad de su invocación cuando el peligro grave e inminente se cierne sobre un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto.

El artículo 25 definitivo de la CDI establece:

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

a. sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

b. no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2 En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

²¹⁶ Ibidem, p. 65

*a. La **obligación internacional** de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o*

b. El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad²¹⁷.

La CDI tomó en consideración las propuestas del Relator Crawford. De ese modo excluye la posibilidad de invocarlo si “la obligación internacional de que se trate excluye ...” en el punto 2.a.

Por otra parte, el nuevo artículo dispone que el Estado podrá invocar estado de necesidad cuando el hecho necesitado sea el único modo de salvaguardar un interés esencial, ya no se precisa que el interés esencial debe ser del Estado como sí lo hacía el proyecto de artículo anterior.

No recogió la propuesta relativa a que el Estado no debía haber contribuido “notablemente “ a que se produzca el estado de necesidad, mas en los comentarios que del artículo realiza la CDI sí se sostiene que “la contribución a la situación de necesidad debe ser suficientemente sustancial y no simplemente incidental o periférica”²¹⁸.

También la CDI acepta la propuesta del Relator en orden a impedir la invocación del estado de necesidad cuando el hecho del Estado necesita-

²¹⁷ En su versión en lengua inglesa, la CDI emplea en el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado presentado ante la AGNU en diciembre de 2001 el término “necessity”, en la versión francesa el término “état de nécessité” en tanto en la versión española el concepto de “estado de necesidad”. En la versión inglesa del texto adoptado en primera lectura (art. 33, en Anuario CDI 1996, vol. II, Segunda Parte, p. 61) la CDI utilizó en cambio la expresión “state of necessity”, de la que también se valió R. Ago en su Adición al Octavo Informe sobre responsabilidad del Estado, en Anuario CDI 1980. Esta diferencia terminológica en la versión inglesa del proyecto no se aprecia en cambio en el Proyecto sobre responsabilidad de las OI. Tanto el relator especial (en su Cuarto informe), como posteriormente el Comité de Redacción han optado por emplear el término “Necessity”. En la versión española se mantiene la expresión “estado de necesidad” y en la francesa “état de nécessité”, vid. A/CN.4/L.687.

La CII, por su parte como veremos en el capítulo 4, utiliza la expresión “state of necessity” para referirse a esta circunstancia de exclusión de la ilicitud de un hecho, reservando el término “necessity” para referirse a uno de los criterios exigidos junto con el de proporcionalidad, para poder alegar válidamente legítima defensa (art. 51 de la Carta de UN).

²¹⁸ Comentario 20 al artículo 25, Informe CDI...A/56/10, p. 212.

do afecta gravemente un interés esencial de la *comunidad internacional en su conjunto*²¹⁹.

En este sentido, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña en sus comentarios al artículo sobre el estado de necesidad, sostuvo que: “En particular, sería útil indicar concretamente si un Estado puede hacer valer el estado de necesidad para excluir la ilicitud de un comportamiento destinado a salvaguardar intereses mundiales, como la pesca en alta mar o el medio ambiente, en que el Estado tenga un interés especial pero no tenga derechos especiales y, en la afirmativa, qué límites tendría para hacerlo”²²⁰.

²¹⁹ Sobre la expresión “*comunidad internacional en su conjunto*” en el artículo 25 también utilizada en otros artículos (art. 33.1, 42.b, 48.1.b.), la CDI precisa que es preferible a la “comunidad internacional de Estados en su conjunto” (art. 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados) más centrada en la materia concreta objeto del mismo y que la misma se utiliza frecuentemente desde la sentencia de la CIJ en el asunto de la Barcelona Traction.

²²⁰ A/CN.4/515 del 19 de marzo de 2001. *Estado de necesidad Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*.

La excepción del estado de necesidad se presta a grandes abusos. Se diferencia de las demás circunstancias que excluyen la ilicitud según el proyecto de artículos tanto en razón de la extrema (en realidad prácticamente ilimitada) amplitud de las circunstancias en que se podría hacer valer como de la amplia variedad de intereses que cabría decir que requieren protección. La excepción del estado de necesidad está al filo del imperio del derecho y no habría que incluirla en un proyecto de artículos que describe la estructura ordinaria de la responsabilidad legal entre Estados. En todo caso, y sin perjuicio de esa posición, de mantener en el proyecto de artículos final una disposición al respecto, es preciso revisar sustancialmente el texto actual.

Cabría aceptar una disposición relativa al estado de necesidad (a pesar de que es muy inconveniente) si se dejara absolutamente en claro que únicamente podría aducirse para proteger intereses tan esenciales que su vulneración amenazaría la estabilidad económica o social del Estado o causaría graves lesiones personales o daños ambientales en escala masiva. En particular, hay que recalcar que los intereses protegidos son los del Estado y no los del Gobierno o cualquier otro grupo dentro del Estado. Habría que destacar también que incumbe al derecho internacional, no a cada Estado, determinar si unas circunstancias específicas justifican que se haga valer el estado de necesidad.

En el artículo 26 del proyecto o en el comentario habría que indicar claramente la naturaleza de los intereses “esenciales”. En particular, sería útil indicar concretamente si un Estado puede hacer valer el estado de necesidad para excluir la ilicitud de un comportamiento destinado a salvaguardar intereses mundiales, como la pesca en alta mar o el medio ambiente, en que el Estado tenga un interés especial pero no tenga derechos especiales y, en la afirmativa, qué límites tendría para hacerlo. En el comentario anterior se soslayaba la definición de “interés esencial” y simplemente se decía que

La doctrina ha entendido hasta fines del siglo veinte que sólo los Estados podían invocar esta causal de exclusión de ilicitud a los fines de salvaguardar intereses esenciales de los Estados, tal como se desprende del artículo 33 de la CDI. Esta posición ha cambiado al redactarse el artículo 25, pues se ha eliminado “del Estado”. Con lo cual podemos preguntarnos ¿sólo es posible invocar el estado de necesidad cuando intereses esenciales particulares del Estado están amenazados o también se lo puede invocar cuando intereses esenciales de la comunidad internacional se encuentran amenazados?

POSICIÓN DE LOS GOBIERNOS

En el informe de 1998, se recogieron los comentarios y observaciones efectuados por los Gobiernos (Dinamarca, Gran Bretaña, Francia y Polonia) al artículo 33 relativo al estado de necesidad.

“el grado en que un determinado interés es ‘esencial’ depende naturalmente de todas las circunstancias en que se encuentra el Estado en distintas situaciones concretas y, por lo tanto, debe evaluarse a la luz del caso concreto que corresponde al interés y no puede determinarse en abstracto”. Esto no constituye para nada una salvaguardia adecuada respecto del riesgo de que la excepción sea objeto de una interpretación excesivamente lata.

De mantener la disposición, convendría introducir otros cambios de redacción, como se indica más adelante.

La referencia que se hace en el proyecto de artículo 26 1) b) a “la comunidad internacional en su conjunto” es absolutamente oscura y hay que emplear otro término. Una posibilidad sería hacer referencia, en este artículo y los demás, a “la comunidad internacional de los Estados en su conjunto”, terminología empleada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Es sumamente inconveniente trazar una distinción de alcance u objetivo incierto entre “la comunidad internacional en su conjunto” y “la comunidad internacional de los Estados en su conjunto”.

En el proyecto de artículo 26 2) b) se indica expresamente que no se puede hacer valer el estado de necesidad en relación con obligaciones que excluyan la posibilidad de hacerlo. De mantener esa disposición, habría que dejar claro donde procediera que la misma excepción puede ser aplicable en relación con otras circunstancias excluyentes de la ilicitud, en particular la fuerza mayor.

Habría que enmendar el proyecto de artículo 26 2) c) a fin de ajustarlo a los proyectos de artículos 24 2) a) y 25 2) a). Su texto podría ser el siguiente: “El comportamiento ilícito del Estado, únicamente o en combinación con otros factores, ha causado el estado de necesidad”.

Como anticipábamos, para Gran Bretaña la excepción se presta a grandes abusos por lo que debería eliminarse o de mantenerse el artículo debería ser revisado sustancialmente.

Por su parte, Dinamarca (en nombre de Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) felicitó al TIJ, porque tras la contribución sustancial del Tribunal al tema en el caso Gabčíkovo-Nagymaros, todo está más claro, en concreto qué “elementos importantes del artículo 33 reflejan el Derecho Internacional consuetudinario”²²¹.

Polonia se limitó a solicitar, como ya lo había hecho Gran Bretaña, que la CDI aclarase en sus comentarios el concepto de “interés esencial”, y Francia formuló una propuesta de modificación formal del texto que no afectaba a su esencia.

REQUISITOS PARA LA INVOCACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD CONFORME AL ARTÍCULO 25 DEL PROYECTO DE LA CDI

Los requisitos para la configuración del estado de necesidad según el Proyecto de la CDI son:

- a. existencia de un peligro grave e inminente
- b. afectación de un interés esencial del Estado
- c. medida tomada como único modo de salvaguardar el interés del Estado
- d. no afectar gravemente a un interés esencial de otro Estado o de la comunidad internacional
- e. no haber contribuido a que se produzca tal estado de cosas
- f. que la obligación internacional no excluya la posibilidad de su invocación
- g. no se viole una norma imperativa
- h. carácter “transitorio” del estado de necesidad

Debemos tener en cuenta que todos estos requisitos deben reunirse de modo acumulativo.

²²¹ A/CN.4/488 p. 93.

A diferencia del artículo 33, inciso 1,b del Proyecto de la CDI aprobado en primera lectura, el artículo 25 del proyecto definitivo exige que no se afecte gravemente un interés esencial del Estado para con el que se tiene la obligación que no se cumple o un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto. La inclusión de la referencia a la “Comunidad internacional en su conjunto”, propuesta por el Relator Crawford, fue decidida por la CDI en su 51º período de sesiones donde se citaba el caso de un buque que causara polución en el alta mar debido al vertimiento de químicos peligrosos²²².

El Estado que alega el estado de necesidad debe probar haber cumplido con todos los requisitos exigidos por la práctica internacional en la materia. En caso de objeción por parte del Estado afectado, se plantea una controversia que deberá ser resuelta por los medios pacíficos de solución.

El Relator Crawford manifestó su preocupación por la cuestión de la “incertidumbre científica”, en relación con la aplicación del principio de precaución. Señala que en esferas tales como la conservación del medio ambiente o la seguridad de estructuras importantes, siempre habrá incertidumbre científica y “distintos expertos podrán tener distintas opiniones sobre si existe un peligro o cuán grave o inminente es y si los medios propuestos son los únicos disponibles en las circunstancias del caso”²²³.

²²² Informe de la CDI, 51º período de sesiones, 3 de mayo al 23 de julio de 1999, parág. 379 y 383.

²²³ “288. Uno de los principales interrogantes del artículo 33 es el de la incertidumbre científica y el de la cuestión conexa del principio de precaución. En la actualidad, el artículo 33 exige que la conducta en cuestión sea “el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente”. No obstante, por ejemplo en cuestiones relativas a la conservación y el medio ambiente o a la seguridad de estructuras importantes, siempre habrá amplias esferas de incertidumbre científica y distintos expertos podrán tener distintas opiniones sobre si existe un peligro o cuán grave o inminente es y si los medios propuestos son los únicos disponibles en las circunstancias del caso. Esta cuestión ya se examinó en el contexto del peligro extremo: se concluyó que, en el contexto de salvar una vida, el agente interesado debería tener derecho a actuar con fundamento en una creencia razonable sobre si existe una situación de peligro extremo. Se trata a la vez de saber si se debería permitir una amplitud similar en relación con el estado de necesidad”. A/CN.4/498 Add2, párrafo 288. V. al respecto MILANO, E. “Security Council Action in the Balkans: Reviewing the Legality of Kosovo’s Territorial status”, *EJIL* (2003), Vol. 14 No. 5, pp. 999–1022. Al referirse Milano a la acción de la OTAN y los argumentos de Bélgica ante la CIJ señaló con relación a la invocación de obrar por estado de necesidad lo siguiente: “The first

En cuanto a ser el único modo de salvaguardar el interés esencial del Estado, podemos citar *i.a.* el caso Gabčíkovo- Nagymaros y el caso CMS contra la República Argentina, en ambos los tribunales actuantes entendieron que no se cumplía este requisito. También en el caso Libyan Arab Foreign Investment Company, el Tribunal actuante consideró que las medidas adoptadas por Burundi no habían constituido el único modo de salvaguardar un interés esencial del Estado frente a un peligro grave e inminente²²⁴.

RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES - ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ESTADO DE NECESIDAD

En su 52º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir el tema “*Responsabilidad de las organizaciones internacionales*” en su programa de trabajo. En su 54º período de sesiones, la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Giorgio Gaja, quien presentó su primer informe en el año 2003.

En su Cuarto Informe, el Relator Especial analiza las *circunstancias excluyentes de ilicitud* que podrían invocar las organizaciones internacionales. Entre esas circunstancias encontramos el *estado de necesidad*.

El estado de necesidad como circunstancia de exclusión de ilicitud se lo ha considerado casi siempre sólo en relación con los Estados.

El Fondo Monetario Internacional en su presentación ante la CDI, se refirió al caso Gabčíkovo-Nagymaros, en el que según su opinión, la

requirement is that the action must be the only means to pursue the protection of an essential interest. It is debatable whether that was the case in Kosovo. It seems that if the essential interest was the protection of the Kosovo Albanians from gross violations of human rights, such as the violation of the right to life or freedom of movement, NATO bombing could not possibly be the only means to protect such interest, and, considering the dramatic and foreseeable aggravation of the human rights situation on the ground during the campaign, one wonders whether the action was trying to protect such interest at all” (p.1012-1013).

²²⁴ Libyan Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi (1994), ILR, v. 96, p. 319.

Corte Internacional de Justicia no se refirió en particular a los Estados²²⁵ cuando dijo que el estado de necesidad era una causal reconocida por el derecho internacional consuetudinario de exclusión de la ilicitud de un acto que constituyera incumplimiento de una obligación internacional²²⁶. En consecuencia, entiende que “... podría utilizarse [la opinión de la Corte] para fundamentar la propuesta de que la necesidad podría excluir la ilicitud de actos de organizaciones internacionales”.

Pero si se interpretan esas palabras en el contexto de los hechos del caso y del texto completo del proyecto de artículos sobre el estado de necesidad aprobado en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional, está claro que la Corte sólo entendió referirse a las relaciones entre Estados. Por ello, no podemos coincidir con la posición sentada precedentemente.

Un aporte importante de la práctica podemos encontrar en la “necesidad operacional” o “necesidad militar” que pueden alegar las fuerzas de las Naciones Unidas²²⁷. En su informe sobre la financiación de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, el Secretario General dijo que: “*La responsabilidad de la Organización por la pérdida de bienes y daños a la propiedad causados por las fuerzas de las Naciones Unidas en el curso normal de sus operaciones está sujeta a la excepción de la ‘necesidad operacional’, es decir, aquellos casos en que los daños son consecuencia de medidas que necesariamente debe adoptar una fuerza de mantenimiento de la paz en cumplimiento de su mandato*”²²⁸.

Desde ese punto de vista, la “necesidad operacional” parecería conferir licitud a la violación de la propiedad privada.

También se puede invocar la “necesidad militar”, tal como por ejemplo, en un memorando preparado por la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas en relación con la ocupación de un complejo en Mogadishu por la Operación de las Naciones Unidas en Somalia II (ONUSOM II).

²²⁵ *I.C.J. Reports 1997*, p. 40, párr. 51.

²²⁶ A/CN.4/556, p. 42.

²²⁷ Para una distinción entre los dos conceptos, véase SHRAGAD., “UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-Related Damage”, *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), p. 406 y, especialmente, pp. 410 y 411.

²²⁸ A/51/389, párr. 13.

El memorando decía que si se determinaba que la ocupación del complejo por facciones hostiles habría expuesto a la ONUSOM II a graves peligros de modo que no se hubiera podido asegurar la protección efectiva del personal, las instalaciones y los equipos de las Naciones Unidas y sus organismos, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y las Organizaciones No gubernamentales (ONG), si la ONUSOM II no hubiera tomado posesión física del complejo, la ocupación de éste podía considerarse un acto de necesidad militar para asegurar el logro de los objetivos establecidos en la resolución 814 (1993) del Consejo de Seguridad. Desde esta perspectiva, la ocupación del complejo podía considerarse legal²²⁹.

El Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo se refirió a la posibilidad de que una organización internacional invocara el estado de necesidad en su Sentencia No. 2183, en el caso *T.O.R.N v. CERN* sobre el acceso a la cuenta electrónica de un empleado que estaba de licencia²³⁰. El Tribunal dijo que en el caso en que fuera necesario acceder a una cuenta de correo electrónico por razones de urgencia

²²⁹ *Anuario Jurídico de las Naciones Unidas* (1994), pág. 403 y especialmente pág. 405.

²³⁰ Sentencia No. 2183 del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En este caso, la recurrente hizo uso de licencia por enfermedad durante un período de tiempo prolongado, sin que nadie pudiese consultar su correo electrónico.

Su supervisor inmediato pidió que se le diera acceso a su cuenta, consultó sus correos e informó de que había separado los mensajes profesionales de los privados que se habían guardado en un archivo nuevo. Tras tener conocimiento de lo que describió como una “violación del correo electrónico”, la recurrente presentó una reclamación ante el Director de Administración. Insatisfecha con la respuesta que obtuvo, procedió a recurrir su contenido. La organización respondió alegando estado de necesidad. El Tribunal rechazó la reclamación aplicando los siguientes principios a los hechos del caso:

En primer lugar, las reglas de la organización vigentes en ese momento indicaban que los servicios informáticos, incluidas las redes, no podían utilizarse más que para su propósito original en el contexto del programa de trabajo oficial de la organización, salvo acuerdo especial que indicase otra cosa.

Sin embargo, la organización reconoció que, al igual que otras entidades, toleraba la utilización de direcciones de correo electrónico para fines privados dentro de ciertos límites y siempre que ello no tuviera consecuencias negativas para su funcionamiento. En segundo lugar, el principio de la confidencialidad de los mensajes privados archivados en una cuenta profesional de correo electrónico debía respetarse. En tercer lugar, en caso de que fuera necesario acceder a una cuenta de correo por razones de urgencia o debido a la ausencia prolongada de su titular, las organizaciones debían poder acceder a la cuenta utilizando las salvaguardias técnicas apropiadas. El estado de necesidad,

o ausencia prolongada del titular, las organizaciones deben poder abrir la cuenta con las salvaguardias técnicas apropiadas. El estado de necesidad, que justifica el acceso a información que puede ser confidencial, debe evaluarse con sumo cuidado²³¹.

Aunque la sentencia se refiere a las relaciones entre una organización internacional y sus empleados, la afirmación del Tribunal tiene un carácter más general y da a entender que una organización puede invocar el estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud.

La práctica sobre la materia es escasa, pero ello no obsta a que las organizaciones internacionales también puedan invocar el estado de necesidad cuando concurren las condiciones a tal fin²³².

La posibilidad de que las organizaciones internacionales invoquen el estado de necesidad fue propiciada por la Comisión de la Unión Europea²³³, el Fondo Monetario Internacional²³⁴, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual²³⁵ y el Banco Mundial²³⁶.

El 9 de diciembre de 2003, la Asamblea General aprobó la resolución 58/77, titulada “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre

que justificaría el acceso a datos que pueden ser confidenciales, debía evaluarse con las máximas precauciones.

Hay que observar que si bien el tribunal utilizó la expresión “estado de necesidad” podría afirmarse que no se reunieron los requisitos establecidos en el párrafo a) del artículo 16 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado elaborado por la Comisión.

²³¹ Párrafo 9 de la sentencia, dictada el 3 de febrero de 2003. Puede encontrarse la traducción al inglés del original en francés en <http://www.ilo.org/public/english/tribunal>.

²³² Véase *i.a.* LOZANO CONTRERAS, F. “El estado de necesidad en el ámbito de la responsabilidad de las organizaciones internacionales”, en *Revista Española de Estudios Internacionales*, N°17, junio 2009; REINISCH, A. “How necessary is necessity for International Organizations?”, *International Organizations Law Review* 3: 177–183, 2006.

²³³ Carta de fecha 18 de marzo de 2005 dirigida al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas por la Comisión Europea (véase A/CN.4/556, p. 43).

²³⁴ Carta de fecha 1° de abril de 2005 dirigida al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas por el Fondo Monetario Internacional (véase A/CN.4/556, p. 45).

²³⁵ Carta de fecha 19 de enero de 2005 dirigida al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas por el Asesor Jurídico de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (véase A/CN.4/556, p. 46).

²³⁶ Carta de fecha 31 de enero de 2006 dirigida al Secretario de la Comisión de Derecho Internacional por el Primer Vicepresidente y Consejero Jurídico General del Banco Mundial (pendiente de comunicación, párrs. 1 y 2).

la labor realizada en su 55° período de sesiones”. En el párrafo 5 de dicha resolución, la Asamblea invitó a los Estados y a las organizaciones internacionales a presentar información sobre sus prácticas pertinentes en relación con el tema “Responsabilidad de las organizaciones internacionales”, en particular sobre los casos en que los Estados miembros de una organización internacional pudieran ser considerados responsables de los actos de la organización. La Comisión de Derecho Internacional preparó un cuestionario para los Estados y las Organizaciones²³⁷, la mayoría de

²³⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/58/10)*. En 2003, la Comisión solicitó que se le formularan observaciones con respecto a las cuestiones siguientes:

- a) Si la norma general sobre atribución de un comportamiento a la organización internacional debería incluir una referencia a las “reglas de la organización”;
- b) En el caso de que la respuesta a la cuestión a) sea afirmativa, si la definición de “reglas de la organización” que figura en el apartado j) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales de 1986 es adecuada;
- c) En qué medida el comportamiento de unas fuerzas de mantenimiento de la paz es atribuible al Estado que ha aportado dichas fuerzas y en qué medida es atribuible a las Naciones Unidas.

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/59/10). En 2004, la Comisión pidió que le enviaran comentarios sobre las cuestiones siguientes:

a) Las relaciones entre una organización internacional y sus Estados miembros y entre una organización internacional y sus agentes se rigen sobre todo por las reglas de la organización, que, según se define en el párrafo 4 del artículo 4, comprende “en particular, los instrumentos constitutivos, las decisiones, resoluciones y otros actos adoptados por la organización de conformidad con esos instrumentos; y la práctica establecida de la organización”. La naturaleza jurídica de las reglas de la organización en relación con el derecho internacional es objeto de controversia. En cualquier caso puede discutirse en qué medida la Comisión, al estudiar la responsabilidad de las organizaciones internacionales en virtud del derecho internacional, debería ocuparse de la violación de las obligaciones que una organización internacional puede tener con sus Estados miembros o sus agentes. ¿Qué alcance debería dar la Comisión a su estudio de esta cuestión?

b) *Entre las circunstancias que excluyen la ilicitud, el artículo 25 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se refiere al “Estado de necesidad” que puede invocar un Estado en ciertas condiciones; la primera es que el “hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado [...] sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente”. ¿Podría una organización internacional invocar el estado de necesidad en circunstancias similares?*

los Estados estuvo a favor de incluir el estado de necesidad entre las circunstancias que excluyen la ilicitud²³⁸. Las declaraciones que defendieron la posición contraria destacaron principalmente la falta de práctica pertinente, el riesgo de que se cometieran abusos o la necesidad de establecer condiciones más estrictas que las que se aplican a los Estados.

A los fines de establecer las condiciones necesarias para la invocación del estado de necesidad, tendrían que tenerse en cuenta las características específicas de las organizaciones internacionales.

El artículo 25 sobre responsabilidad de los Estados, cuando trata el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud, exige que el hecho “sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente”.

En lo que respecta a esta condición, el Fondo Monetario Internacional efectuó la siguiente observación: “No queda claro si las organizaciones internacionales podrían alegar ‘intereses esenciales’ similares a los de los Estados para utilizar como argumento la necesidad”²³⁹.

En este punto, el Relator Especial sostiene “Mientras que puede considerarse que un Estado tiene derecho a proteger un interés esencial suyo o de la comunidad internacional, el alcance de los intereses en razón de los cuales una organización internacional puede invocar el estado de necesidad no puede ser tan amplio. Por ejemplo, no puede compararse

c) En el caso de que un determinado comportamiento, observado por un Estado miembro atendiendo a la solicitud de una organización internacional, parezca violar una obligación internacional tanto de ese Estado como de esa organización, ¿se consideraría también a la organización responsable en virtud del derecho internacional? ¿La respuesta sería la misma si el comportamiento ilícito del Estado no fuera solicitado, sino tan sólo autorizado por la organización?

²³⁸ Los países que formularon declaraciones claramente a favor de esta postura fueron Francia (A/C.6/59/SR.22, párr. 12), Austria (A/C.6/59/SR.22, párr. 23), Dinamarca, hablando también en nombre de Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia (A/C.6/59/SR.22, párr. 65), Bélgica (A/C.6/59/SR.22, párr. 76), la Federación de Rusia (A/C.6/59/SR.23, párr. 23) y Cuba (A/C.6/59/SR.23, párr. 25). España adoptó también en principio una posición favorable (A/C.6/59/SR.23, párr. 49). La opinión opuesta quedó expresada en las declaraciones de Alemania (A/C.6/59/SR.21, párr. 22), China (A/C.6/59/SR.21, párr. 42), Polonia (A/C.6/59/SR.22, párr. 2), Belarús (A/C.6/59/SR.22, párr. 45) y Grecia (A/C.6/59/SR.23, párr. 43). Singapur (A/C.6/59/SR.22, párr. 57) y Nueva Zelandia (A/C.6/59/SR.23, párr. 10).

²³⁹ A/CN.4/556, pp. 45 y 46.

el interés de un Estado en sobrevivir con el interés de una organización internacional en no desaparecer. Las organizaciones internacionales tampoco se encuentran en la misma posición que los Estados con respecto a la protección de los intereses esenciales de la comunidad internacional. Para las organizaciones internacionales, el interés esencial en cuestión tiene que relacionarse con las funciones que se han confiado a la organización”.

Según el Banco Mundial, dado que las organizaciones internacionales tienen una personalidad jurídica distinta de la de sus Estados miembros y, por lo tanto, son sujetos de derecho separados, no puede negarse, a priori, que también tienen intereses esenciales que deben salvaguardar de conformidad con sus instrumentos constitutivos.

Por su parte, el Fondo Monetario Internacional sostuvo que: “[...] la aplicación de la necesidad a una organización internacional requeriría también examinarla en relación con los fines y funciones de la organización”²⁴⁰.

Como señaló la Comisión de la Unión Europea: “[...] una organización internacional ambiental podría alegar posiblemente la ‘necesidad ambiental’ en una situación comparable en que a los Estados se les permitiera hacerlo, siempre que [...] necesite proteger un interés esencial consagrado en su instrumento constitutivo como función y razón esencial de su propia existencia [...]”²⁴¹.

Según el Relator, estos comentarios llevan a considerar que las organizaciones internacionales pueden invocar el estado de necesidad sólo si el peligro grave afecta un interés que la organización tiene la función de proteger por lo que hacer referencia solamente al instrumento constitutivo puede resultar demasiado restrictivo²⁴².

²⁴⁰ A/CN.4/556, p. 45

²⁴¹ A/CN.4/556, pp. 43 y 44

²⁴² Como señaló la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in armed conflict* de fecha 8 de julio de 1996, en su párrafo 25, p. 79: Las facultades que se confieren a las organizaciones internacionales normalmente están establecidas expresamente en sus instrumentos constitutivos. Sin embargo, las necesidades de la vida internacional pueden hacer necesario que las organizaciones, a fin de lograr sus objetivos, tengan facultades subsidiarias que no se encuentran expresamente establecidas en los instrumentos básicos que rigen sus actividades. Es un hecho generalmente aceptado que las organizaciones internacionales pueden ejercer esas facultades, conocidas como facultades “implícitas”. Traducción de la autora. (Obtenible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/7407.pdf>)

Si una organización internacional fuera creada con el objetivo de proteger un interés de la comunidad internacional, la organización podría invocar el estado de necesidad en caso de que ese interés se viera gravemente amenazado. Parecería que eso resulta también aplicable en el caso de las organizaciones que no son universales, dado que sus miembros, que según la definición del proyecto de artículo 2²⁴³, son Estados o al menos incluyen Estados, las han creado con esa finalidad. Según el artículo 25 sobre responsabilidad de los Estados, como los Estados podrían invocar el estado de necesidad a título individual para proteger un interés esencial de la comunidad internacional, lo mismo se aplicaría a la organización de la que son miembros.

Según el artículo 25 definitivo sobre la responsabilidad de los Estados, el hecho en relación con el cual se invoca el estado de necesidad no debería “[afectar] gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto”.

En el caso de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, no parece necesario hacer referencia además al interés afectado de otra organización internacional, ya que el interés esencial de otra organización sólo podría protegerse en la medida en que coincidiera con los intereses de uno o más Estados o de la comunidad internacional.

El Relator considera que no existen razones para apartarse del modelo constituido por el artículo 25 sobre la responsabilidad de los Estados, por lo que propone el siguiente texto:

Artículo 22

Estado de necesidad

1. Ninguna organización internacional puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de esa organización, a menos que ese hecho:

²⁴³ Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/60/10), cap. VI, secc. C, párr. 205.

a) *Sea el único modo para la organización de salvaguardar contra un peligro grave e inminente un interés esencial que la organización tiene la función de proteger; y*

b) *No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.*

2. *En todo caso, ninguna organización internacional puede invocar el Estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:*

a) *La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o*

b) *La organización ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.*

Las normas imperativas son obligatorias para las organizaciones internacionales, por ello también se excluye la posibilidad de invocar las causales de exclusión de ilicitud cuando lo que se ha violado es una norma de *ius cogens*.

El Relator considera que si bien la aplicación de la disposición que establece circunstancias que no quedarían afectadas por la invocación de las causales que excluyen la ilicitud puede presentar algunas características especiales, podría reproducirse el artículo 26 sobre la responsabilidad de los Estados reemplazando simplemente el término “Estado” por “organización internacional”:

Artículo 23

Cumplimiento de normas imperativas

Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general.

Título y texto del proyecto de artículos aprobado por el Comité de Redacción el 31 de mayo de 2006 A/CN.4/L.687 del 31 de mayo de 2006

Capítulo V

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

(...)

Artículo 22

Estado de necesidad

1. Ninguna organización internacional puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de esa organización, a menos que ese hecho:

a) Sea el único modo para la organización de salvaguardar contra un peligro grave e inminente un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto cuando la organización, en virtud del derecho internacional, tiene la función de proteger ese interés; y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ninguna organización internacional puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) La organización ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

El artículo redactado por el Comité de Redacción se aparta del artículo propuesto por el Relator Especial en cuanto plantea el supuesto de un peligro grave e inminente para la comunidad internacional en su conjunto que la organización internacional tiene el deber de proteger, pero podría ocurrir que el peligro se cierna sobre un interés esencial de una comunidad particular de Estados en el caso de una organización regional. Si se adopta la propuesta del Comité, quedan aún más reducidos los supuestos en que una organización regional o de composición restringida pueda invocar el estado de necesidad.

Finalmente, el texto del proyecto de artículos aprobado por la CDI, en segunda lectura, en su 63º período de sesiones (2011) no se aparta de sus antecedentes en lo que refiere al estado de necesidad y recepta en su artículo 25 la figura del estado de necesidad en los siguientes términos:

Artículo 25

Estado de necesidad

1. Una organización internacional no puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de esa organización a menos que ese hecho:

a) sea el único modo para la organización de salvaguardar contra un peligro grave e inminente un interés esencial de sus Estados miembros o de la comunidad internacional en su conjunto cuando la organización, en virtud del derecho internacional, tiene la función de proteger ese interés, y

b) no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación internacional, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, una organización internacional no puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) la obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad, o

b) la organización ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

En el artículo se han limitado los supuestos en los cuales una organización internacional puede invocar el estado de necesidad, ello se pretende lograr limitando los intereses esenciales que pueden ser protegidos mediante la invocación del estado de necesidad de los Estados miembros y de la comunidad internacional en su conjunto en la medida en que la organización, en virtud del derecho internacional, tenga la función de protegerlos.

Una organización podrá, en ejercicio de esas facultades, invocar la necesidad de salvaguardar un interés esencial de la comunidad internacional o de sus Estados miembros, siempre que ello sea compatible con el principio de especialidad.

En suma, una organización internacional sólo podrá invocar uno de sus intereses esenciales si coincide con un interés esencial de la comunidad internacional o de sus Estados miembros. De esta manera se excluye la posibilidad a las organizaciones internacionales de invocar esta figura cuando un interés esencial propio, pero distinto al de sus Estados miembros o de la comunidad internacional en su conjunto, se vea amenazado.

CONCLUSIONES PARCIALES

El estado de necesidad está regulado dentro de la Primera Parte del Proyecto Artículos sobre RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS titulada “El hecho internacionalmente ilícito del Estado”. Esta parte se subdivide en cinco capítulos que se vinculan con los elementos del hecho internacionalmente ilícito, esto es, el elemento objetivo de la violación de la obligación jurídica internacional y el elemento subjetivo de la atribución. Nos ubicamos entre las normas primarias del derecho internacional. Atento que el estado de necesidad es una de las circunstancias de exclusión de ilicitud y que por tanto no se configura el hecho ilícito, el mismo debe estar contemplado en esa primera parte. Cabe señalar, que su inclusión en esta parte del proyecto fue dispuesta en 1980 en el informe de la CDI y tal como vimos se mantuvo a lo largo del tiempo.

Como ya hemos señalado, la CDI ha definido en 1980 al estado de necesidad como: *“situación de hecho en que un Estado hace valer la existencia de un interés cuya importancia es para él esencial hasta el punto de obligar a ceder a la obligación que de otro modo tendría de respetar un derecho subjetivo determinado de otro Estado, siendo ese respeto, en tales circunstancias, incompatible con la salvaguardia de dicho interés”*.

Podemos afirmar que para la CDI el estado de necesidad se configura como una norma consuetudinaria, lo cual a nuestro criterio se desprende de la siguiente afirmación *“la noción de estado de necesidad está arraigada demasiado profundamente en la teoría general del derecho para que el silencio que se guardara respecto de ella pudiera, por sí solo, interpretarse como una exclusión absoluta de la aplicabilidad de esa noción en derecho internacional, exclusión que, por otra parte, si verdaderamente fuera total, no estaría justificada. El temor a los abusos (...) no es razón suficiente para suprimir el funcionamiento legítimo de una causa de exclusión de la ilicitud del comportamiento del Estado en los casos en que la utilidad de esta causa está generalmente reconocida”*.

Como ya anticipáramos, la discusión en torno al estado de necesidad fue extensa y profunda, enriquecida con los aportes no sólo de los doctrinarios sino también de la práctica jurisprudencial y los comentarios de los Estados. Fruto de esa labor se logró la redacción de un artículo que patentiza el reconocimiento de la autonomía esta situación de necesidad y en el que se enuncian condiciones cumulativas para su invocación, así

como sus limitaciones. Sin lugar a duda podemos afirmar que no se puede negar la necesidad de su regulación, lo que sí se puede discutir, máxime teniendo en consideración los casos de jurisprudencia de los últimos diez años, los elementos que caracterizan al estado de necesidad en tanto que causa de justificación en el derecho internacional.

Atento que el estado de necesidad, en ocasiones, fue confundido con otras circunstancias excluyentes de ilicitud como la legítima defensa o la fuerza mayor, tal como veremos al analizar distintos casos de jurisprudencia internacional, en el capítulo siguiente compararemos el *estado de necesidad* con otras circunstancias excluyentes de ilicitud en derecho internacional, en especial con aquellas que tienen puntos que permiten un solapamiento de elementos con el *estado de necesidad*. Asimismo, compararemos el *estado de necesidad* con instituciones propias del derecho de los tratados, *i.a.* “cambio fundamental en las circunstancias”, “imposibilidad de cumplimiento”.

CAPÍTULO 3

EL ESTADO DE NECESIDAD FRENTE A OTRAS CIRCUNSTANCIAS DE EXCLUSIÓN DE ILICITUD Y FRENTE A CAUSAS DE TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS

INTRODUCCIÓN

En este capítulo transitaremos en primer término el camino de la comparación del *estado de necesidad* con otras circunstancias excluyentes de ilicitud en derecho internacional, en especial, con aquéllas que tienen aspectos en común, que permiten un solapamiento de elementos con el *estado de necesidad*. En segundo término, compararemos el *estado de necesidad* con instituciones propias del derecho de los tratados, v.g. “cambio fundamental en las circunstancias” e “imposibilidad de cumplimiento”.

COMPARACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

El *estado de necesidad* ha sido confundido frecuentemente con otras circunstancias de exclusión de ilicitud, tales como la fuerza mayor, el peligro extremo y la legítima defensa.

Para Barboza, ciertas causales de exclusión de ilicitud del proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hecho internacionalmente ilícito, como la legítima defensa, el estado de necesidad y el peligro extremo, son miembros de una misma familia llamada necesidad. Las tres situaciones son especies de un genérico estado de necesidad²⁴⁴.

²⁴⁴ Cf. BARBOZA, J., *Derecho Internacional Público*, Edit. Zavalía, Buenos Aires, 1999, p. 375.

La necesidad es el género. El peligro extremo, el estado de necesidad, la legítima defensa y las contramedidas son casos de necesidad. Todas ellas tienen los mismos caracteres básicos, las diferencias entre ellas son específicas²⁴⁵. Las tres circunstancias hunden sus raíces en el carácter descentralizado del derecho internacional y de la comunidad internacional.

Para el citado autor, en los tres miembros de la familia que señalamos, 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 equivalencia entre los intereses en conflicto. En suma, en las tres, la necesidad, a la 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 la necesidad llevó a sacrificar.

Por nuestra parte, coincidimos con Barboza en que la legítima defensa, las contramedidas, el peligro extremo y el estado de necesidad son todas circunstancias de exclusión de ilicitud que responden a una necesidad concreta de un sujeto determinado, si bien las diferencias entre ellas son sustanciales como seguidamente veremos.

Compartimos con Jagota que las circunstancias de exclusión de ilicitud pueden dividirse en dos tipos: aquellas en que el hecho/reacción del Estado va precedido de un hecho ilícito del otro Estado (previo) por lo que podemos hablar de hecho precedente y hecho consecuente. Tal el caso de la legítima defensa y las contramedidas; y aquellas otras en que el hecho del Estado es independiente y no tiene conexión alguna con un hecho del “Estado inocente”²⁴⁶.

²⁴⁵ BARBOZA, J. “Necessity (revisited) in International Law”, *Essays in International Law in honour of Judge M. Lachs*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, The Netherlands, 1984, p. 41.

²⁴⁶ JAGOTA, S.P. “State responsibility: circumstances precluding ...”, *Ob. Cit.*, p. 276.

Seguidamente compararemos al estado de necesidad con aquellas circunstancias de exclusión de ilicitud con las que presenta más puntos de contacto y que fueron las que dieron lugar a la confusión en parte de la doctrina y de la jurisprudencia internacional.

Cassese sostiene que, si bien la culpa o intención del sujeto no es considerada desde el punto de vista de la responsabilidad internacional, en el campo de las circunstancias de exclusión de ilicitud sí se la considera en esa dimensión²⁴⁷.

FUERZA MAYOR

Artículo 23 A/Res/56/83

1-La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a un caso de fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.

2-El párrafo 1 no es aplicable si:

- a) la situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o*
- b) el Estado ha asumido el riesgo que se produzca esa situación.*

La fuerza mayor o *vis major* en el Derecho Romano, es un concepto receptado con semejante alcance en los países romanistas, no obstante ello en los países del *commow law* se encuentran expresiones como “fuerza irresistible o insuperable o superior”²⁴⁸.

La fuerza mayor ha sido definida como un hecho ajeno al obligado, previsto o imprevisto, pero inevitable o irresistible, que lo imposibilita para cumplir la obligación de que se trate²⁴⁹. También ha sido definida como un acontecimiento no atribuible al obligado que sucede con independencia de

²⁴⁷ CASSESE, A. *International Law ...*, Ob. Cit., p. 251.

²⁴⁸ PADDEU, Federica I. “A Genealogy of “Force Majeure” in International Law”, *British Journal of International Law*, Vol. 82 (2011), pp. 381-494.

²⁴⁹ CDI, *Anuario 1975*, vol. II, p. 62 y 64.

su voluntad y de manera que éste no puede controlar, impidiéndole cumplir con la obligación²⁵⁰. Esta excepción opera mientras dura la fuerza mayor, pues si desaparece, el obligado, al igual que en el estado de necesidad, debe cumplir la obligación ya que en caso contrario será responsable internacionalmente por el incumplimiento.

Los internacionalistas que adscriben a la corriente subjetivista (*i.a.* Vattel, Anzilotti, Crawford) tienen en cuenta la culpa subjetiva del órgano del Estado, justifican la exclusión de la ilicitud en estos casos reside en que una conducta asumida bajo condiciones de fuerza mayor o caso fortuito no puede considerarse un acto atribuible al Estado desde que no puede configurarse el elemento subjetivo del hecho internacionalmente ilícito. Por el contrario, para los objetivistas (*i.a.* Schwarzenberger, Brownlie, Jiménez de Aréchaga), la justificación teórica de la fuerza mayor reside en el elemento objetivo en la falta de violación de una obligación internacional. Estos doctrinarios basan sus desarrollos en la teoría del acto voluntario²⁵¹.

Crawford señala que el adjetivo “irresistible” que califica la palabra fuerza pone de relieve que debe existir una coacción que el Estado no ha podido evitar, o a la cual no ha podido oponerse por sus propios medios. En tanto para que el acontecimiento sea “imprevisto”, el mismo no debe haberse sospechado ni debe haber sido fácilmente previsible²⁵².

²⁵⁰ Lombardi señala que los elementos de la fuerza mayor reconocidos por tribunales europeos (e.p. Francia) son que el evento sea a) irresistible, fuera de control; b) imprevisible por el acaecimiento de circunstancias anormales; c) externo a quien no ha cumplido la obligación; d) la obligación haya sido absolutamente imposible de cumplir, no sólo más onerosa o difícil; e) que las consecuencias del incumplimiento de la obligación no se hubiesen podido evitar pesar de la debida diligencia a menos que se hubiese realizado un sacrificio irrazonable. Reconoce en sus conclusiones que las causas excluyentes de ilicitud son miradas con prevención dado que pueden ser usadas como espada o como escudo (LOMBARDI, R. “Force majeure in European Union law”, *3 Int'l. Trade & Bus. L. Ann.*, 1997, p. 106).

²⁵¹ A los fines de un análisis más profundo del tema, puede consultarse el Anuario CDI, 1978, vol. II, primera parte, p. 216 – 219 y ss. También puede consultarse DRNAS, Z. “La inconclusa puja entre objetivistas y subjetivistas en los proyectos sobre responsabilidad internacional de la Comisión de Derecho Internacional”, en ÁLVAREZ LONDOÑO, *et al.* (Ed. Academ.) *Homenaje al Profesor Rafael Nieto Navia*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá-Colombia, pp. 33-52, obtenible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-inconclusa-puja-entre-objetivistas-y>

²⁵² CRAWFORD, J. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios*, Dykinson

En este punto podemos recordar la Sentencia pronunciada por la Corte Permanente de Arbitraje Internacional en 1912 en el asunto de las indemnizaciones rusas²⁵³. El Imperio Otomano para justificar su tardanza en el pago de la deuda que había contraído con el Gobierno ruso, invocó fuerza mayor debido al hecho de encontrarse en una difícil situación financiera.

La Corte rechazó la excepción, basada en la constatación de que en el caso concreto no se daban las condiciones necesarias para reconocer la aplicabilidad de la fuerza mayor. Coincidimos con lo dispuesto por la Corte atento que en el caso el Imperio Otomano no se encontraba bajo la presión de una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto ajenos al control del Estado, condición esta esencial a los fines de poder evaluar la posibilidad de encontrarse frente un supuesto de fuerza mayor.

Cabe señalar que la fuerza mayor puede deberse a causas naturales o a causas humanas o a una combinación de ambas, pero siempre ajenas al Estado que la invoca.

Esta circunstancia de exclusión de ilicitud se basa en el principio de que la posibilidad es el límite de todas las obligaciones (*ad impossibilita nemo tenetur*). En consecuencia, esta excepción opera en la medida en que perdure la fuerza mayor, si desaparece, el obligado debe cumplir la obligación pues si no lo hace será responsable por el incumplimiento.

En la práctica y en la doctrina del derecho internacional, la expresión fuerza mayor abarca a ésta y al caso fortuito²⁵⁴.

La Comisión de Derecho Internacional en su Informe de 1978 identificó los siguientes requisitos para que la excepción de fuerza mayor esté bien fundada:

“1) el hecho debe escapar al control del obligado y no debe haber sido causado por este;

2) el hecho debe ser imprevisto o previsto, pero inevitable o irresistible;

3) el hecho debe hacer imposible al obligado el cumplimiento de su obligación, y

S.L. Editorial, Madrid, 2004, pp. 212-213.

²⁵³ Véase Capítulo 4, p. 213.

²⁵⁴ Véase CDI, *Anuario 1978*, Vol. II, primera parte, p. 75 ss. (A/CN.4/SER.A/1978/Add1 Part1)

4) debe existir una conexión causal real entre la fuerza mayor y el incumplimiento de la obligación”²⁵⁵⁻²⁵⁶.

Cabe señalar que la fuerza mayor no operará como circunstancia excluyente de ilicitud en aquellos casos en los que la situación de fuerza mayor es debida solo o en combinación con otros factores a la conducta del Estado que la invoca o el Estado ha asumido el riesgo de que la situación se produzca.

En este punto encontramos una diferencia con el estado de necesidad, pues en este caso no se menciona la posible contribución de otros factores, sólo se analiza la contribución del Estado necesitado.

En el caso *Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO)/ República de Burundi*, el Tribunal arbitral rechazó la excepción de fuerza mayor alegada por Burundi porque “la imposibilidad no fue el resultado de una fuerza irresistible o de un acontecimiento externo e imprevisto más allá el control de Burundi”. De hecho la imposibilidad es el resultado de una decisión unilateral de Burundi²⁵⁷. Por otra parte, el Tribunal analizó la posibilidad de aplicar el estado de necesidad, lo que fue descartado por considerar que las medidas adoptadas por Burundi no fueron el único modo de salvaguardar un interés esencial del Estado²⁵⁸.

Especialmente antes de la Segunda Guerra mundial, las discrepancias entre los tratadistas respecto a las expresiones fuerza mayor y estado de necesidad, se relacionaban con el debate doctrinario entre quienes sostenían

²⁵⁵ CDI, *Anuario 1978*, Vol. II, primera parte, p. 74.

²⁵⁶ Generalmente, se ha relacionado a situaciones tales como) los actos de la naturaleza (de Dios) como deslizamientos de tierra, inundaciones, tempestades, aludes, incendio, rayos, terremotos, maremotos grandes tormentas; acciones bélicas, revoluciones, disturbios públicos, terrorismo; epidemias, cuarentenas, etc.

²⁵⁷ ILR vol. 96, 1994, párr. 55. “... *L’application de cette disposition à l’espèce don test saisi le Tribunal n’est pas possible car l’impossibilité alléguée ne résulte pas d’une force irrésistible ou d’un événement extérieur imprévu en dehors du contrôle du Burundi. En effet, cette impossibilité résulte d’une décision unilatérale de cet État et tombe sous le coup du paragraphe 2 qui exclut la force majeure lorsque l’État en question a contribué ‘a la survenance de la situation d’impossibilité matérielle’.*”

²⁵⁸ *Ibidem*, párr. 56 “...*il échet de noter que les diverses mesures prises par cet État contre les droits de l’actionnaire LAFICO n’apparaissent passa u Tribunal comme ayant constitué le seulmoyen desauvegarder un intérêt essentiel du Burundi contre un péril grave e imminent, péril don ton n’aperçoit pas au demeurant l’existence du chef des deux Libyens dont il s’agit ici’.*”

la teoría de la culpa y aquellos que propiciaban la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo. Quizás, incluso las raíces de la discrepancia fueran más profundas y se relacionasen con las teorías que explican los fundamentos del derecho internacional. Los doctrinarios incluidos en el primer grupo se refieren más a menudo a fuerza mayor, mientras que los autores del segundo grupo tienden a referirse a estado de necesidad.

Para Cavaré “la fuerza mayor sólo puede aceptarse en las doctrinas que tienen en cuenta el estado de ánimo del agente. La voluntad del Estado se manifiesta mediante personas físicas que actúan en su representación. Estas tienen estados de ánimo sujetos a influencias externas. Así, pues, este aspecto subjetivo de la responsabilidad puede cuadrar con la teoría de la fuerza mayor. A la inversa, el concepto de fuerza mayor no puede aceptarse en las teorías positivistas y voluntaristas. En efecto, las obligaciones del Estado son el resultado de su propia voluntad. El Estado sólo se obliga en la medida en que ha estimado posible contraer obligaciones y dentro del límite que ha querido hacerlo. En estas circunstancias, ¿cómo se podría hablar de una fuerza externa que obligue al Estado? En estas teorías se descarta toda consideración subjetiva, el estado de ánimo del agente y su voluntad, y se considera exclusivamente el elemento objetivo constituido por la contravención misma del derecho (...)”²⁵⁹.

Tanto en el estado de necesidad como en la fuerza mayor estamos frente a una conducta “necesaria”, pero ambos conceptos no se refieren al mismo tipo de necesidad.

Los casos de fuerza mayor crean condiciones en que el comportamiento es necesario e involuntario, en cambio el estado de necesidad “entraña siempre un acto u omisión intencionales del responsable”²⁶⁰.

En este punto recordamos el caso *Rainbow Warrior* resuelto en 1990²⁶¹. Francia invocó razones de “fuerza mayor” como modo de “excluir” o “atenuar” la ilegalidad; la repatriación del oficial francés

²⁵⁹ CAVARÉ, L. *Le droit international public positif*, 3ª Edición, París, Pedone, t.II, 1969, p. 498 -499.

²⁶⁰ SCHWARZENBERGER, G. *International Law*, 3ª Ed., Londres, Stevens, 1957, vol.I, p.642.

²⁶¹ Véase sobre este punto el Capítulo 4, p. 260 ss.

se debía a problemas de salud²⁶². También se alegó como justificativo circunstancias de peligro extremo (distress), extrema urgencia y consideraciones humanitarias.

El interés a proteger por Francia era la salud de un funcionario público.

El Tribunal consideró que si bien Francia no invocó “estado de necesidad”, resultaba relevante para el caso analizar no sólo las figuras de fuerza mayor y peligro extremo, sino también la del estado de necesidad. El Tribunal descartó la causal de fuerza mayor por considerar que ella se refería a una “fuerza irresistible”, lo cual no se daba en el caso.

Para Jiménez de Aréchaga “es necesario distinguir entre la doctrina de la necesidad y la de la fuerza mayor. En el primer caso, la conducta ilícita del Estado dimana de una decisión voluntaria adoptada como único medio de proteger un interés vital amenazado. Por el contrario, la fuerza mayor es una fuerza externa e irresistible que actúa con independencia de la voluntad del agente, pues, como señala el artículo 19 de la Carta de Naciones Unidas, la trasgresión se debe a circunstancias ajenas a la voluntad del Estado”²⁶³.

La esencia del concepto de estado de necesidad, según Ago, “consiste en la lesión de un derecho subjetivo de otra persona cometida por un sujeto que se ve obligado a ello por la necesidad de salvarse o de salvar a otro de un peligro grave e inminente”²⁶⁴.

El estado de necesidad se distingue de la fuerza mayor y del denominado peligro extremo en que la acción u omisión que se realiza es voluntaria. En la fuerza mayor los órganos que representan al Estado se ven impelidos por un factor exterior imprevisto e independiente de la voluntad del sujeto, a obrar en quebrantamiento del Derecho internacional; y en el caso del peligro extremo, el órgano del Estado cuyo comportamiento le

²⁶² “...As to force majeure, it was invoked in the French note of 14 December 1987, where, referring to the removal of Mayor Mafart, the French authorities stated that ‘in this case of the force majeure’ they are compelled to proceed without further delay with the repatriation of the French officer for health reasons....”

²⁶³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. “Responsabilidad Internacional”, en *Manual de Derecho Internacional Público*, Edit. por Max Sørensen, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 516.

²⁶⁴ AGO, R. “Le délit international”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1939-II, París, Sirey, 1947, t.68, p. 540.

es imputable se ve obligado, aun sin ser forzado físicamente a ello, a no cumplir el Derecho internacional a fin de evitar un destino trágico para él o eventualmente para quienes están confiados a su cuidado, por lo que el carácter voluntario de su conducta es más teórico que real²⁶⁵.

En cuanto al estado de necesidad, la doctrina resalta la necesidad de que exista un peligro para la existencia misma del Estado, para sus intereses esenciales o vitales. De este modo encontramos definiciones como la de Strupp que destacan ese requisito: “la situación, que debe constatarse objetivamente, es que un Estado se ve amenazado de un grave peligro actual o inminente que puede poner en peligro su existencia, su estatuto territorial o personal, su gobierno o su estructura misma, de que su independencia o su capacidad de actuar queden limitadas o incluso desaparezcan, situación que sólo puede superar mediante la transgresión de ciertos intereses de otros Estados protegidos por el derecho de gentes”²⁶⁶.

Una característica común al estado de necesidad y a la fuerza mayor es que ninguno puede ser inducido por el sujeto necesitado. En la fuerza mayor se enfrenta a un acontecimiento o suceso externo, y su objetivo es reaccionar frente a un hecho efectivo para proteger una posición que ya tiene; en cambio en el estado de necesidad está frente a un peligro por lo que busca precaverse de un daño/peligro inminente. Por ello la conducta en el estado de necesidad tiende a la prevención, lo que no se da en la fuerza mayor. A fin de evitar abusos, se establecieron límites pues el peligro debe ser “grave e inminente” y “no se debe poder evitar por otros medios”. Por último, y como ya anticipamos, en el estado de necesidad la conducta de que se trata es voluntaria, es decir, un acto u omisión intencionales adoptados como único medio de proteger un interés esencial amenazado.

Verdross considera que “estos supuestos estrictos limitan estrechamente el estado de necesidad en derecho internacional, lo que pone cortapisas a la aplicación abusiva de esta regla de excepción”²⁶⁷.

²⁶⁵ A/CN.4/318 y add. 1 a 4art. 31 (fuerza mayor) propuesto por el Relator en su «Octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados...».

²⁶⁶ STRUPP, K. “Les règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1934-I, París, Sirey, t. 47, p. 568.

²⁶⁷ VERDROSS, A. *Derecho Internacional Público*, Aguilar Ediciones, 5ª Edición, 1974, p. 332 nota a pie de p. 133.

La apreciación del peligro y de su inevitabilidad está sujeta, al menos al principio, a la apreciación del sujeto que actúa.

El estado de necesidad es una causa de absoluta excepción, lo que no ocurre con la fuerza mayor.

PELIGRO EXTREMO

Artículo 24

“1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) la situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o

*b) es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor”.*²⁶⁸

La ilicitud de un hecho de un Estado “quedará excluida si el autor del comportamiento que constituya el hecho de ese Estado no tenía otro medio, en una situación de peligro extremo de salvar su vida o la de personas confiadas a su cuidado”, salvo que dicho Estado haya contribuido a que se produjera la situación de peligro.

Si bien la CDI ha sostenido que esta circunstancia de exclusión opera sólo cuando la vida de una o varias personas, no su integridad física, está en peligro. En el caso “Rainbow Warrior” el Tribunal arbitral admitió que bastaba un riesgo grave para la salud²⁶⁹. En estos supuestos en que no está

²⁶⁸ A/Res/56/83 del 28 de enero de 2002.

²⁶⁹ Bien señala Christopher Harding al señalar la importancia que representó este caso en el despertar de los doctrinarios a la hora de ponderar las relaciones entre estado de necesidad, fuerza mayor y peligro extremo. Así expresa: “(...)the impact of force majeure, distress and necessity on the issue of State responsibility, and this is what *Rainbow Warrior* will mean to a generation of American law students raised upon a reading of such material. All of this serves to demonstrate how a “thin”, “lawyer’s” reading of (part of) a case or dispute can miss some of the crucial dynamic (and thus

en peligro la vida coincidimos con Crawford en que el problema radica en dónde ubicar el límite inferior²⁷⁰.

El artículo 24 se refiere al caso concreto en que una persona, cuyos actos son atribuibles al Estado, se encuentre en situación de peligro extremo, ya sea personalmente o en relación con personas que se encuentran a su cuidado. El artículo excluye la ilicitud del comportamiento adoptado por el agente del Estado en circunstancias en que no tenía razonablemente²⁷¹ otro modo de salvar vidas. A diferencia de las situaciones de fuerza mayor, una persona que actúa en condiciones de peligro extremo lo hace voluntariamente, aunque la elección queda efectivamente anulada por la situación de extremo peligro. No se trata de elegir entre el cumplimiento del derecho internacional y de otros legítimos intereses del Estado, como se plantea en el estado de necesidad. El interés de que trata es inmediato, salvar vidas, sin que importe la nacionalidad de las personas.

understanding) of the event as a whole.” (HARDING, Ch. “Vingt ans Après: Rainbow Warrior, Legal Ordering, and Legal Complexity,” *10 S.Y.B.I.L.* 99 (2006), PP. 99 – 116, ep. 106. V. asimismo, WEXLER, J. “The Rainbow Warrior Affair: State and Agent Responsibility for Authorized Violations of International Law”, *5 B.U. Int'l L. J.* 389 (1987), p. 389 y ss.

²⁷⁰ CRAWFORD, J. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional...*, Ob. Cit., p. 220. V. asimismo, UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL: RULING ON THE RAINBOW WARRIOR AFFAIR BETWEEN FRANCE AND NEW ZEALAND [JULY 6, 1986, *26 I.L.M.* 1346 (1987). Agreement (June 19, 1986. The Governments of France and New Zealand announced their agreement to refer all of the problems between them arising from the Rainbow Warrior affair to the Secretary-General of the United Nations for a ruling. The ruling was given on July 6, 1986, and was binding on both parties. This is a good example of prompt resolution of a difficult bilateral dispute by the United Nations SecretaryGeneral (...)]. Es de observar la última frase ponderativa incluida en el propio acuerdo.

²⁷¹ “La noción de razonabilidad es un componente común de la que suele llamarse conceptos jurídicos indeterminados; estos conceptos vendrían a ser el resultado de la aplicación, a campos distintos, de un mismo concepto básico, el de razonabilidad. La afirmación de que lo razonable en Derecho es una noción con contenido variable (Perelman, 1984) o un valor en función (MacCormick, 1984) debe entenderse, pues, tanto en un sentido histórico o social (lo que haya que considerar razonable depende de las circunstancias temporales y espaciales) como en un sentido lógico (que haya que entender por razonable en cada caso depende – está en función – del campo a que se aplique la noción).” ATIENZA, M. “Para una razonable definición de ‘razonable’”, pp. 189-190, Obtenible en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/MA_Para_una_razonable_definici_n_de.pdf

Aunque en la práctica la invocación del peligro extremo se limitó a casos vinculados a buques y aeronaves, esta circunstancia (artículo 24) no se limita a esos casos. Ejemplo de ello, lo constituye la invocación del peligro extremo por parte de Francia en el caso “Rainbow Warrior”, asunto que retomamos en el capítulo 4. En ese arbitraje se alegó peligro extremo como circunstancia de exclusión de la ilicitud fuera del contexto de buques o aeronaves. Francia trató de justificar su conducta de remover a los dos oficiales de la isla de Hao con fundamento de “circunstancias de peligro en un caso de extrema urgencia que entrañaban consideraciones humanitarias que afectaban a los órganos del Estado autores del hecho”²⁷². El Tribunal aceptó por unanimidad que esa alegación era admisible en principio, y por mayoría que era aplicable a los hechos en uno de los dos casos. En cuanto al principio, el Tribunal requirió a Francia que demostrara tres aspectos:

“1. La existencia de circunstancias muy excepcionales de extrema urgencia que entrañen consideraciones médicas o de otro tipo de naturaleza elemental, siempre que posteriormente se obtenga de la otra parte interesada un reconocimiento rápido de la existencia de esas circunstancias excepcionales, o que se las pueda demostrar claramente;

2. El restablecimiento de la situación original de cumplimiento con la asignación en Hao no bien desaparezcan las razones de emergencia invocadas para justificar la repatriación;

3. La existencia de un esfuerzo de buena fe para tratar de obtener el consentimiento de Nueva Zelandia en los términos del acuerdo de 1986”²⁷³.

²⁷² *Rainbow Warrior (New Zealand/France)*, U.N.R.I.A.A., vol. XX, pág. 217 (1990), pp. 254 y 255, párr. 78.

²⁷³ *Ibidem*, en la pág. 255, párr. 79. “79. *In accordance with the previous legal considerations, three conditions would be required to justify the conduct followed by France in respect to Major Mafart and Captain Prieur:*

¹⁾ *The existence of very exceptional circumstances of extreme urgency involving medical or other considerations of an elementary nature, provided always that a prompt recognition of the existence of those exceptional circumstances is subsequently obtained from the other interested party or is clearly demonstrated.*

²⁾ *The reestablishment of the original situation of compliance with the assignment in Hao as soon as the reasons of emergency invoked to justify the repatriation had disappeared.*

³⁾ *The existence of a good faith effort to try to obtain the consent of New Zealand in terms of the 1986 Agreement”.*

El Tribunal admitió implícitamente y en forma parcial, la justificación de peligro extremo, al declarar que Francia no había violado sus obligaciones al remover al Mayor Mafort de la isla, pero, en cambio, había incumplido sus obligaciones para con Nueva Zelandia al no ordenar su retorno cuando desaparecieron sus problemas de salud²⁷⁴.

El peligro extremo sólo puede invocarse como circunstancia que excluye la ilicitud en los casos en que el agente del Estado ha actuado para salvar su propia vida o en que existe una relación especial entre el órgano o agente del Estado y las personas en peligro.

El peligro extremo no abarca los casos más generales de emergencia, que son cubiertos por el estado de necesidad.

A diferencia de la fuerza mayor y caso fortuito, en este caso el órgano estatal podría optar por respetar la obligación internacional en lugar de infringirla, pero si lo hace, su supervivencia y la de las personas que de él dependen estará en entredicho. A diferencia de lo que sucede con el estado de necesidad, el peligro extremo no amenaza al propio Estado sino a la de la persona que adopta el comportamiento ilícito y/o a las personas a su cargo.

Condiciones:

- a. El comportamiento escogido debe ser el único posible para alcanzar el objetivo: salvar la vida.
- b. No debe crear un peligro comparable o superior al que se pretende evitar.
- c. Situación extrema.
- d. Estado que lo invoca no debe haber contribuido a crear la situación de peligro.

Para la CDI, el peligro extremo presenta condiciones semejantes para su invocación que el estado de necesidad como veremos en el capítulo 5, pero la diferencia fundamental radica en el bien jurídico protegido.

²⁷⁴ Véase capítulo 4 p. 260 ss.

LEGÍTIMA DEFENSA

Artículo 21 “La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de Naciones Unidas”.

Debemos destacar que, para que un ordenamiento jurídico admita la legítima defensa como “excepción”, dicho ordenamiento tiene que haber establecido una norma general de prohibición del uso de la fuerza. El principio está contenido en la Carta de Naciones Unidas en el artículo 2.4 y es receptado en el sistema con la categoría de norma de *ius cogens*. Con el reconocimiento internacional del principio de prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, recién la legítima defensa pudo ser incorporada al ordenamiento internacional. Circunstancia, por otra parte, reconocida y utilizada en los ordenamientos jurídicos nacionales, si bien sólo son comparables en aspectos esenciales. El punto de partida de la diferenciación entre la legítima defensa y el estado de necesidad lo encontramos en que la legítima defensa -reconocida expresamente como excepción en el artículo 51²⁷⁵ de la Carta de Naciones Unidas- es una circunstancia de exclusión de ilicitud invocable frente a la violación de una norma imperativa del derecho internacional y como respuesta frente al ataque se responde mediante una defensa que debe ser necesaria y proporcionada. A diferencia del estado de necesidad donde el hecho necesario se dirige frente a un sujeto inocente, en la legítima defensa ello no ocurre porque es una respuesta frente a una conducta ilícita. También, con la defensa se viola una norma imperativa de proscripción de uso de la fuerza pero, como anticipamos, esa conducta está justificada siempre que se den los requisitos esenciales de tal instituto, los que deben ser interpretados restrictivamente.

En tal sentido, Oscar Schachter recuerda que la legítima defensa, tanto en el caso de un estado, como de un individuo, implica el derecho

²⁷⁵ Art. 51 Carta de Naciones Unidas: “Ninguna disposición de esta carta menoscabará el derecho inmanente a la legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en el ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y la responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria a fin de mantener y restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

de decidir el uso de la fuerza defensiva en primera instancia, pero que la sentencia definitiva de la legalidad debe ser hecha por la comunidad en general. Sostener que el Estado o el individuo tienen la última palabra en materia de defensa propia sería admitir que son una farsa las restricciones legales sobre el uso de la fuerza²⁷⁶. Al respecto, Prosper Weil señala lo extremo de esas posiciones y sus peligros. Así expresa: “Between those two extremes -absolute discretion of States on the one hand, and the substitution, pure and simple, of courts for State authorities on the other- the path is a narrow and perilous one”²⁷⁷.

La Corte Internacional de Justicia en su sentencia del 6 de noviembre 2003 en el caso de las plataformas petrolíferas (*Rep. Islámica de Irán v. Estados Unidos de América*) en el párrafo 73²⁷⁸ remarcó que la conducta

²⁷⁶ SCHACHTER, O. “Self-Judging Self-Defense”, *19 Case W. Res. J. Int’l L.*, 1987, p. 124. V. asimismo, SCHACHTER, O. “Self-Defense and the Rule of Law”, *83 Am. J. Int’l L.* (1989), pp. 259 y 264.

²⁷⁷ Statement of Mr. Prosper Weil on behalf of the United States, Verbatim Record in Concerning Oil Platforms (Iran v. U.S.), CR 2003/12, at 22 (Feb. 26, 2003) (English translation) (http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iop/iopcr/iopcr2003-12_20030226_translation.PDF).

²⁷⁸ Párrafo 43. *The Court will thus examine first the application of Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty, which in the circumstances of this case, as explained above, involves the principle of the prohibition in international law of the use of force, and the qualification to it constituted by the right of self-defence. On the basis of that provision, a party to the Treaty may be justified in taking certain measures which it considers to be “necessary” for the protection of its essential security interests. As the Court emphasized, in relation to the comparable provision of the 1956 United States / Nicaragua Treaty in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, “the measures taken must not merely be such as tend to protect the essential security interests of the party taking them, but must be ‘necessary’ for that purpose”; and whether a given measure is “necessary” is ‘hot purely a question for the subjective judgment of the party’ (1 C. J.Reports 1986, p. 141, para. 282), and may thus be assessed by the Court. In the present case, the question whether the measures taken were “necessary” overlaps with the question of their validity as acts of self-defence. As the Court observed in its decision of 1986 the criteria of necessity and proportionality must be observed if a measure is to be qualified as self-defence (see *ibid.*, p. 103, para. 194, and paragraph 74 below). 73. As noted above (paragraph 43), in the present case a question of whether certain action is “necessary” arises both as an element of international law relating to self-defence and on the basis of the actual terms of Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty, already quoted, whereby the Treaty does “not preclude measures necessary to protect [the] essential security interests” of either party. In this latter respect, the United States claims that it considered*

defensiva debe ser la necesaria para la finalidad de la defensa y que este requisito debe ser entendido estrictamente y objetivamente excluyendo toda interpretación discrecional. También en el párrafo 43 encontramos que la CIJ señala que el objetivo dañado por la conducta defensiva debe encontrarse en una estrecha relación con el ataque mismo.

En este punto, recordamos el caso “Caroline”²⁷⁹. Los hechos del caso son los siguientes: Mientras se desarrollaba una revolución en Canadá en contra del gobierno británico, el 13 de Diciembre de 1837 un grupo de rebeldes armados, procedentes del territorio de los Estados Unidos de América, cruzaron el Niágara y ocuparon la isla *Navy Island*, sobre ese mismo río, en la provincia de *Upper Canada* dentro del territorio de Su Majestad británica. Desde ese lugar ese grupo realizaba ataques tanto a la costa del Canadá como a los barcos británicos que navegaban en las cercanías. Los rebeldes eran apoyados logísticamente con material y voluntarios provenientes desde los Estados Unidos de América por el buque *Caroline* que unía la *Navy Island* en territorio canadiense con *Fort Schlosser*, en la costa norteamericana. En la noche del 29 de Diciembre de 1837 un grupo de soldados británicos ingresó en jurisdicción norteamericana navegando en varios botes de menor calado hasta *Fort Schlosser*, encontraron allí la embarcación y luego de un corto enfrentamiento con su tripulación, tomaron posesión de ella, le prendieron fuego y la dejaron caer por las cataratas del Niágara. Dos ciudadanos norteamericanos murieron en esa acción. Un intercambio de correspondencia diplomática tuvo lugar entre

in good faith that the attacks on the platforms were necessary to protect its essential security interests, and suggests that “A measure of discretion should be afforded to a party’s good faith application of measures to protect its essential security interests.” Iran was prepared to recognize some of the interests referred to by the United States - the safety of United States vessels and crew, and the uninterrupted flow of maritime commerce in the Persian Gulf - as being reasonable security interests of the United States, but denied that the United States actions against the platforms could be regarded as “necessary” to protect those interests. The Court does not however have to decide whether the United States interpretation of Article XX, paragraph 1 (d), on this point is correct, since the requirement of international law that measures taken avowedly in self-defence must have been necessary for that purpose is strict and objective, leaving no room for any “measure of discretion”. The Court will therefore turn to the criteria of necessity and proportionality in the context of international law on self-defence”.

²⁷⁹ La doctrina internacionalista cita por lo general la descripción de los hechos realizada por JENNINGS, R. Y., “The Caroline and McLeod Cases”, *The American Journal of International Law*, Vol. 32, (1938), p. 82 ss.

los dos países, los cuales fijaron sus respectivas posiciones²⁸⁰. El caso volvió a ser tratado por ambos Estados cuando un ciudadano británico, McLeod, fue encarcelado el 12 de Noviembre de 1840 en los Estados Unidos inculpado de homicidio por haber tomado parte en el grupo de tareas que causó la destrucción del *Caroline* y la muerte de dos personas

El caso referido precedentemente entendemos no puede ser considerado un supuesto de legítima defensa, tal como fue la posición del gobierno norteamericano, por no darse los elementos requeridos para tal circunstancia, en especial que el ataque armado que dio origen a la reacción haya provenido de otro Estado²⁸¹.

El Relator Ago afirmó que la legítima defensa es “la forma (o mejor dicho, única forma) de autoprotección armada que el derecho internacional reconoce aún al Estado”²⁸².

Ago entendió que la legítima defensa es una expresión que designa una situación y no un derecho subjetivo. “El estado de legítima defensa es la situación en la que se encuentra un Estado como consecuencia de un ataque armado, dirigido contra él, en violación del derecho internacional. La existencia de una situación de esa índole en un caso determinado es lo que libera al Estado de la observancia, con respecto al agresor, de la obligación general de abstenerse del uso de la fuerza (...). (L)a libertad que así se reconoce al Estado que actúa en situación de legítima defensa también desaparecería, en el sistema previsto por la Carta, en caso de que el Consejo de Seguridad decidiese utilizar los medios coactivos que fueren

²⁸⁰ Misiva de D. Webster, Secretario de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica, a Henry S. Fox, embajador británico ante ese país, del 24 de Abril de 1841, en: MANNING, WILLIAM R (Edit.), *Diplomatic Correspondence of the United States, Canadian Relations 1784-1860*, Volume III, 1836-1848, Washington 1943, Part I, Documento Nr. 1269, p. 145. “Under these circumstances, and under those immediately connected with the transaction itself, it will be for Her Majesty’s Government to show, upon what state of facts, and rules of national law, the destruction of the “Caroline” is to be defended. It will be for that Government to show a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation. It will be for it to show, also, that the local authorities of Canada, -even supposing the necessity of the moment authorized them to enter the territories of the United States at all, - did nothing unreasonable or excessive; since the act justified by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it...”

²⁸¹ Ver Capítulo 4, p. 250 ss.

²⁸² AGO, R. A/CN.4/318/ADD.5 a 7, párr. 87, p. 55-56.

necesarios para garantizar el respeto estricto de una situación vulnerada por la acción agresiva²⁸³.

El Estado que actúa en legítima defensa trata de evitar un peligro, provocado por el ataque armado actual de otro Estado²⁸⁴, que amenaza su existencia. En cambio, cuando se invoca el estado de necesidad no hay un hecho ilícito precedente y se actúa frente a un peligro.

Verdross en su curso de la Academia de La Haya señalaba diferencias entre la legítima defensa y el estado de necesidad: “En cambio, el estado de necesidad se caracteriza por el hecho de que un Estado, frente a un conflicto entre la protección de sus intereses vitales por una parte y el respeto del otro por la otra, transgrede el derecho de un Estado inocente para salvarse. El Estado que actúa en estado de necesidad viola, pues, el derecho de un Estado que no lo ha atacado ni amenazado²⁸⁵. Ésta es otra diferencia con el estado de necesidad, puesto que como anticipamos en líneas anteriores, en la legítima defensa se responde ante un sujeto (Estado) que violó una norma imperativa del derecho internacional. En el estado de necesidad el hecho necesitado se dirige a un sujeto inocente.

Para Sørensen “el estado de necesidad se distingue de la legítima defensa en que no presupone un acto ilícito por parte de otro Estado y la medida no se dirige necesariamente contra quien haya provocado el peligro²⁸⁶.

El Estado que actúa en legítima defensa responde ante una agresión²⁸⁷ actual, a diferencia del que lo hace en estado de necesidad, pues este actúa

²⁸³ Ibidem, p. 56.

²⁸⁴ Sobre este punto, resulta particularmente interesante lo desarrollado por la CIJ en su Opinión Consultiva relativa a “Las Consecuencias legales de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado” emitida el 9 de julio de 2004, párrafos 138 – 141. Véase Capítulo 4 p. 239 ss.

²⁸⁵ VERDROSS, A. “Regles générales du droit international de la paix”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1929-V, París, Hachette, 1931, t. 30, p.488-489.

²⁸⁶ SØRENSEN, M. “Principles de droit international public”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1960-III, Leyden, Sijthoff, 1961, t. 101, p. 219-220.

²⁸⁷ La Resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas define el tipo legal de “Agresión” como “el uso de la fuerza armada por un Estado en contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra

frente a la amenaza de peligro grave e inmediato que trata de evitar. En el estado de necesidad, se viola una obligación jurídica internacional para con un Estado inocente.

La CDI en 1980 sostuvo que el no tener que ser creado el peligro que amenaza al otro Estado por un acto propio del Estado inocente “no significa ciertamente que el peligro grave e inminente no pueda provenir del territorio del Estado de que se trate, de la esfera en que se ejerza su soberanía, que no pueda ser debido, por ejemplo, a actos realizados en ese territorio por particulares que actúen por cuenta del Estado del territorio o que no estén sometidos a su control. Lo que importa para que sea posible incluir un caso en la esfera del estado de necesidad y no en la de la legítima defensa es que, en el origen del peligro grave e inminente no esté un hecho atribuible al Estado y que constituya de parte de éste un incumplimiento de una obligación internacional respecto del Estado que se ve obligado a actuar por necesidad...”²⁸⁸.

Una acción de legítima defensa debe reunir tres condiciones: la *necesidad* de la acción, su *inmediatez* con respecto a la agresión y la *mesura* en los medios empleados para defenderse²⁸⁹. Existe necesidad de defenderse cuando, si no se realiza alguna acción, hay un riesgo cierto de que por causa de una agresión se pierda un bien propio. Esta necesidad de defenderse se distingue del estado de necesidad. Tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad estamos ante actos que deben ser proporcionados. En el caso de la legítima defensa la proporcionalidad concierne a la relación entre la acción y el fin que se propone alcanzar, es decir, repeler y detener

forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas...” Su artículo 3 inciso a) caracteriza como acto de agresión “la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado”, la “ocupación militar, aun temporal” especifica este artículo expresión que incluye justamente a aquel tipo de ocupación militar de carácter más duradero y, por último, incluye esta norma como acto de agresión a toda “anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;” Véase UN Doc. A/3314/1974. Véase: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1986, paras. 193 - 195. V. asimismo, SCHACHTER, O. “Self-Judging Self-Defense”, Ob. cit., p. 121 y ss.

²⁸⁸ Comentario 3 al artículo 34, CDI *Anuario 1980*, vol. II, 2ª Parte, p. 51.

²⁸⁹ ORTEGA CARCELÉN, M. *La legítima defensa del territorio del Estado. Requisitos para su ejercicio*, Edit. Tecnos, Madrid, 1991, p. 32-33.

la agresión²⁹⁰. Además en el caso de la legítima defensa estamos frente a una reacción provisoria, pues la misma debe cesar en el momento que comienza a intervenir el Consejo de Seguridad.

En la base de todas estas figuras subyace una necesidad del sujeto. Ahora bien, ¿toda necesidad de un sujeto habilita a invocar una circunstancia de exclusión de ilicitud? Desde ya anticipamos una respuesta negativa, porque en tal caso no tendría sentido la existencia de un orden jurídico que prescriba ante ilícitos determinadas consecuencias. El hecho necesitado debe reunir ciertas condiciones para ser calificado como tal.

Por otra parte, la necesidad se plantea de diferente manera, en un caso frente a un ilícito previo se reacciona buscando poner fin al mismo y una reparación en cambio en el peligro extremo y en el estado de necesidad se busca evitar un daño, es decir, se actúa preventivamente frente a la inminencia de un peligro grave. En consecuencia, la necesidad en un caso y otro es diferente, si bien se encuentra en la base y la misma debe darse en un contexto determinado pues de otra manera no justificará el hecho ilícito²⁹¹.

El perfil especializado de la “necesidad” va acompañado del requerimiento de “proporcionalidad”, siendo este último elemento común entre estado de necesidad y legítima defensa. La proporcionalidad en el caso de legítima defensa ha sido entendida como la relación no sólo entre el ataque armado y la utilización de la fuerza en defensa propia, sino también entre el uso de la fuerza en defensa propia y de su objetivo. La “legalidad-proporcionalidad” de un uso de la fuerza en defensa propia, señala Roberto Ago, “no se puede medir sino por su capacidad para lograr el resultado deseado”. Por su parte, Webster nos proporciona de nuevo una definición clásica que incorpora ambas nociones, al describir a la fuerza

²⁹⁰ Sobre las características de la legítima defensa puede consultarse *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1986, paras. 193 - 195.

²⁹¹ Daniel Webster ya en 1842 en carta a Ashburton señaló que quien invoca la legítima defensa debe demostrar que la necesidad de ella era inmediata, abrumadora, sin posibilidad de elección de los medios. V. Letter from Daniel Webster, Secretary of State, to Lord Ashburton (Aug. 6, 1842), cit. por KAYE, D. “Adjudicating Self-Defense: Discretion, Perception, and the Resort to Force in International Law”, *44 Colum. J. Transnat'l L.* 134 2005-2006, p. 137. V. asimismo, JENNINGS R.Y. “The ‘Caroline’ and McLeod Cases”, *32Am. J. Int'l L.* (1938), p. 82 y ss.

de autodefensa como una acción que no es “irrazonable o excesiva; ya que el acto, justificado por la necesidad de defensa propia, debe limitarse y mantenerse claramente dentro de ella”²⁹².

CONTRAMEDIDAS

Artículo 22 “La ilicitud de un 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 de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte”²⁹³.

Hay un aspecto común entre quien actúa en estado de legítima defensa y quien lo hace a título de contramedida, en ambos casos la adopción por el Estado de un comportamiento no conforme con las exigencias de una obligación internacional frente a otro Estado está precedida por la comisión por este último de un ilícito internacional. Ilícito internacional que en el caso de la legítima defensa es una agresión (ataque armado actual) procedente de otro Estado, tal como fue expresamente reconocido por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre la Construcción de un Muro en los Territorios Ocupados de Palestina²⁹⁴. El objetivo inmediato y esencial que se persigue en este caso es defender la propia existencia de un Estado frente a un ataque armado actual, de entidad suficiente para poner en peligro la existencia de una entidad física (derecho penal) o jurídica (derecho internacional). En cambio, la contramedida es una respuesta a un ilícito previo de otro Estado, con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que está violando. Las contramedidas están permitidas a los sujetos de una comunidad internacional descentralizada.

²⁹² U.N. Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7, at 69 (1980) [Ago, *State Responsibility*]. V. asimismo, SCHACHTER, O. “International Law: The Right of States to Use Armed Force”, *82 Mich. L. Rev.* (1983-84), pp.1620, 1637 (“Acts done in self-defense must not exceed in manner or aim the necessity provoking them.”).

²⁹³ A/Res/56/83 del 28 de enero de 2002.

²⁹⁴ Véase pág. 262 ss.

Debemos recordar que tanto en las contramedidas, como en el estado de necesidad, está prohibido, en general, el recurso al uso de la fuerza. Esta es otra diferencia esencial entre la legítima defensa y estas otras dos circunstancias de exclusión de ilicitud. Si bien, las expresiones del artículo 50 primera parte echan dudas sobre la plenitud de la proscripción del uso de la fuerza²⁹⁵.

En cuanto al sujeto legitimado para actuar, el Art. 49 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001, al ocuparse del “objeto y límites de las contramedidas”, sólo hace referencia al Estado lesionado:

“1. El Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones internacionales que le incumben en virtud de lo dispuesto en la segunda parte”²⁹⁶⁻²⁹⁷.

²⁹⁵ *Artículo 50*

Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas

1. Las contramedidas no afectarán:

- a) La obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas;*
- b) Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales;*
- c) Las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias;*
- d) Otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general.*

Resaltamos la referencia A “como está enunciada” con relación a la proscripción de la amenaza o uso de la fuerza. La Carta de Naciones Unidas en su art. 2. 4 de la ONU, en la segunda parte de su texto hace ver que la proscripción de la amenaza o uso de la fuerza está limitada a que vaya *contra la integridad territorial, la independencia política de un Estado o se dirija a un fin incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas (Art. 1 de la Carta de Naciones Unidas)*. Además, el sólo hecho de hablar de “obligaciones de carácter humanitario” coloca a las contramedidas en un contexto bélico.

²⁹⁶ Este punto puede ser profundizado en DRNAS DE CLÉMENT, Z. “Las contramedidas en el proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos de 2001 y los Estados lesionados “*in stirpes*” obtenible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcontramedidas>

²⁹⁷ Ello, sin tomar en consideración la posibilidad de que tal como en el caso de la legítima defensa colectiva, en el caso de las contramedidas, actúen los Estados lesionados *in stirpes*, en lo que ha dado denominarse acciones por razones de humanidad. Además, se puede considerar que en sentido *lato* las acciones del Consejo de Seguridad de las

Para Jiménez de Aréchaga el derecho internacional autoriza las represalias como medio de sanción por la violación de sus normas, que podrán ser tomadas por el Estado perjudicado por la violación²⁹⁸.

Shubiszewski considera que las represalias se aplican con el único propósito de obligar al Estado lesionado a convenir en el arreglo de la controversia que generó el hecho ilícito cometido²⁹⁹.

Coincidentemente, Villagrán Kramer sostiene que “las represalias están condicionadas por el propósito, no de reprimir ni de sancionar sino de inducir al Estado renuente a cumplir con sus deberes internacionales. En esencia, las represalias no deben tener naturaleza ni fines punitivos, aun cuando no puede negarse que el elemento punitivo está presente en muchos casos”³⁰⁰.

Barboza afirma: “Su finalidad esencial es ejercer cierta coacción sobre el Estado responsable 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), ya 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,

Naciones Unidas en el marco del Cap. VII de la Carta, según el caso, representan legítima defensa colectiva o una especie de contramedidas colectivas.

²⁹⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. “Responsabilidad internacional”, en Sørensen..., Ob.Cit., p. 514.

²⁹⁹ SHUBISZEWSKI, K. “Uso de la fuerza por parte de los Estados. Seguridad colectiva. Derecho de guerra y neutralidad”, en SØRENSEN *Manual de Derecho...* Ob. Cit., p. 693.

³⁰⁰ VILLAGRÁN KRAMER, F. “Las represalias en el Derecho Internacional Contemporáneo”, en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Prof. Ernesto Rey Caro*, edit. Lerner, Córdoba, 2002, p. 709.

es inducir al Estado a cumplir con sus obligaciones de la parte segunda y tienen carácter eminentemente provisional...³⁰¹.

Sicilianos sostiene: “The obligation to respect the principle of proportionality during the application of countermeasures is generally accepted in contemporary international law. However, views differ significantly in regard to its meaning and content; this may be attributed to the flexibility and fluidity of the concept of proportionality. One may propose two basic criteria for delimiting the concept: i) the effects, or even better, the results of both the wrongful act and the reaction; and ii) the objective which the injured state wishes to achieve by its reaction. In other words, countermeasures are in conformity with the proportionality principle if their effects are proportional to the gravity of the situation created by the illegal behavior for the injured state, as well as with respect to the desired aim, as this is determined by the nature of the violation”³⁰².

Establecer si la reacción es proporcional y si es equivalente o no a la gravedad del hecho ilícito antecedente y a la reacción, y entre el hecho ilícito y el daño no es una cuestión fácil, por lo que se ha buscado introducir en el esquema legal de las represalias elementos de equidad³⁰³. La proporcionalidad también es un principio central en la noción de estado de necesidad toda vez que el hecho necesitado no debe afectar gravemente un interés esencial del otro Estado o de la comunidad internacional en su conjunto.

La Corte Internacional de Justicia en su sentencia del 25 de setiembre de 1997 en el *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros*, en los párrafos 83 a 87 señaló las condiciones que deben reunir las contramedidas, a saber:

- Deben estar dirigidas exclusivamente contra el Estado autor del hecho ilícito frente al que se reacciona³⁰⁴.

³⁰¹ BARBOZA, J. “Contramedidas en la reciente codificación de la responsabilidad de los Estados. Fronteras con la Legítima Defensa y el Estado de Necesidad”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2003, p. 22.

³⁰² SICILIANOS, L.A. “The relationship between reprisals and denunciation or suspension of...”, Ob. Cit., p. 357.

³⁰³ VILLAGRÁN KRAMER, F. “Las represalias en el Derecho Internacional Contemporáneo...”, Ob.Cit., p. 722.

³⁰⁴ Párrafo 83. “In order to be justifiable, a countermeasure must meet certain conditions (see *Militar and Paramilitar Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 127, para. 249. See also

- El Estado lesionado debe haber invitado al Estado autor del ilícito a poner fin a su comportamiento o a repararle el perjuicio causado³⁰⁵.
- Los efectos de una contramedida deben ser proporcionales³⁰⁶ a los daños sufridos, teniendo en cuenta la gravedad del hecho ilícito y los derechos implicados³⁰⁷.

Arbitral Award of 9 December 1971 in the case concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XVIII, pp. 443 *et seq.*; also Articles 47 to 50 of the Draft Articles on State Responsibility adopted by the International Law Commission on first reading, "Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May-26 July 1996", *Official Records of the General Assembly, Fifty-First Session, Supplement No. 10 (A/51110)*, pp. 144-145).

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. Although not primarily presented as a countermeasure, it is clear that Variant C was a response to Hungary's suspension and abandonment of works and that it was directed against that State; and it is equally clear, in the Court's view, that Hungary's actions were internationally wrongful".

³⁰⁵ Párrafo 84. "Secondly, the injured State must have called upon the State committing the wrongful act to discontinue its wrongful conduct or to make reparation for it. It is clear from the facts of the case, as recalled above by the Court (see paragraphs 61 *et seq.*), that Czechoslovakia requested Hungary to resume the performance of its treaty obligations on many occasions."

³⁰⁶ Véase FRANCK, TH "On proportionality of countermeasures in International Law", *The American Journal of International Law*, 2008, vol. 102, pp. 715-767.

³⁰⁷ Párrafo 85 "In the view of the Court, an important consideration is that the effects of a countermeasure must be commensurate with the injury suffered, taking account of the rights in question."

In 1929, the Permanent Court of International Justice, with regard to navigation on the River Oder, stated as follows: "[the] community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of all riparian States in the user of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any one riparian State in relation to the others" (Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Judgment No. 16, 1929, P. C. I. J., Series A, No. 23, p. 27).

Modern development of international law has strengthened this principle for non-navigational uses of international watercourses as well, as evidenced by the adoption of the Convention of 21 May 1997 on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses by the United Nations General Assembly.

The Court considers that Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable

-La contramedida debe tener por fin incitar al Estado autor del ilícito a ejecutar las obligaciones que le incumben en Derecho Internacional y, por tanto, la medida debe ser reversible³⁰⁸.

ESTADO DE NECESIDAD Y LAS CAUSAS DE TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En esta parte del capítulo distinguimos el estado de necesidad de las causas de terminación de los tratados internacionales, en especial, nos detenemos en la violación grave de un tratado, la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento y el cambio fundamental en las circunstancias. Ello responde a la necesidad de caracterizar adecuadamente cada uno de estos institutos atento a que presentan puntos de contacto que pueden llevar a confusión, En un caso nos ubicamos dentro del derecho de la responsabilidad y en el otro dentro del derecho de los tratados.

CAUSAS DE TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El origen de la terminación o extinción de los tratados no se encuentra en un vicio del consentimiento, sino en situaciones sobrevenidas cuando el tratado aún está en vigor. Sólo un tratado válidamente concluido tiene la posibilidad de terminar. A diferencia de la nulidad que produce predominantemente efectos *ex tunc*, la terminación produce sus efectos *ex nunc*, es decir, a partir de la fecha en que la circunstancia sobrevenida con posterioridad a su celebración se considera relevante.

share of the natural resources of the Danube - with the continuing effects of the diversion of these waters on the ecology of the riparian area of the Szigetkoz - failed to respect the proportionality which is required by international law”.

³⁰⁸ Párrafo 87 “*The Court thus considers that the diversion of the Danube carried out by Czechoslovakia was not a lawful countermeasure because it was not proportionate. It is therefore not required to pass upon one other condition for the lawfulness of a countermeasure, namely that its purpose must be to induce the wrongdoing State to comply with its obligations under international law, and that the measure must therefore be reversible”.*

Para Remiro Brotóns, las circunstancias que mueven a la terminación de un tratado están o en la naturaleza de las cosas o en la voluntad de una o todas las partes, que al apreciar cambios objetivos en la situación o en sus expectativas e intereses se inclina/n a abandonar un cuadro de derechos y obligaciones que no estima/n ya satisfactorio o se ve o vieron forzados a aceptar en el pasado, ejerciendo una libertad formal sin alternativas reales³⁰⁹.

Las normas generales del Derecho Internacional reconocen el derecho de una parte de dar por terminado un tratado cuando media una causa extrínseca justificada, es decir, no media el acuerdo de las partes. Las causas extrínsecas de terminación operan frente a cualquier tratado, incluidos aquellos que contienen sus propias cláusulas de terminación. Estas causas son de orden público internacional, en consecuencia una disposición convencional comprometiendo a las partes a no invocarla sería inoperante.

La CIJ en su sentencia de 1997 en el caso Gabčíkovo – Nagymaros, párrafo 46³¹⁰ y 99³¹¹, sostuvo que si bien las causas de terminación pueden ser variadas, debe considerarse que las reglas relativas a la extinción y

³⁰⁹ REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional Público 2. Derecho de los tratados*, Edt. Tecnos, Madrid, 1987, p. 465.

³¹⁰ Párrafo 46. “*The Court has no need to dwell upon the question of the applicability in the present case of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties. It needs only to be mindful of the fact that it has several times had occasion to hold that some of the rules laid down in that Convention might be considered as a codification of existing customary law. The Court takes the view that in many respects this applies to the provisions of the Vienna Convention concerning the termination and the suspension of the operation of treaties, set forth in Articles 60 to 62 (see Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports. 1971, p. 47, and Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973, p. 18; see also Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1980, pp. 95-96). Neither has the Court lost sight of the fact that the Vienna Convention is in any event applicable to the Protocol of 6 February 1989 whereby Hungary and Czechoslovakia agreed to accelerate completion of the works relating to the Gabčíkovo-Nagymaros Project.*”

³¹¹ Párrafo 99. “*The Court has referred earlier to the question of the applicability to the present case of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties. The Vienna Convention is not directly applicable to the 1977 Treaty inasmuch as both States ratified that Convention only after the Treaty’s conclusion. Consequently only those rules which are declaratory of customary law are applicable to the 1977 Treaty. As the Court has already stated above (see paragraph 46), this is the case, in many respects,*

a la suspensión, contenidas en la Convención de Viena, son declarativas del Derecho Internacional General. Ello supone que en ausencia de estipulación expresa contenida en el Tratado o si no consta que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro, “*El tratado no podrá terminar más que por los motivos enumerados limitativamente en la Convención de Viena*” (párrafo 100)³¹².

Las causas de terminación contempladas en la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969* son:

- Disposiciones del propio tratado
- Consentimiento de todas las partes, después de consultar a los demás Estados contratantes (art. 54.b)
- Denuncia siempre que conste la intención de las Partes en autorizarla o se deduzca de la naturaleza del tratado (art. 56)
- Abrogación tácita (art. 59)
- Violación grave del tratado (art. 60).
- Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento (art. 61)
- Cambio fundamental en las circunstancias (*rebus sic stantibus*) (art. 62)
- Aparición de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General (art. 64)

La reducción del número de partes hasta un número inferior al necesario para la entrada en vigor contemplada en el art. 55, en principio no es una causal de terminación de un tratado, salvo que en el tratado se disponga lo contrario.

La ruptura de relaciones diplomáticas o consulares contemplada en el art. 63 de la Convención de Viena, sólo afecta las relaciones jurídicas establecidas por el tratado, en la medida que dichas relaciones sean indispensables para la aplicación del tratado.

with Articles 60 to 62 of the Vienna Convention, relative to termination or suspension of the operation of a treaty. On this, the Parties, too, were broadly in agreement.”

³¹² Párrafo 100. “*The 1977 Treaty does not contain any provision regarding its termination. Nor is there any indication that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal. On the contrary, the Treaty establishes a long-standing and durable régime of joint investment and joint operation. Consequently, the parties not having agreed otherwise, the Treaty could be terminated only on the limited grounds enumerated in the Vienna Convention.*”

COMPARACIÓN ENTRE LAS CAUSAS DE TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS DE EXCLUSIÓN DE ILICITUD

Debemos establecer una distinción entre las causas de terminación de la obligación en sí y las circunstancias de exclusión de ilicitud entre las que se encuentra el estado de necesidad.

Fitzmaurice observó que, cuando se aplica una de las circunstancias que excluyen la ilicitud, “el incumplimiento no sólo está justificado sino que va encaminado a que se reanude el cumplimiento tan pronto como desaparezcan los factores que causaban y justificaban el incumplimiento”³¹³.

Las circunstancias que excluyen la ilicitud de un comportamiento constituyen defensas contra una reclamación por el incumplimiento de una obligación internacional que de no mediar esa defensa estaría bien fundada. Circunstancias que, por otra parte, no pueden invocarse si ello contradice una norma imperativa del Derecho Internacional.

Estas circunstancias que son de aplicación general, es decir, tanto pueden ser invocadas cuando se viole una obligación nacida de un tratado, como de un acto unilateral como de cualquier otra fuente del derecho, no anulan ni dan por terminada la obligación, sino que sirven de justificación o excusa del incumplimiento mientras subsiste³¹⁴. Así lo sostuvo la CIJ en el asunto Gabčíkovo-Nagymaros. Hungría trató de sostener que el estado de necesidad excluía la ilicitud de su comportamiento al cesar los trabajos en el proyecto en violación de las obligaciones contraídas en virtud del tratado de 1977. En relación con el alegato de Hungría la Corte afirmó: “El estado de necesidad invocado por Hungría –en el supuesto de que se hubiera demostrado– no permitiría llegar a la conclusión de que en 1989 Hungría había actuado de conformidad con sus obligaciones dimanantes del Tratado de 1977, no de que esas obligaciones hubieran dejado de vincularla. Sólo permitiría afirmar que, habida cuenta de las circunstancias, Hungría no habría incurrido en responsabilidad internacional al actuar como lo hizo”³¹⁵.

³¹³ FITZMAURICE, G. Cuarto Informe sobre el derecho de los tratados, *CDI Anuario* 1959, vol. XII, p. 44.

³¹⁴ *CDI Anuario* 2001, p.170.

³¹⁵ Sentencia CIJ Hungría / Eslovaquia, párrafo 48. “*The Court cannot accept Hungary’s argument to the effect that, in 1989, in suspending and subsequently abandoning the*

Conforme al artículo 1 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hecho internacionalmente ilícito de 2001 “*Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*”. Nos ubicamos de este modo, en las normas secundarias del derecho internacional (perinormas), es decir, aquellas que determinan las consecuencias de la violación o incumplimiento de las normas primarias cualquiera sea su fuente.

En consecuencia, en un caso concreto, la presencia de una de las circunstancias de exclusión de ilicitud determina que el hecho estatal no pueda calificarse de ilícito, por lo que no podría derivar ninguna forma de responsabilidad internacional. Para la Comisión de Derecho Internacional (CDI), toda circunstancia que excluya la ilicitud de un hecho tiene necesariamente el efecto de excluir igualmente la responsabilidad.

Cuando media una de estas circunstancias no existe ilicitud, porque no existe el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito, es decir, la violación de una obligación internacional.

“El comportamiento de un Estado, cuando tiene lugar, por ejemplo, en circunstancias de legítima defensa, fuerza mayor o ejercicio legítimo de una sanción, no constituye un hecho internacionalmente ilícito, ya que en tales circunstancias el Estado no tiene que observar la obligación internacional que normalmente debería respetar ni, por lo tanto, puede haber

works for which it was still responsible at Nagymaros and at Dunakiliti, it did not, for all that, suspend the application of the 1977 Treaty itself or then reject that Treaty. The conduct of Hungary at that time can only be interpreted as an expression of its unwillingness to comply with at least some of the provisions of the Treaty and the Protocol of 6 February 1989, as specified in the Joint Contractual Plan. The effect of Hungary's conduct was to render impossible the accomplishment of the system of works that the Treaty expressly described as “single and indivisible”. “The Court moreover observes that, when it invoked the state of necessity in an effort to justify that conduct, Hungary chose to place itself from the outset within the ambit of the law of State responsibility, thereby implying that, in the absence of such a circumstance, its conduct would have been unlawful. The state of necessity claimed by Hungary - supposing it to have been established - thus could not permit of the conclusion that, in 1989, it had acted in accordance with its obligations under the 1977 Treaty or that those obligations had ceased to be binding upon it. It would only permit the affirmation that, under the circumstances, Hungary would not incur international responsibility by acting as it did. Lastly, the Court points out that Hungary expressly acknowledged that, in any event, such a state of necessity would not exempt it from its duty to compensate its partner.”

violación de tal obligación. Falta, por consiguiente, una de las condiciones esenciales para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito”³¹⁶.

Son causas de exclusión de ilicitud y no de responsabilidad porque tornan lícita una conducta que de otra manera sería ilícita.

Estas circunstancias no anulan, no dan por terminada la obligación internacional, sólo justifican el incumplimiento. Por ello, se las debe diferenciar de las causas de terminación de la obligación en sí.

En el caso Gabčíkovo–Nagymaros, la CIJ en el párrafo 101 observó: “Incluso si se comprueba la existencia del estado de necesidad, no constituye una base suficiente para la terminación de un tratado. El estado de necesidad sólo puede invocarse para eximir de su responsabilidad a un Estado que no ha cumplido un tratado. Incluso si se considera justificada su invocación, el tratado no termina por ello; puede no surtir efecto mientras persista el estado de necesidad; de hecho puede ser inoperante, pero sigue vigente, a menos que las partes acuerden su terminación. Tan pronto como desaparece el estado de necesidad, renace la obligación de cumplir las obligaciones dimanantes del tratado”³¹⁷.

PROCEDIMIENTO PARA DAR POR TERMINADO UN TRATADO

La parte que alegue una causal para dar por terminado un tratado debe iniciar el procedimiento previsto en el artículo 65³¹⁸ de la Convención de

³¹⁶ *CDI Anuario* 1979, vol. II, 2º Parte, p.127.

³¹⁷ *Ibidem*, párrafo 101. “*The Court will now turn to the first ground advanced by Hungary, that of the state of necessity. In this respect, the Court will merely observe that, even if a state of necessity is found to exist, it is not a ground for the termination of a treaty. It may only be invoked to exonerate from its responsibility a State which has failed to implement a treaty. Even if found justified, it does not terminate a Treaty; the Treaty may be ineffective as long as the condition of necessity continues to exist ; it may in fact be dormant, but - unless the parties by mutual agreement terminate the Treaty - it continues to exist. As soon as the state of necessity ceases to exist, the duty to comply with treaty obligations revives.*”

³¹⁸ Artículo 65. “Procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado.

1. La parte que, basándose en las disposiciones de la presente Convención, alegue un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender

Viena. Debe notificar por escrito a las demás partes, indicando la medida que se propone adoptar y las razones en que se funda.

Si después de un plazo mínimo de tres meses contados desde la recepción de la notificación, salvo casos de especial urgencia, no ha habido objeciones o el plazo venció sin respuesta, la parte que hizo la notificación podrá adoptar la medida propuesta en la forma establecida en el artículo 67³¹⁹. Si se han opuesto objeciones las partes deben buscar una solución conforme a los medios del artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas.

En el artículo 68³²⁰ se establece que tanto la notificación como los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67 pueden ser revocados en cualquier momento antes que surtan efecto.

su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que esta se funde.

2. Si después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo 67 la medida que haya propuesto.
3. Si, por el contrario, cualquiera de las partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.
4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación”.

³¹⁹ Artículo 67. “Instrumentos para declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación.

1. La notificación prevista en el párrafo 1 del artículo 65 habrá de hacerse por escrito.
2. Todo acto encaminado a declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación de conformidad con las disposiciones del tratado o de los párrafos 2 ó 3 del artículo 65 se hará constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes. Si el instrumento no está firmado por el jefe de Estado, el jefe de Gobierno o el ministro de relaciones exteriores, el representante del Estado que lo comunique podrá ser invitado a presentar sus plenos poderes”.

³²⁰ Artículo 68. “Revocación de las notificaciones y de los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67. Las notificaciones o los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67 podrán ser revocados en cualquier momento antes de que surtan efecto”.

No son causas que dan por terminado automáticamente el tratado, sino que se debe seguir un procedimiento a tal fin.

En los supuestos en los que se alega estado de necesidad también es la parte que lo invoca quien debe probar que se reunieron todas las condiciones necesarias y es un tercero el que determina si las mismas efectivamente se han reunido acumulativamente. Ante la inminencia de un peligro grave para un interés esencial, siempre que no medie otra vía de solución, una parte viola una obligación jurídica de carácter dispositivo y al serle reclamada su responsabilidad, dicha parte alega el estado de necesidad. En este caso, al igual que en las causas de terminación de los tratados la exclusión de la ilicitud no opera automáticamente, tiene que seguirse un procedimiento a resultas del cual se puede o no arribar a la conclusión de que la parte actuó en estado de necesidad, con lo cual se excluye la ilicitud mas no se da por terminada su obligación.

CONSECUENCIAS DE LA TERMINACIÓN DE UN TRATADO INTERNACIONAL

El párrafo 1 del artículo 70 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 se refiere a los supuestos de terminación de un tratado, ya sea en virtud de sus propias disposiciones, ya conforme a la Convención de Viena de 1969. Contiene dos reglas generales:

a)-La terminación exime a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado.

b)-La terminación no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes “creados por la ejecución del tratado antes de su terminación”.

A diferencia de las causas de terminación de las obligaciones jurídico- internacionales que dejan sin efecto a las mismas y por lo tanto las partes ya no están obligadas a su cumplimiento, las circunstancias de exclusión de ilicitud determinan que no hay ilicitud porque no existe el elemento objetivo del hecho ilícito internacional, pero ello no significa que la obligación que ha sido violada termine, pues la obligación de su cumplimiento renace tan pronto como desaparecen las razones que justificaban el incumplimiento.

COMPARACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD CON ALGUNAS CAUSALES DE TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS

1. Violación grave del tratado

La violación de un tratado configura un hecho internacionalmente ilícito que da lugar a la responsabilidad internacional, pero en algunos casos se puede alegar alguna de las circunstancias de exclusión de ilicitud como por ejemplo el estado de necesidad o la fuerza mayor para exonerar de tal responsabilidad, siempre que se reúnan las condiciones requeridas en cada caso. Cabe destacar que la posibilidad de invocar tales circunstancias de exclusión es excepcional.

El artículo 60³²¹ de la Convención de Viena de 1969 no define la responsabilidad del Estado que cometió la violación, sino que establece

³²¹ Artículo 60. "Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación.

1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra parte para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente.

2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:

a) a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente darlo por terminado, sea:

- i) en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación, o
- ii) entre todas las partes;

b) a una parte especialmente perjudicada por la violación para alegar esta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación;

c) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado.

3. Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado:

- a) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o
- b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado.

4. Los precedentes párrafos se entenderán sin perjuicio de las disposiciones del tratado aplicables en caso de violación.

5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en

la existencia de un hecho internacionalmente ilícito del Estado y sus consecuencias sobre las obligaciones de las partes en el tratado que no sean el Estado que cometió la violación.

El punto de partida en los supuestos de responsabilidad internacional es el incumplimiento de obligaciones jurídico internacionales lo que origina un hecho internacionalmente ilícito que entraña responsabilidad. En cambio, el derecho de los tratados no se ocupa de la responsabilidad, sino de definir las condiciones que determinan la existencia o no de obligaciones internacionales.

La violación como causa de terminación de los tratados encuentra sus raíces en el principio de reciprocidad, busca mantener la estabilidad de los tratados al mismo tiempo que constituye una forma de protección al sujeto inocente de la violación.

La doctrina en general reconoce que la violación de un tratado por una parte puede dar lugar a la otra o solicitar la terminación o suspensión del tratado, aunque no es pacífica en cuanto a la amplitud de este derecho y a las condiciones en que puede ejercerse.

La CDI, en su informe de 1963, ha reconocido que “algunos autores, en defecto de un sistema internacional efectivo para imponer el respeto de los tratados, atribuyen mayor importancia a la necesidad de la parte inocente de disponer de este derecho como sanción por la violación del tratado. Estos autores tienden a formular el derecho sin reservas, otorgando a la parte inocente el derecho general a abrogar el tratado en caso de violación. Otros autores se preocupan más por el riesgo de que un Estado pueda aducir una violación trivial o incluso ficticia simplemente para disponer de un pretexto que permita denunciar un tratado que en ese momento le contraría. Estos autores tienden a restringir el derecho de denuncia a violaciones ‘graves’ o ‘fundamentales’ y, además, a subordinar el derecho o condiciones de procedimiento”³²².

En estos supuestos de violación grave de obligaciones internacionales nos ubicamos dentro del ámbito del derecho de los tratados, no de la responsabilidad.

particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.

³²² *CDI Anuario*, vol. II, 1963, p. 85.

El artículo 60 dispone que sólo una violación grave del tratado faculta a la/las partes para poner en movimiento el procedimiento de terminación previsto en los artículos 65, 66 y 67 de la Convención.

La CDI prefirió el término violación “grave” a “fundamental” para indicar la clase de violación que es necesaria a tal efecto. La palabra “fundamental” podría entenderse en el sentido de que únicamente la violación de una disposición que se refiera directamente a las finalidades más importantes del tratado es motivo suficiente para que la otra parte ponga término al tratado³²³.

El inc. 3 b) indica que la violación para ser grave, debe comprometer la realización del objeto y el fin del tratado.

Puede incurrirse en una violación grave cuando se pretende terminar un tratado mediante una declaración unilateral o a través de procedimientos no previstos en la Convención.

El artículo 60.5 de la Convención crea una excepción al sistema general del artículo en beneficio de las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en estos casos, la violación grave por una parte no habilita a las otras a demandar la terminación del mismo.

Ante una violación grave de un tratado la parte inocente tiene una serie de alternativas, *i.a.* considerar el tratado violado como subsistente ignorando la violación; presentar protesta diplomática ante el sujeto culpable; pedir la reparación correspondiente fundándose en la responsabilidad de la otra parte por la violación; poner en funcionamiento el procedimiento a los fines de dar por terminado o suspender el tratado. Este derecho a adoptar una serie de medidas se basa en que no se puede pedir a una parte que cumpla las obligaciones que le impone un tratado cuando la otra parte deja de cumplir aquellas a las que se comprometió en virtud del mismo tratado.

En el párrafo 1 del artículo 60 la expresión “alega... como causa” está destacando que el derecho que se reconoce a la parte inocente no es el de declarar arbitrariamente terminado el tratado, pues bien puede ocurrir que la otra parte niegue la existencia de una violación grave con lo que

³²³ Conferencia de las UN sobre el Derecho de los Tratados. Primer período de sesiones, Viena 26/03 al 24/05/1968 y 9/04 al 22/05/1969, p. 79.

surgiría una controversia entre las partes, la que debería ser resuelta por los medios de solución pacíficos.

En el supuesto de tratados multilaterales, el artículo 60 distingue dos situaciones, a saber:

- el derecho de las demás partes de tomar una medida conjuntamente frente a la violación,
- el derecho de una parte determinada especialmente afectada por la violación.

En virtud del apartado a), las otras partes por acuerdo unánime están facultadas para:

1. dar por terminado el tratado entre las partes y el Estado que violó,
2. dar por terminado el tratado entre todas las partes del tratado,
3. suspender totalmente el tratado,
4. suspender parcialmente el tratado.

Por otra lado, la parte especialmente perjudicada por la violación está facultada para alegar la suspensión total o parcial del tratado en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación, en este caso el tratado sigue en vigor entre todas las otras partes y el Estado al que se atribuye la violación.

Finalmente, cualquier parte (menos la parte autora de la violación grave) puede solicitar la suspensión total o parcial del tratado, con respecto a sí misma si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones modifica radicalmente su régimen.

En cuanto a las consecuencias de la violación de un tratado, Sinclair sostiene: *“the consequences of a material breach of a bilateral treaty are no doubt correctly expressed in a) above; it is any event satisfactory the exercise of the right of term or suspension is optional at the discretion of the injured party. On the other hand, it may not be entirely satisfactory that in the case of a material breach of a bilateral treaty, the party seeking to invoke the breach as a ground for terminating the treaty must comply with procedural safeguards set out in art. 65 to 68. In effect, this means the aggrieved party must continue compliance with a treaty which the other party is violating, while the protected procedure of dispute settlement is in progress”*³²⁴.

³²⁴ SINCLAIR, I. *“The Vienna Convention on the Law of Treaties”*, 2º edición, Manchester University Press, 1984, p. 188.

Lefebber sostiene que “*the right of a state to suspend or terminate a treaty in response to a material breach of that treaty by another state is clearly distinct from the right to resort to countermeasures. The latter right only enables a state to secure cessation and/or reparation for an internationally wrongful act and does not provide a state with a legal instrument to regulate a long-term treaty relationship*”³²⁵.

Para Ruda “(e)l sistema del artículo 60 supone, a la vez, una sanción para el Estado que ha violado el tratado, pero también el restablecimiento del equilibrio entre las partes, porque no se puede pedir, en esas circunstancias, que la parte afectada cumpla las obligaciones resultantes de un instrumento violado gravemente por la otra parte. Se trata en realidad de la aplicación en Derecho Internacional de la *exceptio non adimplendi contractus* por la que en el orden interno, ningún juez permite a una parte exigir de la otra la ejecución de un contrato que ella misma no respeta”³²⁶.

Si bien el art. 60 no se refiere expresamente al principio de proporcionalidad, ello no significa que ese principio no se aplique en los casos de suspensión o terminación de los tratados. En este sentido, Sicilianos afirma que “(i)n fact, contrary to what has been argued in the past, an unimportant breach does not justify a radical reversal of the treaty status. Examination of international practice proves that even before the Vienna Convention, the states usually invoked ‘serious’, ‘significant’ or ‘manifest’ violations of a treaty in order to justify its denunciation or suspension”³²⁷.

A diferencia de lo que ocurre con el estado de necesidad, en el supuesto de terminación de un tratado por causa de su violación, estamos ante un incumplimiento de sus disposiciones, es decir, se ha configurado un hecho internacionalmente ilícito. En este caso la terminación del tratado es una de las salidas posibles, pero se podría haber preferido la suspensión de sus efectos o exigir el cumplimiento. La terminación del tratado no excluye las consecuencias de la violación en el ámbito de la responsabilidad internacional.

³²⁵ LEFEBBER, R. “The Gabčíkovo–Nagyymaros Project and the Law of State Responsibility”, en *Leiden Journal of International Law*, 1998, p. 611

³²⁶ PODESTÁ COSTA – RUDA, *Derecho Internacional Público*, Tomo II, Edit. Tea, Buenos Aires, 1988, p. 149.

³²⁷ SICILIANOS, L.A., *The Relationship Between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty EJIL (1993)*, p. 358.

Algunos casos de jurisprudencia en los que se alegó violación grave del tratado

En el asunto de la *Desviación de las aguas del Mosa*, resuelto por el TPJI en 1937, Bélgica sostuvo que al ejecutar Holanda ciertas obras violando disposiciones del Tratado de 1863, este Estado había perdido el derecho a invocar el tratado contra ella. Bélgica no intentó denunciar el tratado, sino que invocó como excepción a la reclamación de Holanda, el derecho a suspender la aplicación de una de las cláusulas del tratado, basándose en la violación atribuida a Holanda de esa cláusula, aunque presentó su pretensión más bien como una aplicación del principio *inadiplenti non est adimplendum*. El Tribunal no se pronunció sobre la alegación belga, por considerar que Holanda no había violado el tratado. Por su parte, el Juez Anzilotti, en opinión disidente, sostuvo que el principio que servía de base a la alegación belga “*es tan justo y equitativo y está reconocido de modo tan universal que debe aplicarse también en las relaciones internacionales*”³²⁸.

Otro asunto relativo a esta materia es el *Arbitraje de Tacna y Arica* entre Chile y Perú. En el caso, Perú sostenía que al impedir Chile la aplicación del artículo 3 del Tratado de Ancón, en el que se estipulaba la celebración de un plebiscito en ciertas condiciones en la zona de litigio, Chile había relevado al Perú de las obligaciones que le imponía dicho artículo. El Arbitro rechazó lo alegado por Perú en los siguientes términos “*Es manifiesto que, si los abusos en la administración pudiesen tener el efecto de poner término a un acuerdo de esa índole, habría que demostrar que a consecuencia de la mala administración, se había llegado a una situación tan grave que impidiera conseguir la finalidad del acuerdo, y, a juicio del Árbitro, no se ha puesto de manifiesto que exista una situación de tal gravedad*”³²⁹.

Otro caso relevante en la materia es *Gabčikovo-Nagymaros* resuelto por el TIJ en 1997. En cuanto al tema de la violación de un tratado como causal de terminación del mismo, debemos analizarlo a la luz de la notificación cursada por Hungría a Checoslovaquia en mayo de 1992 por el que daba por terminado el Tratado de 1977 desde el 25 de mayo de ese mismo año.

³²⁸ CPJI, (1937), Ser. A/B, N° 70.

³²⁹ Reports of International Arbitral Awards, vol. II, p. 929 ss.

Hungría sostuvo que la variante “C”, solución propuesta por Checoslovaquia, constituía una violación fundamental de las disposiciones del Tratado de 1977 por el hecho de que ese país estuvo privado de las aguas del Danubio que le pertenecían y por ello tenía derecho a dar por terminado dicho tratado.

Por su parte, el Juez Herczegh, en su voto disidente, reconoció que el desvío aún no se había concretado en mayo de 1992, pero la violación grave ya había comenzado cuando Checoslovaquia recurrió a la construcción de la Variante “C” en noviembre de 1991. Para el juez, la explotación conjunta era de la esencia misma del proyecto previsto por el tratado. El desvío unilateral excluyó la realización del objeto y fin del tratado, pues no obstante los efectos ecológicos que el desvío hubiera causado de manera previsible para Hungría, el simple hecho del desvío unilateral, aun tomado aisladamente, era de una gravedad tal que justificaba la terminación del tratado.

La Corte entendió que la simple construcción de la variante “C” por parte de Checoslovaquia no constituía un hecho internacionalmente ilícito por lo que no podía fundamentar la conducta seguida por Hungría.

Por su parte, el Juez Bedjaoui en su voto individual expresó que tenía sus reservas respecto a considerar que la variante “C” sólo era ilícita en la fase final, es decir, cuando se desvió efectivamente el Danubio. La Corte distinguió entre la construcción propiamente dicha de la solución que sería lícita y el desvío efectivo del río, fase final de la solución, que sería ilícita. Para el citado Juez la ilicitud afecta a cada uno de los actos, desde la construcción de la variante hasta su puesta en servicio. La realización de la variante constituye una infracción continua, compleja o compuesta, en la que cada fase es ilícita.

Por el contrario, para la Corte las fases anteriores al desvío del río eran lícitas porque un Estado tiene derecho de ejecutar sobre su territorio las construcciones que desee siempre que no cause perjuicios a terceros.

Interesa saber si Checoslovaquia había realizado un acto violatorio del tratado de 1977 antes de que Hungría le notificara la terminación del tratado basándose en ese incumplimiento. Para la Corte la simple construcción no era un acto ilícito por lo que no podía fundamentar la conducta de Hungría de dar por terminado el tratado por esa causal.

Por su parte, el Juez Bedjaoui sostuvo que todo hecho internacionalmente ilícito comienza con actos preparatorios, y que estos son siempre

ilícitos, pero en este caso, una cosa es la preparación de la solución alternativa para compeler a la otra parte a la negociación, y otra es dar la orden de iniciar la construcción como lo hizo Checoslovaquia en noviembre de 1991, ya que con esa conducta dejó la fase preparatoria para entrar en la fase ejecutiva. Checoslovaquia sabía perfectamente que Hungría no iba a ejecutar la parte del tratado de 1977 que le correspondía y ya había tomado la decisión de desviar el río. La cadena de operaciones destinada a la puesta en servicio de la variante “C” continuó sin ruptura de eslabones desde el comienzo hasta el desvío del río y la puesta en servicio en octubre de 1992.

Para Sabia de Barberis, la independencia que marcó la Corte entre las dos fases (construcción y puesta en funcionamiento) a las que adjudicó distintos efectos jurídicos, es una mala señal para los países que conforman una cuenca hídrica. Las acciones de esos países no tienen que causar un perjuicio sensible a los otros países implicados, y que tienen que aprovecharla en forma equitativa y razonable. Considera que *“podría interpretarse que cada Estado está habilitado para efectuar construcciones dentro de su territorio aún cuando fuesen susceptibles de causar daños a otro, sobre la base de un concepto de soberanía que podría calificarse de absoluto”*³³⁰.

En suma, la Corte no consideró terminado el Tratado de 1977 como lo sostenía Hungría, sino que por el contrario toda la sentencia tiende a que se respete el objeto y fin del citado instrumento legal. En consecuencia, son las Partes quienes deben acordar las modalidades de su ejecución.

La CIJ en el párrafo 106 de esta sentencia sostuvo *“sólo una violación material del mismo tratado, por un Estado parte en el tratado faculta a la otra parte a confiar en ello como base para terminar el tratado. La violación de las reglas de otro tratado o de las reglas de Derecho internacional general pueden justificar tomar ciertas medidas incluyendo contramedidas contra el Estado lesionado, pero no constituye base para la terminación conforme al Derecho de los Tratados”*.

³³⁰ SABIA DE BARBERIS, G. “Temas de Derecho Internacional a la luz del Caso Gabčíkovo-Nagymaros”, en *La Evolución del Derecho Internacional a través de los Organismos Internacionales*, Publicado por el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2002, p.241. V. asimismo, SABIA DE BARBERIS, G. “La protección del medio ambiente en la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2003, pp. 131 y ss.

En la violación grave de un tratado el sujeto perjudicado tiene frente a sí una serie de posibilidades como hemos visto. Esas opciones se le presentan frente al hecho ilícito concreto acaecido. En cambio en el estado de necesidad el sujeto necesitado actúa frente a la posibilidad de la ocurrencia de un peligro. En este caso no se configura un ilícito porque opera la causa de justificación. Además, en el estado de necesidad el sujeto necesitado no tiene opciones, la conducta que adopte debe ser el único modo que tiene de actuar y además no tiene que haber contribuido a la ocurrencia del peligro. A ello se agrega que, tal como ya hemos referido anteriormente, en la violación grave nace un derecho a solicitar la terminación de la obligación violada; en el estado de necesidad ello no ocurre. Tanto en uno como en otro supuesto encontramos el adjetivo “grave”, término que adolece de vaguedad y que debe ser determinado caso por caso³³¹.

2. Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento

El artículo 61³³² de la Convención de Viena regula otra causa de terminación de los tratados que puede prestarse a confusiones con el estado de necesidad: la terminación o suspensión de un tratado por la desaparición o destrucción permanente o temporal de un objeto indispensable para su ejecución.

La imposibilidad subsiguiente de cumplimiento guarda al igual que la violación grave de un tratado como causas de terminación una estrecha relación con el derecho de la responsabilidad.

³³¹ Cf. STICCA, M.A. “La relación entre la violación grave de un tratado y el estado de necesidad” en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*, Edit. Advocatus, Córdoba, 2014, pp.959-960.

³³² Artículo 61. “Imposibilidad de subsiguiente cumplimiento.

1. Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado.
2. La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado”.

Ante la destrucción/desaparición de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado, una parte puede alegar que por fuerza mayor, esto es por un hecho imprevisible, exterior e irresistible no puede ejecutar las obligaciones a su cargo. En este caso la fuerza mayor actúa como causa de exclusión de ilicitud. Ahora bien, la CDI no enunció entre las causas de terminación de los tratados a la fuerza mayor, mas como sostiene Remiro Brotóns *“la Convención adopta como causa de terminación la franja más alta e infrecuente de manifestaciones de fuerza mayor; aquéllas en que la imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado”*³³³.

En los casos de imposibilidad de cumplimiento, las consecuencias son diferentes a si alegamos fuerza mayor, nos ubicamos en el ámbito de las consecuencias previstas dentro del derecho de los tratados.

La CIJ en su sentencia Gabčíkovo-Nagymaros, párrafo 103, sostuvo *“la imposibilidad de cumplimiento no puede ser invocada para la terminación de un Tratado por una parte en el mismo cuando esta imposibilidad resulte de la violación por esa parte de una obligación derivada de dicho tratado”*³³⁴.

³³³ REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional Público 2. Derecho de los Tratados...*, Ob. Cit., p. 483.

³³⁴ Párrafo 103. *“Hungary contended that the essential object of the Treaty – an economic joint investment which was consistent with environmental protection and which was operated by the two contracting parties jointly - had permanently disappeared and that the Treaty had thus become impossible to perform. It is not necessary for the Court to determine whether the term “object” in Article 61 can also be understood to embrace a legal régime as in any event, even if that were the case, it would have to conclude that in this instance that régime had not definitively ceased to exist. The 1977 Treaty - and in particular its Articles 15, 19 and 20 - actually made available to the parties the necessary means to proceed at any time, by negotiation, to the required readjustments between economic imperatives and ecological imperatives. The Court would add that, if the joint exploitation of the investment was no longer possible, this was originally because Hungary did not carry out most of the works for which it was responsible under the 1977 Treaty; Article 61, paragraph 2, of the Vienna Convention expressly provides that impossibility of performance may not be invoked for the termination of a treaty by a party to that treaty when it results from that party’s own breach of an obligation flowing from that treaty.”* Sobre este punto se puede consultar FITZMAURICE, M. *“The Gabčíkovo–Nagymaros Case: The Law of Treaties”*, *Leiden Journal of International Law*, 1998, pp. 321-344.

Para que pueda ser ejercida la facultad de dar por terminado el tratado tienen que darse dos condiciones acumulativas:

- la desaparición o destrucción definitivas de un objeto,
- objeto que haya sido indispensable para el cumplimiento del tratado.

La parte afectada dispone de doble acción: demandar la terminación del tratado o retirarse de él. En el primer caso su demanda puede ser aceptada por las demás partes y entonces el tratado termina para todas o no es aceptada lo que da lugar al procedimiento establecido en los arts. 65 y 66; en el segundo caso el tratado sigue rigiendo entre las otras partes. También puede alegarse para suspender la aplicación del tratado.

Para Remiro Brotóns *“la fuerza mayor, en efecto, exculpa el incumplimiento en la medida en que la imposibilidad es fruto de un hecho exterior a la voluntad del aparente infractor; como causa de terminación, en cambio, la imposibilidad trae consecuencias por sí misma, con independencia de quien esté en su origen”*³³⁵.

La imposibilidad que resulta del artículo 61.1 debe reunir las siguientes condiciones:

- a. *sobrevenida*: con posterioridad a la conclusión del tratado,
- b. *definitiva o irreversible*, pues de no ser así daría lugar a la suspensión del tratado,
- c. *afectar un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado*.

En el Informe de 1966 de la CDI citó como ejemplos la sumersión de una isla, el secamiento de un río, la destrucción de una presa o una instalación hidroeléctrica, cuando tales objetos se incluyen en un tratado o están implicados en su ejecución.

La fuerza mayor fue definida como anticipábamos con un hecho ajeno al obligado inevitable o irresistible que lo imposibilita para cumplir la obligación de que se trate. Esta excepción opera en la medida en que perdure la fuerza mayor. La imposibilidad resultante de la desaparición o destrucción de un objeto indispensable para la ejecución de un tratado debida a un hecho o suceso de fuerza mayor, no sólo permite invocar la excepción de fuerza mayor sino también poner fin al tratado.

En los supuestos de estado de necesidad al igual que en los supuestos de imposibilidad subsiguiente de cumplimiento, nos encontramos ante

³³⁵ Ibidem, p. 484.

una situación sobrevenida, ajena a la voluntad del sujeto y de carácter excepcional, pero en el estado de necesidad no se produjo aún un daño (desaparición o destrucción del objeto) sino que existe un peligro grave para un interés esencial del sujeto que se puede ver afectado en caso de cumplimiento de la obligación. En un caso, se termina la obligación (el tratado que es fuente de la obligación) porque ya no existe un objeto indispensable para su cumplimiento, en el otro caso la obligación se viola amparado en la necesidad, pero la obligación no termina pues superada la situación de necesidad la obligación se reanuda.

3. Cambio fundamental en las circunstancias (*rebus sic stantibus*³³⁶)

El artículo 62³³⁷ de la CV contempla el cambio fundamental en las circunstancias como causa de terminación de los tratados.

En el artículo se estipulan cinco condiciones necesarias y acumulativas para que pueda alegarse el cambio en las circunstancias:

1. El cambio debe ser respecto de las *circunstancias existentes en el momento de la celebración del tratado*, es decir, cuando se expresa

³³⁶ Cabe señalar que la CDI no utilizó esta clásica expresión, a fin de evitar confusión con la terminología latina.

³³⁷ Artículo 62. “Cambio fundamental en las circunstancias.

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:
 - a. la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y
 - b. ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.
2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:
 - a. si el tratado establece una frontera; o
 - b. si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier parte en el tratado.
3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado”.

el consentimiento definitivo del Estado en obligarse por el tratado. Ese cambio puede afectar a circunstancias fácticas como jurídicas. Remiro Brotons considera que el cambio se puede dar en el Derecho Internacional en vigor. En el seno de la CDI, se planteó el interrogante si los cambios ocurridos en el orden constitucional y los cambios revolucionarios podían dar lugar a invocar el cambio en las circunstancias. Finalmente, la CDI en su informe final guardó silencio, si bien se desprende del mismo que se excluye cualquier intento de poner término a un tratado basándose en un cambio político.

También en la CDI se planteó el problema de si los cambios generales de circunstancias totalmente ajenas al tratado no podrían determinar que en algunos casos se alegara el cambio en las circunstancias. La CDI estimó que esos cambios sólo podían ser alegados como causa de terminación si su efecto fuese modificar una circunstancia que constituyera base esencial del consentimiento de las partes en el tratado³³⁸. Algunos miembros de la Comisión eran partidarios que se incluyera una cláusula en la que se declarase que un cambio subjetivo en la actitud o en la política de un gobierno no podría nunca alegarse como causa de terminación; otros en cambio encontraban excesivo incorporar una cláusula de ese tipo³³⁹.

2. Tal cambio debe ser *fundamental*, como consecuencia del cambio debe modificarse el alcance de las obligaciones que todavía deben cumplirse en virtud del tratado.

Para Remiro Brotóns “He aquí otra especie del tratado desigual, originada ahora por el cambio en las circunstancias de la celebración. La satisfacción de la condición requiere que la carga obligacional del invocante aumente hasta el punto de hacer su ejecución diferente y mucho más onerosa de lo pactado, sin llegar con todo al límite de la imposibilidad. Roto el equilibrio de los pactos por el cambio en las circunstancias, una de las partes se vería sometida, de tener que ejecutar el tratado, a un sacrificio desproporcionado, sea en términos absolutos (por arriesgar objetivos primarios del Estado como su supervivencia, integridad o desarrollo),

³³⁸ Sobre este punto se puede consultar REY CARO, E. “Las reservas de la República Argentina a la Convención sobre Derecho de los Tratados, el Estoppel y el Cambio fundamental en las circunstancias”, p. 246 obtenible en http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/20376/1/ADI_II_1975_06.pdf

³³⁹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Primer período de sesiones, Viena 26/03 al 24/05/1968 y 9/04 al 22/05/1969, p. 83-84.

sea en términos relativos (a partir del desequilibrio sobrevenido en las prestaciones de las partes)³⁴⁰.

3. Debe tratarse de un *cambio no previsto* por las partes en el momento de la celebración.

Se discutió si bastaba la imprevisión de las partes o se exigía la imprevisibilidad, es decir, si además de no haber sido contemplado por las partes no hubiera podido serlo aplicando los estándares comunes. El tenor del artículo 62.1 parece inclinarse por la imprevisión de la parte que lo invoca.

4. La existencia de esta circunstancia debe haber constituido una *base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado*, de forma que de no haber existido, el tratado no habría sido concluido.

Para Remiro Brotóns “Esta condición fuerza a investigar la intención de las partes, introduciendo un elemento subjetivo en lo que pretende ser una norma objetiva...interesan sólo las circunstancias que fueron esenciales para su consentimiento (de la parte que lo invoca), de exigirse, como propuso Fitzmaurice, que las circunstancias hubieran sido esenciales para ambas partes nos acercaríamos a la construcción de la cláusula implícita que la Convención quiere desterrar”³⁴¹.

5. El cambio debe tener por efecto una modificación radical del alcance de las obligaciones que todavía hayan de ejecutarse en virtud del tratado³⁴².

Opera como todas las cláusulas de terminación *ex nunc*, es decir, que lo hasta allí ejecutado es válido.

Reuter sostiene que para que se tome en cuenta el cambio debe ser tal que modifique radicalmente las circunstancias sobre cuya base se celebró un acuerdo. Esto implica un elemento cualitativo y otro cuantitativo. En términos cualitativos, el cambio debe afectar los hechos mismos en los que se basó el consentimiento; en términos cuantitativos, el cambio debe ser suficientemente extenso para alterar por completo las condiciones del acuerdo y para afectar su razón de ser³⁴³.

³⁴⁰ REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional Público 2. Derecho de los tratados...*, Ob. Cit., p. 487.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 486.

³⁴² DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los Tratados Internacionales*, Edit. Abaco de R. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 320 ss.

³⁴³ Cf. REUTER, P. *Introducción al Derecho de los Tratados*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 218 ss.

El artículo 62 fue redactado en forma negativa a fin de destacar el carácter excepcional de la causa de terminación y se establecieron condiciones para su invocación.

En lo que respecta al texto del artículo sobre estado de necesidad, la CDI en 1980 optó por una redacción también negativa, inspirándose en la solución adoptada en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Se siguió en este aspecto la propuesta efectuada por Vallat³⁴⁴, la que fue apoyada por Schwebel, Barboza³⁴⁵ y Pinto³⁴⁶. También en este caso se establecieron las distintas condiciones que debe reunir acumulativamente el estado de necesidad para poder ser invocado.

Parry entiende que para que tenga éxito el argumento del cambio en las circunstancias no basta que únicamente se demuestre que éstas han cambiado. “Lo requerido adicionalmente es que el tratado se haya celebrado sobre la base de las circunstancias cuyo cambio se alega, de manera tal que se dé a su continuación la eficacia de una condición previa para la celebración del tratado”³⁴⁷.

Weidenbaum afirma que probablemente sea Martens el primer autor que señaló a la auto-preservación como denominador común del derecho de necesidad y de la cláusula *rebus sic stantibus*. Considera que la cláusula tiene mayor amplitud, cubre no sólo los casos de extrema emergencia sino

³⁴⁴ “En lo que respecta al texto del proyecto de artículo 33, convendría hacer más hincapié en el carácter excepcional de la excusa de necesidad. Podría, por ejemplo, incluirse este proyecto de artículo después del proyecto de artículo 34 (legítima defensa) – con objeto de que surta efectos reconocidamente diferentes de los de las demás circunstancias que excluyen la ilicitud – redactándolo en forma negativa sobre la base del artículo 62 de la Convención de Viena”. Ses. 1615, párrafo 24, *Anuario CDI* 1980, vol. I, p. 168.

³⁴⁵ “(...) quizás sea conveniente expresar el principio en forma negativa para responder a las preocupaciones de quienes desean dar una interpretación restrictiva a la noción de estado de necesidad”. Ses. 1617, párrafo 30, *Anuario CDI* 1980, vol. I, p. 176.

³⁴⁶ “En cuanto a la redacción del proyecto de artículo propiamente dicho, el Sr. Pinto es partidario de que se introduzca el criterio de moderación en el párrafo 1. Hay que precisar también el carácter excepcional de la excusa de necesidad y redactar el artículo siguiendo el modelo del artículo 62 de la Convención de Viena, como ha sugerido Sir Francis Vallat (1615ª Sesión) (...)”. Ses. 1618, párrafo 6, *Anuario CDI* 1980, vol. I, p. 178.

³⁴⁷ PARRY, Cl. “Derecho de los tratados” en *Manual de Derecho Internacional Público* editado por Max Sørensen, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 249-250.

también todos aquellos en que la frustración de un contrato se debió a un cambio fundamental en las circunstancias³⁴⁸.

Por su parte, Pagliari entiende que el cambio fundamental en las circunstancias es una efectividad en acción y puede provocar una tensión entre un tratado y la necesidad de su caducidad, suspensión o nueva formulación. Asimismo, afirma que esta cláusula no atenta contra el principio *pacta sunt servanda* sino que le sirve de complemento³⁴⁹.

El cambio en las circunstancias al igual que el estado de necesidad tiene carácter excepcional y el sujeto que lo invoca no debe haber dado lugar al cambio en un caso, y en el otro al peligro. En ambos casos puede estar en peligro un interés esencial del sujeto que lo alega. El estado de necesidad mira los hechos, la inminencia del peligro grave determina que ya viole una obligación jurídica y alegue luego un hecho consumado, no tengo tiempo para demostrar a priori las causas y negociar, no tengo otro medio para conjurar el peligro extremadamente grave e inminente que percibe y por tanto el comportamiento en cuestión resulta indispensable en su totalidad. Una vez alejado el peligro la persistencia en ese comportamiento lo torna ilícito por lo que debe reanudarse el cumplimiento de la obligación internacional afectada. En cambio, ante un cambio en las circunstancias tengo la posibilidad/la facultad de solicitar la terminación del tratado para lo cual tengo que negociar con las otras partes involucradas. En consecuencia, una cosa es el incumplimiento de un tratado y su justificación a posterior por la “necesidad” y otra es la justificación jurídica a priori por un cambio en las circunstancias.

Por otra parte, el cambio en las circunstancias, al igual que la fuerza mayor, debe haber sido imprevisto y ajeno a la voluntad de las partes, pero se diferencian en tanto en los casos de fuerza mayor estamos ante un hecho irresistible que no concede tiempo para poner en funcionamiento un procedimiento como el establecido en la Convención de Viena.

³⁴⁸ WEIDENBAUM, P. “Necessity in International Law”, en *Transactions of the Grotius...*, Ob. Cit., p. 116. (Obtenible la exposición efectuada sobre el mismo tema por Paul Weidenbaum ante la *Grotius Society* el 12 de octubre de 1938 en <http://www.jstor.org/discover/10.2307/742739?uid=3737512&uid=2&uid=4&sid=21104235516591>).

³⁴⁹ Cf. PAGLIARI, A. S. “El principio de efectividad en el Derecho Internacional Público”, en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*, Edit. Advocatus, Córdoba, 2014, pp. 647.

Cuando una parte alega que existe un cambio fundamental debe notificar a las demás partes su pretensión y se pone en funcionamiento el procedimiento previsto en el artículo 65 de la Convención de Viena. A la primera etapa, la de la notificación y el trimestre de espera, sucede una segunda etapa que establece la obligación de las partes de procurar alguna solución por algunos de los medios previstos en el art. 33 de la Carta de Naciones Unidas, y finalmente se adopta la medida.

En expresión del TIJ un cambio fundamental de las circunstancias: “debe ser de una naturaleza tal que tenga por efecto transformar radicalmente el contenido de las obligaciones que queden por ejecutar en el tratado (...) debe ser imprevisto; las circunstancias existentes en la época en que el Tratado fue concluido deben haber constituido una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado. El hecho de que el art. 62 de la Convención de Viena esté redactado en términos negativos y condicionales indica claramente, por otra parte, que la estabilidad de las relaciones convencionales exige que el argumento basado en un cambio fundamental de las circunstancias no pueda aplicarse más que en casos excepcionales”³⁵⁰.

³⁵⁰ Sentencia CIJ Hungría - Eslovaquia, párr. 104. “Hungary further argued that it was entitled to invoke a number of events which, cumulatively, would have constituted a fundamental change of circumstances. In this respect it specified profound changes of a political nature, the Project’s diminishing economic viability, the progress of environmental knowledge and the development of new norms and prescriptions of international environmental law (see paragraph 95 above). The Court recalls that, in the *Fisheries Jurisdiction* case, it stated that “Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, may in many respects be considered as a codification of existing customary law on the subject of the termination of a treaty relationship on account of change of circumstances” (I. C. J. Reports 1973, p. 63, para. 36). The prevailing political situation was certainly relevant for the conclusion of the 1977 Treaty. But the Court will recall that the Treaty provided for a joint investment programmed for the production of energy, the control of floods and the improvement of navigation on the Danube. In the Court’s view, the prevalent political conditions were thus not so closely linked to the object and purpose of the Treaty that they constituted an essential basis of the consent of the parties and, in changing, radically altered the extent of the obligations still to be performed. The same holds good for the economic system in force at the time of the conclusion of the 1977 Treaty. Besides, even though the estimated profitability of the Project might have appeared less in 1992 than in 1977, it does not appear from the record before the Court that it was bound to diminish to such an extent that the treaty obligations of the parties would have been radically transformed as a result. The Court does not consider that new developments in the state of environmental knowledge and of environmental

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea admitió que la disolución de la antigua Yugoslavia y la situación de guerra subsiguiente en la región, constituían un cambio fundamental en las circunstancias justificando la suspensión de un acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea y la antigua Yugoslavia (as. Racke GmbH, C-162/96, sentencia de 16 de junio de 1998, Rec. I-3655)³⁵¹.

law can be said to have been completely unforeseen. What is more, the formulation of Articles 15, 19 and 20, designed to accommodate change, made it possible for the parties to take account of such developments and to apply them when implementing those treaty provisions. *The changed circumstances advanced by Hungary are, in the Court's view, not of such a nature, either individually or collectively, that their effect would radically transform the extent of the obligations still to be performed in order to accomplish the Project. A fundamental change of circumstances must have been unforeseen; the existence of the circumstances at the time of the Treaty's conclusion must have constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the Treaty. The negative and conditional wording of Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties is a clear indication moreover that the stability of treaty relations requires that the plea of fundamental change of circumstances be applied only in exceptional cases.*" (El resultado nos pertenece).

³⁵¹ "53. For it to be possible to contemplate the termination or suspension of an agreement by reason of a fundamental change of circumstances, customary international law, as codified in Article 62(1) of the Vienna Convention, lays down two conditions. First, the existence of those circumstances must have constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; secondly, that change must have had the effect of radically transforming the extent of the obligations still to be performed under the treaty." "54 Concerning the first condition, the preamble to the Cooperation Agreement states that the contracting parties are resolved 'to promote the development and diversification of economic, financial and trade cooperation in order to foster a better balance and an improvement in the structure of their trade and expand its volume and to improve the welfare of their populations' and that they are conscious 'of the need to take into account the significance of the new situation created by the enlargement of the Community for the organization of more harmonious economic and trade relations between the Community and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia'. Pursuant to those considerations, Article 1 of the Agreement provides that its object 'is to promote overall cooperation between the contracting parties with a view to contributing to the economic and social development of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia and helping to strengthen relations between the parties'. 55 In view of such a wide-ranging objective, the maintenance of a situation of peace in Yugoslavia, indispensable for neighbourly relations, and the existence of institutions capable of ensuring implementation of the cooperation envisaged by the Agreement throughout the territory of Yugoslavia constituted an essential condition for initiating and pursuing that cooperation. 56 Regarding the second condition, it does not appear that, by holding in the second recital in the preamble to the disputed regulation that 'the pursuit of

Cumplidas las condiciones acumulativas exigidas por la Convención, la alegación del cambio en las circunstancias podrá hacerse ya sea demandando la terminación del tratado, la suspensión del tratado o bien el retiro del mismo de la parte que invoque la causal, dejando subsistente el tratado para las otras.

En el primer caso si el alegato encuentra anuencia de todas las partes, el Tratado terminará de lo contrario, habrá que recurrir al procedimiento previsto.

El párrafo 2º del artículo 62 restringe aún más el ámbito de aplicación de la causal, no permitiendo su invocación si el tratado establece una frontera o si el cambio resulta de una violación, por quien la alega, de una obligación emergente del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

Dentro de los negadores de la cláusula *rebus* podemos citar a Lauterpacht y Kelsen, quienes sostuvieron que había que elegir entre la cláusula y el derecho internacional, ya que toda conciliación entre ambos era imposible.

Kelsen sostuvo “Pero existe una gran diferencia entre la cláusula *rebus sic stantibus* como parte del derecho nacional y el mismo principio como parte del derecho internacional. En el derecho nacional hay una autoridad imparcial y objetiva a la que toca decidir si ha tenido lugar un cambio vital de circunstancias, mientras que en el derecho internacional son las mismas partes en el tratado las que han de decidir la cuestión. El más serio argumento contra la doctrina de que un tratado pierde su validez cuando ha habido un cambio fundamental de circunstancias, es el de que la función del derecho en general y de los tratados en particular es la de estabilizar las relaciones jurídicas entre los Estados en el flujo de las circunstancias mudables. Si las circunstancias no cambiaran, la fuerza vinculante de los tratados sería prácticamente superflua. La cláusula *rebus sic stantibus* está así en oposición con uno de los más

hostilities and their consequences on economic and trade relations, both between the Republics of Yugoslavia and with the Community, constitute a radical change in the conditions under which the Cooperation Agreement between the European Economic Community and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia and its Protocols ... were concluded’ and that ‘they call into question the application of such Agreements and Protocols’, the Council made a manifest error of assessment”.

importantes propósitos del orden jurídico internacional, como lo es el propósito de estabilizar las relaciones internacionales³⁵²”.

Entre los detractores de esta cláusula también podemos mencionar a De la Guardia y Delpech, para quienes la cláusula *rebus* es la expresión descarnada de la política de poder, la cual “en el campo del derecho de los tratados consistió en la búsqueda de una justificación para no cumplir el tratado, en el esfuerzo por legitimar su incumplimiento”³⁵³. Para De la Guardia “la invocación, como causa de incumplimiento, del cambio de las circunstancias existentes al momento de la celebración del tratado, *rebus sic stantibus*, debe ser, seguramente, el principio más opuesto a la norma *pacta sunt servanda*”³⁵⁴.

A este respecto, Fauchille sostuvo: “Siendo la eternidad de los tratados tan absurda y tan irrealizable como la eternidad de las constituciones, los tratados concluidos sin una duración determinada deben siempre entenderse como conteniendo una cláusula *rebus sic stantibus*, o sea, que fueron suscriptos con la reserva tácita de que cesarán de estar en vigor cuando hayan cesado de existir las circunstancias en razón de las cuales fueron aquellos concluidos. A la desaparición de las causas que lo han ocasionado, debe inevitablemente seguir el fin del tratado”³⁵⁵.

Oppenheim aborda el tema de la siguiente manera: “La gran mayoría de los autores, así como los gobiernos de los Estados civilizados, defienden el principio *conventio omnis intelligitur rebus sic stantibus*, y convienen, por ende, en que todos los tratados se concluyen bajo la tácita condición *rebus sic stantibus*. Que esta condición entrañe un gran peligro, nadie puede negarlo, ya que a menudo se ha abusado de ella para disimular la violación de los tratados tras el escudo del derecho y tapar una conducta deshonesto con el manto de la decencia. Todo esto, sin embargo, no puede alterar el hecho de que esta condición excepcional es tan necesaria para el derecho internacional y las relaciones internacionales como la norma *pacta sunt servanda*. Cuando un Estado consiente en obligarse por un tratado, lo hace

³⁵² KELSEN, H. *Principles of international law*, 2º ed., 1966, p. 498.

³⁵³ DE LA GUARDIA E. y DELPECH, M., *El derecho de los tratados y la convención de Viena de 1969*, La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 98.

³⁵⁴ DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los tratados...*, Ob.Cit., p. 310.

³⁵⁵ FAUCHILLE, P. *Traité de droit international public*, T. I, 3me. Partie, París, 1926, pp. 383-384.

en la convicción de que éste no entraña ningún peligro para su existencia o desarrollo vital; y por esta razón todo tratado implica la condición de que si por un cambio imprevisto de circunstancias la obligación estipulada en el tratado llegara a poner en peligro la existencia o el desarrollo vital (*vital development*) de una de las partes, deberá reconocérsele el derecho de solicitar el ser exonerada de semejante obligación”³⁵⁶.

Poblador sostiene que el art. 62 no excluye la necesidad como base de *rebus sic stantibus*. Continúa afirmando que el cambio fundamental es susceptible de una interpretación tan amplia como los intereses vitales, pero sin embargo la Convención le impuso una significativa limitación al reducirla al campo de terminación del tratado de que se trate³⁵⁷.

La cláusula *rebus* no supone la derogación de la norma *pacta sunt servanda*, sino que forma parte de su formulación en tanto el contenido del *pactum* ya no pervive.

La cláusula no opera automáticamente, sino que como anticipamos, otorga un derecho a negociar con la otra parte, con el objeto de arribar a un acuerdo satisfactorio.

En el *Caso de las pesquerías angloislandesas*, sentencia del 2 de febrero de 1973, la CIJ sostuvo “El derecho internacional admite que si un cambio fundamental de las circunstancias que determinaron a las partes a celebrar un tratado, transforma radicalmente el alcance de las obligaciones impuestas por el tratado, la parte afectada por dicho cambio puede, bajo ciertas condiciones, alegar la terminación o la suspensión del tratado. Este principio, así como las condiciones y excepciones a que se encuentra sujeto, han sido señaladas por el artículo 62 de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el cual puede ser considerado en muchos aspectos como una codificación del derecho consuetudinario existente en lo que concierne a la terminación de un tratado en relación con el cambio de circunstancias”³⁵⁸.

³⁵⁶ OPPENHEIM, L. *International Law*, vol. I, 7ed., London, 1948, pp. 843-845.

³⁵⁷ Cf. POBLADOR, A. “The defense of necessity...”, *Ob. Cit.*, p. 368.

³⁵⁸ Fisheries Jurisdiction, United Kingdom v. Iceland, Sentencia de la CIJ, Reports 1973, párrafo 36 y ss. “36. *In these statements the Government of Iceland is basing itself on the principle of termination of a treaty by reason of change of circumstances. International law admits that a fundamental change in the circumstances which determined the parties to accept a treaty, if it has resulted in a radical transformation of the extent of the obligations imposed by it, may, under certain conditions, afford the party affected a*

ground for invoking the termination or suspension of the treaty. This principle, and the conditions and exceptions to which it is subject, have been embodied in Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which may in many respects be considered as a codification of existing customary law on the subject of the termination of a treaty relationship on account of change of circumstances. 37. One of the basic requirements embodied in that Article is that the change of circumstances must have been a fundamental one. In this respect the Government of Iceland has, with regard to developments in fishing techniques, referred in an official publication on Fisheries Jurisdiction in Iceland, enclosed with the Foreign Minister's letter of 29 May 1972 to the Registrar, to the increased exploitation of the fishery resources in the seas surrounding Iceland and to the danger of still further exploitation because of an increase in the catching capacity of fishing fleets. The Icelandic statements recall the exceptional dependence of that country on its fishing for its existence and economic development. In his letter of 29 May 1972 the Minister stated: "The Government of Iceland, considering that the vital interests of the people of Iceland are involved, respectfully informs the Court that it is not willing to confer jurisdiction on the Court in any case involving the extent of the fishery limits of Iceland" In this same connection, the resolution adopted by the Althing on 15 February 1972 had contained a paragraph in these terms: "That the Governments of the United Kingdom and the Federal Republic of Germany be again informed that because of the vital interests of the nation and owing to changed circumstances the Notes concerning fishery limits exchanged in 1961 are no longer applicable and that their provisions do not constitute an obligation for Iceland." 40. The Court, at the present stage of the proceedings, does not need to pronounce on this question of fact, as to which there appears to be a serious divergence of views between the two Governments. If, as contended by Iceland, there have been any fundamental changes in fishing techniques in the waters around Iceland, those changes might be relevant for the decision on the merits of the dispute, and the Court might need to examine the contention at that stage, together with any other arguments that Iceland might advance in support of the validity of the extension of its fisheries jurisdiction beyond what was agreed to in the 1961 Exchange of Notes. But the alleged changes could not affect in the least the obligation to submit to the Court's jurisdiction, which is the only issue at the present stage of the proceedings. It follows that the apprehended dangers for the vital interests of Iceland, resulting from changes in fishing techniques, cannot constitute a fundamental change with respect to the lapse or subsistence of the compromissory clause establishing the Court's jurisdiction." 43. "Moreover, in order that a change of circumstances may give rise to a ground for invoking the termination of a treaty it is also necessary that it should have resulted in a radical transformation of the extent of the obligations still to be performed. The change must have increased the burden of the obligations to be executed to the extent of rendering the performance something, essentially different from that originally undertaken. In respect of the obligation with which the Court is here concerned, this condition is wholly unsatisfied; the change of circumstances alleged by Iceland cannot be said to have transformed radically the extent of the jurisdictional obligation which is imposed in the 1961 Exchange of Notes. The compromissory clause enabled either of the parties to submit to the Court any dispute

La Corte en otro párrafo de la sentencia explica de qué manera el cambio debe modificar las obligaciones de las partes aún por ejecutar: “*El cambio debe haber aumentado el peso de las obligaciones al punto de convertir su ejecución en algo esencialmente diferente del compromiso original*”.

La sentencia comentada la Corte admitió que el cambio en las circunstancias podía ser considerado en algunos aspectos como codificación del derecho consuetudinario. Es de observar que al ratificar la Convención de 1969 algunos Estados, como por ejemplo Argentina y Chile, formularon reservas al artículo 62.

Al aprobar legislativamente la Convención de Viena de 1969, la República Argentina formuló dos reservas, una sobre el estoppel y otra sobre terminación por *rebus sic stantibus*³⁵⁹.

CONCLUSIONES PARCIALES

En este capítulo, en primer término, comparamos al estado de necesidad con aquellas circunstancias de exclusión de ilicitud con las que presenta más puntos de contacto y que dieron lugar a confusión en parte de la doctrina y de la jurisprudencia internacional con otros institutos, esto es la fuerza mayor, el peligro extremo, la legítima defensa y las contramedidas.

between them relating to an extension of Icelandic fisheries jurisdiction in the waters above its continental shelf beyond the 12-mile limit. The present dispute is exactly of the character anticipated in the compromissory clause of the Exchange of Notes. Not only has the jurisdictional obligation not been radically transformed in its extent; it has remained precisely what it was in 1961”.

³⁵⁹ “Ley 19. 865 del 3/10/72 BO 11/1/73 Art. 2. Formúlense las siguientes reservas al ratificar la citada Convención: a) La República Argentina no considera aplicable a su respecto la norma contenida en el art. 45, apartado b, por cuanto la misma consagra la renuncia anticipada de derechos.

b) La República Argentina no acepta que un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes pueda alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él y, además, objeta las reservas formuladas por Afganistán, Marrueco y Siria al art. 62, párrafo 2, apartado a y todas las reservas del mismo alcance que las de los Estados mencionados que se presenten en el futuro sobre el art. 62.(...)”.

Entendemos que la legítima defensa, las contramedidas, el peligro extremo y el estado de necesidad son todas circunstancias de exclusión de ilicitud que responden a una necesidad concreta de un sujeto determinado, pero de forma alguna son especies de un genérico estado de necesidad porque las diferencias entre ellas son sustanciales. Son causas de exclusión autónomas, identificables unas de las otras, si bien como afirmáramos, muchas veces en la doctrina y la jurisprudencia se confundieron o solaparon.

El estado de necesidad constituye una causa autónoma de exclusión de ilicitud de un hecho internacionalmente ilícito y como tal puede distinguirse de las causas de terminación de la obligación jurídica internacional y de las otras circunstancias de exclusión de ilicitud.

Una característica común al estado de necesidad y a la fuerza mayor es que ninguna de esas causales de exclusión de ilicitud puede ser inducida por el sujeto necesitado. En la fuerza mayor se enfrenta a un acontecimiento o suceso externo, y su objetivo es reaccionar frente a un hecho efectivo para proteger una posición que ya tiene; en cambio en el estado de necesidad está frente a un peligro por lo que busca precaverse de un peligro inminente. Por ello la conducta en el estado de necesidad tiende a la prevención, lo que no se da en la fuerza mayor.

Como ya anticipamos, el punto de partida de la diferenciación entre la legítima defensa y el estado de necesidad lo encontramos en que la legítima defensa es una circunstancia de exclusión de ilicitud invocable frente a la violación de una norma imperativa del derecho internacional y como respuesta frente al ataque se responde mediante una defensa que debe ser necesaria y proporcionada. Ello, a diferencia del estado de necesidad donde el hecho necesario se dirige frente a un sujeto inocente. En la legítima defensa ello no ocurre porque es una respuesta frente a una conducta ilícita. El Estado que actúa en legítima defensa responde ante una agresión actual, en cambio, en el estado de necesidad, el estado actúa frente a la amenaza de peligro grave e inmediato que trata de evitar. Se viola una obligación jurídica internacional para con un Estado inocente.

Las circunstancias que excluyen la ilicitud de un comportamiento constituyen defensas contra una reclamación por el incumplimiento de una obligación internacional que, de no mediar esa defensa, estaría bien fundada. Circunstancias que no pueden invocarse si el comportamiento contradice una norma imperativa del Derecho internacional.

Estas circunstancias que son de aplicación general, es decir, tanto pueden ser invocadas cuando se viole una obligación nacida de un tratado, como de un acto unilateral, como de cualquier otra fuente del derecho, no anulan ni dan por terminada la obligación, sino que sirven de justificación del incumplimiento mientras subsiste la causa para su invocación.

Como hemos afirmado, estas circunstancias no anulan, no dan por terminada la obligación internacional, sólo justifican su incumplimiento. Por ello, se las debe diferenciar de las causas de terminación de la obligación en sí. Esta es la razón por la que comparamos el estado de necesidad de algunas causas de terminación de los tratados internacionales, tales como la violación grave del tratado, la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento y el cambio fundamental en las circunstancias.

A diferencia de lo que ocurre con el estado de necesidad, en el supuesto de terminación de un tratado por causa de su violación, estamos ante un incumplimiento de sus disposiciones, es decir, se ha configurado un hecho internacionalmente ilícito. En este caso, la terminación del tratado es una de las salidas posibles, pero se podría haber preferido la suspensión de sus efectos o la reclamación de su cumplimiento. En cambio, en el estado de necesidad, el sujeto necesitado actúa frente a la posibilidad de la ocurrencia de un peligro. En este caso no se configura un ilícito porque opera la causa de justificación. Además, en el estado de necesidad, el sujeto necesitado no tiene opciones, la conducta que adopte debe ser el único modo que tiene de actuar y además no tiene que haber contribuido a la ocurrencia del peligro. Por otra parte, como ya hemos referido anteriormente, en la violación grave nace un derecho a solicitar la terminación de la obligación violada, en el estado de necesidad ello no ocurre.

En los supuestos de estado de necesidad al igual que en los supuestos de imposibilidad subsiguiente de cumplimiento, nos encontramos ante una situación sobrevenida, ajena a la voluntad del sujeto y de carácter excepcional, pero en estado de necesidad no se produjo aún un daño (desaparición o destrucción del objeto) sino que existe un peligro grave para un interés esencial del sujeto que se puede ver afectado en caso de cumplimiento de la obligación. En un caso se termina la obligación porque ya no existe un objeto indispensable para su cumplimiento, en el otro la obligación se viola en base a la invocación de necesidad, pero la obligación no termina pues superada la situación de necesidad la misma se reanuda.

El cambio en las circunstancias -al igual que el estado de necesidad- tiene carácter excepcional y el sujeto que lo invoca no debe haber dado lugar al cambio en un caso y en el otro al peligro, en ambos casos puede estar en peligro un interés esencial del sujeto que lo alega. Ante un cambio en las circunstancias está la posibilidad/ la facultad de solicitar la terminación del tratado para lo cual tiene que negociar con las otras partes involucradas. En consecuencia, una cosa es el incumplimiento de un tratado y su justificación *a posteriori* por la “necesidad” y otra es la justificación jurídica *a priori* por un cambio en las circunstancias.

En este capítulo al analizar las distintas circunstancias de exclusión de ilicitud así como las causas de terminación de los tratados hemos referido no sólo aportes doctrinarios y de la CDI sino también diferentes casos jurisprudenciales. En el capítulo siguiente nos detendremos en aquellos casos jurisprudenciales vinculados al estado de necesidad que aportan a la construcción de sus elementos estructurales.

CAPÍTULO 4

EL ESTADO DE NECESIDAD EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL

CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Este Capítulo trata asuntos en los que el “interés esencial” del Estado está amenazado por un peligro grave e inminente, imposible de salvaguardar más que mediante la adopción de un comportamiento prohibido por una obligación internacional.

Elegimos referirnos en este capítulo a la “práctica internacional” en tanto no nos limitamos a considerar jurisprudencia en sentido estricto sino que ampliamos nuestro análisis. Así, veremos sentencias emanadas de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), laudos arbitrales, opiniones consultivas de distintos ámbitos jurisprudenciales, asuntos resueltos inter partes y actos administrativos en los que se ha invocado directa o indirectamente el estado de necesidad. Durante la exposición seguimos por tópicos el orden cronológico de los distintos pronunciamientos.

Bien sabido es que para el Derecho internacional, la Jurisprudencia es sólo una fuente normativa auxiliar conforme al artículo 38 del Estatuto de la CIJ³⁶⁰. Sin embargo, la perfilación jurídica de un principio general de

³⁶⁰ *Estatuto de la CIJ. Art. 38. “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en*

derecho o de una norma consuetudinaria a los fines de la determinación de su existencia, alcance o aplicabilidad a un caso particular, generalmente, se da a través del fallo de los jueces. Por otra parte, si bien es harto sabida la sumisión que los jueces deben a las normas establecidas a las que deben aplicar -adjudicando el derecho-, vía interpretación, éstos han ido produciendo importantes avances en la elucidación del alcance y sentido de las normas del Derecho internacional. Ruiz Fabri, al referirse a la dimensión creadora del derecho que tienen vía interpretación expansiva las decisiones jurisdiccionales internacionales -trascendiendo el caso particular y las relaciones inter-partes, ha expresado que ese rol se asienta en la fuerza de la “ratio” del dictamen³⁶¹. Este tipo de consideraciones nos llevan a dar gran importancia a la práctica jurisprudencial como verdadero pulso de la evolución del “estado de necesidad”, sus particularidades a la hora de su invocación y reconocimiento y la permanencia de elementos esenciales en el instituto.

Según Barberis, la jurisprudencia puede ser analizada desde dos puntos de vista. En primer lugar, estudiando cada sentencia particular como expresión jurídica individual y, en segundo lugar, considerando la práctica jurisprudencial en su conjunto y examinando el valor de la sentencia dictada en un caso concreto pero por su utilidad para la decisión de casos similares³⁶²³⁶³.

Por otra parte, tenemos que recordar que el ordenamiento jurídico internacional presenta una “textura abierta”, a la que los precedentes juris-

el Artículo 59[art. 59.La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido] 2.La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren” (el resaltado nos pertenece).

³⁶¹ RUIZ FABRI, H. ‘La motivation des décisions dans le règlement des différends de l’OMC’, en RUIZ FABRI, H - SOREL, J.-M. (eds), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, Paris, 2008, p. 103.

³⁶² Puig Brutau y de la Vega Benayas asignan valor normativo a la jurisprudencia en tanto los jueces no son meros “lectores” de la norma sino que adecuan el contenido literal de la ley a las exigencias del momento y las circunstancias, dando necesariamente un nuevo rostro a los contenidos legales. (V. PUIG BRUTAU, J. *et al.* *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Bosch, Barcelona, 1954; DE LA VEGA BENAYAS, C. *Introducción al derecho judicial*, Montecorvo, Madrid, 1970, p. 83).

³⁶³ BARBERIS, J. *Formación del derecho internacional*, Edit. Abaco de R. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 172.

prudenciales dan cuerpo, al cumplir los tribunales su función integradora del orden normativo aplicable a un caso y aportar seguridad jurídica, como rol de presente y de futuro.

También nos referiremos a las Opiniones Consultivas (OC) emanadas de la CPJI y de la CIJ vinculadas a nuestro objeto de estudio. Recordemos que ellas son la expresión de lo que se entiende es el derecho sobre un punto determinado que ha sido sometido a su consideración, de allí la importancia que las mismas revisten.

Las opiniones consultivas de la CIJ, en principio, *per se* no tienen fuerza obligatoria, salvo que las partes mediante, por ejemplo, un convenio acuerden en atribuirle carácter obligatorio, tal como se hizo en algunos tratados internacionales³⁶⁴.

Cabe destacar que en el procedimiento consultivo no hay partes, si se puede identificar un órgano u organización internacional autorizado, que solicita la opinión consultiva, reconociéndose derecho a Estados interesados para comparecer ante la Corte y hacer sus presentaciones escritas. También pueden comparecer Organizaciones Internacionales, que puedan suministrar alguna información sobre la cuestión objeto de consulta.

Las Opiniones consultivas tienen, en principio, como *destinatario directo* al órgano u organismo que la solicitó y como *destinatario indirecto* a los Estados miembros del órgano u Organización que la requirió (algunos de esos Estados habrán votado a favor y otros en contra de la solicitud). Ahora bien, cuando una OC es solicitada por un órgano de ONU u organismo autorizado en el marco de un convenio en el que se acordó valor vinculante a la opinión, los destinatarios inmediatos en dicho caso son el solicitante y el o los Estados partes en dicho convenio.

Recordemos que la CIJ ha señalado que las opiniones consultivas contribuyen a integrar su jurisprudencia, tal como lo declaró en su opinión sobre el procedimiento de admisión de nuevos miembros³⁶⁵.

³⁶⁴ *I.a.* Convención sobre Privilegios e Inmidades de las Naciones Unidas; Convención sobre los Privilegios e Inmidades de las agencias especializadas; Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre organizaciones internacionales; Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

³⁶⁵ Cf. Condiciones de Admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas (art. 4 de la Carta), OC, CIJ, 1948.

Cuando la Corte cumple la función de aplicar o interpretar el derecho, ya sea en su competencia contenciosa o consultiva, actúa como un órgano jurisdiccional y por lo tanto sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional. En tal sentido, la Corte dice lo que es derecho y determina el derecho aplicable al asunto.

Si consideramos que las OC reflejan el punto de vista de la CIJ sobre temas importantes del Derecho internacional, al ser el estado de necesidad analizado en una OC, significa que es uno de los temas importantes del Derecho internacional y por lo tanto el tratamiento que la Corte hace del mismo es señero.

En este capítulo desarrollamos en primer lugar los asuntos en los que se invocó el estado de necesidad ante un peligro grave e inminente para el medio ambiente, luego los casos en los que se invocó el estado de necesidad para justificar el incumplimiento de obligaciones financieras y finalmente casos en los que se invocó el estado de necesidad para salvaguardar otros intereses esenciales de los Estados o de la comunidad internacional en su conjunto.

A. CASOS EN LOS QUE SE INVOCÓ EL ESTADO DE NECESIDAD ANTE UN PELIGRO GRAVE Y INMINENTE PARA EL MEDIO AMBIENTE

Los antecedentes más remotos de normas específicas propias del derecho internacional del medio ambiente los encontramos a finales del siglo diecinueve, cuando se comenzaron a aprobar tratados para la protección de distintas formas de vida silvestre y para la protección de los ríos.

Oportuno es citar dos laudos arbitrales³⁶⁶ pronunciados en las pos-trimerías del Siglo XIX en los que Rusia y EEUU reclamaban frente a la sobreexplotación de focas peleteras. Nos encontramos frente a dos casos que tienden a la protección de la pesca de altura, específicamente focas para peletería, recurso que debía ser protegido independientemente que se

³⁶⁶ *Asunto de la Pesca de focas de peletería frente a la costa de Rusia del año 1893; Asunto de la Caza de focas de peletería en el Mar de Bering* entre Estados Unidos de América y Gran Bretaña, resuelto en 1893.

encontrase en un espacio más allá de la jurisdicción del Estado ribereño. Como resultado de estos pronunciamientos, precursores en la materia, se aprobaron tratados internacionales tendentes a la protección del recurso que se pretendió conservar.

Ambos laudos presentan un contenido ambiental indudable, consecuente con la concepción del medio ambiente imperante en la época. Estos laudos son los antecedentes inmediatos de lo que Juste Ruiz, siguiendo a Kiss, caracteriza como la “prehistoria del Derecho Internacional ambiental”.

Juste Ruiz afirma que la “prehistoria” del Derecho internacional ambiental se inicia a comienzos del siglo XX con una etapa marcada por el utilitarismo ambiental y orientada esencialmente a la protección de aquellos elementos del ecosistema que poseían una utilidad para la producción o presentaban un valor económico por ser objeto de utilización comercial. Ejemplos de esta orientación son el *Convenio de París de 19 de marzo de 1902 sobre la protección de las aves útiles a la agricultura*, el *Convenio entre los Estados Unidos y el Reino Unido de 11 de enero de 1909 relativo a la protección contra la contaminación de los ríos fronterizos con los dominios del Canadá* y los *Convenios de Washington de 7 de febrero (Estados Unidos-Reino Unido) y de 7 de julio de 1911 (Estados Unidos, Reino Unido, Rusia, y Japón) sobre la protección de las focas para peletería*³⁶⁷.

El Relator Ago sostuvo que “particularmente en los dos últimos decenios ha venido a considerarse que la salvaguardia del equilibrio ecológico responde a un interés esencial de todos los Estados. Por tanto, es ahora sobre todo cuando surgirán tomas de posición encaminadas a excluir sobre esa base la ilicitud de un comportamiento no conforme a una obligación internacional”³⁶⁸.

³⁶⁷ JUSTE RUIZ, J. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Mc Graw-Hill, España, 1999, p. 16.

³⁶⁸ A/CN.4/318/ADD.5 A 7 Adición al octavo informe sobre la responsabilidad internacional del Estado, por el Sr. Roberto Ago, párr. 33, p. 29.

Asunto de la pesca de focas de peletería frente a la costa de Rusia (1893)³⁶⁹

Ante el aumento en proporciones preocupantes de la captura de focas de peletería cerca de las aguas territoriales rusas por pescadores británicos y norteamericanos, y en vista de la inminencia de la apertura de la estación de caza, el gobierno ruso para conjurar el peligro de exterminio de esos animales, emitió un decreto en febrero de 1893 por el que prohibía la caza en una zona contigua a sus costas, pero que en esa época formaba parte del alta mar.

En una carta de febrero de 1893 al Embajador Británico, el Ministro ruso de Relaciones Exteriores explicó que esa medida se había adoptado a causa de la necesidad absoluta de tomar medidas provisionales inmediatas ante la inminencia de la estación de caza. Asimismo consideró importante destacar el carácter esencialmente provisional de las medidas tomadas impuestas por las circunstancias excepcionales³⁷⁰³⁷¹. Finalmente, ambos Estados suscribieron en mayo de 1893 un tratado sobre el tema.

La CDI consideró interesante el caso en tanto afirmación de la “excusa” de necesidad y porque reúne varias condiciones que tienen que estar presentes en la misma, la naturaleza excepcional de la medida, el carácter inminente del peligro, la imposibilidad de evitarlo por otros medios y el carácter temporal de la medida.

Este caso nos suscita algunas dudas sobre qué valor podría tener el decreto pronunciado por Rusia sobre la pesca en un área que no está bajo su jurisdicción y, además, si el caso se plantease en nuestros días, podríamos hablar de un previo hecho ilícito de los otros Estados.

³⁶⁹ Véase STICCA, M.A. “La caza de focas peleteras en el Pacífico: dos casos de estado de necesidad en las postrimerías del Siglo XIX, *Cuaderno de Derecho Internacional Público N° VI Los Aportes de la Jurisprudencia al Desarrollo del Derecho Internacional de la Academia de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba*, pp. 205 – 212.

³⁷⁰ In a letter to the British Ambassador dated 12 (24) February 1893, the Russian Minister for Foreign Affairs, Chickline, explained that the action had been taken because of the “*absolute need* for immediate provisional measures” in view of the imminence of the hunting season. He added that he considered it necessary to: “emphasize the essentially precautionary [*“provisoire”*] character of the above-mentioned measures, which were taken under the pressure of *exceptional circumstances* ...”

³⁷¹ *Ibidem*, p. 29.

El caso que pasamos a considerar a continuación presenta algunos puntos de contacto con el recién analizado, *i.a.* una de las partes involucradas, pesca de focas en zona más allá de aguas jurisdiccionales, necesidad de protección de la especie.

Asunto de la caza de focas de peletería en el Mar de Bering³⁷² (Gran Bretaña y Canadá c/Estados Unidos de América)
(Tribunal arbitral, laudo de 15 de agosto de 1893)

En 1893 se sometió la cuestión a tribunal arbitral, al que de común acuerdo las partes formularon cinco preguntas³⁷³.

³⁷² *Pacific Fur Seal Arbitration (Great Britain and Canada v. USA)*. V. ROBERTSON, A. "The decision in the Behring sea arbitration", *18 Law Mag. & L. Rev.*, 5th ser. (1892-1893), p. 231-272.

³⁷³ *Whereas by a Treaty between the United States of America and Great Britain, signed at Washington, February 29, 1892, the ratifications of which by the Governments of the two Countries were exchanged at London on May the 7th, 1892, it was, amongst other things, agreed and concluded that the questions which had arisen between the Government of the United States of America and the Government of Her Britannic Majesty concerning the jurisdictional rights of the United States in the waters of Behring's Sea, and concerning also the preservation of the fur-seal in or habitually resorting to the said sea, and the rights of the citizens and subjects of either Country as regards the taking of fur-seals in or habitually resorting to the said waters, should be submitted to a Tribunal of Arbitration to be composed of seven Arbitrators, who should be appointed in the following manner; that is to say: two should be named by the President of the United States; two Should be named by Her Britannic Majesty; His Excellency the President of the French Republic should be jointly requested by the High Contracting Parties to name one; His Majesty the King of Italy should be so requested to name one; His Majesty the King of Sweden and Norway should be so requested to name one; the seven Arbitrators to be so named should be jurists of distinguished reputation in their respective Countries, and the selecting Powers should be requested to choose, if possible, jurists who are acquainted with the English language;*

And whereas it was further agreed by article II of the said Treaty that the Arbitrators should meet at Paris within twenty days after the delivery of the Counter-Cases mentioned in article IV, and should proceed impartially and carefully to examine and decide the questions which had been or should be laid before them as in the said Treaty provided on the part of the Governments of the United States and of Her Britannic Majesty respectively, and that all questions considered by the Tribunal, including the final decision, should be determined by a majority of all the Arbitrators;

And whereas by article VI of the said Treaty, it was further provided as follows: "In deciding the matters submitted to the said Arbitrators, it is agreed that the following

El gobierno de EE.UU. reclamaba el derecho de extender la aplicación de sus propios reglamentos de pesca más allá de sus aguas territoriales. El objetivo era poner fin a la actividad de los pescadores canadienses que daban caza a las focas de peletería en alta mar, utilizando métodos de pesca que provocaban la masacre de esos animales en perjuicio de la industria peletera establecida por EE.UU. en una isla del mar de Bering.

El Gobierno británico se opuso a la aplicación de los reglamentos de pesca estadounidenses aduciendo que los pescadores canadienses faenaban en alta mar.

El representante de EE.UU. sostuvo ante el tribunal: “El motivo con el que se trata de justificar la destrucción de las focas es que el mar abierto es libre y que, como la matanza se produce precisamente ahí, es el resultado del ejercicio de un derecho irrevocable (...); que la nación perjudicada no puede defenderse en el mar y, en consecuencia, dadas las

five points shall be submitted to them in order that their award shall embrace a distinct decision upon each of said five points, to wit:

1. What exclusive jurisdiction in the sea now known as the Behring's Sea, and what exclusive rights in the seal fisheries therein, did Russia assert and exercise prior and up to the time of the cession of Alaska to the United States?

2. How far were these claims of jurisdiction as to the seal fisheries recognized and conceded by Great Britain?

3. Was the body of water now known as the Behring's Sea included in the phrase Pacific Ocean, as used in the Treaty of 1825 between Great Britain and Russia; and what rights, if any, in the Behring's Sea were held and exclusively exercised by Russia after said Treaty?

4. Did not all the rights of Russia as to jurisdiction and as to the seal fisheries in Behring's Sea east of the water boundary, in the Treaty between the United States and Russia of the 30th. of March 1867, pass unimpaired to the United States under that Treaty?

5. Has the United States any right, and if so, what right of protection or property in the fur-seals frequenting the islands of the United States in Behring Sea when such seals are found outside the ordinary three-mile limit?"

And whereas, by article VII of the said Treaty, it was further agreed as follows:

"If the determination of the foregoing questions as to the exclusive jurisdiction of the United States shall leave the subject in such position that the concurrence of Great Britain is necessary to the establishment of Regulations for the proper protection and preservation of the fur-seal in, or habitually resorting to, the Behring Sea, the Arbitrators shall then determine what concurrent Regulations, outside the jurisdictional limits of the respective Governments, are necessary, and over what waters such Regulations should extend(...)."

circunstancias del caso, no puede defenderse en absoluto, sean cuales fueren las consecuencias”.

El Gobierno de EE.UU. si bien reconoció el principio de libertad de los mares, consideró que el derecho de legítima defensa de una nación “es un derecho perfecto y fundamental al que están subordinados todos los demás derechos y que jamás ha sido revocado en ninguna teoría del derecho internacional; que su ámbito cubre todos los intereses materiales de una nación cuya importancia justifica su defensa (...)”.

El tribunal juzgó que EE.UU. no tenía ningún derecho de protección o de propiedad sobre las focas y consideró las medidas estadounidenses como una acción ejercitada con el fin de proteger los intereses económicos de la industria estadounidenses contra la competencia de la industria extranjera.

A diferencia del caso anterior donde el Gobierno ruso se apoyó en la situación de necesidad, el Gobierno de EE.UU. se apoyó en la idea de “autoconservación”, el derecho de actuar en cualquier parte en protección de sus propios intereses y de sus nacionales.

El laudo arbitral de 15 de agosto de 1893 en este asunto a pesar de desconocer el derecho de los EE.UU. más allá de las tres millas y condenarlo por su interferencia en las actividades de caza británicas en mar abierto, tuvo una temprana percepción ambiental preservacionista al establecer normas y restricciones sobre la caza de las focas. Así prohibió la caza de focas en una zona de 60 millas alrededor de las Islas Pribilof, como también toda caza de ese tipo de fauna entre el 1 de mayo y el 31 de julio de cada año, lo que era aplicable a cualquier otra parte del Océano Pacífico al Norte de los 35° de Lat. N y al Este de los 180° de Long. E de Greenwich. Es de observar que los dos Gobiernos en mayo de 1894 adoptaron normas conjuntas, receptando y ampliando las restricciones establecidas por los árbitros³⁷⁴.

³⁷⁴ V. http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XXVIII/263-276.pdf V. asimismo, SCHOLEFIELD, E.O.S.- HOWAY, F.W. “The Sealing Industry and the Behring Sea Arbitration”, *British Columbia from the Earliest Times to the Present*, Clark Publ., Vancouver, 1914, Vol. 2, Pap. XXVII, p.463-464.(Obtenible en www.nosracines.ca/e/page.aspx?id=3724963).

El tribunal arbitral³⁷⁵, por la mayoría de sus miembros, dispuso la *necesidad* de adopción de medidas por parte de los dos Estados contendientes para la preservación de las focas en alta mar³⁷⁶.

³⁷⁵ Baron de Courcel, Lord Hannen, Mr. Justice Harlan, Sir John Thompson, Senator Morgan, the Marquis Visconti Venosta and Mr. Gregers Gram.

³⁷⁶ “(...) *We, the said Baron de Courcel, Lord Hannen, Marquis Visconti Venosta and Mr. Gregers Gram, assenting to the whole of the nine Articles of the following Regulations, and being a majority of the said Arbitrators, do decide and determine in the mode provided by the Treaty, that the following concurrent Regulations outside the jurisdictional limits of the respective Governments are necessary and that they should extend over the waters hereinafter mentioned, that is to say: Article 1. The Governments of the United States and of Great Britain shall forbid their citizens and subjects respectively to kill, capture or pursue at any time and in any manner whatever, the animals commonly called fur seals, within a zone of sixty miles around the Pribilof Islands, inclusive of the territorial waters. The miles mentioned in the preceding paragraph are geographical miles, of sixty to a degree of latitude. Article 2. The two Governments shall forbid their citizens and subjects respectively to kill, capture or pursue, in any manner whatever, during the season extending, each year, from the 1st. of May to the 31th. of July, both inclusive, the fur seals on the high sea, in the part of the Pacific Ocean, inclusive of the Behring sea, which is situated to the North of the 35th degree of North latitude, and eastward of the 180th degree of longitude from Greenwich till it strikes the water boundary described in Article 1 of the Treaty of 1867 between the United States and Russia, and following that line up to Behring straits. Article 3. During the period of time and in the waters in which the fur seal fishing is allowed, only sailing vessels shall be permitted to carry on or take part in fur-seal fishing operations. They will however be at liberty to avail themselves of the use of such canoes or undecked boats, propelled by paddles, oars, or sails, as are in common use as fishing boats. Article 4. Each sailing vessel authorized to fish for fur seals must be provided with a special license issued for that purpose by its Government and shall be required to carry a distinguishing flag to be prescribed by its Government. Article 5. The masters of the vessels engaged in fur seal fishing shall enter accurately in their official log book the date and place of each fur seal fishing operation, and also the number and sex of the seals captured upon each day. These entries shall be communicated by each of the two Governments to the other at the end of each fishing season. Article 6. The use of nets, fire arms and explosives shall be forbidden in the fur seal fishing. This restriction shall not apply to shot guns when such fishing takes place outside of Behring’s sea, during the season when it may be lawfully earned on. Article 7. The two Governments shall take measures to control the fitness of the men authorized to engage in fur seal fishing; these men shall have been proved fit to handle with sufficient skill the weapons by means of which this fishing may be carried on. Article 8. The regulations contained in the preceding articles shall not apply to Indians dwelling on the coasts of the territory of the United States or of Great Britain, and carrying on fur seal fishing in canoes or undecked boats not transported by or used in connection with other vessels and propelled wholly by paddles, oars or*

Incidente del Torrey Canyon

(Conseil de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime / OMCI, 18 de marzo de 1967)

El petrolero que enarbolaba bandera liberiana y transportaba 117.000 toneladas de petróleo bruto chocó contra unas rocas sumergidas a lo largo de la costa de Cornwall fuera de las aguas territoriales británicas vertiendo aproximadamente 30.000 toneladas de crudo, lo que constituía una amenaza para las costas y habitantes ingleses. Era la primera vez que se producía un incidente tan grave, y por lo tanto no se sabía cómo remediar las consecuencias. El Gobierno británico intentó varios medios, pero sin resultados. Además el mayor problema era el crudo que quedaba en el buque. A fines de marzo, el Torrey Canyon se partió en pedazos y se derramaron otras 30.000 toneladas, por lo que el Gobierno británico decidió bombardear el navío y destruir el petróleo que quedaba. El bombardeo comenzó el 28 de marzo. La acción de dicho gobierno no suscitó la protesta ni de parte de los particulares interesados ni de sus respectivos gobiernos. El Gobierno británico no dio una justificación jurídica de su conducta, pero insistió en la existencia de un peligro extremo y en el hecho que la decisión de bombardear se tomó luego del fracaso de otras medidas.

En este caso concurrían las condiciones para alegar estado de necesidad³⁷⁷, ello en razón del peligro inminente y grave que significaba para sus costas y para la población (interés esencial amenazado) este importante

sails and manned by not more than five persons each in the way hitherto practiced by the Indians, provided such Indians are not in the employment of other persons and provided that, when so hunting in canoes or undecked boats, they shall not hunt fur seals outside of territorial waters under contract for the delivery of the skins to any person. This exemption shall not be construed to affect the Municipal law of either country, nor shall it extend to the waters of Behring Sea or the waters of the Aleutian Passes. Nothing herein, contained is intended to interfere with the employment of Indians as hunters or otherwise in connection with fur sealing vessels as heretofore. Article 9. The concurrent regulations hereby determined with a view to the protection and preservation of the fur seals, shall remain in force until they have been, in whole or in part, abolished or modified by common agreement between the Governments of the United States and of Great Britain. The said concurrent regulations shall be submitted every five years to a new examination, so as to enable both interested Governments to consider whether, in the light of past experience, there is occasion for any modification thereof (...)."

³⁷⁷ En relación con este accidente puede verse QUENEUEDEC, J.P. "L'incidence de l'affaire du Torrey Canyon sur le droit de la mer", *AFDI*, 1968, Vol. 14, p. 701-718.

derrame de petróleo el que no había sido causado ni al que había contribuido de manera alguna el Gran Bretaña, por otra parte el gobierno británico intentó por otros medios sortear la situación sin resultados satisfactorios con lo que el único medio que tenía a su alcance era el bombardeo. Cabe indicar, que con la medida ejecutada por el Gobierno británico no se afectó un interés superior de otro Estado ni de la Comunidad internacional en su conjunto sino que por el contrario, si bien la decisión de adoptar la medida necesaria y proporcional respondió a interés esencial del Estado a la postre el medio marino en general resultó favorecido.

Como resultado de este caso se elaboraron convenios internacionales en los que se prevé la posibilidad de que el Estado ribereño tome en alta mar medidas para proteger sus costas e intereses conexos de un peligro grave e inminente derivado de un accidente marítimo.

En el *Convenio Internacional relativo a la intervención en Alta mar en caso de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburo* de 1969, el artículo I autoriza a las partes a tomar las “medidas necesarias para prevenir, mitigar o eliminar todo peligro grave e inminente contra su litoral o intereses conexos, debido a la contaminación o amenaza de contaminación de las aguas por hidrocarburos, resultante de un accidente marítimo...”. Las medidas adoptadas deben guardar relación con el daño causado o amenazado. En igual sentido se pronuncia el *Protocolo relativo a la Intervención en Alta Mar en casos de Contaminación por Sustancias Distintas de los Hidrocarburos*, adoptado en noviembre de 1973 que en su artículo I establece “1. Las Partes en el presente Protocolo podrán tomar en alta mar las medidas que estimen necesarias para prevenir, mitigar o eliminar todo peligro grave e inminente para su litoral o intereses conexos, debido a la contaminación o amenaza de contaminación por sustancias distintas de los hidrocarburos, resultante de un siniestro marítimo o de actos relacionados con tal siniestro, a los que sean razonablemente atribuibles consecuencias desastrosas de gran magnitud”.

También podemos mencionar la *Convención sobre Derecho del Mar de 1982* en el artículo 221 *Medidas para evitar la contaminación resultante de accidentes marítimos*. “Ninguna de las disposiciones de esta Parte menoscabará el derecho de los Estados con arreglo al Derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, a tomar y hacer cumplir más allá del mar territorial medidas que guarden proporción con el daño real o potencial a fin de proteger sus costas o intereses conexos, incluida la

pesca, de la contaminación o la amenaza de contaminación resultante de un accidente marítimo o de actos relacionados con ese accidente, de los que quepa prever razonablemente que tendrán graves consecuencias perjudiciales...”.

Asunto jurisdicción de las pesquerías (España c/ Canadá)

(CIJ, sentencia de fecha 4 de diciembre de 1998)

La Organización de Pesquerías del Atlántico Noroccidental (NAFO) había adoptado medidas reglamentarias encaminadas a conservar las especies de peces transzonales, pero en opinión de Canadá, habían sido ineficaces. Por medio de la Ley de protección de las pesquerías costeras de 1994, Canadá declaró que todas las especies de peces transzonales de los Grandes Bancos estaban amenazadas de extinción y afirmó que el propósito de la ley y sus reglamentos era “permitir al Canadá adoptar medidas urgentes y necesarias para impedir que prosiguiera la destrucción de esas especies de peces y permitir su reconstitución”. Posteriormente, funcionarios de Canadá abordaron y secuestraron en alta mar el buque español *Estai*, lo que provocó un conflicto con España y la Unión Europea. El Gobierno de España negó que el secuestro se pudiera justificar por la preocupación causada por la conservación de las especies “ya que viola las disposiciones establecidas de la Convención de la NAFO, de la que Canadá es Parte”. Canadá no estuvo de acuerdo y sostuvo que “el secuestro del *Estai* fue necesario para poner fin a la sobrepesca del fletán negro por pescadores españoles”. La CIJ entendió que no tenía jurisdicción en el asunto.

El Estado que invoca el estado de necesidad no tiene que haber contribuido intencionalmente o por negligencia al nacimiento de la situación. Esto es la contribución a la situación de necesidad debe ser suficientemente sustancial, y no incidental.

España en el caso del fletán hubiera podido probar fácilmente que Canadá no había cumplido con este requisito. No hubiera sido necesaria verificar la relación de causalidad entre el peligro grave e inminente y el comportamiento del Estado, en tanto los propios abogados canadienses asumieron parte de la responsabilidad por el estado actual de los bancos de fletán negro: “Nous reconnaissons d’emblée que les responsabilités de cette crise sont partagées. Les pratiques de pêche de bien des pays y ont

contribué. Le Canada a fait sa part d'erreurs. Nous les avons reconnues et essayons de les corriger"³⁷⁸.

El Estado que invoca el estado de necesidad no puede ser el único que decida sobre su pertinencia, si bien sólo éste puede apreciar en el momento en que aparece un comportamiento incompatible con una obligación internacional si estamos ante una situación amparada por el estado de necesidad. Su existencia no puede determinarse previamente en abstracto, sino que se deberá comprobar con relación a cada caso particular en función de las circunstancias concretas. Hay países como el Reino Unido que sostienen que la determinación de las circunstancias específicas que justifican el estado de necesidad no le incumbe a cada Estado, sino al derecho internacional³⁷⁹.

Volviendo al asunto del fletán, no resulta demasiado aventurado sostener que las acciones unilaterales canadienses pretendieron justificarse bajo la excusa del desarrollo sostenible. Según consta en un documento del Ministerio de Asuntos Exteriores canadiense “la stratégie du développement durable s’applique à merveille à l’exploitation d’une ressource renouvelable telle que celle de la pêche: elle exige une modération certaine dans l’exploitation actuelle des stocks de poisson afin que les pêcheurs et consommateurs de demain puis également en profiter. En d’autres termes, suivre le principe du développement durable, c’est vivre des intérêts d’un capital sans épuiser celui-ci”³⁸⁰.

Lo que realmente preocupaba a las autoridades canadienses eran los problemas sociales y económicos que podían derivarse de la situación de extrema gravedad en la que se encontraban determinadas poblaciones de especies. Canadá hubiera podido esgrimir razones económicas, por ejemplo el mantenimiento de las condiciones de vida de su población en una de las zonas más deprimidas económicamente de Canadá (Terranova), como interés esencial que justificase sus medidas unilaterales, ya que su finalidad principal era asegurar que sus pescadores pudiesen seguir fae-

³⁷⁸ Intervención de Ph. LIRSCH (CR 98/11, del 11 de junio de 1998, párr.11).

³⁷⁹ Vid. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su trigésimo segundo período de sesiones, p. 34.

³⁸⁰ PRAT, J.C. La «Loi canadienne du 12 mai 1994 sur la protection des pêches côtières ou l’unilatéralisme canadien réactivé», en *Espaces et Ressources Maritimes*, vol. 8, 1994, p.279.

nando en esa zona, a pesar de que, en teoría, estábamos en presencia de una profunda crisis del fletán negro³⁸¹.

El gobierno canadiense declaró que las medidas aprobadas tenían como objetivo poner fin a la destrucción de ciertas poblaciones amenazadas de extinción que habían sido durante siglos importante fuente de alimentos y medio de vida de muchos pescadores.

Ante la CIJ, Canadá sostuvo que el origen de sus medidas coercitivas calificadas como extraordinarias, debía buscarse en la crisis profunda de conservación que atravesaban las pesquerías en la zona de los Grandes Bancos de Terranova durante la década de los 80, una crisis sin precedentes en una zona en la que comunidades enteras tenían como medio de vida tradicional la explotación de los recursos vivos marinos. También se dijo que la inclusión de los buques españoles y portugueses en la “lista negra” del Reglamento del 3 de marzo de 1994 obedeció a la *amenaza inminente* que estos representaban para el fletán negro. Consecuencia de ello, Canadá se vio obligada a tomar medidas *urgentes* a fin de impedir la explotación excesiva del fletán por esos buques³⁸². Así declaró el gobierno canadiense a través de una Nota del Ministerio de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional presentada ante la Embajada española en Ottawa el 10 de marzo de 1995 “el arresto del Estai fue *necesario* para poner fin a la sobrepesca del fletán negro por los pescadores españoles”.

Para la defensa española las medidas adoptadas por Canadá sugieren la existencia de un estado de necesidad ecológico o una legítima defensa preventiva medioambiental, esta última fundamentada en una interpretación extensiva del concepto de seguridad³⁸³.

Habría que preguntarse si puede considerarse que la conservación de los recursos vivos del mar constituye un interés esencial del Estado que pueda justificar la invocación del estado de necesidad.

³⁸¹ PARENTE, G. “La guerra del fletán y sus posibles intereses ocultos”, *Política Exterior*, vol. 9, 1995, pp. 112-118.

³⁸² Vid. Contramemoria de Canadá, de 19 de febrero de 1996, párr. 17 y ss; y la intervención de B.HANKEY (CR 98/11, de 11 de junio de 1998, párr. 72-76).

³⁸³ Vid. la intervención de J.A. Pastor Ridruejo (CR 98/13, de 15 de junio de 1998, párr.6).

A continuación analizamos detalladamente el caso Gabčíkovo-Nagymaros en razón de ser uno de los primeros diferendos en que interviene la Corte Internacional de Justicia, con un trasfondo eminentemente ecológico.

Asunto Gabčíkovo-Nagymaros, (Hungría / Eslovaquia) (CIJ, sentencia de 25 de setiembre de 1997)

En el momento de la firma del Tratado de 1977, las Partes eran la República Popular de Hungría y la República Socialista de Checoslovaquia, ambos países eran de corte socialista. El 1° de enero de 1993 la República Eslovaca se independizó y es uno de los dos países sucesores de Checoslovaquia, pero es el único sucesor en lo que respecta a derechos y obligaciones relativas al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros. En consecuencia, las partes ante la CIJ fueron Hungría y Eslovaquia.

Los hechos relevantes del caso se presentan en los párrafos 15 a 25³⁸⁴ de la sentencia. Seguidamente, destacamos aquellos hechos que nos ayudarán a la comprensión del marco en el que fue invocado el estado de necesidad ecológico por parte de Hungría.

Este caso surge de la firma, el 16 de setiembre de 1977, de un tratado “concerniente a la construcción y funcionamiento del Sistema de Represas Gabčíkovo-Nagymaros”, entre la República Popular Húngara y la República Popular Checoslovaca. El Tratado de 1977 entró en vigor el 30 de junio de 1978.

Dicho tratado dispone la construcción y funcionamiento de un Sistema de Represas por las Partes como una “inversión conjunta”. Según su Preámbulo, el sistema de barrera fue diseñado para conseguir “la extensa utilización de los recursos naturales de la Sección Bratislava-Budapest del río Danubio para el desarrollo de recursos de agua, energía, transporte, agricultura y otros sectores de la economía nacional de las Partes Contratantes”. La inversión conjunta estaba así esencialmente apuntada a la producción de hidroelectricidad, mejoras en la navegación en una sección relevante del Danubio y a la protección de las áreas a lo largo de las riberas contra inundaciones. Al mismo tiempo, según los términos del Tratado, las

³⁸⁴ Traducción de la autora.

Partes Contratantes se comprometieron a asegurar que la calidad del agua en el Danubio no sería deteriorada como resultado del Proyecto, y que el acatamiento de las obligaciones para la protección de la naturaleza, que surgieran en relación con la construcción y funcionamiento del Sistema de Represas, sería observado.

El artículo 1, párrafo 1 del Tratado de 1977 describe los trabajos principales a ser construidos en miras al logro del Proyecto. Éste estipula la construcción de dos series de represas, una en Gabčíkovo (en territorio checoslovaco) y la otra en Nagymaros (en territorio húngaro), para constituir “un sistema de obras operacional único e indivisible”.

El artículo 1, párrafo 4, del Tratado establece que las especificaciones técnicas concernientes al sistema serían incluidas en el “Plan Contractual Conjunto” que sería redactado en concordancia con el Acuerdo firmado por los dos gobiernos para dicho propósito el 6 de Mayo de 1976.

Los trabajos en el Proyecto comenzaron en 1978. Por iniciativa de Hungría, las Partes suscribieron un Protocolo el 10 de octubre de 1983 para reducir la actividad y posponer la puesta en operaciones de las centrales de energía y luego, por el Protocolo suscripto el 6 de febrero de 1989 las Partes acordaron acelerar el Proyecto.

Como resultado de las intensas críticas que el Proyecto generó en Hungría, el Gobierno de dicho Estado decidió el 13 de Mayo de 1989 suspender los trabajos en Nagymaros hasta la terminación de numerosos estudios que las autoridades competentes debían culminar antes del 31 de julio de 1989. El 21 de julio de 1989, el Gobierno Húngaro extendió la suspensión de los trabajos en Nagymaros hasta el 31 de octubre de 1989, y, además, suspendió los trabajos en Dunakiliti hasta la misma fecha. Por último, el 27 de octubre de 1989, Hungría decidió abandonar los trabajos en Nagymaros y mantener el *status quo* en Dunakiliti.

Durante este período, se llevaron a cabo negociaciones entre las partes. Checoslovaquia, además, comenzó a investigar soluciones alternativas. Una de ellas, la “Variante C”, que implicó la desviación unilateral del Danubio por parte de Checoslovaquia en su territorio unos 10 km. río arriba de la aldea Dunakiliti³⁸⁵.

³⁸⁵ Dunakiliti se halla a unos 7 km de la frontera con Hungría y a 20 de Austria. Está a 15 km de Bratislava. Su población es mayoritariamente húngara.

El 23 de julio de 1991, el Gobierno checoslovaco decidió “comenzar, en setiembre de 1991, la construcción para poner en funcionamiento el Proyecto Gabčíkovo mediante solución provisional”. Dicha decisión fue apoyada por el Gobierno Federal Checoslovaco el 25 de julio. El trabajo en la Variante C comenzó en Noviembre de 1991. Las discusiones continuaron entre ambas partes, pero sin ningún provecho, y, el 19 de Mayo de 1992, el Gobierno Húngaro transmitió al Gobierno Checoslovaco una Nota Verbal dando por terminado el Tratado de 1977, con efectos a partir del 25 de Mayo de 1992. El 15 de Octubre de 1992 Checoslovaquia comenzó las obras para permitir que el Danubio pudiera cerrarse y el 23 de Octubre del mismo año procedió a embalsar el río.

El 1 de Enero de 1993 Eslovaquia se convirtió en un Estado independiente, sucesor de Checoslovaquia.

El 7 de Abril de 1993 firmaron en Bruselas el “Acuerdo Especial para el Sometimiento a la Corte Internacional de Justicia de las Diferencias entre la República de Hungría y la República Eslovaca concerniente al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros”.

De acuerdo con los términos del art. 2.1.a) del Acuerdo Especial, el Tribunal es instado para decidir primero “si la República de Hungría tenía derecho a suspender y posteriormente, abandonar (en 1989) las obras en el Proyecto Nagymaros y en la parte del Proyecto Gabčíkovo sobre la que el Tratado atribuía responsabilidad a la República de Hungría...”.

La Corte también es instada a decidir si Checoslovaquia y la República Federal de Eslovaquia tenían derecho a proceder, en noviembre de 1991, a la “solución provisional” y a poner en funcionamiento en octubre de 1992 ese sistema (...), y sobre cuáles eran los efectos legales de la notificación, del 19 de mayo de 1992 relativa a la terminación del Tratado efectuada por la República de Hungría³⁸⁶.

³⁸⁶ Véase *i.a.* LEFEBER, R. “The Gabčíkovo-Nagymaros Project and the Law of State Responsibility”, *Leiden Journal of International Law*, 1998, pp. 609-623; FITZMAURICE, M. “The Gabčíkovo – Nagymaros Case: The Law of Treaties”, *Leiden Journal of International Law*, 1998, pp. 321-344; SCHWEBEL, S. “The Judgment of the International Court of Justice in the Case concerning the Gabčíkovo – Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)”, *Resolution of international water disputes, Papers Emanating from the Sixth PCA International Law Seminar, November 8, 2002*, Kluwer Law International, 2003, pp. 247-258; SOHNLE, J. “Irruption du droit international de l’environnement dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice – l’affaire relative au projet

En cuanto al derecho aplicable a la controversia, ambas partes reconocieron que el Tratado de 1977 fue válidamente concluido y que estaba en vigor cuando tuvieron lugar los hechos que dan lugar a la controversia. No discutieron el hecho de que el Tratado de 1977 e instrumentos conexos no preveían la facultad de las partes de suspender o abandonar unilateralmente los trabajos proyectados, ni siquiera realizarlos de acuerdo con un nuevo plan no aprobado por ambas partes.

En el presente caso, la CIJ no se detuvo a analizar la posible aplicación de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados ya que en varias ocasiones sostuvo que algunas de las reglas enunciadas en la Convención son la cristalización del derecho internacional consuetudinario. Tampoco se refirió a las relaciones entre el derecho de los tratados y la responsabilidad internacional. En el marco de esta rama del derecho examinó la cuestión relativa al estado de necesidad alegado por Hungría como justificante para suspender y abandonar las obras que debía realizar conforme el Tratado de 1977.

Hungría sostuvo que, a pesar que suspendió o abandonó algunas obras, jamás suspendió la aplicación del Tratado de 1977. Para justificar su conducta alegó el “*estado de necesidad ecológico*”³⁸⁷.

Gabčíkovo – Nagymaros”, *RGDIP*, 1998/1, p 85-121; SABIA DE BARBERIS, G. “Temas de Derecho Internacional a la luz del caso Gabčíkovo – Nagymaros”, en *La evolución del Derecho Internacional a través de los organismos internacionales*, CARI, Bs.As., 2002, pp. 215 - 244; SABIA DE BARBERIS, G. “La protección del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XII, 2003, pp. 107 – 215.

³⁸⁷ Párrafo 40. “*Throughout the proceedings, Hungary contended that, although it did suspend or abandon certain works, on the contrary, it never suspended the application of the 1977 Treaty itself. To justify its conduct, it relied essentially on a “state of ecological necessity”.*”

Hungary contended that the various installations in the Gabčíkovo -Nagymaros System of Locks had been designed to enable the Gabtikovo power plant to operate in peak mode. Water would only have come through the plant twice each day, at times of peak power demand. Operation in peak mode required the vast expanse (60 km’) of the planned reservoir at Dunakiliti, as well as the Nagymaros dam, which was to alleviate the tidal effects and reduce the variation in the water level down-Stream of Gabtikovo. Such a system, considered to be more economically profitable than using run-of-the-river plants, carried ecological risks which it found unacceptable.

Eslovaquia negó que las bases para la suspensión o abandono del cumplimiento de una obligación convencional puedan encontrarse fuera del Derecho de los Tratados.

Ambas partes coincidieron en que el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 no podía ser aplicable como tal al Tratado de 1977, por haber sido concluido con anterioridad a la entrada en vigor del convenio de 1969, el cual refleja las normas preexistentes de derecho

According to Hungary, the principal ecological dangers which would have been caused by this system were as follows. At GabMkovo Dunakiliti, under the original Project, as specified in the Joint Contractual Plan, the residual discharge into the old bed of the Danube was limited to 50 m³/s, in addition to the water provided to the system of sidearms.

That volume could be increased to 200 m³/s during the growing season. Additional discharges, and in particular a number of artificial floods, could also be effected, at an unspecified rate. In these circumstances, the groundwater level would have fallen in most of the Szigetkoz.

Furthermore, the groundwater would then no longer have been supplied by the Danube - which, on the contrary, would have acted as a drain - but by the reservoir of stagnant water at Dunakiliti and the side-arms which would have become silted up. In the long term, the quality of water would have been seriously impaired. As for the surface water, risks of eutrophication would have arisen, particularly in the reservoir; instead of the old Danube there would have been a river choked with sand, where only a relative trickle of water would have flowed. The network of arms would have been for the most part cut off from the principal bed. The fluvial fauna and flora, like those in the alluvial plains, would have been condemned to extinction.

As for Nagymaros, Hungary argued that, if that dam had been built, the bed of the Danube upstream would have silted up and, consequently, the quality of the water collected in the bank-filtered wells would have deteriorated in this sector. What is more, the operation of the Gabčikovo power plant in peak mode would have occasioned significant daily variations in the water level in the reservoir upstream, which would have constituted a threat to aquatic habitats in particular. Furthermore, the construction and operation of the Nagymaros dam would have caused the

erosion of the riverbed downstream, along Szentendre Island. The water level of the river would therefore have fallen in this section and the yield of the bank-filtered wells providing two-thirds of the water supply of the city of Budapest would have appreciably diminished. The filter layer would also have shrunk or perhaps even disappeared, and fine sediments would have been deposited in certain pockets in the river. For this two-fold reason, the quality of the infiltrating water would have been severely jeopardized. From all these predictions, in support of which it quoted a variety of scientific studies, Hungary concluded that a "state of ecological necessity" did indeed exist in 1989.

internacional consuetudinario, en especial, las relativas a la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados.

El Tribunal no entra a analizar la relación entre el Derecho de los Tratados y el Derecho de la responsabilidad de los Estados como dos ramas del Derecho Internacional cuyo alcance es diferente.

Por otra parte, el tribunal observa que cuando Hungría invocó el estado de necesidad para justificar su conducta, optó por situarse dentro del ámbito del Derecho de la responsabilidad del Estado, dando a entender que en ausencia de tal circunstancia su conducta habría sido ilícita.

De acuerdo con la posición de Hungría, el proyecto inicial de Gabčíkovo-Dunakiliti habría perjudicado gravemente, a largo plazo, la calidad de las aguas subterráneas. En lo relativo a las aguas superficiales existían riesgos de eutroficación, en especial en el reservorio. El antiguo Danubio sería sustituido por un río obstruido por sedimentos arenosos por el que sólo correría un hilo fino de agua. Los distintos brazos permanecerían aislados frecuentemente del lecho principal. La fauna y la flora del río y de los valles aluvionales estarían condenados a desaparecer.

En cuanto a Nagymaros, Hungría alegaba que, en caso de construirse, la calidad del agua recogida en los pozos filtrantes en las márgenes se deterioraría en ese sector. Es más, la explotación de la central Gabčíkovo originaría importantes variaciones diarias del nivel de las aguas en el reservorio de aguas arriba, lo que amenazaría los hábitat acuáticos. Asimismo, la construcción y explotación de la presa de Nagymaros generarían una erosión del lecho aguas abajo, a lo largo de la isla Szentendre. Por ello, habría bajado en ese tramo el nivel de las aguas del río y la productividad de los pozos filtrantes sobre las márgenes que aseguran en dos tercios la alimentación de agua de la ciudad de Budapest, habría disminuido sensiblemente. La napa filtrante podría desaparecer y los sedimentos finos depositarse en ciertas partes del río. En virtud de estos fundamentos, en apoyo de los cuales cita diversos estudios científicos, Hungría consideraba que en 1989 existía “*un estado de necesidad ecológico*”.

La Corte analiza la circunstancia alegada por Hungría, “estado de necesidad”, en los párrafos 49 a 59 de la sentencia.

Como anticipamos, el Tribunal también es instado a decidir si la República Federal Checoslovaca tenía derecho a proceder, en Noviembre de 1991, a la “solución provisional” y poner el sistema en funcionamiento desde octubre de 1992.

Tan pronto como Hungría suspendió los trabajos en Nagymaros el 13 de mayo de 1989, Checoslovaquia le informó que se veía obligada a adoptar medidas unilaterales, varias soluciones alternativas fueron contempladas, entre ellas la conocida “Variante C”.

Checoslovaquia sostuvo que se vio forzada a recurrir a la Variante “C” y que la ejecución de la misma no constituía un hecho internacionalmente ilícito, su sucesora la República Eslovaca retomó esta tesis. En el procedimiento ante la Corte, Eslovaquia afirmó que la decisión de Hungría de suspender y luego abandonar la construcción de las obras en Dunakiliti habían tornado imposible para Checoslovaquia continuar sus trabajos tal como inicialmente se había acordado en el Tratado de 1977, y que en consecuencia tenía derecho a recurrir a una solución lo más próxima posible a la del Proyecto original. Eslovaquia invocó, para justificar la construcción y puesta en operación de la Variante “C”, lo que describió como el “principio de aplicación por aproximación”. Explicó que esa era la única posibilidad, no sólo para alcanzar los objetivos propuestos en el Tratado de 1977, sino también para dar cumplimiento a la obligación de continuar su implementación, de buena fe³⁸⁸.

Eslovaquia también sostuvo que Checoslovaquia tenía la obligación de mitigar los daños resultantes de las acciones ilícitas de Hungría. Alegó que un Estado que se enfrenta a los actos ilícitos de otro, tiene la obligación de minimizar las pérdidas y reducir los daños. Agregó que la “mitigación de los daños es también un aspecto de la ejecución de las obligaciones de buena fe”.

Si bien Eslovaquia sostuvo que el comportamiento de Checoslovaquia era lícito, consideró que la puesta en operación de la Variante “C” podía ser justificada como contramedida.

³⁸⁸ Párrafo 67 “Czechoslovakia had maintained that proceeding to Variant C and putting it into operation did not constitute internationally wrongful acts; Slovakia adopted this argument. During the proceedings before the Court Slovakia contended that Hungary’s decision to suspend and subsequently abandon the construction of works at Dunakiliti had made it impossible for Czechoslovakia to carry out the works as initially contemplated by the 1977 Treaty and that the latter was therefore entitled to proceed with a solution which was as close to the original Project as possible. Slovakia invoked what it described as a “principle of approximate application” to justify the construction and operation of Variant C. It explained that this was the only possibility remaining to it “of fulfilling not only the purposes of the 1977 Treaty, but the continuing obligation to implement it in good faith.”

Por su parte, Hungría consideró que la Variante “C” no sólo violaba el Tratado de 1977, sino también las obligaciones de Checoslovaquia dimanantes de otros tratados, en especial la Convención del 31 de mayo de 1976 relativa a aguas fronterizas, y obligaciones derivadas del derecho internacional general.

Hungría negó haber cometido la menor violación de sus obligaciones que justificara la puesta en operación de la Variante “C”. Asimismo consideró que no existe en el derecho internacional tal regla de aplicación por aproximación³⁸⁹.

Al poner Checoslovaquia en funcionamiento esta variante “C” cometió según el Tribunal un hecho internacionalmente ilícito, y tiene que determinar si puede excluirse su ilicitud en razón de ser una medida adoptada en respuesta a la previa violación de sus obligaciones por parte de Hungría.

Hungría también invocó una violación esencial del tratado por parte de Checoslovaquia, al construir y poner en funcionamiento la variante “C” en octubre de 1992. Por su lado, el Tribunal consideró que la notificación de terminación del Tratado por parte de Hungría en mayo de 1992 fue prematura, ya que todavía ninguna violación del tratado había tenido lugar por parte de Checoslovaquia.

Finalmente, la Corte analiza la reclamación de Hungría acerca de si tenía derecho a terminar el Tratado de 1977 a causa de nuevas exigencias del Derecho Internacional para la protección del medio ambiente. En este sentido ninguna de las Partes sostuvo que nuevas normas imperativas de Derecho ambiental hubiesen surgido con posterioridad a la conclusión del Tratado de 1977.

Aunque el Tribunal destaca la importancia de la vigilancia y la prevención en orden a la protección del medio ambiente, establece que “las

³⁸⁹ *Párrafo 71. “Hungary contended that Slovakia’s arguments rested on an erroneous presentation of the facts and the law. Hungary denied, inter alia, having committed the slightest violation of its treaty obligations which could have justified the putting into operation of Variant C. It considered that “no such rule” of “approximate application” of a treaty exists in international law; as to the argument derived from “mitigation of damage[s]”, it claimed that this has to do with the quantification of loss, and could not serve to excuse conduct which is substantively unlawful. Hungary furthermore stated that Variant C did not satisfy the conditions required by international law for countermeasures, in particular the condition of proportionality.”*

Partes conjuntamente deben observar de nuevo los efectos sobre el medio ambiente del funcionamiento de la planta de Gabčíkovo...”.³⁹⁰

Cabe destacar que este es uno de los primeros diferendos en que interviene la Corte que tiene un trasfondo eminentemente ecológico.

Ambas Partes en el presente caso invocaron circunstancias de exclusión de ilicitud con el objeto de justificar sus acciones. Hungría invocó el estado de necesidad ecológico y Eslovaquia las contramedidas.

En primer término nos referiremos al *estado de necesidad* invocado por Hungría.

La Corte en este caso tuvo que considerar la cuestión de si existía, en 1989, un estado de necesidad que hubiere permitido a Hungría, sin incurrir en responsabilidad internacional, suspender y abandonar las obras que estaba obligada a realizar de acuerdo con el Tratado de 1977 y los instrumentos relacionados.

Ambas Partes estaban de acuerdo en considerar que la existencia de un estado de necesidad debía ser evaluada a la luz del criterio establecido por la CDI en su artículo 33 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de Estados que fue adoptado en primera lectura.

En su comentario, la CDI definió al “estado de necesidad” de la siguiente manera: “*la situación del Estado cuyo único medio de salvaguardar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente es adoptar respecto de otro Estado, un comportamiento contrario al que le es requerido por una obligación internacional*”³⁹¹.

La Corte en el párrafo 51 afirma que el estado de necesidad es un medio reconocido por el derecho internacional consuetudinario para excluir la ilicitud de un acto contrario a una obligación internacional, pero tal medio sólo puede ser aceptado excepcionalmente. Tal era también la opinión de la CDI al haber optado por una fórmula negativa en el artículo 33 de su proyecto (...)³⁹².

³⁹⁰ Párrafo 140.

³⁹¹ *Ibidem*, párrafo 1.

³⁹² 51. “*The Court considers, first of all, that the state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation.*

It observes moreover that such ground for precluding wrongfulness can only be accepted on an exceptional basis. The International Law Commission was of the same opinion

En consecuencia, de acuerdo con la Comisión, el estado de necesidad sólo puede ser invocado bajo condiciones estrictamente definidas que deben ser satisfechas conjuntamente; y el Estado afectado no es el único juez para determinar si dichas condiciones han sido cumplidas.

En el presente caso, deben reunirse las siguientes condiciones básicas: debe haber sido ocasionado por un “interés esencial” del Estado que es autor del hecho contrario a una de sus obligaciones internacionales; dicho interés debe haber sido amenazado por un “peligro grave e inminente”; el hecho en conflicto debe ser el “único medio” de salvaguardar ese interés; el hecho no debe haber “atentado seriamente contra un interés esencial” del Estado con el que la obligación existía; y el Estado autor del hecho no debe haber “contribuido a la producción del estado de necesidad”. Dichas condiciones reflejan el derecho internacional consuetudinario³⁹³.

La Corte estudia si esas condiciones han sido observadas por Hungría al momento de la suspensión y abandono de las obras que debían ser llevadas a cabo en concordancia con lo dispuesto en el Tratado de 1977.

El alto Tribunal reconoce que las preocupaciones expresadas por Hungría sobre su medio ambiente en la región afectadas por el Proyecto Gabčíkovo-Nagyymaros constituyen un “interés esencial” de aquel Es-

when it explained that it had opted for a negative form of words in Article 33 of its Draft “in order to show, by this formal means also, that the case of invocation of a state of necessity as a justification must be considered as really constituting an exception - and one even more rarely admissible than is the case with the other circumstances precluding wrongfulness . . .” (ibid, p. 51, para. 40).

Thus, according to the Commission, the state of necessity can only be invoked under certain strictly defined conditions which must be cumulatively satisfied; and the State concerned is not the sole judge of whether those conditions have been met”.

³⁹³ Párrafo 52. *“In the present case, the following basic conditions set forth in Draft Article 33 are relevant: it must have been occasioned by an “essential interest” of the State which is the author of the act conflicting with one of its international obligations; that interest must have been threatened by a “grave and imminent peril”; the act being challenged must have been the “only means” of safeguarding that interest; that act must not have “seriously impair[ed] an essential interest” of the State towards which the obligation existed; and the State which is the author of that act must not have “contributed to the occurrence of the state of necessity”.*

Those conditions reflect customary international law...”

tado³⁹⁴, dentro del significado dado a la expresión en el artículo 33 del Proyecto de la CDI.

La CDI indicó, en su comentario, que no se debe reducir un “interés esencial” a una materia solo de “existencia” del Estado, y que toda la cuestión debía, fundamentalmente, ser juzgada a la luz del caso particular; al mismo tiempo, incluyó entre las situaciones que podían ocasionar un estado de necesidad, “*un grave peligro a... la preservación ecológica de todo o parte del territorio de un Estado*” y especificó, con referencia a la práctica estatal, que “*es principalmente en las últimas dos décadas que la protección del equilibrio ecológico ha llegado a ser considerada un interés esencial de todos los Estados*”³⁹⁵.

En este punto debemos recordar lo señalado por el Tribunal arbitral en el asunto de las focas de Behring en 1893, en cuanto a la *necesidad* de adopción de medidas por parte de los dos Estados contendientes para la preservación de las focas en alta mar.

Debemos recordar que la Corte destacó en su Opinión Consultiva sobre la “Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares” de 1996, la gran importancia que atribuye al medio ambiente, no sólo para los Estados sino que también para toda la humanidad.

³⁹⁴ Véase VIÑUALES, J. “The contribution of the International Court of Justice to the development of International Environmental Law: a contemporary assessment”, 32 *Fordham Int’l LJ*, 2008-2009, 232-258.

³⁹⁵ 53. “*The Court has no difficulty in acknowledging that the concerns expressed by Hungary for its natural environment in the region affected by the Gabčíkovo -Nagymaros Project related to an “essential interest” of that State, within the meaning given to that expression in Article 33 of the Draft of the International Law Commission.*

The Commission, in its Commentary, indicated that one should not, in that context, reduce an “essential interest” to a matter only of the “existence” of the State, and that the whole question was, ultimately, to be

judged in the light of the particular case (see Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. I I ,Part 2, p. 49, para. 32); at the same time, it included among the situations that could occasion a state of necessity, “a grave danger to . . . the ecological preservation of all or some of [the] territory [of a State]” (ibid, p. 35, para. 3); and specified, with reference to State practice, that “It is primarily in the last two decades that safeguarding the ecological balance has come to be considered an ‘essential interest’ of all States.” (Ibid., p. 39, para. 14.)...”

Así la Corte expresó “*el medio ambiente no es una abstracción sino que representa al espacio vivo, la calidad de vida y la salud misma de los seres humanos, incluyendo las generaciones aún no nacidas. (...)*”³⁹⁶.

La verificación de la existencia, en 1989, del “peligro” invocado por Hungría, de naturaleza “grave e inminente”, así como la ausencia de cualquier “medio” para responder a él, distinto de las medidas adoptadas por Hungría de suspensión y abandono de las obras, es un proceso complejo.

La Corte entendió que, sin importar cuán serias puedan haber sido esas incertidumbres, ellas no pudieron establecer la existencia objetiva de un “peligro” en el sentido de componente de un estado de necesidad. El término “peligro” evoca ciertamente la idea de “riesgo”; que es precisamente lo que distingue al “peligro” del daño material³⁹⁷. Pero un estado de necesidad no puede existir sin un “peligro” debidamente establecido en un punto relevante en el tiempo; la mera aprensión de un posible “peligro” no podría ser suficiente en dicho caso. Dificilmente podría, además, ser de otra manera, cuando el “peligro” que constituye el estado de necesidad debe ser al mismo tiempo “grave e inminente”. “Inminencia” es sinónimo de “inmediatez” o “proximidad” y va mucho más allá del concepto de “posibilidad”.

Como lo enfatizó la CDI en su comentario, “el extremadamente grave e inminente” peligro debe “haber sido una amenaza al interés a la fecha”. Eso no excluye, en la visión de la Corte, que un “peligro” que aparece en el largo plazo pueda ser tenido como “inminente” tan pronto como sea establecido (...).

En opinión de Sohnle, esta calificación que hace la Corte de que el peligro era sólo posible y eventual, es criticable, porque confunde dos nociones distintas: “peligro” y “daño”. El término “peligro”, evoca la idea de “riesgo”. Sin embargo, la Corte interpreta en una forma más estricta el “peligro”, ya que tiene que ser cierto e inevitable. Según este autor la

³⁹⁶ OC Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, Opinión Consultiva, CIJ, *Reports* 1996, pp. 241-242, párr. 29.

³⁹⁷ En líneas generales, el “riesgo” implica existencia de vulnerabilidad intrínseca al objeto o a la acción, en cambio el “peligro” se plantea en otra dimensión: la probabilidad de que se produzca un daño.

definición de peligro de la Corte se sitúa entre el riesgo y el daño material, pero tiende sobre todo hacia este último³⁹⁸.

Maljean-Dubois considera positivo que la Corte admita que los peligros previstos por el estado de necesidad puedan constituirse a largo plazo, puesto que generalmente los peligros ambientales presentan esa característica. No obstante al ser tan exigente con el grado de certeza, la Corte le quita valor a ese reconocimiento ya que si bien los daños pueden ser inciertos frecuentemente son irreversibles³⁹⁹.

El argumento húngaro sobre el estado de necesidad no podría convencer a la Corte a menos que sea por lo pronto probado que un real peligro “grave” e “inminente” existía en 1989 y que las medidas tomadas por Hungría eran las únicas posibles para responder a él.

La Corte en el párrafo 57 concluye que, respecto a ambos Gabčíkovo y Nagymaros, los peligros invocados por Hungría, sin prejuzgar su posible gravedad, no estaban suficientemente establecidos en 1989, ni eran “inminentes”; y que Hungría tenía a su disposición en ese momento medios para responder a esos peligros percibidos diferentes a la suspensión y abandono de las obras. A lo que se agrega que las negociaciones estaban en proceso, que podrían haber llevado a una revisión del proyecto y a la extensión de algunos de sus límites de tiempo sin que haya necesidad de abandonarlo⁴⁰⁰.

³⁹⁸ SOHNLE, J. “Irruption du droit de l’environnement dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice: l’affaire Gabčíkovo-Nagymaros», *102 Revue Générale de Droit International Public*, 1987, pp. 85 – 121.

³⁹⁹ MALJEAN-DUBOIS, S. “L’arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l’affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie – Slovaquie)”, *Annuaire Français de Droit International*, 1997, p. 300.

⁴⁰⁰ Párrafo 57 “ *The Court concludes from the foregoing that, with respect to both Nagymaros and Gabčíkovo, the perils invoked by Hungary, without prejudging their possible gravity, were not sufficiently established in 1989, nor were they “imminent”; and that Hungary had available to it at that time means of responding to these perceived perils other than the suspension and abandonment of works with which it had been entrusted. What is more, negotiations were under way which might have led to a review of the Project and the extension of some of its time-limits, without there being need to abandon it. The Court infers from this that the respect by Hungary, in 1989, of its obligations under the terms of the 1977 Treaty would not have resulted in a situation “characterized so aptly by the maxim summum jus summa injuria” (Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. II, Part 2, p. 49, para. 31).*

La Corte denota las posiciones adoptadas por Hungría luego de la entrada en vigor del Tratado de 1977. En 1983, Hungría solicitó que las obras fueran más despacio por razones que eran necesariamente económicas pero también, subsidiariamente, relacionadas con las preocupaciones ecológicas. En 1989, cuando, de acuerdo con Hungría, el estado de conocimiento científico había alcanzado un desarrollo significativo, solicitó la aceleración de los trabajos, y entonces decidió, tres meses después, suspenderlos y posteriormente abandonarlos.

Finalmente, la Corte falla que Hungría carecía de derecho de suspender y subsecuentemente abandonar, en 1989, las obras en el Proyecto

Moreover, the Court notes that Hungary decided to conclude the 1977 Treaty, a Treaty which - whatever the political circumstances prevailing at the time of its conclusion - was treated by Hungary as valid and in force until the date declared for its termination in May 1992. As can be seen from the material before the Court, a great many studies of a scientific and technical nature had been conducted at an earlier time, both by Hungary and by Czechoslovakia. Hungary was, then, presumably aware of the situation as then known, when it assumed its obligations under the Treaty. Hungary contended before the Court that those studies had been inadequate and that the state of knowledge at that time was not such as to make possible a complete evaluation of the ecological implications of the Gabčíkovo -Nagyymaros Project. It is nonetheless the case that although the principal object of the 1977 Treaty was the construction of a System of Locks for the production of electricity, improvement of navigation on the Danube and protection against flooding, the need to ensure the protection of the environment had not escaped the parties, as can be seen from Articles 15, 19 and 20 of the Treaty.

What is more, the Court cannot fail to note the positions taken by Hungary after the entry into force of the 1977 Treaty. In 1983, Hungary asked that the works under the Treaty should go forward more slowly, for reasons that were essentially economic but also, subsidiarily, related to ecological concerns. In 1989, when, according to Hungary itself, the state of scientific knowledge had undergone a significant development, it asked for the works to be speeded up, and then decided, three months later, to suspend them and subsequently to abandon them. The Court is not however unaware that profound changes were taking place in Hungary in 1989, and that, during that transitory phase, it might have been more than usually difficult to co-ordinate the different points of view prevailing from time to time.

The Court infers from all these elements that, in the present case, even if it had been established that there was, in 1989, a state of necessity linked to the performance of the 1977 Treaty, Hungary would not have been permitted to rely upon that state of necessity in order to justify its failure to comply with its treaty obligations, as it had helped, by act or omission to bring it about."

Nagymaros y en la parte del Proyecto Gabčíkovo por lo que el Tratado de 1977 y sus instrumentos le atribuían responsabilidad a éste.

El Juez Herczegh, en su voto disidente, se pregunta si los requisitos del estado de necesidad se encuentran reunidos en relación con la construcción de la presa de Nagymaros. Expresó que en la isla de Szentendre, aguas abajo de Nagymaros, se sitúan más de quinientos pozos filtrantes sobre las márgenes que satisfacen alrededor de dos tercios de las necesidades de agua potable de Budapest, sin que sea necesario ningún sistema de purificación. Por lo cual, el aprovisionamiento de agua en cantidad y calidad constituye un interés esencial para Hungría que debe proteger esa fuente contra toda erosión que ponga en peligro la provisión de agua potable. Como antecedente recuerda que en virtud del Tratado de 1977 se dragaron los dos brazos del río alrededor de la citada isla, provocando una grave crisis en la provisión de agua potable, por lo que primero se suspendieron los trabajos y luego fueron abandonados en 1980. Según el Juez Herczegh en la medida en que la construcción de la presa de Nagymaros hubiera tenido los mismos efectos negativos que el dragado, esa construcción habría constituido un peligro grave, a largo plazo, pero cierto. Para el Juez pretender que la suspensión de los trabajos en la presa de Nagymaros no estaba justificada por el estado de necesidad significaba que Hungría debía terminar la presa y esperar que los pozos se malograrán a causa de la erosión del lecho del río y que se perjudicará en forma crucial el aprovisionamiento de agua potable a Budapest⁴⁰¹.

Crawford en su Informe sobre Responsabilidad de los Estados presentado en el 51º período de sesiones, propuso una modificación al antes citado artículo 33 referente al estado de necesidad, para acoger las situaciones en que el equilibrio de intereses no fuera simplemente bilateral sino que concerniera al cumplimiento de una obligación *erga omnes*⁴⁰². Si bien compartimos esa posición, tal afirmación resulta sorprendente en un doctrinario subjetivista o positivista⁴⁰³, que al trabajar como relator de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, logró despojar en el proyecto

⁴⁰¹ <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocke...nt/chs-ijudgment-971925-herczegh.p.8>.

⁴⁰² Comisión de Derecho Internacional, ONU, Informe 51º período de sesiones, 1999, p.159 ss.

⁴⁰³ Véase capítulo 3, Fuerza Mayor p. 121 ss.

de 2001 de contenido normativo a los proyectos de artículos relativos a normas imperativas (arts. 40 y 41)⁴⁰⁴.

Bostian consideró que “(...) *the Court’s decision failed to live up to the expectations it generated in many important respects. The Court avoided pronouncements on several topics, mostly environmental, which many had hoped would be illuminated by this case. If this case foretells anything about the ICJ’s future attitude toward international environmental law, it is that the Court will likely be cautious in its approach and will not pronounce specific changes in the law unless absolutely necessary. In the meantime, the Court’s general attitude toward environmental protection will still largely remain a mystery*”⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Al respecto, Drnas de Clément señala: “*El Capítulo [Cap III “violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general”] sólo consta de dos artículos vacíos de contenido: Arts. 40 y 41. El Art. 40, en el párrafo primero se limita a reiterar el título del Capítulo; el párrafo segundo sólo enuncia un elemento característico de todas las figuras conocidas y aceptadas de violación de norma imperativa: la flagrancia y la sistematicidad. Por su parte, el Art. 41, referido a las “Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo”, a pesar de su título, no considera en absoluto la cuestión, ya que no contempla ninguna consecuencia para el violador. Por el contrario, como si su cometido no hubiera sido el de regular sobre las Consecuencias, expresa: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional”. Hace referencia a “demás consecuencias”, “toda otra consecuencia”, cuando no contempló alguna para el violador. Sorprendentemente, el proyecto, no se ocupa de la nueva obligación que surge para el infractor (norma secundaria) sino que establece normas primarias para terceros inocentes y, demás, afectados in stirpes. Así, el párrafo primero establece: “Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40”. Más aún, el artículo proyectado no se anima ni a señalar siquiera con quién deben cooperar los Estados o cómo deben hacerlo”.* DRNAS, Z. -“La inconclusa puja entre objetivistas y subjetivistas en los proyectos sobre responsabilidad internacional de la Comisión de Derecho Internacional”, en ÁLVAREZ LONDOÑO, L.F. *et al. El derecho internacional entre lo jurídico y lo político. Homenaje al Profesor Rafael Nieto Navia*, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá-Colombia, 2009, pp. 31-32.

⁴⁰⁵ BOSTIAN, I. L. “Flushing the Danube: The World Court’s Decision Concerning the Gabčikovo Dam”, *9 Colo. J. Int’l Envntl. L. & Pol’y*, 1998.V. asimismo, KAYA, I. “Implications of the Danube River Dispute on International Environmental Law”, *USAK Yearbook US* Vol.2, 2009, pp. 133-152.

Otra de las circunstancias de exclusión de ilicitud invocada por las partes en este caso son las contramedidas, a las que dedicamos algunas líneas en razón de los puntos de contacto que presentan con el estado de necesidad⁴⁰⁶.

En el presente caso, ambas Partes invocaron las contramedidas como circunstancias de exclusión de ilicitud, pero la Corte no entró a considerar lo alegado por Hungría por entender que un Estado no puede terminar un tratado por la vía de las contramedidas sino sólo mediante la aplicación del derecho de los tratados⁴⁰⁷.

A los fines de analizar las condiciones que deben reunir las contramedidas la Corte recordó algunas sentencias internacionales así como también los artículos 47 a 50 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado de 1996.

La CIJ en los párrafos 83 a 87 de la sentencia comentada señaló las condiciones que deben reunir las contramedidas, a saber:

- Deben estar dirigidas exclusivamente contra el Estado autor del hecho ilícito frente al que se reacciona⁴⁰⁸.
- El Estado lesionado debe haber invitado al Estado autor del ilícito a poner fin a su comportamiento o a repararle el perjuicio causado⁴⁰⁹.
- Los efectos de una contramedida deben ser proporcionales a los daños sufridos, teniendo en cuenta la gravedad del hecho ilícito y los derechos implicados⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Ver Capítulo 3, p. 139 ss.

⁴⁰⁷ *One of the more difficult aspects of this case is the process of separating out what Hungary argues would have happened to the local environment under the original project from what has happened under Variant C. The material located in this section is a description of what many claim has happened and will happen, while the material that follows is an abbreviated version of what Hungary claimed would have happened under the original project. Although there is some overlap, the two have different legal consequences. What has happened under Variant C will affect the damages Hungary will receive as- a result of injuries it has suffered due to the unilateral diversion of the Danube by Slovakia. What would have happened under the original project affects the weight of Hungary's argument that a state of "ecological necessity" justified its abandonment of its part of the construction under the 1977 Treaty.*

⁴⁰⁸ Párrafo 83.

⁴⁰⁹ Párrafo 84.

⁴¹⁰ Párrafo 85.

- La contramedida debe tener por fin incitar al Estado autor del ilícito a ejecutar las obligaciones que le incumben en Derecho Internacional y, por tanto, la medida debe ser reversible⁴¹¹.

A pesar que la Variante “C” implementada por Checoslovaquia, en un primer momento no fue presentada como una contramedida, es claro que la misma es una respuesta a la suspensión y abandono de los trabajos por parte de Hungría y que la misma estaba dirigida contra este Estado; desde el punto de vista de la Corte resulta igual de claro que las acciones de Hungría son internacionalmente ilícitas.

“(E)l Tribunal considera que Checoslovaquia, asumiendo unilateralmente el control de un recurso compartido y, por tanto, privando a Hungría de su derecho a una participación equitativa y razonable de los recursos naturales del Danubio...dejó de respetar la proporcionalidad requerida por el Derecho Internacional”⁴¹².

El Juez Vereschetin, en su voto disidente, sostiene que todas las condiciones básicas para una contramedida estaban dadas cuando Checoslovaquia puso en operación la Variante “C” en octubre de 1992. Esas condiciones incluyen:

1. la presencia de un previo acto ilícito cometido por el Estado contra el que se dirige la contramedida,
2. la necesidad de la contramedida,
3. la proporcionalidad en las circunstancias del caso.

El juez considera que la Corte en el examen de la proporcionalidad, por ser muy importante en el régimen de las contramedidas, debería haber analizado y comparado separadamente:

- los efectos económicas y financieros de la violación y de la contramedida,
- los efectos ambientales de la violación y de la contramedida,
- los efectos de la violación y de la contramedida sobre el derecho al uso equitativo del agua.

Sabia de Barberis afirma que “el fallo de la Corte Internacional de Justicia ha tratado de guardar un delicado equilibrio entre los intereses de

⁴¹¹ Párrafo 87.

⁴¹² Párrafo 85.

Hungría y Eslovaquia a fuerza de reconocer un 'fait accompli' que es, a mi criterio, lo más preocupante"⁴¹³.

En conclusión, a pesar de lo alegado por las Partes, la Corte encontró que ambos Estados habían cometido un hecho internacionalmente ilícito. Por un lado, Hungría al terminar unilateralmente el Tratado de 1977 y abandonar el Proyecto y, por otro lado, Eslovaquia al implementar la Variante C.

En suma, la CIJ consideró que no se reunían los elementos del estado de necesidad dado que los peligros invocados por Hungría no estaban suficientemente establecidos en 1989, ni eran "inminentes"; y que Hungría tenía a su disposición en ese momento medios para responder a esos peligros percibidos diferentes a la suspensión y abandono de las obras.

B. CASOS EN LOS QUE SE INVOCÓ EL ESTADO DE NECESIDAD PARA JUSTIFICAR EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FINANCIERAS

CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La posibilidad de invocar el estado de necesidad para justificar la falta de pago de deudas financieras respecto de nacionales extranjeros ya fue reconocida por varios Estados en el ámbito de la Conferencia de La Haya de 1930 sobre Codificación del Derecho Internacional.

El Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya de 1930, en su pedido de informes a los gobiernos, planteó la cuestión si un Estado era responsable internacionalmente cuando por un acto de su poder legislativo o ejecutivo repudiaba una deuda contraída con extranjeros.

El Gobierno de Sudáfrica opinó al respecto "Si, a causa de circunstancias adversas que escapan a su control, un Estado se encuentra realmente en tal situación que no puede cumplir todos sus compromisos y obligaciones, está virtualmente en una situación de necesidad. Tendrá que establecer entonces una prelación entre sus obligaciones y atender primero a las que sean de

⁴¹³ SABIADÉ BARBERIS, G. *Temas de Derecho Internacional a la luz del caso Gabčíkovo – Nagymaros*, en *La evolución del Derecho Internacional a través de los organismos internacionales*, CARI, Buenos Aires, 2002, p. 242.

más vital interés. Por ejemplo, no puede esperarse de un Estado que cierre sus escuelas y universidades y sus tribunales, que licencie a su policía y que descuide sus servicios públicos en tal medida que exponga al caos y a la anarquía a su comunidad simplemente para disponer así del dinero para pagar sus prestamistas, extranjeros o nacionales. Hay límites a lo que puede esperarse razonablemente de un Estado, del mismo modo que los hay para un individuo. Si en tal contingencia las consecuencias del infortunio se dividen equitativamente entre los nacionales y los extranjeros y no se discrimina espacialmente contra estos últimos, no debe haber motivo de queja⁴¹⁴”.

En base a las propuestas de los gobiernos, el referido Comité preparatorio elabora en 1929, las “Bases de discusión” que servirían en la Conferencia de 1930. En la Base de discusión N°4 en el punto B. Deudas encontramos:

“El estado incurre en responsabilidad si mediante una disposición legislativa, desconoce o pretende dar por anuladas deudas que lo obligan.

El estado incurre en responsabilidad si sin desconocer una deuda, mediante una disposición legislativa, suspende o modifica su servicio en todo o en parte, salvo que se vea forzado a ello por necesidades financieras”⁴¹⁵.

Seguidamente presentamos algunos casos de jurisprudencia internacional en los que se invocó el estado de necesidad frente a la inobservancia de obligaciones de hacer relativas a la imposibilidad de pago de obligaciones financieras internacionales.

Cabe destacar que en varios de estos asuntos se invocó fuerza mayor, pero no tenemos que olvidar que existió una tendencia a confundir ambas circunstancias e incluso se confundió el estado de necesidad con la legítima defensa, situación que comenzó a cambiar a partir de su reconocimiento como circunstancia autónoma por parte de la Comisión de Derecho Internacional.

Asunto de las indemnizaciones Rusas (Rusia c. Imperio Otomano)

(Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, Laudo de 11 de noviembre de 1912)⁴¹⁶.

⁴¹⁴ CDI *Anuario* 1980, vol.II, primera parte, pará. 25, pág. 26.

⁴¹⁵ CDI *Anuario* 1956, vol. II, NY, p. 220.

⁴¹⁶ Los antecedentes de esta controversia se encuentran en el Protocolo firmado entre Rusia y Turquía en enero de 1878 con el objeto de poner fin a la guerra entre ellas mediante

El Gobierno del Imperio Otomano para justificar su tardanza en el pago de la deuda que había contraído con el Gobierno de Rusia, invocó fuerza mayor debido al hecho de encontrarse en una situación financiera muy difícil.

La Corte Permanente de Arbitraje afirmó que la excepción de fuerza mayor invocada, en primer lugar, es oponible tanto en derecho internacional público como en derecho privado y que el derecho internacional debe adaptarse a las necesidades políticas. “El Gobierno Imperial ruso admite expresamente (...) que la obligación que tiene un Estado de ejecutar los tratados puede disminuir” “si la existencia misma del Estado peligra, si el cumplimiento de la obligación internacional es (...) autodestructivo”⁴¹⁷.

La Corte rechazó la excepción, basada en la constatación de que en el caso concreto no se daban las condiciones necesarias para reconocer la aplicabilidad de la excepción. Para la Corte el respeto de la obligación internacional debe ser autodestructivo (self-destructive) para que pueda excluirse la ilicitud del comportamiento no conforme con la obligación. Únicamente en caso de que el respeto de la obligación pusiera en peligro la existencia misma del Estado o arriesgase comprometer gravemente su situación interna podría considerarse que el Estado está autorizado a no ajustarse a dicho respeto.

armisticio. En dicho Protocolo el gobierno turco aceptó pagar indemnizaciones por costos de la guerra y pérdidas sufridas.

El gobierno otomano pagó dicha indemnización de manera íntegra en cuotas entre 1884 y 1902. Sin embargo, el gobierno ruso le reclamó el pago de intereses por mora, ello dio origen a esta controversia.

⁴¹⁷ “Es indiscutible que la Sublime Puerta ha probado, en apoyo de la excepción de fuerza mayor (...) que de 1881 a 1902 Turquía se encontraba sumida en dificultades financieras de extrema gravedad, sumadas a acontecimientos internos y externos (insurrecciones, guerras) que la obligaron a asignar buena parte de sus ingresos para fines especiales, a soportar el control extranjero de parte de sus finanzas, a acordar incluso una moratoria al Banco otomano y, en general, a demorarse en el cumplimiento de sus compromisos, o a ejecutarlos parcialmente, y ello a costa de grandes sacrificios(...). Sería manifiestamente exagerado admitir que el pago de la suma relativamente mínima de cerca de seis millones de francos aproximadamente, debida a los titulares rusos de indemnizaciones, habría puesto en peligro la existencia del Imperio otomano o comprometido gravemente su situación interna o externa. Por consiguiente, la excepción de fuerza mayor no habría sido acogida”. Tomado de A/CN.4/315, p. 179.

A juicio de la Corte “sería manifiestamente exagerado admitir que el pago (o la contratación de un empréstito para el pago) de la suma relativamente mínima de cerca de 6 millones de franco debida a los reclamantes rusos habría puesto en peligro la existencia del imperio otomano o comprometido gravemente su situación interna o externa”.

Consideramos que los argumentos brindados por la Corte al momento de rechazar la fuerza mayor, en realidad, bien podrían serlos para rechazar el estado de necesidad. Si bien el Gobierno otomano invocó fuerza mayor ante el incumplimiento de sus obligaciones, nosotros lo consideramos un ejemplo de estado de necesidad atento que reúne las condiciones para su invocación y no para la fuerza mayor puesto que en el caso no nos encontramos frente a un hecho imprevisto ajeno al control del Estado que tornó materialmente imposible cumplir con la obligación asumida como hecho precedente al acto necesitado⁴¹⁸.

Asunto Concerniente al pago de Diversos Empréstitos Serbios Emitidos en Francia (Francia /Serbia-Croacia-Eslovenia)

(Corte Permanente de Justicia Internacional, sentencia de 12 de julio de 1929)⁴¹⁹.

Con fecha 19 de abril de 1928, el gobierno francés y el gobierno serbio-croata-esloveno, acordaron someter a la CPJI, mediante compromiso, la diferencia que surgió entre ellas relativa al servicio de determinados empréstitos serbios emitidos en Francia entre 1885 y 1913.

Francia, en nombre de los tenedores franceses de bonos, sostuvo que el Reino demandado estaba obligado a pagar las sumas adeudadas sobre la base del valor del franco oro.

El Estado serbio-croata-esloveno, que se estimaba autorizado a considerar en lo sucesivo como concertadas en franco papel sus deudas contraídas originalmente en franco oro, invocó dos argumentos en apoyo de su tesis. El primero, era la imposibilidad física en que se encontraba de obtener en el Banco de Francia los francos oro necesarios para pagar

⁴¹⁸ Ver capítulo 3.

⁴¹⁹ CPJI, Collection of Judgments, Serie A – N° 20/21, vol. 3 N°17-24, 1928-1930.

sus deudas según las modalidades previstas en los acuerdos de empréstitos. El segundo y principal argumento era la existencia en el Estado de reciente creación de una grave crisis y trastornos económicos ocurridos como consecuencia de la primera guerra mundial, situación por la cual era imposible imponer a las finanzas del Estado una carga tan pesada como la del pago integral de su deuda exterior sin comprometer gravemente su estabilidad financiera.

La Corte falló “(...) los trastornos económicos causados por la guerra no liberaron al estado deudor, si bien pueden dar origen a consideraciones de equidad, que sin duda serán debidamente examinadas en las negociaciones y –en su caso– en el laudo arbitral conforme a lo dispuesto en el artículo II del compromiso”.

La Corte resolvió que no podía sostenerse que la guerra y sus consecuencias económicas afectasen “jurídicamente a las obligaciones nacionales de los contratos entre el Gobierno serbio y los tenedores franceses de bonos”. Parece haber considerado que la situación financiera del Estado deudor en el caso de referencia no iba a empeorar como consecuencia del pago íntegro de la deuda contraída⁴²⁰. No obstante, la misma Corte parece admitir que en ciertos casos pueda invocarse un estado verdadero de necesidad para excluir la ilicitud de un comportamiento no conforme a una obligación financiera internacional. En el caso de referencia, se reunían algunos elementos para una posible invocación del estado de necesidad, si bien quizás los más controvertidos podrían ser el peligro grave e inminente para un interés esencial del Estado y que la medida dispuesta sea el único modo posible de obrar.

⁴²⁰ Yugoslavia alegaba la fuerza mayor, además de la imposibilidad de cumplir las obligaciones emanadas de los empréstitos concertados y los bonos al portador emitidos por el Gobierno serbio con anterioridad a 1914. En cuanto al primer extremo, la Corte sostuvo “No puede sostenerse que la guerra en sí, a pesar de sus consecuencias, afectó las obligaciones jurídicas emanadas de los contratos entre el Gobierno serbio y los accionistas franceses. Los desajustes económicos causados por la guerra no exoneraron al Estado deudor, aun cuando pueden constituir razones de equidad que, sin duda, recibirán una consideración apropiada en las negociaciones y –de recurrirse a ella– en la sentencia arbitral prevista en el artículo II del compromiso”. CPJI, serie A, N° 20, p. 39-40.

Asunto concerniente al pago en oro de los empréstitos federales brasileños emitidos en Francia (Francia c. Brasil)

(Corte Permanente de Justicia Internacional, sentencia de 12 de julio de 1929)⁴²¹.

Francia y Brasil en virtud de un compromiso de 1927, solicitaron a la CPJI que decidiese si el servicio de determinado empréstito federal brasileño emitido en Francia antes de la guerra había de efectuarse en francos-oro o en francos-papel.

Francia reclamó a Brasil por el no pago de ciertas sumas de dinero a los tenedores franceses de tres préstamos federales brasileños. Francia, en nombre de los tenedores de bonos, sostuvo que el Estado demandado estaba obligado a pagar las sumas adeudadas sobre la base del valor del franco oro. Brasil alegaba que debía servir de base el franco papel. Situación que se invoca como justificación del estado de necesidad: Brasil se apoyaba en razones de “fuerza mayor” y de “imposibilidad”; que el régimen legal francés, establecido por una ley interna, impedía que Brasil efectuara los pagos de las sumas debidas sobre la base del franco oro. Contrariamente, Francia sostenía que la legislación francesa no constituía un caso de fuerza mayor, puesto que no impedía la ejecución de una obligación sino que sólo hacía dicha ejecución más difícil o más onerosa.

La Corte, coincidentemente con lo señalada en los casos anteriores, en relación con la “fuerza mayor” invocada por Brasil consideró que el trastorno económico causado por la gran guerra no había liberado legalmente de sus obligaciones al Gobierno brasileño. Respecto de los pagos en oro la Corte estimó que si se admitía que existía promesa de pago en valor oro, no existía imposibilidad debido a que no pudieran obtenerse monedas de oro. El equivalente en valor, a juicio de la Corte, era asequible.

Coincidimos con la Corte en que en este caso tampoco es posible alegar fuerza mayor para justificar el incumplimiento, ya que no se encontraba el Estado frente a una situación que reuniera los elementos de la fuerza mayor ni del estado de necesidad.

⁴²¹ CPJI, Serie A, N°20/21, fallo N° 15.

Asunto de los bosques de Rodhope Central ⁴²² (Grecia c/ Bulgaria) (Consejo de Sociedad de Naciones⁴²³ en 1934)

Un laudo arbitral dictado en marzo de 1933 condenó a Bulgaria a pagar a Grecia una suma dineraria en concepto de reparación. Al no cumplir el gobierno búlgaro, en setiembre de 1934 Grecia acudió al Consejo de Sociedad de Naciones a fin que dicho organismo aplicase a Bulgaria las sanciones contempladas en el artículo 13 párr. 4 del Pacto de Sociedad de Naciones. Ante el Consejo, Bulgaria alegó que no tenía intenciones de eludir su obligación, pero que la situación actual de las finanzas nacionales impedía hacer el pago en efectivo, ofreciendo pago “en especie”. El Gobierno griego aceptó, reconociendo la situación de necesidad derivada de las gravísimas dificultades financieras⁴²⁴.

Coincidimos con Crawford en que “este es un caso en que las partes en una controversia estuvieron de acuerdo en que dificultades financieras muy graves podían justificar un modo de cumplir la obligación distinto del previsto originalmente”⁴²⁵. Una vez más se justificó el incumplimiento de obligaciones de pago en la gravísima situación económica de un Estado. Este punto será recurrente a lo largo del siglo XX y XXI, tal como veremos en las próximas líneas.

⁴²² Macizo montañoso entre Grecia y Bulgaria.

⁴²³ Debe tenerse en cuenta que el Consejo de la Sociedad de Naciones actuaba en el sistema de solución de controversias entre los Miembros de la organización con rol jurisdiccional. Art. 12 del Pacto de la Liga: “Los miembros de la Liga convienen en que, si se produjera entre ellos alguna divergencia que pudiese conducir a una ruptura, someterán el asunto al arbitraje o a la encuesta del Consejo; conviniendo en no recurrir en caso alguno a la guerra antes de los tres meses de haberse producido el fallo por los árbitros o el informe por el Consejo. En todos los casos previstos por el presente artículo, el fallo de los árbitros deberá producirse dentro de un plazo prudencial, y el informe del Consejo deberá expedirse dentro de los seis meses de haberle sido sometida la divergencia”.

⁴²⁴ CDI *Anuario* 1980, v. II, primera parte, pp. 25 – 26.

⁴²⁵ CRAWFORD, J. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional ...*, Ob. Cit., p. 224.

Asunto de la Société Commerciale de Belgique
(Bélgica c/Grecia) (CPJI, sentencia de 15 de junio de 1939)⁴²⁶.

Dos laudos arbitrales de 1936 habían resuelto que el Gob. Griego estaba obligado a abonar a la sociedad belga una suma determinada a título de reembolso de una deuda contraída con esa sociedad. Como ese gobierno tardaba en ejecutar los laudos, el gobierno belga presentó una demanda ante la CPJI. El gobierno griego adujo en su defensa que si hasta ese momento no había ejecutado los laudos arbitrales no se debía en lo más mínimo a mala voluntad, sino a la grave situación presupuestaria y monetaria del país.

El Gobierno griego en su respuesta del 14 de setiembre de 1938 alegaba como excusa que se encontraba en una necesidad imperiosa de suspender la ejecución de la cosa juzgada. Seguía afirmando que el Estado tiene el deber de hacerlo “si esa ejecución puede perturbar el orden y la paz social que tiene la responsabilidad de resguardar, o comprometer o trabar gravemente el funcionamiento normal de los servicios públicos”. En consecuencia, negaba haber cometido un hecho ilícito contrario al derecho internacional.

“(I)mposible... sin comprometer gravemente la existencia económica del país” y el funcionamiento normal de los servicios públicos, hacer pagos y efectuar las transferencias de divisas que implicaba la ejecución integral de los laudos arbitrales.

El portavoz del Gobierno griego cuando se refería a fuerza mayor o imposibilidad de adoptar el comportamiento requerido por su obligación, pensaba en una imposibilidad de hacerlo sin lesionar con ello un interés fundamental del Estado, situación que puede quedar comprendida dentro del estado de necesidad.

El gobierno belga reconoció el principio alegado por el demandado en cuanto a que una situación de necesidad debidamente demostrada constituía en derecho internacional una circunstancia de exclusión de ilicitud de un comportamiento no conforme con una obligación financiera internacional.

Finalmente, la Corte en su fallo recordó que no tenía mandato para declarar si el Gobierno griego tenía justificación para no ejecutar los laudos

⁴²⁶ CPJI, serie A/B, Fasc. N°78, vol.4, N°71 –80, 1937-1940, p. 160-190.

arbitrales, consideró que “... solamente podría hacer esa declaración tras haber comprobado por sí misma que la supuesta situación financiera existe realmente y tras haber determinado el efecto que la ejecución plena de los laudos tendría en esa situación”. No obstante, tras haber comprobado la situación financiera del Gobierno griego, aceptó el principio en el que ambas partes estaban de acuerdo.

Este es otro caso en el que se confunde fuerza mayor con estado de necesidad, tópico que ya hemos referido en el capítulo 3.

Casos en los que la República Argentina invocó estado de necesidad⁴²⁷

Los casos en los que la República Argentina invocó estado de necesidad ante reclamos internacionales son *i.a.* *Laudos arbitral del CIADI en el caso CMS (Gas Transmission Company) contra la República Argentina del mes de mayo de 2005; *Laudos Arbitral del CIADI en el caso LG&E Energy Corp. y otros contra la República Argentina de fecha 3 de octubre de 2006; *Laudos arbitral CIADI en el caso Enron Corporation ponderosa Assets, LP contra la República Argentina del 22 de mayo de 2007; *Laudos arbitral de CIADI en el caso Sempra Energy International contra la República Argentina del 28 de setiembre de 2007; *Laudos arbitral de UNCITRAL en el caso BG Group contra la República Argentina del 24 de diciembre de 2007; *Laudos arbitral de CIADI en el caso Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. contra la República Argentina de fecha 6 de junio de 2008; *Laudos Arbitral de CIADI en el caso Continental Casualty Company contra la República Argentina del 5 de setiembre de 2008; *Laudos arbitral de CNUDMI en el caso National Grip P.LC. contra la República Argentina del 3 de noviembre del 2008; *Decisión sobre Responsabilidad del CIADI de fecha 30 de julio de 2010 en el Caso Suez y otros contra República Argentina.

⁴²⁷ Debemos tener en cuenta que en estos casos la República Argentina invocó estado de necesidad frente a reclamos de particulares, cuyas inversiones se enmarcaron dentro de Tratados bilaterales de Promoción y Protección recíproca de inversiones celebrados entre la República Argentina y otros Estados. Esta circunstancia diferencia a estos casos de los analizados anteriormente, en tanto versaron sobre controversias internacionales entre Estados.

De estos laudos, analizamos en este capítulo, tres casos debido a la importancia que revisten para la identificación de los elementos estructurales de esta circunstancia de exclusión⁴²⁸.

Caso CMS (gas transmisión company) c/ República Argentina. (Laudo arbitral del CIADI de 12 mayo de 2005)⁴²⁹

A partir de la suscripción de los tratados sobre protección de inversiones, ha sido creciente el sometimiento de la República Argentina a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Este Centro entiende en las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someterlas al Centro.

⁴²⁸ Véase *i.a.* STERN, B. «La necessite economique et financiere», en *La nécessité en droit international*, SFDI, Colloque de Grenoble, Pedone, París, pp. 349 – 355; OSUNA, O. «L’apport de la jurisprudence internationale en matiere de necessite economique et financiere avant 1945», en *La nécessité en droit international*, SFDI, Colloque de Grenoble, Pedone, París, pp. 357-366. CORTÉS MARTÍN, J.M. “El Estado de Necesidad en materia económica y financiera” *A.E.D.I.*, vol. XXV (2009), pp. 119-173. http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21363/1/ADI_XXV_2009_03.pdf; ALVAREZ, J. and KHAMSI, K. “The Argentine crisis and foreign investors: A glimpse into the heart of the investment regime”, en *The Yearbook on International Investment Law and Policy 2008/2009*, edited by K.P. Sauvant, NYC, Oxford University Press, 2009, pp. 379-478. Obtenible en http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_065328.pdf; HOELCK THJOERNELUND, M.C. “State of Necessity as an Exemption from State Responsibility for Investments”, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 13, 2009, pp. 423 – 480.

⁴²⁹ Para un completo análisis del CIADI, véase *i.a.*: VIVES CHILLIDA, J. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw-Hill, 1998. También, Gabriela ÁLVAREZ ÁVILA; «Las características del Arbitraje del CIADI» en *Anuario de Derecho Internacional*, Universidad Autónoma de México, Vol. 2, México, 2002. Accesible desde: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm> Asimismo ver, Franz KUNDMÜLLER CAMINITI; «ICSID, ‘bella durmiente’ despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera», *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, accesible desde: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversion.html>

La mayor parte de los procesos arbitrales bajo las reglas del CIADI que involucran a nuestro país se relacionan con problemas vinculados con empresas licenciatarias o concesionarias de servicios públicos⁴³⁰.

La mayoría de las demandas de arbitraje contra Argentina luego de la pesificación de los contratos con las empresas privatizadas fueron presentadas ante el CIADI. Cabe señalar que nuestro país ha sostenido en el CIADI *«que tales reclamos no encuadran en el objeto perseguido por los Estados signatarios de los tratados al momento de firmarlos. En efecto, en ninguno de los casos se ha producido un acto expropiatorio, ni se ha discriminado al inversor extranjero o a la empresa extranjera con relación a los nacionales, ni se ha impedido o dificultado el acceso a la justicia argentina, con renuncia a cualquier otro fuero, para el supuesto de conflicto»*⁴³¹.

El ex ministro de Justicia, Horacio Rosatti, en una entrevista concedida a Clarín defiende la postura argentina. Alude a que el mecanismo arbitral del CIADI no sirve para resolver situaciones como la que está pasando nuestro país, ya que el mismo fue pensado para solucionar un número limitado de casos: *«Hay que considerar que el que tiene que pagar es el mismo demandado: el Estado argentino. Si se hace lugar a cada demanda por separado, puede llegarse al absurdo de que termine no cobrando nadie. Otro absurdo: no puede ser que un constructor particular de autopartes de un país le venda a un transportista argentino X cantidad de carrocerías y se las financie, con el dólar 1 a 1, y cuando esto cambia se demande al Estado en un tribunal extranjero, en lugar de ser un juicio de Juan contra Pedro en un tribunal argentino, como correspondería. Porque si no, todos vamos a tener siempre una conexión de extranjería, todo va a ser siempre una inversión, y un préstamo de 100 pesos tendría que ir al CIADI, con lo cual vaciaríamos la jurisdicción nacional (...)»*⁴³².

Preguntado que fue respecto de la posición oficial de Argentina en relación a las demandas planteadas, el ministro dijo: *«Un eje es la invoca-*

⁴³⁰ Los casos en que la República Argentina fue demandada y se encuentran pendientes de solución se pueden consultar EN «List of Pending Cases», ICSID, accesible desde <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>

⁴³¹ Véase: «Posición de la República sobre las presentaciones realizadas por empresas ante el CIADI», Comunicado de Prensa de la Dirección de Prensa y Difusión del Ministerio de Economía y Producción, Buenos Aires, 14 de octubre de 2004.

⁴³² Entrevista de Mabel Thwaites Rey para Diario Clarín, suplemento Económico, 30 de enero de 2005, p. 5.

ción del estado de necesidad como causal eximente de responsabilidad en el derecho público internacional y también en los tratados bilaterales de inversión (...). Además, mostramos que no hubo expropiación, porque no hubo desapoderamiento de activos ni se impuso un gerenciamiento estatal. Hay una diferencia tarifaria que se está renegociando, pero de ningún modo puede decirse que ha habido una expropiación en la inversión (...).

Rosatti sostuvo: «Los tratados, en sí mismos, no son malos. Lo que pasa es que hay un problema grave de interpretación a favor del inversionista y en contra del Estado receptor de la inversión. Si el propio tratado de inversión dice que el estado de necesidad es una causal eximente de responsabilidad, el problema es cuando se lo desconoce. Si la crisis argentina ha sido catalogada como una de las tres crisis más importantes del siglo XX, yo me pregunto si esto no es un estado de necesidad (...).

El 26 de julio de 2001 el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI, o el Centro) recibió de CMS Gas Transmission Company (CMS), sociedad constituida en los Estados Unidos de América, una Solicitud de Arbitraje contra la República Argentina (Argentina). La solicitud se refería a la suspensión, decidida por Argentina, de la aplicación de una fórmula de ajuste de tarifas de transporte de gas aplicable a una empresa en la que CMS mantenía una inversión. En su solicitud, el Demandante invocaba las disposiciones del “Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones” de 1991 (El Tratado Bilateral de Inversiones Argentina – Estados Unidos, TBI, o el Tratado)⁴³³.

El 17 de julio de 2003 el Tribunal dictó por unanimidad su Decisión sobre las Excepciones a la Jurisdicción planteadas por la República Argentina. En ella rechazó la aseveración del Demandado de que el Demandante, en su calidad de accionista minoritario, no podía presentar una demanda contra la República Argentina y confirmó el hecho de que la controversia emanaba directamente de una inversión efectuada por el Demandante. El Tribunal concluyó, por consiguiente, que el Centro tenía jurisdicción y que el Tribunal era competente para conocer la controversia entre las Partes según lo previsto en el TBI Argentina – Estados Unidos.

⁴³³ Tratado adoptado el 14 de noviembre de 1991, en vigor desde el 20 de octubre de 1994.

El Tribunal arbitral estuvo integrado por el Profesor Francisco Orrego Vicuña, Presidente; Marc Lalonde, Árbitro y Juez Francisco Rezek, Árbitro.

La República Argentina emprendió en 1989 reformas económicas que incluían la privatización de importantes sectores económicos y empresas de servicios públicos, así como la participación de inversiones extranjeras. El transporte de gas fue uno de los sectores importantes que habían de ser objeto de ese programa de reforma⁴³⁴.

Hacia fines del decenio de 1990 comenzó a desarrollarse en la República Argentina una grave crisis económica que iba a dar lugar a hondas secuelas políticas y sociales.

A fines de 1999, el Gobierno argentino convocó a una reunión con representantes de las compañías del gas para analizar una suspensión temporal del ajuste de las tarifas de gas basado en el índice de precios al productor de los Estados Unidos (IPP de los Estados Unidos). Las compañías convinieron en una suspensión temporal que difirió el ajuste

⁴³⁴ Los instrumentos básicos que rigieron esas reformas económicas fueron la Ley No. 23696, de 1989, sobre Reforma del Estado; la Ley No. 23928, de 1991, sobre Convertibilidad Monetaria y el Decreto No. 2128/91, que establecía la paridad entre el peso argentino y el dólar de los Estados Unidos.

Se aprobaron instrumentos específicos que habían de regir la privatización de los principales sectores. En lo referente al sector del gas, la Ley No. 24076, de 1992 (“Ley del Gas”), estableció las reglas básicas para el transporte y la distribución de gas natural. Esta Ley fue llevada a la práctica el mismo año a través del Decreto No. 1738/92 (“Decreto del Gas”).

En virtud del nuevo régimen legal, Gas del Estado, una entidad de propiedad estatal, fue dividida en dos compañías de transporte y ocho compañías de distribución.

Transportadora de Gas del Norte (TGN) fue una de las compañías creadas para el transporte de gas. Para la privatización de la nueva compañía se dio acceso a inversionistas a través de un llamadopúblico de ofertas y en 1992, a solicitud del Gobierno, empresas de consultoría e inversiones elaboraron un Memorando Informativo conexo.

La licencia de TGN se otorgó por Decreto No. 2457/92, por un período de treinta y cinco (35) años, prorrogable por otros diez años previo cumplimiento de determinadas condiciones.

La participación de CMS en TGN comenzó en 1995 en el marco de un Memorando de Oferta de ese año, que dio lugar a la adquisición de las acciones que seguían siendo de propiedad estatal. Las acciones adquiridas por CMS representaban el 25% del capital accionario de la compañía, a lo que se agregó más tarde la adquisición de un 4,42% adicional, totalizándose así la compra del 29,42% de las acciones de TGN.

debido por un período de seis meses (1 de enero a 30 de junio de 2000). El acuerdo preveía que los costos de la prórroga se recuperarían en el período comprendido entre el 1 de julio de 2000 y el 30 de abril de 2001, que se indemnizarían las pérdidas de ingresos resultantes y que debía entenderse que ese sistema no sentaría un precedente ni implicaría la enmienda del marco jurídico que regía las licencias. ENARGAS, el ente público regulador del sector del gas, aprobó ese acuerdo por Resolución No. 1471, del 10 de enero de 2000.

Poco tiempo después se hizo evidente que el acuerdo no se aplicaría y las solicitudes de ajuste de tarifas formuladas por TGN según lo previsto en la Licencia no obtuvieron un pronunciamiento por parte del Estado; específicamente, ENARGAS instruyó a la compañía que debía abstenerse de realizar tales ajustes. El 17 de julio de 2000 tuvo lugar una reunión adicional con representantes de las compañías de gas, a las que se pidió que accedieran a una nueva postergación del reajuste de tarifas. En esa fecha se celebró otro acuerdo, por el que se congelaron por dos años los ajustes de tarifas basados en el IPP de los Estados Unidos y se autorizaron incrementos relacionados con la postergación y la pérdida de ingresos anteriores.

Los ingresos no obtenidos en virtud de la nueva postergación se recuperarían paulatinamente, debiendo a partir del 30 de junio de 2002 realizarse nuevamente ajustes basados en el IPP de los Estados Unidos. Lo acordado se formalizó en el Decreto No. 669/2000, a la vez que se reconocía que el ajuste basado en el IPP de los Estados Unidos constituía “un derecho legítimamente adquirido” y era una premisa y condición básica de la licitación y de las ofertas.

ENARGAS confirmó repetidamente que la congelación de los ajustes de tarifas basados en el IPP de los Estados Unidos continuaba, por lo cual desde el 1 de enero de 2000, es decir, desde la primera postergación, no se ha llevado a cabo ningún ajuste mediante la aplicación de ese mecanismo. Las partes discrepan sobre la naturaleza y el alcance de las decisiones adoptadas por ENARGAS.

En ese contexto, el 12 de julio de 2001 CMS notificó su consentimiento al arbitraje en el marco del CIADI, tras la notificación requerida de la controversia al Gobierno argentino. A esa altura la controversia sólo versaba sobre la aplicación del ajuste basado en el IPP de los Estados Unidos.

A fines de 2001 la crisis se profundizó. Como secuela de esos eventos, mediante el Decreto No. 1570/2001 el Gobierno introdujo el “corralito,” que limitó el derecho de retirar depósitos de cuentas bancarias. El país se declaró en situación de incumplimiento de pagos y en pocos días varios Presidentes se sucedieron en el cargo. El 6 de enero de 2002 se aprobó la Ley de Emergencia No. 25.561, que declaró una situación de emergencia pública hasta el 10 de diciembre de 2003 e introdujo una reforma del sistema cambiario. Ese plazo fue objeto de varias prórrogas.

La Ley de Emergencia introdujo el segundo tipo de medidas en que se basa la controversia entre las partes. Entre otras medidas, se abolió el sistema de convertibilidad previsto en la Ley de Convertibilidad de 1991, que había establecido la paridad entre el peso y el dólar; se devaluó el peso y se introdujeron diferentes tipos de cambio para diferentes transacciones. Se suprimió el derecho de los titulares de licencias de servicios públicos de reajustar las tarifas en función del IPP de los Estados Unidos, así como el sistema de cálculo de las tarifas en dólares. Las tarifas respectivas se redenominaron en pesos al tipo de cambio de un peso por dólar, lo que también se aplicó a todos los contratos privados denominados en dólares u otras monedas extranjeras. Posteriormente, los Decretos No. 689/2002 y 704/2002, fechados el 2 de mayo de 2002, aclararon que la Ley de Emergencia no se aplicaba a las exportaciones de gas ni a las tarifas de transporte de ese producto, que quedaron exentas del régimen de conversión a pesos de las sumas denominadas en dólares.

En este marco, se formalizó la reclamación de CMS por pérdidas económicas y financieras. El Demandante explica que decidió llevar a cabo importantes inversiones en el sector del transporte de gas sobre la base de las promesas y garantías dadas por el Gobierno argentino, especialmente las que ofrecían una rentabilidad real en dólares y un sistema de reajuste de tarifas basado en el IPP de los Estados Unidos.

Además sostiene el demandante que las medidas adoptadas por el Gobierno en el período 1999–2002 y ulteriormente le provocaron consecuencias devastadoras. Sus efectos se relacionan en parte con la pérdida de ingresos y en parte con el hecho de que su capacidad de pago de la deuda se ha reducido en más de un tercio, debido a que ésta está denominada en dólares estadounidenses y entretanto se produjo una devaluación del peso. Sostiene también el Demandante que el valor de sus acciones de TGN se redujo en 92%.

Por otra parte, explica que al no haberse realizado ningún ajuste de tarifas desde el 1 de enero de 2000, y al no poder calcularse las tarifas en dólares de los Estados Unidos, los ingresos de TGN por concepto de cobro de tarifas internas se redujeron casi un 75%. Sólo siguieron denominándose en dólares de los Estados Unidos los ingresos de exportación. En opinión del Demandante la situación se vio agravada por el hecho de que algunos Gobiernos provinciales invocaron el derecho de pagar en bonos las facturas de gas y otras facturas.

El Demandante explica asimismo que la devaluación repercutió desfavorablemente sobre los costos de TGN. La situación referida llevó a TGN a incurrir en incumplimiento del pago de ciertas obligaciones denominadas en dólares y de su deuda externa e interna, lo que la privó de acceso a los mercados financieros internacionales. Se argumenta también que los costos de sus operaciones denominados en dólares de los Estados Unidos también se vieron afectados.

A las pérdidas que experimentó debido a las medidas arriba referidas se agregan las consecuencias económicas más amplias derivadas de la Ley de Emergencia.

Por su parte, el Gobierno de la República Argentina sostiene que las pérdidas en que incurrió el Demandante no pueden atribuirse al Demandado y que cualquier pérdida que haya ocurrido surge de decisiones de TGN en el manejo de sus negocios. En opinión del Demandado, los efectos de las medidas adoptadas sobre los costos de TGN son muy diferentes de los que CMS reclama.

Afirma que no es verdad que los ingresos internos por concepto de tarifas de TGN se hayan reducido un 75% según lo argumenta el Demandante.

También el Gobierno argentino se refiere a las opciones de que disponía TGN como fuentes alternativas de financiamiento: utilización de capital propio; deuda en pesos, que no habría sido afectada por una devaluación; deuda en dólares en Argentina, que se habría “pesificado”; y, finalmente, deuda en moneda extranjera en el exterior. Se sostiene a este respecto que TGN optó por esta última alternativa, que era la que entrañaba los mayores riesgos. El Demandado sostiene que el Demandante no puede ahora tratar de trasladar al Gobierno o al consumidor las consecuencias de esa decisión.

Se explica que ENARGAS alertó a TGN sobre las dificultades que podría plantear el perfil de su deuda.

El Demandado sostiene que la Licencia no garantizaba la rentabilidad del negocio pues, como señala en el Artículo 2.4 de las Reglas Básicas de la Licencia, “El Otorgante no garantiza o asegura la rentabilidad de la explotación”. Tampoco puede imputarse al Gobierno el deterioro de la clasificación crediticia.

En cuanto a los fundamentos jurídicos aducidos, CMS es de la opinión que las medidas adoptadas por el Gobierno argentino violan los compromisos asumidos por el Gobierno de ese país frente a los inversionistas extranjeros en los memorandos de oferta, las leyes y los reglamentos pertinentes y la Licencia misma.

El inversionista sostiene que esos compromisos incluyen los de calcular las tarifas en dólares de los Estados Unidos, efectuar los ajustes semestrales basados en el IPP de los Estados Unidos y realizar un reajuste general de tarifas cada cinco años, todo ello para mantener el valor real de las tarifas en dólares.

El Demandante argumenta que la República Argentina se comprometió además, en forma expresa, a abstenerse de congelar la estructura tarifaria o someterla a reglamentos o controles de precios adicionales; para el caso de que se introdujeran controles de precios, TGN tenía un derecho de compensación por la diferencia entre la tarifa que estaba facultada a aplicar y la efectivamente aplicada. Además, no podían modificarse las reglas básicas que rigen la Licencia sin el consentimiento de TGN.

También afirma que esas garantías constituían condiciones esenciales de la inversión de CMS y que tenía un derecho adquirido a la aplicación del régimen tarifario acordado, lo que confirmó el propio Gobierno de la República Argentina en el Decreto No. 669/2000, al describir como “derecho legítimamente adquirido” el relativo a la aplicación del mecanismo de ajuste previsto en las licencias.

El Demandante argumenta, además, que todas las medidas adoptadas deben atribuirse al Gobierno argentino y conllevan la violación de todos los principales mecanismos de protección de inversiones a los que tenía derecho CMS en virtud del Tratado. Se afirma, en especial, que la República Argentina ilegalmente expropió sin indemnización la inversión de CMS, violando así el Artículo IV del Tratado; faltó a su obligación de tratar la inversión de CMS de conformidad con la exigencia de trato justo y equitativo prevista en el Artículo II(2)(a) del Tratado; infringió el Artículo II(2)(b) del Tratado al aprobar medidas arbitrarias y discriminatorias; y

faltó también a su obligación de cumplir las numerosas obligaciones que había asumido en relación con la inversión, violando así la norma prevista en el Artículo II(2)(c) de ese Tratado. En su memorial, el Demandante también invocó restricciones a la libre transferencia de fondos en violación del Artículo V del Tratado, reclamo que posteriormente retiró.

Basándose en su interpretación de las medidas adoptadas, su efecto económico sobre la compañía y las violaciones jurídicas invocadas, el Demandante solicita ser indemnizado en la suma de US\$ 261,1 millones por incumplimientos del Tratado, más intereses y costos.

Según el punto de vista del Gobierno argentino, la Licencia, así como el marco legal y reglamentario que la rige, sólo prevén el derecho del titular de la Licencia de cobrar una tarifa justa y razonable, que cubra costos operativos, impuestos y amortizaciones y le brinde una rentabilidad razonable de las inversiones, pero con total exclusión de los costos financieros.

El Gobierno sostiene asimismo que no ofreció garantía alguna en cuanto a convertibilidad y devaluación de la moneda y que el riesgo inherente de la inversión en este plano fue expresamente advertido a la compañía.

Según el punto de vista del Demandado, el Gobierno no pudo haberse comprometido a mantener una determinada política económica o cambiaria y que el Estado puede modificar libremente esas políticas, no siendo este un derecho que puedan impugnar personas o sociedades. A ese respecto, se agrega, CMS no podría ignorar el derecho público argentino y los riesgos que implicaba invertir en ese país.

El Demandado argumenta, además, que debido a que la economía argentina se caracterizaba por su inestabilidad, las tarifas tuvieron en cuenta el riesgo adicional que implicaba invertir en ese país, siendo por tanto más altas de lo que habrían sido en circunstancias normales. También las utilidades, como consecuencia de lo anterior, fueron mayores.

A la luz de esas consideraciones el Demandado afirma que no se violaron las obligaciones asumidas y que la pérdida de valor de las acciones de CMS obedeció a la recesión y deflación, a una grave crisis social y económica y a la devaluación de la moneda que siguió. Se afirma también que la devaluación ya se había producido en otros importantes mercados financieros internacionales.

Todas las medidas adoptadas por el Gobierno eran necesarias para normalizar el país y hacer posible la continua operación de los servicios

públicos. Si las tarifas se hubieran ajustado en un 300%, como CMS lo pretendía, los servicios públicos se habrían paralizado, los ingresos de los titulares de las licencias se habrían reducido sustancialmente y la reacción pública habría resultado incontrolable.

El Demandado explica también que en ese contexto legal y reglamentario no pudo producirse violación alguna del Tratado, oponiéndose especialmente, a ese respecto, a las argumentaciones jurídicas de CMS.

En opinión del Demandado no se da ninguno de los requisitos previstos en el derecho internacional para que se configurara una expropiación indirecta. Las garantías invocadas por CMS no constituyen una propiedad de la compañía protegida en el marco del Tratado y TGN sigue operando normalmente.

Tampoco se violó la norma del trato justo y equitativo, ni hubo arbitrariedad o discriminación. El Demandado niega, asimismo, que pueda invocarse la cláusula del Tratado referente a obligaciones generales ya que la República Argentina no asumió obligación alguna respecto de CMS, sino únicamente en relación con TGN, no habiendo esta última reclamado violación alguna del contrato de acuerdo a la Licencia.

Alternativamente, la República Argentina invocó la situación de emergencia nacional provocada por la crisis económica y social, como fundamento que exima de la responsabilidad prevista en el derecho internacional y en el Tratado.

En este contexto, el Demandado también ha utilizado expresiones como *force majeure*, emergencia y otros términos.

En respaldo de su argumento el Demandado invoca la existencia del estado de necesidad en el derecho argentino y su aceptación en el marco de la Constitución y las decisiones judiciales.

El Tribunal arbitral analiza el significado del estado de necesidad y el estado de emergencia en el derecho argentino y su interpretación por la Corte Suprema, haciendo especial referencia a su carácter transitorio así como al requisito de que no debía atentar contra los derechos adquiridos mediante un contrato o una decisión judicial.

El Demandado también invocó en apoyo de su argumento la existencia de un estado de necesidad tanto a la luz del derecho internacional consuetudinario como de las disposiciones del Tratado. Al hacerlo, el Demandado ha planteado una “cuestión fundamental en el derecho internacional”.

Esta apreciación del tribunal pone de manifiesto la importancia del tema objeto de nuestro estudio⁴³⁵.

El Demandado fundó su argumento en esta materia principalmente en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros* del año 1997, que determinó que el derecho internacional consuetudinario reconoce el estado de necesidad para “excluir la ilicitud de un acto que no está en conformidad con una obligación internacional.”

El Gobierno argentino también fundó su argumento en la labor realizada por la Comisión de Derecho Internacional bajo la dirección de los relatores especiales F. V. García-Amador, Roberto Ago y James Crawford. En particular, el Demandado argumenta que cumple con los criterios establecidos en el Artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del año 2001.

Este laudo arbitral, si bien no hace lugar a la invocación de estado de necesidad, presenta un aporte al desarrollo de los elementos esenciales del estado de necesidad como causa de exclusión de ilicitud. Se detiene a analizar cada uno de ellos aunque no en todos los casos lo hace con la misma profundidad y además porque toma todo lo construido hasta el momento por la doctrina, la CDI y la práctica internacional⁴³⁶.

Caso LG&E Energy Corp. y otros contra la República Argentina (Laudo arbitral del CIADI de 3 de octubre de 2006)⁴³⁷

Este laudo marca un hito muy importante si tomamos en cuenta que el 12 de mayo de 2005 también un tribunal arbitral de CIADI, tal como vimos en las páginas anteriores, no hizo lugar al estado de necesidad invocado por la República Argentina. Existen muchas similitudes entre el caso antes referido CMS y el presente, pero la gran diferencia está dada por la aceptación del estado de necesidad como circunstancia excluyente de ilicitud en este laudo de 2006. Debemos tener en cuenta que en ambos

⁴³⁵ Véase CHRISTAKIS, Th. «Quel remède a l'éclatement de la Jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine? La décision du comité ad hoc dans l'affaire CMS c. Argentine», pp. 879-896. Obtenible en http://webcom.upmf-grenoble.fr/cesice2010/ArticlesT.Christakis/Quel_remede_eclatement_jurisprudence.pdf

⁴³⁶ Ver capítulo 5.

⁴³⁷ CASO CIADI No. ARB/02/1.

casos un tribunal arbitral *ad hoc* fue quien dirimió la controversia. A partir de este punto debemos focalizar nuestro análisis, pues este medio de solución de controversias permite que cada tribunal ponga su sello particular a su pronunciamiento en base a una interpretación del derecho que puede alejarse de los antecedentes jurisprudenciales, tal como ocurrió en el caso al que nos referiremos. Por otra parte, no debemos olvidar que este medio de solución es el preferido por los Estados, entre los medios de solución jurisdiccionales, debido a la posibilidad que tienen las partes de elegir cada una de ellas un árbitro que responda mejor a su posición, tengamos en cuenta que, en los dos casos en los que nos detenemos, la República Argentina designó al mismo árbitro.

Cabe destacar que si bien la defensa argentina, en cuanto a la existencia de una situación de emergencia excepcional, sigue la misma línea que la planteada en el caso CMS, el tribunal tiene una composición diferente aún cuando el árbitro designado por la demandada es el mismo. Este es sin duda, como señalábamos en el párrafo anterior, un elemento a tomar en consideración. Debemos recordar que conforme al artículo 48⁴³⁸ del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*⁴³⁹, los laudos se adoptan por mayoría de votos.

En los párrafos que siguen hacemos una presentación del laudo de octubre de 2006, destacamos aquellos puntos que resultan indispensables para la comprensión del tema objeto de nuestro análisis.

Las partes en esta controversia son la República Argentina y LG&E Energy Corp. - LG&E Capital Corp., sociedades constituidas de confor-

⁴³⁸ Artículo 48.

- (1) *El Tribunal decidirá todas las cuestiones por mayoría de votos de todos sus miembros.*
- (2) *El laudo deberá dictarse por escrito y llevará la firma de los miembros del Tribunal que hayan votado en su favor.*
- (3) *El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado.*
- (4) *Los árbitros podrán formular un voto particular; estén o no de acuerdo con la mayoría, o manifestar su voto contrario si disienten de ella.*
- (5) *El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes.*

⁴³⁹ En vigor para la República Argentina desde el 18 de noviembre de 1994. En vigor para Estados Unidos de América desde el 14 de octubre de 1966.

midad con las leyes de *Commonwealth* del Estado de Kentucky (EEUU). Por su parte, LG&E International Inc. es una corporación constituida bajo las leyes del Estado de Delaware (EEUU).

LG&E posee participación accionaria en tres compañías distribuidoras de gas, constituidas en Argentina, por el propio Estado argentino⁴⁴⁰.

La Demandada es la República Argentina que, como los Estados Unidos de América, es parte del *Convenio para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* antes referido. El *Tratado Bilateral entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* (TBI) fue suscrito el 14 de noviembre de 1991 y entró en vigor el 20 de octubre de 1994.

El 31 de enero de 2002 las Demandantes presentaron al Secretario General del CIADI la solicitud de arbitraje, de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio CIADI y, de acuerdo con la Regla 7 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje.

El 20 de junio de 2002, las Demandantes designaron como árbitro al Profesor Albert Jan van den Berg, nacional de los Países Bajos. La República Argentina, el 26 de agosto de 2002, designó como árbitro al juez Francisco Rezek, nacional de Brasil (mismo árbitro que constituyó el tribunal arbitral que dirimió la controversia en CMS contra Argentina).

El Secretario General del CIADI, con el visto bueno de las partes, nombró como Presidenta del Tribunal de Arbitraje a la doctora Tatiana B. de Maekelt, nacional de Venezuela.

En el mes de enero de 2003 las Demandantes presentaron al CIADI una comunicación en la cual informaban la ampliación de su solicitud de arbitraje, pues afirmaban que la Demandada había cometido nuevas violaciones del TBI al sancionar la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario (“Ley de Emergencia”), la cual consideran afectaba negativamente sus inversiones en Argentina.

⁴⁴⁰ Distribuidora de Gas del Centro (“Centro”), Distribuidora de Gas Cuyana S.A. (“Cuyana”) y Gas Natural BAN S.A. (“GasBan”).

LG&E posee el porcentaje mayoritario de las acciones en Centro y el minoritario en GasBan y Cuyana.

La República Argentina presentó excepciones a la Jurisdicción del Centro. Pero el Tribunal el 30 de abril de 2004, emitió su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, en la cual estableció que el CIADI tenía jurisdicción y el Tribunal competencia para conocer la controversia⁴⁴¹.

⁴⁴¹ El Tribunal consideró los siguientes criterios:

- a. Que la diferencia debe ser entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante, y que las Demandantes deben tener legitimación (*jus standi*) para actuar en este proceso.
- b. Que debe tratarse de una controversia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión.
- c. Que las partes deben haber expresado su consentimiento, por escrito, de someterse a arbitraje y, específicamente, al arbitraje del CIADI.
- d. Que deben cumplirse los demás requisitos exigidos, tanto por el Convenio CIADI como por el Tratado Bilateral, para someter una diferencia al arbitraje.

En relación con el criterio (a), referente a *jus standi*, el Tribunal opinó que, a los efectos del Convenio CIADI y el Tratado Bilateral, las Demandantes deben ser consideradas inversionistas extranjeras, aún cuando no hubieran ejecutado directamente la inversión en la República Argentina, sino a través de sociedades constituidas para tal efecto en el territorio de este país (Decisión sobre Jurisdicción, § 63).

En relación con el criterio (b), el cual requiere que la controversia ante el Tribunal sea de naturaleza jurídica y surja directamente de una inversión, el Tribunal concluyó que, en fase jurisdiccional, se debía presumir que los reclamos de las Demandantes se basaban en violaciones del Tratado Bilateral que afectaban su inversión en el sentido del Convenio CIADI y del Tratado Bilateral (Decisión sobre Jurisdicción, § 66).

En relación con el criterio (c), relativo al consentimiento de las partes para someterse al arbitraje del CIADI, el Tribunal consideró que el consentimiento de la República Argentina estaba dado en base al Artículo VII (4) del Tratado Bilateral. Por su parte, las Demandantes, al acudir al CIADI, han decidido someter sus diferencias en materia de inversiones a la jurisdicción de este Centro. Es de destacar que, en este caso, las Demandantes no sometieron la diferencia a los tribunales argentinos o a alguno de los demás mecanismos de solución de controversias mencionados en el Artículo VII del Tratado Bilateral. Por estos motivos, en el presente caso no surge cuestión alguna vinculada con la disposición conocida como “bifurcación de vías” (Decisión sobre Jurisdicción, § 69 ss).

Finalmente, en relación con el criterio (d), referido a la verificación de los demás requisitos del Convenio CIADI y del Tratado Bilateral, el Tribunal concluyó que las demandas no están limitadas en el tiempo y que las peticiones plasmadas por las Demandantes en su petición adicional, coinciden con las alegadas en su petición original, por lo que es posible examinarlas en el mismo proceso, en aras de la eficiencia. Por otra parte, el hecho de que las licenciatarias puedan haber iniciado negociaciones con la Demandada, es ajeno a este procedimiento arbitral, pues las licenciatarias, siendo personas jurídicas diferentes, llevan adelante ese proceso desde su propia perspectiva

La República Argentina niega haber violado el TBI y solicita que el Tribunal rechace todas las demandas de LG&E y la sentencie a pagar los costos. En su defensa la Demandada alega que en las circunstancias en que se produjo su actuación, la misma no genera responsabilidad por la violación del Tratado, pues estaba amparada por la defensa del *estado de emergencia*. Este es el punto que reviste para nosotros particular importancia, y que nos lleva a detenernos en esta controversia.

El Tribunal para el análisis de los antecedentes de la controversia comenzó desarrollando la situación económica-política y social vivida en la República Argentina desde fines de la década del ochenta, período en que comenzó una grave crisis económica que entiende se encuentra en el origen de todos los acontecimientos que tuvieron lugar posteriormente.

Las Demandantes afirman que sus pretensiones derivan del TBI y, en consecuencia, el Derecho aplicable está conformado por las disposiciones del Tratado y el Derecho internacional general. Para las Demandantes, este enfoque se desprende del Artículo 42(1), primera parte, del Convenio CIADI. Desde la perspectiva de las Demandantes, el Derecho argentino es simplemente la “base fáctica” para las demandas regidas por el Tratado y el Derecho internacional (Memorial de las Demandantes, §§ 155-156).

La Demandada no niega la aplicación del Tratado Bilateral, pero entiende que, en vista de la ausencia la elección del Derecho aplicable, la relación entre LG&E y el Gobierno argentino debería someterse a la segunda parte del Artículo 42(1) del Convenio CIADI, que consagra la prelación de las fuentes y, en consecuencia, deberá aplicarse, en primer

(empresarial). Así, habiendo transcurrido más de seis meses desde la fecha en que surgió la controversia, es decir, el 24 de enero de 2002, no hay obstáculo para iniciar el procedimiento arbitral (Decisión sobre Jurisdicción, § 80).

Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal decidió lo siguiente:

- a. Considerar que esta controversia se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal;
- b. Desestimar todas las objeciones planteadas por la Demandada sobre la admisibilidad de la controversia y todas las excepciones opuestas por la Demandada a la jurisdicción del CIADI y a la competencia de este Tribunal;
- c. Ordenar, en virtud de la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje, la continuación del procedimiento;
- d. Reservarse todas las cuestiones relativas a las costas y los gastos del Tribunal y de las partes para su determinación posterior.

lugar, el Derecho argentino. La Demandada señala que “cuando un inversor se dirige a un Estado para realizar una inversión, se somete –al igual que los inversores nacionales- a las leyes del país en el que efectúa la inversión” (Memorial de Contestación de la Demandada, § 25). Argentina destaca la insuficiencia del Tratado para regir este caso, particularmente si se tiene presente el contenido del Derecho sustantivo argentino relacionado con el tratamiento de la inversión extranjera.

El Tribunal aplicó para decidir la controversia en primer lugar, el Tratado Bilateral, en segundo lugar, y a falta de regulaciones expresas de este último, aplicará el Derecho internacional general y, en tercer lugar, el Derecho interno argentino, especialmente el MRG, dictado para el sector del gas natural.

A continuación nos detenemos en la posición de las partes respecto del estado de necesidad invocado por la demandada.

La Demandada señala que si Argentina hubiese violado las obligaciones impuestas por el Tratado, el estado de crisis política, económica y social en el que cayó el país, justifican las acciones violatorias de las obligaciones que había asumido con respecto a las licenciatarias de distribución del gas. Por tanto, aún si las medidas adoptadas por el Estado para superar la crisis vivida en los años 1998 a 2003, infringieran los derechos consagrados en el Tratado, tales medidas se tomaron en un contexto de estado de necesidad. En consecuencia, durante este período Argentina queda exenta de responsabilidad.

La República Argentina construye su defensa en el marco del “estado de necesidad”, admitido por el Derecho argentino, así como por el Tratado, en sus Artículos XI⁴⁴² y IV (3) y la costumbre internacional.

Las Demandantes rechazan la defensa de la Demandada referente al estado de necesidad y afirman que el Artículo XI no es aplicable a los casos de crisis económica, ya que los elementos de orden público y de intereses esenciales de seguridad tienen un ámbito de aplicación intencionalmente estricto, limitado a las amenazas a la seguridad de naturaleza física.

⁴⁴² “El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.

El Tribunal para determinar la aplicabilidad del Artículo XI del Tratado Bilateral hace un doble análisis. En primer lugar, analiza si las condiciones vividas en Argentina justificaban que el Estado invoque la protección consagrada en la norma antes citada. En segundo lugar, el Tribunal determina si las medidas tomadas por Argentina fueron realmente necesarias para mantener el orden público o proteger un interés esencial de seguridad, a pesar de haberse violado el Tratado.

NATURALEZA SELF-JUDGING DEL ARTÍCULO XI

Frente a una obligación internacional es importante conocer quién es el juez que determinará la naturaleza y extensión de la obligación asumida y cuándo se ha dado cumplimiento a la misma. Esta cuestión cobra particular importancia cuando estamos frente a una circunstancia de exclusión de ilicitud.

La CIJ ya se refirió a este tema en el caso *Gabčíkovo – Nagymaros* y también el tema fue analizado en el caso *CMS* antes referido.

Antes de proceder al análisis material del Artículo XI, el Tribunal debe determinar si este artículo es *self-judging*.

La Demandada considera que sí lo es y afirma que, debido a la naturaleza *self-judging* de la disposición, es facultad del Estado determinar, de buena fe, cuando las medidas sean necesarias para el mantenimiento del orden público o la protección de sus intereses esenciales de seguridad. De acuerdo con la Demandada, en el marco del carácter *self-judging* del Artículo XI del Tratado, el Tribunal sólo debe decidir si Argentina actuó o no de buena fe.

Las Demandantes no están de acuerdo con que el Artículo XI sea *self-judging*, y argumentan que su aplicación requiere un análisis por parte del Tribunal, en orden a determinar si las medidas tomadas por Argentina respondieron a la necesidad de mantener el orden público o de mantener un interés esencial de seguridad para el Estado, en el sentido del Artículo XI.

Las Demandantes sostienen que al Artículo XI debe dársele la interpretación literal por cuanto ni el contexto ni el propósito del Tratado sugieren que dicho artículo sea *self-judging*, y que la posición de los Estados Unidos en el momento de la firma del Tratado era que tales cláusulas no lo eran. Señalan que la Demandada no ha probado que las partes tuvie-

ron la intención de considerar el Artículo XI como *self-judging*, lo cual caracterizan como “excepcional”. Sostienen que los Estados Unidos no consideraron las cláusulas que protegen los intereses esenciales de seguridad como de naturaleza *self-judging* hasta la firma del Tratado Bilateral Estados Unidos-Rusia de 1992 y el cambio de modelo norteamericano de Tratado Bilateral de 1992, ambos posteriores al Tratado Bilateral Estados Unidos-Argentina y ambos con comentarios explícitos en cuanto al cambio de política de los Estados Unidos con respecto a estas disposiciones, ahora consideradas de naturaleza *self-judging*.

El tribunal arbitral se detiene a analizar cada uno de los elementos del estado de necesidad, punto que retomamos en el capítulo siguiente⁴⁴³.

Cumplidos los requisitos para invocar el estado de necesidad, el Tribunal considera que este es el factor eximente de la responsabilidad por los daños causados a consecuencia de las medidas que tomó Argentina en respuesta a la severa crisis que tuvo lugar en este país.

El Tribunal opina que el artículo 27 del Proyecto de las Naciones Unidas alegado por las Demandantes, no se refiere específicamente a la compensación por alguna o por todas las pérdidas en las que haya incurrido un inversionista, debido a las medidas adoptadas por un Estado durante el estado de necesidad. El Comentario del Ponente Especial establece que el Artículo 27 “*does not attempt to specify in what circumstances compensation would be payable*”. La norma no precisa si debe pagarse compensación durante el estado de necesidad ni tampoco si el Estado debe reasumir sus obligaciones. En este caso, la interpretación del Artículo XI del Tratado dada por el Tribunal provee la respuesta.

Tomando en cuenta esta interpretación el Tribunal considera que el Artículo XI consagra el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud del comportamiento del Estado y, por ende, como eximente de responsabilidad.

Esta excepción sólo procede durante la situación de emergencia y, una vez concluida tal situación, es decir, una vez recuperada cierta estabilidad, el Estado no está exento de la responsabilidad en que pudiese incurrir por la violación de sus obligaciones conforme al Derecho internacional y deberá reasumirlas inmediatamente.

⁴⁴³ Ver capítulo 5.

Una vez que el Tribunal ha determinado que Argentina ha actuado en estado de necesidad consagrado en el Artículo XI, y de acuerdo al Derecho internacional general, surgen tres aspectos relevantes:

-El primero de ellos se refiere a la determinación del período durante el cual se produjo el estado de necesidad. Tal y como se estableció anteriormente, a juicio de este Tribunal, se inició el 1 de diciembre de 2001 y finalizó el 26 de abril de 2003, fecha de la elección del Presidente Kirchner. Todas las medidas tomadas por Argentina en violación al Tratado antes y después del período durante el cual se produjo el estado de necesidad, surten todos los efectos y serán tomadas en consideración por este Tribunal en el cálculo de los daños.

-La segunda cuestión relacionada con los efectos del estado de necesidad, se vincula con la determinación del sujeto sobre quien recaen las consecuencias de las medidas tomadas por el Estado receptor durante el estado de necesidad.

Tal y como se estableció en el análisis del Tribunal, el artículo 27 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, al igual que el Artículo XI del Tratado, no precisa si debe pagarse compensación a la parte que sufre pérdidas durante el estado de necesidad. En consecuencia, el Tribunal determinó que las pérdidas sufridas durante el estado de necesidad deberán ser soportadas por el inversionista.

-La tercera cuestión, está relacionada con lo que Argentina debió haber hecho, una vez terminado el estado de necesidad el 26 de abril de 2003. Al día siguiente (27 de abril), las obligaciones de Argentina recobraron su vigencia.

Por lo tanto, la Demandada debió reestablecer el sistema tarifario ofrecido a LG&E o, al menos, haber compensado a las Demandantes por las pérdidas sufridas como consecuencia de sus medidas antes del estado de necesidad y después del mismo.

Basado en el análisis del estado de necesidad, el Tribunal concluye que dicho estado se inició el 1 de diciembre de 2001 y finalizó el 26 de abril de 2003. Consecuentemente, durante ese período Argentina queda exenta de responsabilidad, por lo cual las Demandantes deberán soportar las consecuencias de las medidas tomadas por el Estado receptor; y finalmente, la Demandada debió restablecer el sistema tarifario el 27 de abril de 2003 o haber compensado a las Demandantes, lo cual no ocurrió. En consecuencia, a partir de esa fecha Argentina es responsable por los daños causados a las Demandantes.

El Tribunal declaró parcialmente haciendo lugar a la demanda de LG&E, y en tal sentido decide:

- a. Declarar sin lugar la expropiación de la inversión.
- b. Declarar que Argentina violó los estándares de trato justo y equitativo, trato no menos favorable que el exigido por el Derecho internacional y tomó medidas discriminatorias, todo lo cual causó daños a LG&E. La derogatoria hecha por Argentina de las garantías incluidas en el marco legal, constituyó una violación de sus obligaciones para con las inversiones de las Demandantes, generando responsabilidad a la luz de la cláusula paraguas.
- c. Declarar que no hubo violación del estándar que prohíbe dictar medidas arbitrarias.
- d. Declarar que entre el 1 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003, Argentina actuó en estado de necesidad, razón por la cual se le exonera del pago de la indemnización por concepto de los daños ocurridos durante tal período.
- e. La República Argentina es responsable por los daños causados a las Demandantes, consecuencia de las violaciones antes indicadas, excepto durante el período correspondiente al estado de necesidad. Tales daños, incluyendo intereses, así como la especificación de los lapsos en los cuales la Demandada ha incurrido en violación de sus obligaciones internacionales, serán determinados durante la próxima fase del arbitraje, con respecto a la cual el Tribunal retiene jurisdicción.
- f. Se reserva cualquier decisión sobre los costos del arbitraje.

Caso Continental Casualty Company c. República Argentina (CIADI, 5 de setiembre de 2008) ⁴⁴⁴⁻⁴⁴⁵

El 17 de enero de 2003, el CIADI recibió una solicitud de arbitraje en contra de la República Argentina presentada por Continental Casualty

⁴⁴⁴ *Caso Continental Casualty Company c. República Argentina*, caso CIADI N° ARB/03/9, laudo arbitral 05 de setiembre de 2008, [http://www.worldbank/icsid/...](http://www.worldbank/icsid/) Los árbitros fueron Prof. Giorgio Sacerdoti (Presidente), Sr. V.V.Veeder y Lic. Michell Nader.

⁴⁴⁵ Véase STICCA, M. A. “El estado de necesidad como causa de exclusión de ilicitud: el caso Continental vs. La República Argentina”, *Anuario XI* 2008 del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Edit. La Ley, 2009, pp. 393 – 411.

Company, empresa constituida con arreglo a la ley del Estado de Illinois (Estados Unidos de América). La solicitud se refería a la inversión de Continental en CNA Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. (“CNA ART” o “CNA”), compañía de seguros constituida en Argentina, de la cual Continental afirmó ser propietaria absoluta, y a las presuntas violaciones por parte de Argentina de los derechos que corresponden a Continental como inversionista en virtud del *Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado en 1991 entre los Estados Unidos de América y la República Argentina* (TBI)⁴⁴⁶.

El 20 de agosto de 2003, la República Argentina nombró árbitro al Licenciado Michell Nader, de nacionalidad mexicana. El 22 de agosto de 2003, la Demandante nombró árbitro a Sir Elihu Lauterpacht, nacional del Reino Unido. El 6 de agosto de 2004, el Prof. Lauterpacht renunció al cargo, por lo que la Demandante tuvo que designar como nuevo árbitro al Sr. V.V. Veeder, nacional del Reino Unido. Con el acuerdo de las partes, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró Presidente del Tribunal de Arbitraje al Profesor Giorgio Sacerdoti, de nacionalidad italiana.

Continental es una empresa constituida en Illinois (Estados Unidos) y es filial de CNA Financial Inc. (CNA), “una destacada proveedora de servicios financieros con oficinas centrales en Chicago”. Continental es propietaria y ejerce el control de CNA ART, que es “una de las empresas líderes en la prestación de servicios de seguros de riesgo de trabajo”. CNA ART fue constituida en Argentina en 1996 con el nombre de “OMEGA Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.”. En junio de 1997, Continental adquirió un 70% de participación en esta empresa y aumentó dicha participación a prácticamente el 100% (99,9995%, para ser exactos) en diciembre de 2000. Acto seguido, Omega cambió su nombre por el de CNA ART. La empresa (CNA ART) mantiene una cartera de valores de inversión con el objeto de obtener rentabilidad sobre su capital, la que consiste principalmente en “activos de bajo riesgo, tales como depósitos en efectivo, letras del Tesoro y bonos del Gobierno”. De conformidad con la reglamentación argentina de las operaciones de seguros de CNA, “salvo escasas excepciones, ese capital debe invertirse en Argentina”.

⁴⁴⁶ Firmado en Washington el 14 de noviembre de 1991, en vigor desde el 20 de octubre de 1994.

Según la Demandante, con anterioridad a marzo de 2001, la cartera de inversiones de CNA consistía principalmente en activos denominados en pesos argentinos, que en ese entonces eran plenamente convertibles a dólares de los Estados Unidos a la tasa de uno por uno. Con el fin de protegerse contra el riesgo de devaluación, la administración de CNA decidió realizar inversiones dentro de Argentina en activos de bajo riesgo denominados en dólares de los Estados Unidos. Como resultado de diversas operaciones de inversión, a partir de entonces mantuvo una cartera de cuentas en efectivo, certificados de depósito, letras del Tesoro, bonos y préstamos del Estado cuyo valor era de US\$100.998.000.

Continental señala que “(a) partir de diciembre de 2001, Argentina promulgó una serie de decretos y resoluciones que aniquilaron la seguridad jurídica de los activos en manos de CNA ART e impidieron a ésta cubrirse frente al riesgo de devaluación del peso”. La Demandante hace referencia a “las restricciones de Argentina a las transferencias hacia afuera de su territorio”, “la reprogramación de depósitos en efectivo”, “la pesificación de los depósitos en dólares de los Estados Unidos”, “la pesificación y el incumplimiento de sus obligaciones del servicio de la deuda”, así como a otras medidas. Continental señala que, debido a esas medidas (llamadas colectivamente “el régimen de control de capitales de Argentina”), en su calidad de inversionista en Argentina, había sufrido una pérdida absoluta del valor de sus activos de US\$46.412.000 y que, debido a la “congelación bancaria”, no puede o no pudo acceder a sus inversiones en Argentina.

Desde un punto de vista jurídico, Continental afirmó que estaba protegida en virtud del TBI como “inversionista estadounidense con una inversión en Argentina”, pues su inversión protegida es, concretamente, CNA ART. Continental adujo que, debido a la conducta y las acciones expuestas en forma resumida anteriormente, Argentina ha dejado de cumplir las obligaciones contraídas, en virtud del tratado bilateral de inversiones, con respecto a ella en su calidad de inversionista estadounidense en Argentina. Continental afirma que Argentina ha violado, como mínimo, las siguientes disposiciones del TBI:

- i. La obligación de observar obligaciones contraídas prevista en el Artículo II(2)(c) del TBI;
- ii. La obligación de brindar trato acorde al derecho internacional, incluido un trato justo y equitativo y protección y seguridad ple-

- nas, según lo previsto por el Artículo II(2)(b) del TBI, así como el trato de la NMF previsto en el Artículo II(2)(a);
- iii. La obligación de permitir, sin demora, todas las transferencias relativas a una inversión, según lo estipulado en el Artículo V del TBI, y
 - iv. La obligación de pagar una compensación por actos de expropiación, estipulada en el Artículo IV del TBI.

Basándose en un “Informe de valoración independiente” que presentó al Tribunal, Continental estimó sus pérdidas como sigue: i) por la violación de las obligaciones contractuales, pérdidas no inferiores a US\$31 millones; ii) por la violación de las obligaciones sobre expropiación, pérdidas no inferiores a US\$38 millones.

El 29 de junio de 2004, Argentina presentó un Memorial sobre excepciones a la jurisdicción.

El 22 de febrero de 2006, el Tribunal emitió su decisión sobre la jurisdicción⁴⁴⁷, en la que rechazó las excepciones de incompetencia opuestas por la Demandada y sostuvo que la diferencia de autos estaba comprendida en el ámbito de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal⁴⁴⁸.

El Artículo XI del TBI dispone: “*El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad*”.

La República Argentina niega absolutamente haber incurrido en incumplimiento de las obligaciones internacionales dimanantes del TBI en virtud de las diversas medidas adoptadas a partir del año 2001 y las cuales fueran impugnadas por la demandante. No obstante ello, y para el supuesto caso que el Tribunal la encuentre responsable, subsidiariamente presenta dos defensas que darían en todo caso legalidad absoluta a sus acciones. La primera defensa se basa en el Art. XI del TBI, y la segunda en el “Estado de necesidad” reconocido en el derecho internacional consuetudinario y receptado por el Proyecto de artículos sobre Responsabi-

⁴⁴⁷ Puede consultarse en <http://www.investmentclaims.com>

⁴⁴⁸ Caso Continental..., Ob. Cit., parág. 42.

lidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito de la Comisión de Derecho Internacional (CDI).

El Tribunal fundamenta su abordaje, en primer término de las defensas presentadas por Argentina, antes que comenzar por el examen de las distintas reclamaciones por incumplimiento presentadas por Continental, en que por la naturaleza de las defensas *“podrían llegar a absolver a Argentina, total o parcialmente, de los presuntos incumplimientos y de la consiguiente responsabilidad por el pago de daños y perjuicios”*⁴⁴⁹.

No consideramos adecuado el uso del término “absolver” en el sentido de dar por libre de algún cargo u obligación, pues tanto una como otra defensa presentadas por la demandada tienen carácter transitorio y no tienen como objeto dar por terminada la obligación, sino que sólo eximen de su cumplimiento por un tiempo determinado.

Fitzmaurice observó que cuando se aplica una de las circunstancias que excluyen la ilicitud, “el incumplimiento no sólo está justificado sino que va encaminado a que se reanude el cumplimiento tan pronto como desaparezcan los factores que causaban y justificaban el incumplimiento”⁴⁵⁰.

En un caso concreto, la presencia de una de las circunstancias de exclusión de ilicitud determina que el hecho estatal no pueda calificarse de ilícito, por lo que no podría derivar ninguna forma de responsabilidad internacional. A los fines de la CDI, toda circunstancia que excluya la ilicitud de un hecho tiene necesariamente el efecto de excluir igualmente la responsabilidad.

Cuando media una de estas circunstancias no existe ilicitud, porque no existe el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito, es decir, la violación de una obligación internacional.

“El comportamiento de un Estado, cuando tiene lugar, por ejemplo, en circunstancias de legítima defensa, fuerza mayor o ejercicio legítimo de una sanción, no constituye un hecho internacionalmente ilícito, ya que en tales circunstancias el Estado no tiene que observar la obligación internacional que normalmente debería respetar ni, por lo tanto, puede haber violación de tal obligación. Falta, por consi-

⁴⁴⁹ Cf. Caso Continental..., Ob. Cit, Párr. 161.

⁴⁵⁰ Fitzmaurice, Cuarto Informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario CDI* 1959, vol. XII, p. 44.

*guiente, una de las condiciones esenciales para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito*⁴⁵¹.

Son causas de exclusión de ilicitud y no de responsabilidad porque tornan lícita una conducta que de otra manera sería ilícita. Estas circunstancias no anulan, no dan por terminada la obligación internacional, sólo justifican el incumplimiento. Por ello, se las debe diferenciar de las causas de terminación de la obligación en sí.

El Tribunal considera primero los argumentos vertidos por la Demandada basados en el Art. XI. El contenido de las dos defensas es diferente.

Según el Artículo XI, las obligaciones que cualquiera de las Partes haya asumido en virtud del Tratado en cuanto al trato de las inversiones y los inversores de la otra Parte “no impedirá” la aplicación de las “medidas necesarias” para la consecución de los tres tipos de intereses nacionales mencionados allí, a saber:

- a. el mantenimiento del orden público;
- b. el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o
- c. la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.

Continúa señalando que conforme “(e)l significado corriente de las palabras utilizadas, junto con el objeto y la finalidad de la disposición indica claramente que ninguna de las partes incurriría en incumplimiento de sus obligaciones en virtud del TBI si se hubiera adoptado debidamente cualquier medida porque era necesaria, en lo pertinente en este caso, ya sea “para el mantenimiento del orden público” o para “la protección de los intereses esenciales de seguridad” de la parte que adopta dichas medidas”.

El Tribunal se inclinó por aceptar la posición del Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación del caso *CMS c. Argentina* resuelto en CIADI, en cuya decisión se afirma lo siguiente: “*El Artículo XI es un requisito de piso: si se cumple, las obligaciones sustantivas bajo el tratado no tienen aplicación. Por el contrario, el Artículo 25 es una excusa que sólo es relevante una vez que ha sido decidido que, de otra forma, dichas obligaciones sustantivas han sido incumplidas*” (Decisión sobre la solicitud de anulación en el caso *CMS*, párrafo 129). Por otra parte, si el Artículo XI resulta aplicable porque la medida en cuestión era necesaria a fin de

⁴⁵¹ CDI *Anuario* 1979, vol. II, 2ª Parte, p.127.

salvaguardar intereses esenciales de seguridad, el tratado resulta inaplicable a dicha medida. A su vez, si un Estado se ve forzado, por razones de necesidad, a recurrir a una medida que resulta violatoria de una obligación internacional pero que se ajusta a los requisitos enumerados en el Artículo 25 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, el Estado queda libre de la responsabilidad que de otro modo se derivaría de dicho incumplimiento”.

Concluye afirmando que el Artículo 25 del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad internacional regula una situación diferente.

Cabe destacar, que las Partes en la controversia no discuten el hecho de que el Artículo 25 codifique el derecho internacional consuetudinario en la materia. El problema radica en que si bien, la CIJ ha reconocido en su sentencia pronunciada en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros* que “el estado de necesidad es una causal reconocida por el derecho internacional consuetudinario para excluir la ilicitud de un hecho que no se ajusta a una obligación internacional”, el texto del proyecto de la CDI no es una disposición de un tratado multilateral, cuya formulación precisa ha sido acordada por los Estados signatarios, sino que es una labor de codificación.

Los árbitros recordaron lo que se afirmó en el caso *Sempra*⁴⁵² “*El Tribunal comparte el entendimiento de que el artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados refleja el derecho internacional consuetudinario en la materia. Ello no significa que los artículos sean un tratado, ni siquiera que formen parte por sí del derecho consuetudinario. Son simplemente la expresión experta y sistemática del derecho en materia de estado de necesidad según se ha desarrollado por las cortes, los tribunales y otras fuentes durante un período prolongado*”.

Debemos recordar que cuando un Estado invoca el estado de necesidad, tiene pleno conocimiento del hecho de que opta intencionalmente por un procedimiento que no se ajusta a una obligación internacional. Éste es un argumento que no resultaría aplicable a la invocación del Artículo XI.

⁴⁵² Caso *Sempra Energy International c. la República Argentina*, Caso CIADI N°ARB/02/16, de 28 de setiembre de 2007, para. 344. Árbitros Prof. F. Orrego Vicuña (Presidente), M. Lalonde y Dra. S. Morelli Rico. Cabe señalar que tanto el Presidente del tribunal como el árbitro designado por la demandante son los mismos que intervinieron en el caso *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* del 12 de mayo de 2005. ([http://www.worldbank/icsid/...](http://www.worldbank/icsid/)).

Las condiciones estrictas a que somete el texto de la CDI la invocación de la defensa del estado de necesidad por un Estado se explican por el hecho de que puede invocarse en cualquier situación contra cualquier obligación internacional, esas condiciones tienen carácter acumulativo y sólo se la puede invocar con carácter excepcional. Estos argumentos determinan al Tribunal a concluir que la invocación del Artículo XI en el marco de este TBI, como disposición específica que limita las obligaciones generales (“principales”) de protección de la inversión, convenida bilateralmente por las Partes Contratantes, no está siempre sujeta a las mismas condiciones de aplicación que la invocación del estado de necesidad en virtud del derecho internacional general.

El tribunal continúa afirmando *“Sin embargo, hay un vínculo entre los dos tipos de regulación. En primer lugar, ambas intentan proporcionar flexibilidad en la aplicación de las obligaciones internacionales, reconociendo que la necesidad de proteger los intereses nacionales de importancia fundamental puede justificar el dejar de lado o suspender una obligación, o el impedir la imputación de responsabilidad por su incumplimiento. Asimismo, el resultado práctico de aplicar la exención prevista en el Artículo XI, en lugar de la defensa del estado de necesidad, puede ser la misma: condonar una conducta que de otro modo sería ilícita y eliminar, por lo tanto, la responsabilidad del Estado. Esto también sería cierto si se considerara al Artículo XI como una regulación bilateral específica del estado de necesidad a los fines del TBI (en consecuencia, una especie de lex specialis), apelando al recurso de la excepción consuetudinaria más restrictiva del estado de necesidad”*⁴⁵³.

El tribunal luego de analizar cada uno de los elementos del estado de necesidad, punto que retomamos en el capítulo siguiente, concluye afirmando que Argentina tiene derecho a invocar el estado de necesidad y se consideran dadas las condiciones necesarias y excepcionales que lo configuran⁴⁵⁴. La única reclamación por incumplimiento del TBI formulada por la Demandante que tiene lugar es la relativa a la obligación de trato justo y equitativo prevista en el Art. II (2)(a) referente a la reestructuración de las LETES.

⁴⁵³ Esta opinión se ajusta a la expresada en la decisión sobre la solicitud de anulación del caso CMS, parágr.133.

⁴⁵⁴ Ver capítulo 5.

Para la invocación del estado de necesidad se deben cumplir todas las condiciones de manera acumulativa, por cuanto el Tribunal luego de analizar cada una de ellas concluyó que en el caso analizado se hace parcialmente lugar a la defensa invocada por Argentina.

Este laudo arbitral hace un aporte al desarrollo del estado de necesidad como causa de exclusión de ilicitud, pues se detiene a analizarlo y se nutre de lo construido hasta el momento por la doctrina, la CDI y la práctica internacional, especialmente en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio.

En suma, en los casos referidos la República Argentina presentó como circunstancia de exclusión de ilicitud el estado de necesidad, lo hizo con argumentos sólidos pero corrió con distinta suerte. Cabe señalar que los laudos fueron pronunciados por tribunales ad hoc en el marco del CIA-DI, en varios se aplicó incluso la misma normativa y los hechos fueron similares. Los tribunales arbitrales en los casos LG&E y en Continental reconocieron reunidas las condiciones del estado de necesidad, en cambio el tribunal en CMS rechazó la defensa alegada por Argentina frente a las reclamaciones por violaciones de TBI formuladas por las demandantes

C. CASOS EN LOS QUE SE INVOCÓ EL ESTADO DE NECESIDAD PARA SALVAGUARDAR DIVERSOS INTERESES ESENCIALES DE LOS ESTADOS O DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO

Asunto del Neptune (EE.UU. c/ Gran Bretaña)

(Tribunal arbitral, laudo de 1795)

Un barco americano *Neptune*, cargado con productos alimenticios con destino a Francia, una nación en guerra con Gran Bretaña (GB), fue detenido en alta mar en abril de 1795 por un barco de guerra británico. El *Neptune* fue llevado a un puerto británico, en el que GB se apodera de su carga en virtud de una orden de prórroga a los barcos neutrales con destino a los puertos enemigos. El Gobierno británico tomó la carga, pagando el precio de la factura más un beneficio del diez por ciento. Los propietarios del buque norteamericano reclamaban la diferencia entre el importe pagado y el importe que habrían recibido si la carga hubiese llegado a

su destino. Presentaron una demanda contra el gobierno británico a una comisión arbitral establecida de conformidad con el Tratado de Jay del 19 de noviembre de 1794. Para justificarse, Gran Bretaña invocó, entre otras razones, el estado de necesidad causado por la carencia de abastecimientos que sufría el país a causa de la guerra. En su decisión, la Comisión rechazó la tesis británica pero no porque tuviera la intención de negar que la necesidad podía representar una circunstancia que excluía la ilicitud, sino porque en el caso no existían las condiciones para tal invocación. La Comisión reconoció que la intervención de un Estado en la esfera de otro, inocente, *puede disculparse por el estado de necesidad cuando ésta es no culpable, apremiante e inmediata y que no puede salvarse por otros medios*. El Estado estaba obligado a resarcir a la víctima lo antes posible⁴⁵⁵.

Pinkney uno de los miembros de la Comisión arbitral sostuvo: “No niego que la necesidad extrema pueda justificar tal medida (confiscación de bienes de propiedad de neutrales). Sólo importa determinar si esa *necesidad extrema* existía en esta oportunidad y en qué términos podía ejercerse el derecho que transmitía”⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ En resaltado nos pertenece. Tomado de VERDROSS, A. *Derecho Internacional Público*, Ob.Cit., p. 332. Verdross considera que estos supuestos estrictos señalados por el árbitro, limitan estrechamente el estado de necesidad en el derecho internacional, lo que pone cortapisas a la aplicación abusiva de esta regla de excepción.

⁴⁵⁶ “Two of the arbitral commissioners, applying the concept of necessity to the facts of the case, found that the facts did not justify a legitimate reliance on necessity. Mr. Pinkney wrote in his opinion:

‘I shall not deny that *extreme necessity* may justify such a measure [seizure of foodstuffs]. It is only important to ascertain whether that *extreme necessity* existed on this occasion and upon what terms the right it communicated might be carried into exercise.

We are told by Grotius that the necessity must not be imaginary, that it must be real and pressing, and that even then it does not give a right of appropriating the goods of others until all other means of relief consistent with the necessity have been tried and found inadequate’.

Mr. Trumbull expressed a similar understanding of the limits of necessity.

‘The necessity which can be admitted to supersede all laws and to dissolve the distinctions of property and right must be absolute and irresistible, and we cannot, until all other means of self-preservation shall have been exhausted, justify by the plea of necessity the seizure and application to our own use of that which belongs to others’.”

Tomado de BOED, R. “State of Necessity as a justification for internationally wrongful conduct”, Ob. Cit., pp. 8 -9.V. asimismo, “Resumption of Proceedings”, *4 International*

Controversia respecto de bienes de nacionales británicos que vivían en Portugal (Gran Bretaña c/ Portugal)

(Canje de notas en 1832)

El Gobierno portugués vinculado a Gran Bretaña por un tratado en que se comprometía a respetar los bienes de nacionales británicos que residieran en el país, invocó la necesidad urgente de atender a la subsistencia de determinados contingentes, utilizados para reprimir disturbios internos, para justificar la confiscación por el Gobierno de bienes pertenecientes a nacionales británicos. El asesor jurídico británico Sr. Jenner sostuvo: “(...) tengo el honor de informar de que concuerdo con el Sr. Hoppner en que, cualquiera sea el punto de vista desde el cual se considere, el actual conflicto en Portugal no puede menoscabar la inmunidad de los súbditos británicos que residen en dicho Reino ni privarlos de los privilegios que les han sido otorgados en virtud de un tratado. Sin embargo, la cuestión que en realidad se plantea es si los privilegios e inmunidades otorgados de ese modo han de respetarse en toda circunstancia, cualquiera sea el riesgo que ello entrañe; en mi humilde opinión, entiendo que no es posible sostener dicha tesis hasta ese extremo”.

Caso Caroline ⁴⁵⁷ (EEUU c/ Gran Bretaña)

(Canje de notas en 1842)

Si bien este caso se menciona frecuentemente como caso de legítima defensa, la CDI y algunos autores lo consideran un supuesto de estado de necesidad⁴⁵⁸.

Fuerzas armadas británicas penetraron en el territorio norteamericano y atacaron y destruyeron un barco perteneciente a ciudadanos norteamericanos cargado *i.a.* con reclutas y materiales militares destinados a

Adjudications Ancient and Modern Documents John Bassett Moore ed. Modern Ser, 1931, pp, 122 y ss.

⁴⁵⁷ JENNINGS, R. Y., “The Caroline and Mc Leod Cases”, *The American Journal of International Law*, Vol. 32, (1938), p. 82 ss.

⁴⁵⁸ V. CRAWFORD, J. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado...* Ob .Cit., p. 222 – 223; PINTORE, E. “El caso *Caroline*. ¿Un precedente de legítima defensa preventiva?”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Vol. 2, n°2, 2011, pp. 199-210.

insurgentes canadienses. El buque apoyaba regularmente a los rebeldes de Canadá sin que EEUU lo impidiese. Ante la protesta norteamericana, el Ministro de Gran Bretaña en Washington, Fox planteó la “necesidad de legítima defensa y autoconservación”.

El Secretario de Estado Webster le replicó, afirmando que “nada que no sea una necesidad clara y absoluta puede justificar la comisión de actos hostiles dentro del territorio de una Potencia de paz” y destacó que el Gobierno británico debía probar que la acción de sus fuerzas había sido verdaderamente provocada por “una necesidad de legítima defensa instantánea, abrumadora, que no dejaba ninguna elección posible de medios y ningún tiempo para deliberar”.

El incidente concluyó en 1842 después de un canje de cartas en las que los dos gobiernos estuvieron de acuerdo en que podía surgir “una necesidad fuerte e insuperable en cuya oportunidad este gran principio pueda y deba suspenderse”.

Verdross, al analizar la autoprotección, afirma que “el caso es de una importancia mayor, porque, si bien los Estados Unidos protestaron, reconocieron al propio tiempo que tal medida hubiera sido perfectamente justificada, de haberse tratado de vencer un peligro inminente y grave, no susceptible de ser evitado de otra manera, y siempre que no se traspasaran los límites absolutamente necesarios”⁴⁵⁹. El citado autor continuo afirmando que los casos de autoprotección “se distinguen del estado de necesidad, por cuanto en la autoprotección se reacciona contra la amenaza de un hecho ilícito objetivo, mientras que en el estado de necesidad se produce una irrupción en el ámbito de un Estado no culpable”⁴⁶⁰.

El caso Caroline no puede ser considerado supuesto de legítima defensa, en primer lugar, porque no reúne una de las condiciones esenciales de tal figura cual es el ataque proveniente de un Estado como tal, sino que se trata del ataque por parte de personas privadas. Este caso se configura como un supuesto de estado de necesidad puesto que se dan los requisitos de tal circunstancia, ello es peligro inminente y grave, amenaza a la existencia misma del Estado, proporcionalidad, ausencia de otro modo de salvaguardar el interés, no contribución a tal estado de cosas.

⁴⁵⁹ VERDROSS, A. *Derecho Internacional Público...*, Ob. Cit., p. 348-349.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 350.

Asunto de la Compañía General del Orinoco (Francia c/ Venezuela) (Comisión Mixta de Reclamaciones Francia/Venezuela, 1910)⁴⁶¹

La Compañía General del Orinoco, sociedad francesa, obtuvo de Venezuela una concesión para la explotación de minerales y el desarrollo de una red de transportes en una vasta región sobre la cual Venezuela ejercía soberanía, pero dichos territorios eran reclamados por Colombia. Con el objeto de evitar el inminente peligro de un conflicto armado con el vecino país, Venezuela se vio obligada a rescindir los contratos de concesión que había concertado con franceses y restituir a Colombia los territorios sobre los cuales, por error, había ejercido poderes soberanos. En consecuencia, surgió una controversia entre el Gobierno venezolano y la Compañía, la cual se llevó ante la Comisión Mixta de Reclamaciones Francia/Venezuela establecida en virtud de un Protocolo de 1902. Esta comisión acogió favorablemente los argumentos presentados por Venezuela, según los cuales este país se había visto obligado a revocar la concesión de la empresa francesa ante el peligro real, provocado por dicha concesión, de que estallara la guerra con Colombia.

El árbitro Plumley juzgó que era internacionalmente lícito, dadas las circunstancias excepcionales del caso, que el Gobierno venezolano rescindiera la concesión, si bien admitió que la empresa tenía derecho a una indemnización⁴⁶².

⁴⁶¹ Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. X, 184-355.

⁴⁶² El árbitro sostuvo: "(...) El Gobierno de Venezuela, cuyo deber de autoconservación tenía primacía respecto de toda cuestión contractual, estaba facultado para revocar el contrato en todo o en parte. El gobierno ejerció dichas atribuciones y rescindió la disposición de cesión ilimitada por considerar que el peligro dejaba sin efecto la obligación y sustituyó dicha obligación por la indemnización. (...)

"(...) A pesar de estar pendiente el conflicto fronterizo, se permitió a la Compañía General del Orinoco tomar posesión absoluta e incuestionable de las zonas en litigio. Desde el punto de vista de las naciones, el Gobierno demandado había cometido un grave error que debía reparar y que sólo podía hacerlo retrocediendo. Ello sólo podía lograrse llegando a una transacción con la empresa o bien revocando el contrato.(...)

Sin embargo, lo que ha dicho basta para sugerir los motivos en que el árbitro funda su fallo, a saber: que la difícil situación en que se encontraba Venezuela respecto del incidente colombiano constituía motivo poderoso para la posición asumida por el Gobierno demandado respecto de la Compañía General del Orinoco en 1889, 1890 y 1891. Se trataba de una cuestión de política gubernamental y el hecho de que Venezuela haya

En este caso acordamos que podría alegarse el estado de necesidad atento la gravedad e inminencia del peligro y la no contribución por parte de Venezuela, claro que ello condicionado a que su ejercicio de soberanía sobre los territorios en disputa se haya debido efectivamente a un error no imputable.

Asunto del buque Wimbledon (Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón c/ Alemania)

(Corte Permanente de Justicia Internacional, sentencia de 17 de agosto de 1923)⁴⁶³.

Durante la guerra entre Rusia y Polonia llevada a cabo durante 1920-21 las autoridades alemanas negaron el tránsito por el Canal de Kiel al buque británico Wimbledon que había sido fletado por una empresa francesa y transportaba municiones y otro equipo de guerra con destino a Polonia. El 21 de marzo de 1921 se había presentado a la entrada del canal de Kiel, con destino a Danzig. Alemania alegó que dada la naturaleza de la carga el tránsito del buque por aguas alemanas contravenía las disposiciones sobre neutralidad adoptadas por Alemania en relación con la citada guerra. Francia protestó e intervinieron en su favor Italia, Reino Unido y Japón.

Por otra parte, el artículo 380 del Tratado de Versalles disponía que el canal de Kiel permaneciera siempre libre y abierto –en condiciones de perfecta igualdad– a todos los buques de guerra y mercantes de todas las naciones que estuvieran en paz con Alemania.

El representante francés Basdevant sostuvo lo siguiente: “¿Acaso los principios del derecho internacional, las normas generales del derecho de gentes, no dan motivos para poner en entredicho la norma de libre tránsito por el canal de Kiel en el caso de un navío que transporta material de guerra con destino a un Estado neutral? En primer lugar, señalo, sin detenerme en ello, que no se han invocado contra la aplicación de la norma de libre tránsito objeciones derivadas de la imposibilidad de ejecución, ni del peligro que la ejecución de nuestra cláusula podría significar para Alemania, ni

decidido adoptar este plan de acción debe atribuirse a su deseo de mantener la paz con una república hermana”. Ibidem, p. 280-281.

⁴⁶³ CPJI, vol 1, N°1-8, 1923-1927, p. 9-35.

se ha recurrido a la excusa de necesidad en forma alguna. En efecto, tales objeciones parecen inconcebibles en este caso. No insisto más en ello”⁴⁶⁴.

En síntesis, el representante francés se pronunció en contra de la aplicabilidad de una excusa cualquiera en el presente caso.

El representante italiano Pilotti se refirió especialmente a la cuestión de determinar si el comportamiento de Alemania podría justificarse por fuerza mayor o por estado de necesidad⁴⁶⁵.

El representante alemán, Sr. Schiffer, negó que Alemania hubiera tenido la intención de recurrir al estado de necesidad, pues no había existido ninguna infracción de su parte⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ CPJI, serie C, N°3, vol. I, p. 178-179.

⁴⁶⁵ “(...) es inconcebible que el sujeto obligado intente sustraerse a su deber de prestar el servicio; esto sólo se comprende en la medida en que los conceptos del derecho privado respecto de la ejecución de las obligaciones puedan aplicarse al derecho Internacional. Pero en este caso no se trata de una imposibilidad material, que está absolutamente fuera de cuestión, ni de una imposibilidad jurídica, que no podría justificarse con ningún argumento. En efecto, la cláusula de libre tránsito por el canal se concibió, como ya se ha dicho, para favorecer a todas las potencias en paz con Alemania, incluso las no signatarias, y, en consecuencia, dicha cláusula no puede en sí misma obligar a Alemania a asumir una actitud ilícita de parcialidad respecto de una potencia cualquiera que llegara a constituirse en parte beligerante.

Tampoco se podría hablar de fuerza mayor o, más concretamente, de ese concepto que se sanciona expresamente en el libro primero del Código Civil Alemán relativo al ejercicio de los derechos en general que, por otra parte, se presta a discusión, a saber: *el status necessitatis*.

En efecto, no existe prueba alguna de que la guerra entre Polonia y Rusia, por las acciones de las dos parte beligerantes, constituyera para Alemania ese peligro inmediato y actual contra el cual dicho país no habría tenido otro medio de defensa que la interdicción general del tránsito de armas por su territorio, y sobre todo que existiera peligro semejante en el momento en que el Wimbledon se presentó a la entrada del canal”.

⁴⁶⁶ “En cuanto a la tesis expuesta por el representante de una de las partes demandantes, según la cual Alemania habría reclamado el *jus necessitatis*, debo decir que Alemania nunca ha apelado a tal cosa. No se le planteó ni una imposibilidad de hecho para observar las cláusulas del Tratado de Versalles ni una situación que la hubiera obligado indefectiblemente a incumplir sus obligaciones.

Pero Alemania no ha contravenido las disposiciones del Tratado de Versalles (...).

Resumo mi pensamiento en unas pocas palabras: Alemania está muy lejos de querer reivindicar el *jus necessitatis*; no reivindica en ninguna forma ese derecho. Yo sostengo que no hemos infringido el Tratado de Versalles (...).

CPJI, serie C, N° 3, vol. I, p. 306-307.

Este caso resulta interesante pues, si bien Alemania no se amparó en la figura del estado de necesidad, lo cual desde su punto de vista no resultaba posible atento considerar que no había incurrido en violación de ninguna obligación internacional, los representantes de las partes reconocieron expresamente al estado de necesidad como una causa de exclusión de ilicitud. En igual sentido, Ago en su informe de 1980, toma este caso como un claro reconocimiento de esta circunstancia⁴⁶⁷.

Asunto de los Inmuebles de las minorías Búlgaras en Grecia (Interpretación del acuerdo greco-búlgaro del 9 de diciembre de 1927-Acuerdo CAPHANDARIS-MOLLOFF)⁴⁶⁸
(CPJI, Opinión consultiva de 8 de marzo de 1932)

Conforme al Tratado las minorías residentes en los territorios del Imperio Otomano cedidos a Grecia podían optar por la nacionalidad búlgara. En tal caso debían abandonar el territorio griego, pero conservaban la propiedad de los inmuebles que tenían en Grecia y tenían derecho a regresar. En determinado momento, muchas personas decidieron hacer valer su derecho a regresar a Grecia y consecuentemente ocupar sus propiedades inmuebles.

Por su parte, el Gobierno griego a raíz del final desfavorable de la guerra greco-turca, instaló refugiados griegos procedentes del Asia Menor en los inmuebles abandonados temporalmente por sus propietarios búlgaros.

Se produjeron incidentes en la frontera entre Grecia y Bulgaria, por lo que se encomendó a una Comisión de Sociedad de Naciones que realizara una investigación. Dicha Comisión sostuvo que: “(...) bajo la presión de las circunstancias, el Gobierno de Grecia utilizó esa tierra para asentar refugiados de Turquía. Sería imposible desalojar ahora a esos refugiados a fin de permitir el regreso de los antiguos propietarios”.

En consecuencia, la Comisión propuso al Gobierno griego que indemnizara a los nacionales búlgaros privados de sus bienes. A juicio de la Comisión de Investigación era un caso de fuerza mayor, pero la CDI en

⁴⁶⁷ Cf. A/CN.4/SER.A/1980/Add.1(Part 1), párr. 44-47.

⁴⁶⁸ CPJI, serie A/B, vol. 1, N°40-48, 1931-1932, pp. 68-92.

sus comentarios posteriores sobre el caso, lo entendió como estado de necesidad. Era la necesidad de salvar un interés esencial para él, a saber: ofrecer un asilo inmediato a sus súbditos que volvían a su territorio en oleadas en busca de refugio, lo que llevó al Gobierno griego a actuar de una manera no conforme con las obligaciones internacionales.

El Gobierno griego tuvo que indemnizar a los particulares a quienes había privado de sus propiedades.

El Consejo de Seguridad solicitó a la CPJI una Opinión Consultiva relativa a la interpretación de la Convención entre Grecia y Bulgaria sobre emigración del 27/11/1919⁴⁶⁹ y el 8 de marzo de 1932, la CPJI dictó una Opinión consultiva relativa a la interpretación del Acuerdo greco-búlgaro del 9 de diciembre de 1927 (Acuerdo Caphandaris-Molloff) por el que se resolvían las cuestiones financieras planteadas por la liquidación de los bienes inmuebles pertenecientes a los emigrantes.

En este caso no puede invocarse fuerza mayor, tal como lo entendió la Comisión de Investigación, pues Grecia no se encontraba bajo la presión de una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto ajenos al control del Estado, condición esta esencial a los fines de poder evaluar la posibilidad de encontrarse frente un supuesto de fuerza mayor. Sí, en cambio, podría haber invocado estado de necesidad, siempre que hubiese podido probar la concurrencia de todos los elementos necesarios a tal fin. Pensamos que quizás el elemento más discutido y por tanto más complejo de probar habría sido que el único medio que disponía el Estado griego para hacer frente a la situación era alojar a los refugiados en los inmuebles abandonados temporalmente por los búlgaros.

Asunto Oscar Chinn⁴⁷⁰ (Gran Bretaña c/ Bélgica) (CPJI, sentencia de 12 de diciembre de 1934)

El Gobierno de Bélgica aprobó en 1931 medidas relativas a los transportes fluviales en el Congo Belga, destinadas a favorecer a la Compañía belga Unatra.

⁴⁶⁹ CPJI, serie B, OC N°17 del 31 de julio de 1930.

⁴⁷⁰ CPJI, Serie A/B 63, vol. 3, N°63-70, 1934-1937, p. 65-152.

El Reino Unido consideró que uno de sus nacionales Oscar Chinn se había visto perjudicado por el monopolio de hecho creado en los transportes fluviales del Congo, lo que según su punto de vista era contrario a los principios de “libertad de navegación”, “libertad de comercio” e “igualdad de tratamiento” previstos en la Convención de Saint-Germain-en-Laye del 10 de setiembre de 1919. El asunto fue sometido a la CPJI, el cual sostuvo en su fallo que el “monopolio de hecho” del que se quejaba el Reino Unido no estaba prohibido por la Convención antes citada⁴⁷¹. Al no considerarse ilícito el comportamiento de Bélgica, el Tribunal no entró a analizar la posible exclusión de ilicitud fundada en el estado de necesidad en que se podría encontrar Bélgica. No obstante, el estado de necesidad fue desarrollado en la opinión individual del Juez Anzilotti, quien sostuvo: “6. Si suponiendo que se han probado debidamente los hechos alegados por el Gobierno del Reino Unido, las medidas adoptadas por el Gobierno de Bélgica eran contrarias a la Convención de Saint Germain, no pudiendo tomarse en consideración la circunstancia de que dichas medidas se adoptaron para hacer frente a los peligros de una crisis económica. Es evidente que el derecho internacional no sería más que una palabra vana si bastara que un Estado invocara el interés público para sustraerse al deber de cumplir las obligaciones contraídas (...). 7. La situación sería distinta en el caso en que el Gobierno de Bélgica se hubiera encontrado en estado de necesidad, pues la necesidad puede excusar el incumplimiento de las obligaciones internacionales”.

La cuestión de si el Gobierno de Bélgica se encontraba en lo que se llama estado de necesidad es una cuestión de hecho que el Gobierno belga, llegado el caso, hubiera debido plantear y probar. Además se puede observar que hay hechos seguros y que parecen imposibles de conciliar con la excusa de necesidad.

En primer lugar, el hecho de que el Gobierno de Bélgica adoptara la decisión de 20 de junio de 1931 escogiendo entre varias medidas posibles la que consideró más apropiada a las circunstancias. Nadie podía poner en duda, ni lo hace, que correspondía al Gobierno de Bélgica decir cuáles eran las medidas más apropiadas para enfrentar la crisis. Esto, sin embargo, a condición de que las medidas escogidas no se opusieran a sus obligaciones internacionales: la libertad de escoger estaba limitada

⁴⁷¹ Ibidem, p. 89.

indiscutiblemente por el deber de respetar dichas obligaciones. En cambio, dicha libertad excluye la excusa de necesidad que, por definición, supone la imposibilidad de actuar de ninguna otra manera que no sea la contraria al derecho.

Otro hecho cierto, y que parece inconciliable con la excusa de necesidad es la oferta que hizo el Gobierno el 3 de octubre de 1932 a otros transportistas distintos de la Unatra. Cualquiera haya sido su valor práctico, dicha oferta demuestra que era posible conceder a todas las empresas ventajas análogas a las concedidas a Unatra y, por lo tanto, evitar ese monopolio de hecho que, según la opinión del Gobierno del Reino Unido, era la consecuencia necesaria de la decisión de 20 de junio de 1931^{472,473}.

Anzilotti admite, como principio, al estado de necesidad en derecho internacional, pero como una noción muy restrictiva⁴⁷⁴.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 112-114.

⁴⁷³ “6. If, assuming the facts alleged by the Government of the United Kingdom to have been duly established, the measures adopted by the Belgian Government were contrary to the Convention of Saint-Germain, the circumstance that these measures were taken to meet the dangers of the economic depression cannot be admitted to consideration. It is clear that international law would be merely an empty phrase if it sufficed for a State to invoke the public interest in order to evade the fulfilment of its engagements. Regarding the recourse to public necessity, he added:

7. The situation would have been entirely different if the Belgian Government had been acting under the law of necessity, since necessity may excuse the non-observation of international obligations.

The question whether the Belgian Government was acting, as the saying is, under the law of necessity is an issue of fact which would have had to be raised, if need be, and proved by the Belgian Government. I do not believe that that Government meant to raise the plea of necessity, if the Court had found that the measures were unlawful; it merely represented that the measures were taken for grave reasons of public interest in order to save the colony from the disastrous consequences of the collapse in prices.

No one can, or does, dispute that it rested with the Belgian Government to say what were the measures best adapted to overcome the crisis: provided always that the measures selected were not inconsistent with its international obligations, for the Government's freedom of choice was indisputably limited by the duty of observing those obligations. On the other hand, the existence of that freedom is incompatible with the plea of necessity which, by definition, implies the impossibility of proceeding by any other method than the one contrary to law.”

⁴⁷⁴ RUDA, J.M. “The Opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice”, *3 Eur. J. Int'l L.* 1992, p. 109 y ss.

Efectivamente, en su opinión individual, Anzilotti admite que el estado de necesidad es una cuestión de hecho, que el Estado belga podría invocar y probar, de ello se desprende que es el Estado necesitado quien debe aportar las pruebas necesarias a los fines del reconocimiento de la situación de necesidad. Claramente señala que la existencia de varias medidas/opciones para poder hacer frente a una situación y por lo tanto la libertad de elección entre esas medidas excluye toda posibilidad de alegar estado de necesidad. El juez con esta opinión hace una contribución importante a la identificación de los elementos estructurales del estado de necesidad, punto que retomaremos en el próximo capítulo.

Asunto relativo a los derechos de nacionales de los Estado Unidos ae América en Marruecos (Francia c/ EEUU)
(CIJ, sentencia de 27 de agosto de 1952)⁴⁷⁵

Uno de los puntos de la controversia planteada en 1950 se refería a si era o no lícita la aplicación a los nacionales norteamericanos de un decreto de 1948 del Residente General de Francia en Marruecos, decreto que limitaba las importaciones en la zona francesa de Marruecos de una manera que los EEUU consideraron no conforme con tratados celebrados entre ese Estado y Marruecos. Puntualmente Estados Unidos invocó un tratado del año 1836 con Marruecos por el cual se le concedía el trato de nación más favorecida y además sostuvieron que, en virtud de ese tratado, tenían y seguían teniendo derecho a un régimen de libre cambio. Los citados tratados garantizaban a los EEUU el derecho de comerciar libremente en Marruecos sin más restricción que las especificadas en esos tratados. El Gobierno de Francia a fin de justificar su incumplimiento de tratados celebrados entre EEUU y Marruecos invocó fuerza mayor y orden público. Alegó que las restricciones a las importaciones previstas por el referido decreto eran necesarias para asegurar el equilibrio económico del país y el funcionamiento del control de cambio, medida indispensable para salvaguardar el equilibrio económico del país. Debemos aclarar que el Gobierno de Francia utilizó la expresión “fuerza mayor” y no “estado de necesidad”, pero consideramos que el caso se ajusta a esta última causal de exclusión de ilicitud, razón por la cual lo citamos en este capítulo.

⁴⁷⁵ CIJ, Reports of Judgments, advisory opinions and order, 1952, p. 176-212.

Cabe destacar que el representante del gobierno norteamericano negó la existencia del peligro que temía el gobierno francés, pero no puso en duda el valor de la fuerza mayor.

La Corte no tuvo ocasión de pronunciarse sobre el estado de necesidad, que ya había sido ampliamente debatido durante los alegatos de las partes, las cuales coincidieron en reconocer la aplicabilidad de la excusa en el derecho internacional, si bien EEUU negó la existencia del peligro que alegaba la contraparte. La Corte declaró lo siguiente: “Lo cierto es que las medidas aplicadas en virtud del decreto de 30 de noviembre de 1948 han supuesto una discriminación a favor de lo importado de Francia y de otras partes de la Unión Francesa. Esta discriminación no puede justificarse por consideraciones de control de cambios”.

Ago, en su Informe de 1980, consideró que este asunto aportó un apoyo no despreciable al reconocimiento de la aplicabilidad de la excusa de necesidad, puesto que la Corte no negó el valor de principio del argumento fundado en el estado de necesidad invocado por el entonces agente del gobierno francés⁴⁷⁶.

Caso Rainbow Warrior sobre interpretación o aplicación de dos acuerdos concluidos el 9 de julio de 1986) (Nueva Zelanda c/ Francia)
(Tribunal arbitral, 30 de abril de 1990)⁴⁷⁷⁻⁴⁷⁸

Debemos recordar lo señalado en el capítulo 1 respecto a la posición de Jiménez de Aréchaga, uno de los miembros del tribunal, en el sentido que “no existe principio general alguno que permita argumentar en favor de la necesidad. Existen reglas especiales de derecho internacional que permiten grados diferentes de necesidad, pero estos casos tienen un significado y un alcance enteramente diferentes de los de la doctrina tradicional”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ A/CN.4/318/Add 5 y 6. A/CN.4/328 y Add 1 a 4.

⁴⁷⁷ Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior affair, April 30 of 1990, U.N.R.I.A.A., VOL XX, p. 217.

⁴⁷⁸ Los árbitros eran: E. Jiménez de Aréchaga (Pte), Kenneth Keith y Jean Denis Bredin.

⁴⁷⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. “Responsabilidad Internacional”, en *Manual de Derecho...*, Ob. Cit., p. 516.

Este caso tuvo su origen en el ataque que produjo el hundimiento del buque *Rainbow Warrior*, en el puerto de Auckland (Nueva Zelanda), por parte de dos agentes del servicio francés (Mayor Alain Mafart y Cap. Dominique Prieur), quienes fueron sometidos a proceso penal en Nueva Zelanda. Francia esgrimía que sus agentes habían actuado bajo órdenes militares. En 1986 las partes celebraron varios acuerdos. Convinieron el traslado de dichos individuos a una isla de la Polinesia francesa, para su confinamiento por un período no menor de tres años, bajo las autoridades militares francesas pero respetando ciertas condiciones. Antes del cumplimiento de aquel plazo, Francia retiró a sus agentes de la isla, por distintas razones. Nueva Zelanda objetó esta acción unilateral.

Francia incumplió varias obligaciones derivadas de los acuerdos de 1986 (retiro de los agentes de la isla sin consentimiento de Nueva Zelanda).

En el caso del Mayor Mafart, Francia invocó razones de “fuerza mayor” como modo de “excluir” o “atenuar” la ilegalidad; su repatriación se debía a problemas de salud. También se alegó como justificativo circunstancias de peligro extremo (*distress*), extrema urgencia y consideraciones humanitarias⁴⁸⁰.

El interés a proteger por Francia era la salud de un funcionario público.

El Tribunal consideró que si bien Francia no invocó “estado de necesidad”, resultaba relevante para el caso analizar no sólo las figuras de fuerza mayor y peligro extremo, sino también la del estado de necesidad. Para ello se describieron los artículos del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, en la sección referida a esas causales y a sus requisitos. El Tribunal descartó la causal de fuerza mayor por considerar que ella se refería a una “fuerza irresistible”, lo cual no se daba en el caso. Respecto del estado de necesidad, el Tribunal mencionó el carácter controvertido de la propuesta de dicho artículo en el Proyecto de la CDI (artículo 33). Asimismo citó un párrafo del manual de Derecho Internacional editado por Max Sørensen referido al estado de necesidad. Cabe aclarar que el capítulo sobre responsabilidad internacional de dicha obra fue escrito

⁴⁸⁰ Sobre este punto véase capítulo 3 y 4.

por Jiménez de Aréchaga^{481 482}. Dicho párrafo, como indicamos en líneas anteriores, se refería a que no había un principio general que autorizara la defensa de necesidad.

El Tribunal admitió implícitamente y en forma parcial, la justificación de peligro extremo, al declarar que Francia no había violado sus obligaciones al remover al Mayor Mafart de la isla, pero, en cambio, había incumplido sus obligaciones para con Nueva Zelanda al no ordenar su retorno cuando desaparecieron sus problemas de salud.

Consecuencias legales de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado

(CIJ, Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004)⁴⁸³

El 8 de diciembre de 2003, en ejercicio del poder que le confiere el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas (ONU), la Asamblea General de la ONU aprobó la resolución A/RES/ES-10/14⁴⁸⁴ en virtud de la

⁴⁸¹ *"It has been stated in this connection that there is no general principle allowing the defence of necessity. There are particular rules of international law making allowance for varying degrees of necessity, but these cases have a meaning and a scope entirely outside the traditional doctrine of state of necessity. Thus, for instance, vessels in distress are allowed to seek refuge in a foreign port, even if it is closed . . . ; in the case of famine in a country, a foreign ship proceeding to another port may be detained and its cargo expropriated . . . In these cases—in which adequate compensation must be paid—it is not the doctrine of the state of necessity which provides the foundation of the particular rules, but humanitarian considerations, which do not apply to the State as a body politic but are designed to protect essential rights of human beings in a situation of distress."* {*Manual of Public International Law*, ed. Sørensen, Fondo de Cultura Económico, México, 1994, p. 516.)

⁴⁸² Ver Capítulo 1 nota al pie 133 y capítulo 3 nota al pie 251.

⁴⁸³ Véase *i.a.* STICCA, M.A. "La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado", *Anuario IX* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2006, pp. 305-317; BARBOZA, J, (Coordinador) *La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional - Temas relacionados con la Opinión Consultiva sobre la construcción del muro*, CARI (Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales), Buenos Aires, 2005.

⁴⁸⁴ Aprobada en el décimo período extraordinario de sesiones de emergencia por 90 votos a favor; 8 en contra y 74 abstenciones.

cual solicitó a la Corte Internacional de Justicia que emitiera una opinión consultiva sobre la siguiente cuestión:

“¿Cuáles son las consecuencias legales que surgen de la construcción del muro por Israel, la potencia ocupante en el Territorio Palestino Ocupado, en y alrededor de Jerusalén Oriental, como fue descrito en el informe de la Secretaria General, considerando las reglas y principios del derecho internacional, incluyendo la Cuarta Convención de Ginebra de 1949, y resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad y resoluciones de la Asamblea General?”.

Al requerir la Asamblea General opinión a la Corte acerca de las consecuencias legales de la construcción del muro, está dando por supuesto un hecho ilícito por parte de Israel, se está ubicando dentro del ámbito de la responsabilidad internacional por hecho ilícito.

La Corte destaca que la pregunta acerca de la construcción del muro en el Territorio Palestino Ocupado fue presentada ante la Asamblea General por varios Estados Miembros en el contexto de la Décima Sesión Especial de Emergencia de la Asamblea en la que, en su resolución ES-10/2 de 25 el 1997 de abril, consideró constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales.

La consulta formulada por la Asamblea General involucra sólo las consecuencias legales del muro “en Territorio Palestino Ocupado, incluyendo en y alrededor de Jerusalén Oriental”, ello en razón de no contar con el consentimiento del pueblo palestino. La consulta no se refiere a las consecuencias legales que surgen de la construcción de partes del muro en el territorio del propio Israel porque ello es materia de derecho interno.

Para indicar las consecuencias legales de la construcción del muro en el Territorio Palestino Ocupado, la Corte tiene que determinar primero si dicha construcción viola el derecho internacional. Con este fin, hace un breve análisis del *status* jurídico del territorio involucrado desde el tiempo en que Palestina, habiendo sido parte del Imperio Otomano, al final de la Primera Guerra Mundial, pasa a ser un mandato clase “A” confiado por la Liga de Naciones a Gran Bretaña. Este punto reviste particular importancia puesto que la naturaleza jurídica del territorio sobre el que se construye el muro determina cuál es el derecho aplicable y por lo tanto el derecho que tiene que observar Israel.

La Corte en los párrafos 79 a 85 efectúa una descripción del muro (de lo ya construido y lo que está en curso de construcción en el territorio

antes señalado) en base al Informe del Secretario General de ONU y a los reportes escritos presentados ante la Corte por la Secretaría General.

A continuación la Corte pasa a considerar las normas y principios del derecho internacional relevantes a los fines de analizar la legalidad de las medidas tomadas por Israel (párrafos 86-113). El análisis de las obligaciones jurídico-internacionales que pesan sobre Israel es un punto importante para nosotros, atento que constituye una de las condiciones fundamentales a la hora de invocar estado de necesidad.

El órgano jurídico observa que esas normas y principios se encuentran en la Carta de las Naciones Unidas y en otros tratados, en el derecho consuetudinario y en resoluciones adoptadas por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad.

En el marco de este tema, la Corte se detiene en el artículo 2.4 de la Carta de ONU y la Resolución de Asamblea General 2625 (XXV)⁴⁸⁵, en orden especialmente a determinar que el derecho de los pueblos a la libre determinación constituye una obligación *erga omnes*.

En materia de obligaciones internacionales, la CIJ en el *Asunto Barcelona Traction* puntualizó la siguiente distinción: “*In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes*”⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ La CIJ se refirió al valor de la Res. 26 25 en el Asunto sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. USA) “(...) una de las formas en que puede deducirse la *opinio iuris* aunque debe hacerse con la debida cautela, es a partir de la actitud de las Partes y de los Estados en relación con ciertas resoluciones de la AG, especialmente de la resolución 2625 (XXV) titulada “Declaración sobre los principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas”. La aceptación del texto de dichas resoluciones no puede interpretarse como una simple ‘reiteración o concreción’ del compromiso convencional asumido en la Carta. Al contrario, puede interpretarse como una adhesión a la validez de la norma o del conjunto de normas declaradas en la resolución y consideradas en sí mismas (...)”. Judgment, ICJ, Reports 1986, para. 188.

⁴⁸⁶ Judgment, ICJ, Reports 1970, p. 3, para. 33.

En los párrafos 89 a 101 de la OC, el principal órgano judicial considera el derecho internacional humanitario. En este orden de ideas, la Corte observa que Israel no es parte en la IV Convención de La Haya de 1907, de la cual las Regulaciones de La Haya son anexas. Dichas Regulaciones se han vuelto parte de la costumbre, tal como ha sido reconocido por todos los participantes en las presentaciones ante la Corte. En su Opinión Consultiva de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, la Corte se pronunció en igual sentido.

Con respecto a la IV Convención de Ginebra, la Corte toma nota acerca de los distintos puntos de vista expresados por los sujetos que participaron en el procedimiento ante la Corte. Israel, contrariamente a la gran mayoría de dichos participantes, cuestiona la pertinencia de aplicar *de jure* la Convención al Territorio Palestino Ocupado. A ello la Corte responde que tanto Israel como Jordania son partes en la Convención y que no han formulado reservas. En consecuencia, la IV Convención es aplicable en los territorios palestinos.

Los participantes en los procedimientos ante la Corte también discrepan acerca de si las convenciones sobre derechos humanos de las que Israel es parte se aplican dentro del Territorio Palestino Ocupado. Es importante determinar la aplicación o no de estos instrumentos jurídicos debido a que la construcción del muro vulnera ciertos derechos de los sujetos que se encuentran en las zonas afectadas. Importante resulta destacar que de acuerdo a lo informado por Palestina, como veremos seguidamente, no sólo se violan derechos fundamentales sino que, también, la construcción del muro afecta gravemente al medio ambiente⁴⁸⁷.

⁴⁸⁷ En su presentación escrita ante la Corte, Palestina sostiene que con la construcción del muro ya se han ocasionado problemas de acceso al agua, los cuales empeorarán una vez que el muro haya sido concluido (párr. 294). Sobre este punto también se puede consultar “The impact of Israel’ separation barrier on affected west bank communities”, Report of the Mission to the Humanitarian and Emergency Policy Group of the Local aid Coordination Committee, 4 de mayo de 2003.

Para la construcción de la primera parte del muro se destruyeron recursos económicos, se talaron ciento de miles de árboles, especialmente olivares, causando un importante daño ambiental. Además se destruyeron redes de irrigación de agua. El muro también aísla a residentes palestinos de pozos de agua subterráneos que sirven para consumo humano y para agricultura.

Si adscribimos a una concepción amplia del medio ambiente, también debemos resaltar que la construcción del muro tiene su impacto en el patrimonio cultural del pueblo

El 3 de octubre de 1991 Israel ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la misma fecha, y el 20 de noviembre de 1989 ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.

Estos instrumentos reconocen algunos derechos humanos que tienen el carácter de *erga omnes*, tales como el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y el derecho al debido proceso, entre otros.

El Secretario General de las Naciones Unidas en su Informe afirma:

“4. Israel niega que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sean aplicables al territorio Palestino ocupado. Afirma que el derecho humanitario es la protección otorgada en una situación de conflicto (...)”.

palestino. El muro separa cientos de sitios con valor arqueológico y cultural de las comunidades en el territorio palestino ocupado.

Palestina sostiene en el párrafo 340 de su presentación escrita, que el muro está diseñado para asegurar el control permanente de Israel sobre los recursos naturales del Territorio palestino ocupado. Las fuentes de agua de alta calidad de la Franja Oeste han sido explotadas por Israel desde 1967. También Israel realizó extracciones de los acuíferos de la Franja Oeste, agua que es consumida por sus habitantes.

Por otra parte, en el párrafo 574 Palestina afirma que las políticas israelíes afectan la soberanía permanente del pueblo palestino sobre sus recursos naturales. Derecho reconocido *i.a* en las Res. A/57/269 del 20 de diciembre de 2002 y en la Res. A/58/493 del 18 de diciembre de 2003. A continuación transcribimos algunos párrafos de esta última resolución por considerarla muy significativa:

The General Assembly,

(...) Reaffirming the principle of the permanent sovereignty of peoples under foreign occupation over their natural resources,

(...) Expressing its concern at the exploitation by Israel, the occupying power, of the natural resources of the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and other Arab Territories occupied by Israel since 1967. (...)

Aware of the detrimental impact of the Israeli settlements on Palestinian and other Arab natural resources, especially the confiscation of land and forced diversion of water resources, and of the dire economic and social consequences in this regards, (...)

1. Reaffirms the inalienable rights of the Palestinian people and the population of the occupied Syrian Golan over their natural resources, including land and water; (...).

La Corte concluye afirmando que los instrumentos sobre derechos humanos antes mencionados, así como la Convención sobre Derechos del Niño son aplicables en el territorio palestino ocupado en razón de encontrarse bajo su jurisdicción. Retomamos este punto cuando nos referimos a la primera condición necesaria para la invocación del estado de necesidad (existencia de una obligación internacional que se incumple).

Una vez que el Tribunal determinó cuál es el derecho aplicable, pasa a analizar el impacto de la construcción del muro sobre el derecho del pueblo Palestino a la libre determinación. En este punto, la Corte finaliza considerando que la citada construcción impide el ejercicio del derecho a la libre determinación del pueblo palestino.

Con respecto al derecho humanitario y a los derechos humanos, por una parte, el órgano judicial afirma que las obras de Israel han conducido a la destrucción o confiscación de propiedades bajo condiciones no acordes con las Regulaciones de La Haya y del artículo 53 de la IV Convención de Ginebra. Por otra parte, se conculcan derechos humanos tales como la libertad de circulación, el ejercicio del derecho al trabajo, a la salud, a la educación⁴⁸⁸.

De este modo, se cumple con una de las condiciones requeridas para la invocación del estado de necesidad.

Israel alega que la construcción del muro responde a la necesidad de proteger a la población israelí de los ataques terroristas. Bermejo García sostiene que el objetivo que persigue la valla/muro no es sólo un derecho sino también un deber del Estado de Israel y de cualquier país civilizado del mundo y que la construcción de la misma es conforme al Derecho Internacional⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ V. Oxford Public Interest Lawyers, "Legal consequences of Israel's construction of a separation wall in the occupied territories. Summary of an International law opinion", *Austl. Int'l L.J.* 2003, pp. 199 - 204. V. asimismo, SCHRIJVER, N. "no more walls. Human rights and the wall in occupied Palestinian territory", *22 Neth. Q. Hum. Rts.*, 2004, p. 3 y ss.; WATSON, G. R. "Humanitarian Law - Law of Belligerent Occupation - Proportionality of Security Measures Taken in Occupied Territory - Self-Defense against Terrorism - Effect of ICJ Decisions in Domestic Courts", *100 Am. J. Int'l L.*, (2006) pp. 895- 901.

⁴⁸⁹ BERMEJO GARCÍA, R. "Israel y la valla de seguridad contra el terrorismo palestino: Algunas cuestiones de Derecho Internacional" (www.embajada-israel.es/politica/VallaBermejo.html). Consulta de 8 de marzo de 2010).

La afirmación efectuada por Israel nos obliga a referirnos a las contramedidas, las cuales son una respuesta frente a un ilícito de cualquier naturaleza a diferencia de la legítima defensa que debe ser precedida por un acto de agresión.

Por su parte, la Corte no encuentra que las obras y las medidas adoptadas por Israel sean necesarias y estén justificadas a los fines de alcanzar sus objetivos de seguridad. El muro y su régimen asociado infringen numerosos derechos de los palestinos residentes en el territorio ocupado por Israel y dichas violaciones no están justificadas por exigencias militares o por requerimientos de seguridad nacional u orden público.

En los párrafos 138 a 141, la Corte se detiene a analizar la posibilidad de invocar por parte de Israel legítima defensa y estado de necesidad en tanto que circunstancias excluyentes de ilicitud.

En la exposición escrita presentada por la República de Francia ante la CIJ, se analiza un punto central para la invocación de circunstancias excluyentes de ilicitud, cual es la proporcionalidad que debe existir entre la construcción del muro y las amenazas a las que se responde⁴⁹⁰.

La Corte cita su decisión en el caso *Gabčikovo-Nagymaros* (Hungría/ Eslovaquia), en el que observa que el estado de necesidad reconocido por la costumbre internacional “sólo puede invocarse bajo ciertas condiciones estrictamente definidas que deben satisfacerse acumulativamente y que el Estado interesado no es el único juez para analizar si esas condiciones han sido reunidas”⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ “45. While, according to Article 1 of the International Law Commission’s Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in principle “[e]very internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State”, wrongfulness is precluded in a number of circumstances described in Articles 20 to 25 of the draft. Thus, consideration should be given to the question whether the construction of the wall on the Occupied Palestinian Territory, even though it is, *prima facie*, in breach of various international obligations of Israel, can be justified by any of those circumstances. In particular, it should be considered whether this construction is proportionate (b) to the threats to which it is the response (a).” El resaltado nos pertenece. Obtenible en <http://www.icj-cij.org>

⁴⁹¹ I.C.J. Reports 1997, pág.40, párr.51.

Condiciones necesarias para la invocación del estado de necesidad

- *Existencia de una obligación internacional que surja de una norma dispositiva*⁴⁹² *del Derecho internacional*

Obligación que tiene que estar vigente para el sujeto y la cual no tiene que excluir la posibilidad de invocar el estado de necesidad. Esto último tiene lugar cuando la obligación emana de norma imperativa o de un tratado en el que se excluye expresamente la invocación de la citada circunstancia excluyente de ilicitud.

Según el artículo 42 de las Regulaciones de La Haya de 1907, “Un territorio es considerado ocupado cuando se encuentra de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación se extiende sólo al territorio donde tal autoridad se haya establecida y pueda ser ejercida”. De esa situación de hecho, el artículo 43 desprende dos obligaciones: por un lado, el ocupante tomará todas las medidas necesarias que de él dependan para restablecer y asegurar, en cuanto sea posible, el orden y la vida pública, y por otro lado, al hacerlo debe respetar las leyes vigentes en el país.

La Sección III del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra comienza con una declaración de principios en el artículo 47: “no se privará a las personas protegidas que estén en un territorio ocupado, en ninguna circunstancia ni en modo alguno, de los beneficios del presente Convenio”.

Las medidas específicamente prohibidas “sea cual fuere el motivo” comprenden los traslados en masa o individuales de índole forzosa, así como las deportaciones del territorio ocupado a cualquier otro país. Conforme al artículo 49, la evacuación de una zona determinada sólo está permitida “si así lo requieren la seguridad de la población o imperiosas razones militares”.

En principio, las instituciones y los funcionarios públicos en el territorio ocupado siguen ejerciendo sus funciones como lo hacían antes de la ocupación.

⁴⁹² Las normas dispositivas son aquellas que los sujetos crean mediante acuerdo de voluntades, las mismas también pueden ser modificadas o suprimidas por dichos sujetos. Estas normas se diferencian de las normas imperativas o de *ius cogens*, las cuales poseen la característica de no poder ser derogadas por los sujetos de derecho internacional, por lo tanto constituyen una limitación a la autonomía de la voluntad.

Según el artículo 50, la potencia ocupante debe preocuparse especialmente por el bienestar de los niños. Tiene el deber de asegurar, en la medida de sus recursos, el aprovisionamiento de la población en víveres y productos medicinales y tiene que mantener la sanidad y la higiene pública en el territorio (artículo 56).

Un punto importante en cuanto a la obligación que tiene la potencia ocupante en orden a mantener el orden público y la seguridad, está dado por el hecho que la legislación penal, en principio, permanece en vigor⁴⁹³.

Por otra parte, el artículo 64 reconoce el poder del ocupante de promulgar sus propias leyes, las cuales deben ser indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del IV Convenio, y garantizar la administración del territorio y la seguridad, sea de la potencia ocupante, sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice.

Los derechos de una Potencia ocupante son de una naturaleza diferente a los del Estado soberano. A este respecto Lauterpacht señaló: “... *(T)he administration of the occupant is in no wise to be compared with ordinary administration, for it is distinctly and precisely military administration. In carrying it out the occupant is totally independent of the constitution and the laws of the territory, since occupation is an aim of warfare, and the maintenance and safety of his forces and the purpose of war, stand in the foreground of his interest, and must be promoted under all circumstances and conditions. But, although as regards the safety of his army and the purpose of war the occupant is vested with an almost absolute power, as he is not the sovereign of the territory he has no right to make changes in the laws, or in administration, other than those which are temporarily necessitated by his interest in the maintenance and safety of his army and the realization of the purpose of war. On the contrary, he has the duty of administering the country according to the existing laws and the existing rules of administration; he must ensure public order and safety,*

⁴⁹³ Artículo 64 “La legislación penal del territorio ocupado se mantendrá en vigor, salvo en la medida en que pueda ser derogada o suspendida por la Potencia ocupante si esta legislación constituyese una amenaza para la seguridad de dicha potencia o un obstáculo para la aplicación del presente convenio (...)”.

*must respect family honour and rights, individual lives, private property, religious convictions and liberty*⁴⁹⁴.

De lo antes expuesto se concluye que pesan sobre Israel una serie de obligaciones internacionales en tanto que potencia ocupante.

Por otro lado, como Estado parte de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, Israel se comprometió a respetar, proteger y garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción los derechos reconocidos en dichos tratados. Sin embargo, Israel argumenta que las obligaciones que ha contraído en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos en los que es Estado Parte no son aplicables a los habitantes de los Territorios Ocupados. Postura israelí que no fue aceptada por ninguno de los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos de la ONU.

Sobre este punto debemos recordar que la *Convención de Viena sobre derecho de los tratados* de 1969, en su artículo 29, establece que los tratados son obligatorios para cada una de las partes en la totalidad de su territorio. El *Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos*, en su artículo 2.1, establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto (...). En igual sentido, la *Convención sobre derechos del niño* en su artículo 2.1 dispone que “Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño *sujeto a su jurisdicción* (...)”.

De lo que surge que un Estado no sólo está obligado a respetar los derechos humanos cuando ejerce jurisdicción sobre el territorio nacional sino también cuando lo hace fuera, es decir, están obligados a aplicar estos instrumentos en todos los territorios sobre los cuales ejercen jurisdicción, incluso como potencia ocupante.

- *Existencia de un peligro grave e inminente*

Para que Israel hubiese podido invocar estado de necesidad, hubiese tenido que demostrar la existencia de un peligro grave e inminente para un interés esencial suyo. A tal fin, en su presentación escrita ante la Corte,

⁴⁹⁴ LAUTERPACHT, H. *Oppenheim's International Law*, vol. II, 7th ed. Longman, 1952, p. 437.

efectuó un desarrollo de la amenaza que significan y de las consecuencias que los ataques terroristas palestinos tienen para su población. En este orden de ideas, Israel identifica cuatro principales organizaciones terroristas palestinas que son las responsables de la mayoría de los ataques contra Israel. Ellas son: *Brigadas Al-Aqsa Martyrs⁴⁹⁵; *Frente Popular para la Liberación de Palestina⁴⁹⁶; *Hamás⁴⁹⁷ y *Jihad Palestina Islámica⁴⁹⁸.

Israel afirma que estas organizaciones son responsables de los más de 20.000 incidentes contra Israel y los israelíes desde octubre de 2000⁴⁹⁹. Dicho Estado alega que los terroristas son su enemigo, son un peligro y que frente a ello debe adoptar medidas a fin de prevenir ataques.

- *Amenaza a un interés esencial del sujeto*

El interés esencial que Israel considera se ve amenazado por los ataques terroristas palestinos es la protección de la vida de los israelíes, su seguridad interior.

Israel tiene derecho a tomar medidas necesarias y proporcionadas para proteger la seguridad de sus ciudadanos y sus fronteras, entre ellas, por ejemplo, impedir la entrada de personas de las que se tenga la sospecha razonable de que pretenden llevar a cabo ataques terroristas o de otra índole. Pero cualquier medida que toma Israel en los territorios ocupados debe respetar sus obligaciones internacionales, entre las que se ubica la de garantizar la protección de los derechos fundamentales de los habitantes de dicho territorio.

⁴⁹⁵ Incluye entre sus miembros a fuerzas de seguridad de la Autoridad Palestina.

⁴⁹⁶ Fue fundado en 1967 por George Habash. Es una de las facciones originales de la OLP. Se opone a toda negociación con Israel y a la existencia misma de Israel.

⁴⁹⁷ Se estableció en 1987. Es un movimiento islámico. Se opone a toda negociación con Israel y busca su destrucción. Su ala militar es Izz al-Din al-Qassam.

⁴⁹⁸ Se estableció en 1981. Es un movimiento islámico que recibe apoyo de otros Estados árabes. Aunque es más pequeño que Hamas, es más radical en su ideología.

⁴⁹⁹ Sobre este punto se puede ampliar en la presentación escrita efectuada por Israel ante la CIJ, www.icj-cij.org

- *Protección de un interés superior al derecho sacrificado*

La Organización para la Liberación de Palestina⁵⁰⁰ afirma que Israel viola el derecho internacional humanitario porque las medidas adoptadas no están justificadas por una necesidad militar⁵⁰¹ y violan el principio de proporcionalidad. Los daños que esas medidas han causado incluyen, *i.a.*:

- Destrucción de hogares palestinos y otras propiedades violando el artículo 53 de la IV Convención de Ginebra.
- Violación a la libertad de movimiento consagrada en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Violación a los derechos a la educación (artículo 13), trabajo (artículo 6), nivel de vida adecuado y a la salud (artículos 11 y 12) consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Violación del derecho a la autodeterminación de los pueblos consagrado, entre otros instrumentos, en la Res. 2625 (XXV) y en el artículo 1 de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos de 1966. Además este derecho ha sido proclamado en la jurisprudencia de la CIJ en la OC relativa a Namibia de 1971, en la OC sobre Sahara Occidental de 1975 y en la sentencia sobre

⁵⁰⁰ La Organización para la Liberación Palestina (OLP) es un movimiento de liberación nacional y como tal sujeto de derecho internacional, que fue fundado el 27 de mayo de 1964 en la primera reunión del Consejo Nacional Palestino con el objeto de centralizar la dirección de diversos grupos palestinos contra Israel. Este movimiento practicó la lucha armada contra Israel en los años 60, 70 y 80, posteriormente en los 90 entró en una fase de negociaciones. Sus objetivos eran la destrucción del Estado de Israel y la autodeterminación del pueblo palestino.

El 14 de octubre de 1974 fue reconocida por la Asamblea General de Naciones Unidas como representante del pueblo palestino y recibió el status de observador permanente ante Naciones Unidas. También posee el status de observador permanente en algunos organismos especializados de ONU, tales como la UNESCO, OIT, FAO, OMS.

En 1988 en Argel reconoció al estado de Israel.

Tras el fallecimiento de Yasser Arafat, el nuevo líder es Abu Mazen (Mahmud Abbas), quien fue elegido el 9 de Enero de 2005 como nuevo presidente de la Autoridad Palestina.

⁵⁰¹ La necesidad militar es una clase particular de necesidad cuyo objetivo es salvaguardar el interés supremo de triunfar en operaciones militares contra el enemigo. Se caracteriza por tener el efecto de excluir la ilicitud de un comportamiento del Estado que no esté en conformidad con el derecho de la guerra. Hoy esta doctrina es insostenible puesto que su aceptación tornaría ilusorias las leyes y costumbres de la guerra.

Timor Oriental de 1995 como uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo⁵⁰².

En este caso, se debe realizar un balance entre el respeto a los derechos humanos del pueblo palestino incluido el derecho a la autodeterminación y la seguridad de la población israelí en un contexto de terrorismo. Intereses que son comparables, teniendo en cuenta las presentaciones escritas efectuadas tanto por Israel como por Palestina.

- Violación de la obligación internacional único modo de conjurar el peligro grave e inminente

El Gobierno de Israel en su presentación efectuada ante la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de octubre de 2003, sostuvo que la construcción del muro se encuadraba dentro de una medida de legítima defensa contemplada por el artículo 51 de la Carta de ONU y las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1368 (2001) y 1373 (2001). Israel afirmó que la construcción de parte del muro contribuyó a disminuir considerablemente el número de ataques dentro de su territorio.

Palestina en su presentación escrita ante la CIJ sostiene que la construcción del muro no encuentra su justificación en su derecho a la legítima defensa, pues las mismas deben ser una respuesta necesaria y proporcional a un ataque armado, condiciones que considera no se dan en el presente caso. Afirma que la violencia ejercida en el territorio palestino ocupado, ni por su escala ni por su naturaleza, es equivalente a un ataque armado contra Israel⁵⁰³.

El artículo 51 de la Carta reconoce la existencia de un derecho inherente de legítima defensa en el caso de ataque armado por un Estado contra otro Estado. Sin embargo, Israel no sostiene que los ataques contra él sean imputables a un Estado extranjero. La Corte también nota que Israel ejerce el control en el Territorio Palestino Ocupado y que, como el propio Israel

⁵⁰² La aplicación al pueblo palestino del principio de autodeterminación encuentra sus raíces en la Res. AG 181 (II) del 29 de diciembre de 1947, en la Res. AG 2535 B (XXIV) del 10 de Diciembre de 1969, Res. 2649 (XXV) del 30 de Noviembre de 1970, Res. AG 2672 C (XXV) del 8 de Diciembre de 1970, Res. AG 3236 (XXIX) del 22 de Noviembre de 1974 entre otras.

⁵⁰³ El Informe completo que presentó la Organización para la Autoridad Palestina puede ser consultado en www.icj-cij.org

afirma, la amenaza que considera para justificar la construcción del muro se origina dentro de, y no fuera de, ese territorio. La situación es así diferente de la contemplada por el Consejo de Seguridad en las resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001), y por consiguiente Israel no podría invocar esas resoluciones en todo caso en su apoyo. Por consiguiente, la Corte concluye que el Artículo 51 de la Carta no tiene ninguna relevancia en este caso.

Por otra parte, el Gobierno de Israel afirmó que la confiscación de tierras a los fines de la construcción del muro era proporcional al número de muertes y a los daños sufridos por los ciudadanos israelitas y realizados en concordancia con el derecho internacional y nacional⁵⁰⁴.

Gillerman, representante de Israel ante la Asamblea General de ONU, en 2003, manifestó que la decisión de construir el muro es una medida de defensa que fue adoptada con dificultad. Tres fueron los factores que los condujeron a adoptarla⁵⁰⁵, a saber:

El más importante fue Yassar Arafat y la Autoridad Palestina y sus medidas unilaterales.

La escasez de otras opciones. No es fácil tomar medidas a fin de obstruir el camino a los terroristas sin impactar en la vida de los palestinos. La construcción del muro de defensa es uno de los métodos no violentos más efectivos para prevenir el pasaje de terroristas y armamentos desde las fábricas terroristas que se encuentran en el corazón de las ciudades palestinas al corazón de las áreas civiles en Israel.

La mejora de la calidad de vida tanto de israelíes como de palestinos al reducirse la presencia de fuerzas armadas en las ciudades. Asimismo, se reducen los controles en las rutas con lo cual mejora la libertad de movimiento.

El mismo representante israelí al manifestar que la medida fue adoptada “con dificultad” nos da a entender que dicha medida contó con oposición a nivel interno y que se podría haber arribado a otra solución ya que él alude a una escasez de opciones. Al existir opciones ya no se cumple con una de las condiciones para invocar el estado de necesidad.

⁵⁰⁴ Acerca de la posición del Gobierno de Israel se puede ver en la página web de la CIJ un informe y también un resumen de la misma en A/ES-10/248.

⁵⁰⁵ Ver S/PV.4841, p. 7 ss.

Consideramos que al manifestar el representante israelí que la construcción del muro es uno de los métodos no violentos para prevenir los ataques terroristas, está diciendo que existen otros métodos que podrían haber sido elegidos, con lo cual no se cumple con la condición requerida para invocar estado de necesidad.

Por otra parte, la mejora de la calidad de vida no es un argumento invocable para el estado de necesidad.

Otro de los medios posibles podría haber sido levantar un muro pero *dentro* de los Territorios Ocupados. Las medidas de seguridad podrían llevarse a cabo en el territorio israelí a lo largo de la Línea Verde, donde también podrían reforzarse los mecanismos para controlar la entrada en caso de considerarse necesario.

Tenemos que tener en cuenta que la construcción de este muro dentro de los Territorios Ocupados sin el consentimiento del pueblo palestino, no beneficia a la población palestina que vive bajo la ocupación israelí. Por el contrario, tiene consecuencias negativas, especialmente la restricción de su circulación dentro de los Territorios Ocupados y otras violaciones de los derechos fundamentales, como el derecho al trabajo, a la alimentación, a los cuidados médicos, a la educación y a un nivel de vida adecuado.

Cabe recordar que algunos autores denominan al muro “Muro del Apartheid”⁵⁰⁶, mientras que las autoridades israelíes lo denominan “barrera de separación”, “valla de seguridad”, o desde fines de 2003 “valla anti-terrorista”.

A la luz del material presentado ante la Corte, este órgano no considera que la construcción del muro a lo largo de la ruta escogida sea el único medio para salvaguardar los intereses de Israel contra el peligro que ha invocado como la justificación para esa construcción.

- *El sujeto que invoca la necesidad no tiene que haber dado lugar/ contribuido a la aparición del peligro*

Con posterioridad a su visita a Palestina, Mary Robinson, Alto Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe del 29 de noviembre de 2000, afirmó “*An inescapable conclusion is that*

⁵⁰⁶ Sobre este particular se pueden consultar documentos en la página web del Comité de Solidaridad con la Causa árabe <http://www.nodo50.org/csca>

*much of the present situation has to do with the daily reality of life under occupation, including what the Palestinians see as the numerous daily humiliations imposed upon them*⁵⁰⁷.

Sobre este punto se puede consultar la presentación escrita de Palestina ante la Corte, en particular el capítulo 5 “Las políticas y prácticas de Israel, la potencia ocupante, y la situación de seguridad en el territorio palestino ocupado”, en el que se pone de manifiesto el accionar israelí y las violaciones a los derechos del pueblo palestino.

El informe palestino en su párrafo 198 afirma que las políticas y prácticas israelíes son las que han creado las condiciones de inestabilidad e inseguridad en respuesta de las cuales Israel alega debe construir el muro para proteger a sus ciudadanos.

Referido a este punto, la Asamblea General de ONU aprobó *i.a.* las siguientes resoluciones A/Res/ES-10/2; A/Res/ES-10/3; A/Res/ES-10/4; A/Res/ES-10/5; A/Res/ES-10/6; A/Res/ES-10/7; A/Res/ES-10/8; A/Res/ES-10/9; A/Res/ES-10/10; A/Res/ES-10/11; A/Res/ES-10/12 y A/Res/ES-10/13.

Se excluye la posibilidad de que el estado de necesidad funcione como circunstancia excluyente de ilicitud de un comportamiento no conforme a una obligación derivada de una norma de *ius cogens*, o de determinadas normas de derecho internacional humanitario.

No hay ninguna razón para que el estado de necesidad actué como circunstancia excluyente de ilicitud de un hecho del Estado cuando la norma que establece la obligación subordina explícita o tácitamente el cumplimiento de la obligación a la condición de que determinadas circunstancias no la hagan demasiado onerosa o peligrosa.

González Napolitano considera que “la Corte ha sido sumamente prudente y ha descartado la posibilidad de la aplicación de esta circunstancia. Sin embargo, una vez más, implícitamente, reconoce la existencia de un estado de necesidad y reafirma el carácter consuetudinario a los efectos de excluir la ilicitud. Cabe resaltar que la Corte trató la posibilidad de la invocación del estado de necesidad, sin que hubiera sido alegada por

⁵⁰⁷ Report of the UN High Commission for Human Rights and Follow up to the world conference on Human Rights – UN Doc.E/CN.4/2001/114 (29/11/2000) párr.23.

Israel en ninguno de los documentos tenidos en cuenta por la CIJ para dar respuesta a la Opinión Consultiva solicitada⁵⁰⁸.

Sigue afirmando González Napolitano que aunque la CIJ no haya analizado el estado de necesidad, tampoco podría haberse alegado para justificar la construcción del muro porque se violan normas imperativas del derecho internacional general, lo que constituye una limitación general a la posibilidad de invocar dicha causa de exclusión de ilicitud⁵⁰⁹.

Concluyendo, la Corte en esta opinión consultiva, al analizar la posibilidad de Israel de invocar estado de necesidad, a diferencia de lo resuelto en el caso *Gabčíkovo – Nagymaros* (Hungría /Eslovaquia), en el que consideró que no se hallaba Hungría frente a un peligro grave e inminente, en este caso el órgano judicial sostiene que no se reúnen todas las condiciones para la invocación del estado de necesidad, puesto que la medida de defensa elegida no es el único medio/modo de salvaguardar el interés esencial del Estado israelí de brindar seguridad y garantía de sus derechos a la población civil.

Por otra parte, si considerásemos que la construcción del muro es el único medio que tiene Israel para defenderse, cabe preguntarse si el interés esencial israelí que se pretende salvaguardar es superior al interés palestino, el cual incluye la integridad de su territorio, la protección del medio ambiente al modificarse la ocupación de las tierras y la distribución y el acceso al agua entre otros, o si son intereses equivalentes y en tal caso debe un tercero ponderar y decidir acerca de su prevalencia. Punto sumamente complejo para dilucidar y que pone en tensión no sólo la relación entre ambas partes sino de los miembros de la comunidad internacional.

Si bien nos encontramos ante intereses de diferente naturaleza lo cual torna aún más dificultoso efectuar una comparación, entendemos nos encontramos ante intereses equivalentes.

⁵⁰⁸ GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. “Otra decisión internacional que rechaza la aplicación del ‘estado de necesidad’ a propósito de la opinión consultiva de la CIJ sobre la construcción del muro en territorio palestino ocupado”, en BARBOZA, J, (Coordinador) *La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional - Temas relacionados con la Opinión Consultiva sobre la construcción del muro*, CARI (Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales), Buenos Aires, 2005, p. 145.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, pp. 145-146.

Consideramos que tampoco se cumple con la condición de no haber contribuido a crear el peligro que se alega amenaza un interés esencial, pues como vimos el accionar israelí parece haber coadyuvado en alguna medida a crear la situación descripta.

De todo lo expuesto, la Corte concluye que Israel es responsable internacionalmente por sus hechos ilícitos, ilicitud que no queda excluida por el estado de necesidad al no reunirse las condiciones necesarias para la invocación de tal circunstancia.

Binoy Kampmark recuerda que “(...) *the weakness of the decision rather lies in what, in the words of Judge Higgins, “was not said”* (Judke Higgins, para. 21)⁵¹⁰.

CONCLUSIONES PARCIALES

La práctica de los sujetos internacionales que hemos considerado en esta parte de nuestro desarrollo, nos va a ayudar a determinar las condiciones estructurales requeridas para la invocación del estado de necesidad en el ámbito internacional. Estos casos son algunos de los más importantes referidos al estado de necesidad, y a su posible confusión con otras circunstancias de exclusión de ilicitud como la fuerza mayor, lo cual, una vez que hayamos completado el estudio de toda la práctica y la hayamos despojado de sus particularismos nos permitirá descubrir la esencia del estado de necesidad.

Puede observarse en los distintos casos referidos nos encontramos con que la figura del estado de necesidad no siempre fue invocada cuando pudo serlo, en otros casos se la confundió con la fuerza mayor o la legítima defensa por ejemplo, en otro se la invocó como causa de terminación de tratados internacionales, en otros directamente el tribunal interviniente la analizó, hasta otros en los que de manera amplia se presenta esta causal. La percepción de la causal excluyente de ilicitud atraviesa distintas etapas en los pronunciamientos que van desde un

⁵¹⁰ KAMPMARK, B. “Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Terrorism, Jurisdiction and the Application of International Law”, 11 *Australian International Law Journal*, 2004, p. 165. (Obtenible en <http://138.25.65.17/au/journals/AUIntlLawJl/2004/11.pdf>)

breve análisis a uno más rigurosos, llenos de matices, con profundo entramado filosófico, que ponen en evidencia la falta de uniformidad de criterios a la hora de perfilar el estado de necesidad, distinguiéndolo de las otras causales de exclusión de ilicitud, asociándolo a las figuras de excusa o justificación. Por ejemplo recordemos los dos laudos referidos a la pesca de focas peleteras resueltos a fines del siglo XIX, verdaderos *leading cases* en materia de preservación de recursos naturales, ambos son ejemplos de estado de necesidad aun cuando las partes no fundaron sus medidas proteccionistas en esos términos, lo que entendemos responde a la época en que se originaron las controversias. También debemos recordar el asunto del Buque Wimbledon y la opinión individual del Juez Anzilotti en el caso Oscar Chinn, ambos casos resueltos por la CPJI entre los años veinte y treinta del siglo XX. En estos dos casos encontramos sustantivos aportes a la construcción del estado de necesidad. No podemos dejar de mencionar el caso Rainbow Warrior en el que la CIJ entendió que si bien Francia no había invocado el estado de necesidad, esta figura resultaba relevante para el caso. En igual sentido, recordemos la OC sobre la construcción del muro en la que la CIJ se detiene en cada uno de los elementos del estado de necesidad requeridos por el proyecto de artículo de la CDI.

De la práctica internacional presentada en este capítulo, podemos advertir la confusión que giró en torno al estado de necesidad, ya que muchas veces ha sido confundido con la legítima defensa, otras con la fuerza mayor o en otras, con el peligro extremo. Pareciera que el estado de necesidad comienza a perfilarse con caracteres más definidos a partir del siglo veinte, basta recordar las referencias concretas que señalamos respecto a la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930.

La figura de la causal de exclusión de ilicitud de los comportamientos del Estado bajo estudio en esta tesis, adquirió perfiles más definidos a partir de la sentencia de la CIJ en el caso Gabčíkovo-Nagymaros, en la que la CIJ sostuvo que el estado de necesidad es un medio reconocido por el derecho internacional consuetudinario para excluir la ilicitud de un acto contrario a una obligación internacional, pero que sólo puede ser aceptado excepcionalmente. Cabe indicar que la CIJ a los fines de esta sentencia se valió de todos los aportes efectuados en la materia por la CDI, es decir, la CIJ vino a dar visibilidad internacional a la ardua y prolongada labor de la CDI. En igual sentido coadyuvó la OC de la CIJ relativa a la Construcción del Muro. En particular, este caso avanza en la

perfilación de las condiciones de no contribución por parte del invocante a la situación de necesidad y al elemento ser la medida el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente.

Muy interesantes, a los fines de la identificación de los elementos estructurales del estado de necesidad, son los casos en los que se pretendió justificar el incumplimiento de obligaciones financieras invocando distintas circunstancias de exclusión de ilicitud. Los casos citados en el punto C) de este capítulo, tienen la particularidad de que responden a las dificultades que se presentaron a nivel internacional en las primeras décadas del siglo XX. En ellos, los Estados -a nuestro juicio- si bien invocaron fuerza mayor, son casos de auténtico estado de necesidad. En los restantes casos, expresamente, la República Argentina a principios de siglo XXI invocó el estado de necesidad, figura que fue extensamente analizada en cada uno de los laudos arbitrales y que corrió distinta suerte en cada caso. Esto es, cada tribunal arbitral *ad hoc* que resolvió alguna controversia argentina hizo una evaluación diferente de los argumentos invocados por las partes o por tribunales anteriores a la hora de reconocer o no la aplicabilidad de la causal de exclusión de ilicitud del estado de necesidad.

CAPÍTULO 5

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL ESTADO DE NECESIDAD

INTRODUCCIÓN

Tras haber estudiado en capítulos anteriores el concepto de “estado de necesidad” desde distintas dimensiones de percepción, deslindando sus semejanzas y diferencias con otras causales de exclusión de ilicitud; y haber analizado la doctrina y jurisprudencia internacionales sobre el tópico, en este capítulo final de carácter conclusivo, sustentándonos en los anteriores, determinaremos y perfilaremos los elementos estructurales requeridos para la invocación del “estado de necesidad” en el ámbito internacional.

No dejamos de tener presente las grandes críticas al instituto del “estado de necesidad”. Algunos autores, entre ellos Allot, han señalado que “the concept of state necessity is the most persistent and formidable enemy of a truly human society”⁵¹¹. En realidad, Allot critica, en general, la lógica aplicada a todas las causales de exclusión de ilicitud por entenderla viciada⁵¹².

⁵¹¹ ALLOT, Ph. “State Responsibility and the Unmaking of International Law”, *29 Harv. Int'l. L. J.* (1988), p. 17.

⁵¹² Coloca en términos simbólicos la relación silogística de las causales de exclusión de ilicitud del proyecto de la CDI en los siguientes términos:

“Some A is B.

All A is C.

Toda C (responsabilidad por ilícito) es B (admisión de excepción) sería perfectamente un razonamiento válido para las causales de exclusión de ilicitud, incluido el estado de necesidad.
Therefore all C is B.
(Some obligations are subject to exceptions. All obligations give rise to responsibility. Therefore, all responsibility is subject to exceptions.) It is a wry tribute to international law that the survival of humanity may turn on some false inductive reasoning by international lawyers.” Por nuestra parte creemos que la segunda premisa, erróneamente identifica A (obligación) con A (violación de una obligación) por lo que la conclusión

Schwarzenberger⁵¹³ ha sostenido que si el derecho a la autopreservación fuera absoluto y primordial, el resto del derecho internacional se volvería opcional, y su observancia dependería de una decisión del interesado. Una especie de super-derecho. Indudablemente ello sería válido si el “estado de necesidad” no quedara reducido a situaciones extremas bajo condiciones restrictivas, como lo es y siempre lo ha sido.

En similar sentido, Ago se refirió al “estado de necesidad” como “excusa” para situaciones excepcionales, rechazando su condición de “derecho” emanado del derecho a la autopreservación, autoconservación del Estado. También, el relator Crawford se inclinó en sus comentarios a considerar a la causal una “excusa de conducta”. La idea de “excusa” implica algo individual, accidental, subjetivo, que no condice con una disposición de tipo general como la que se formula en el proyecto de la CDI para el “estado de necesidad” (válida para todos los Estados en circunstancias equivalentes). En el caso de estado de necesidad acreditado -a nuestro criterio- hay exención de punición (inculpabilidad), pero también hay insusceptibilidad de punición (inatribución) atento a que la medida *prima facie* ilícita se adopta en situación de crisis tal que, por la gravísima afectación real que significa a un interés vital no sólo del Estado actuante, sino valorado como tal por la sociedad internacional, pone en suspenso el complejo normativo vigente que lo vincula con relación a esa situación de emergencia o urgencia.

Christakis observa que, si la necesidad no conoce ley -como desde hace milenios se ha señalado- la presunta causal de exclusión de ilicitud más que un instituto con carácter propio es una carrera con obstáculos a sortear. Así distingue entre los obstáculos extrínsecos -relativos a la naturaleza de la obligación primaria-, y obstáculos intrínsecos -que coinciden con las condiciones acumulativas requeridas para su invocación-⁵¹⁴. Como impacto retórico, valoramos la manifestación de Christakis, ya que sus requisitos son una verdadera carrera de impedimentos, pero no puede considerarse que eso pueda ser su naturaleza jurídica.

⁵¹³ SCHWARZENBERGER, G. “The Fundamental Principles of International Law”, *87Recueil des Cours...*, Ob. Cit., p. 344.

⁵¹⁴ CHRISTAKIS, Th. “Nécessité n’a pas de loi? La nécessité en droit international” en *La nécessité en droit international, ...*, Ob. Cit., p.6 y ss.

A pesar de esas prevenciones en contra del “estado de necesidad”, no debemos olvidar que esta es una figura largamente sustentada en los distintos derechos internos, arraigada en la teoría general del derecho, reconocida en varias oportunidades por el más alto tribunal internacional como “causal de exclusión de ilicitud” consolidada en calidad de “norma consuetudinaria internacional de carácter general”, y a la que los propios relatores del proyecto de la CDI en materia de responsabilidad internacional por ilícito (incluidos Ago y Crawford) consideraron -más allá de sus resquemores- causal que no podía ser soslayada en el proyecto.

Se ha solido utilizar el caso *Neptune* para sustentar el rechazo de la condición de causal de exclusión de ilicitud del estado de necesidad. Así se ha hecho presente que el *Neptune*, buque estadounidense llevado a un puerto británico donde su carga fue capturada bajo alegación de estado de necesidad a causa de la escasez de alimentos, es un ejemplo de reconocimiento de la ilicitud del acto, aun cuando se invocó el estado de necesidad, por lo que la causal sólo sería una excusa y no una justificación eximente del ilícito. Creemos que hay una confusión al respecto entre los doctrinarios y comentaristas, ya que, si bien el gobierno británico por decisión de la Comisión arbitral debió pagar la diferencia entre el monto voluntariamente pagado por Gran Bretaña a modo de resarcimiento y el reclamado por EE.UU (diferencia entre el importe pagado y el importe que habrían recibido de haber llegado la carga a su destino), ello no es indicio de que la causal de necesidad sea una mera “excusa”. En todos los casos en que existe una causal de exclusión de ilicitud, el hecho de que no se haya incurrido en ilícito no significa que no se deba indemnizar la pérdida efectiva causada por el hecho-acto en cuestión (liability).

Precisamente, por haber analizado los aportes de la doctrina internacional, de las labores de la CDI y la jurisprudencia y cuasi jurisprudencia internacional y, por haber observado que existe una tendencia a reconocer “in abstracto” la causal de exclusión de ilicitud del “estado de necesidad”, pero que -en pos de dar garantías frente a posibles abusos a que podría llevar su invocación- se dotó a la figura de tal grado de excepcionalidad, interpretación restrictiva de sus elementos y carácter acumulativo, que ha conducido a que sólo en muy pocos casos se la reconociera “en concreto”, es que emprendimos esta investigación. La particularidad del instituto, frente a las otras causales, nos pareció, lo ameritaba.

Consideramos como “elementos estructurales” a cada una de las partes constitutivas diferenciadas (elementos, piezas) -aunque vinculadas

entre sí- en que puede ser dividido el instituto del “estado de necesidad” como causal de exclusión de ilicitud en el Derecho internacional (justificación). Esto es, buscaremos individualizar cada uno de los componentes definitorios del complejo institucional “estado de necesidad” para poder ser admitido como existente e invocable a los fines de la exención de responsabilidad por ilícito. Los “elementos estructurales”, sustantivos, fundamentales, centrales, primarios, axiales, verdaderos pilares del instituto, en el sentido que los concebimos, exceden las meras condiciones o requisitos para la configuración de la causal de exclusión de ilicitud.

Indicaremos los elementos que son comunes a otras circunstancias excluyentes de ilicitud y los que le son propios, particulares de la causal de estado de necesidad. Asimismo, destacaremos los elementos según se relacionen con el comportamiento, con la situación o con la obligación primaria aparentemente vulnerada.

También, tomaremos en consideración los elementos relativos a la naturaleza de la obligación primaria violada y los que corresponden a las condiciones de la justificación como tal. Debemos tener presente que no se trata de justificación del ilícito, sino del acto-comportamiento ya que admitida la validez de las circunstancias excepcionales que dieron lugar al comportamiento, el ilícito nunca llega a configurarse. “Cuando un Estado involucrado en cierta conducta en circunstancias tales como la legítima defensa, fuerza mayor o la legítima aplicación de una sanción, esa conducta no constituye un hecho ilícito internacional porque, en esas circunstancias, el Estado no estaba compelido a cumplir la obligación internacional que normalmente hubiera tenido que respetar, por lo tanto no se dio una violación de la obligación. Consecuentemente, una de las condiciones esenciales para la existencia del hecho ilícito está ausente”⁵¹⁵.

Por nuestra parte, y a pesar de los reparos que la doctrina ha manifestado sobre la admisibilidad de la causal de exención de ilicitud del “estado de necesidad”, creemos que el estado de necesidad no debe ser redactado en sentido negativo (carrera de obstáculos como los señala Christakis sino de modo similar al resto de las causales, en base a sus elementos estructurales: “La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho (...)”. Es contrario a las reglas definitorias de cualquier naturaleza

⁵¹⁵ CDI *Anuario* 1973, vol. II, p.178, doc. A/9010/Rev. 1, cap. II, sec. B.2, párr. 7 comentario al art. 2.

la enunciación negativa como que se halla en el proyecto de la CDI de 2001 sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos: “Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad (...) a menos que (...)”. Completaremos la formulación propuesta a modo de colofón de este capítulo de conclusiones.

Recalamos que, a la hora de la conformación de la causal del “estado de necesidad”, todos los elementos estructurales -axiales y funcionales- deben reunirse de manera acumulativa, y –atento a la excepcionalidad de la causal- deben ser interpretados restrictivamente. En la formulación de la causal que acompañaremos sólo pondremos los elementos pilares a los fines de su viabilidad en la práctica.

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL “ESTADO DE NECESIDAD”

- **Defensa de la corrección de una CONDUCTA ‘PRIMA FACIE’ ILÍCITA**

Elemento común a todas las otras causales de exclusión de ilicitud⁵¹⁶; vinculado básicamente a la violación de una norma internacional.

La defensa no es una “excusa” -más allá de que la CDI haya usado ese término tanto en sentido general, como específico para indicar la excepcionalidad de la causal de “estado de necesidad”-, ya que la “excusa” implica el reconocimiento de una infracción pero pretende disminuir o cancelar el reproche que se hace por el ilícito. El estado de necesidad es una “justificación” del comportamiento, ya que ello implica que el autor del acto dispuso de un permiso del orden jurídico para actuar como lo hizo en las circunstancias del caso, excluyendo la posibilidad de consecuencia jurídica por ilícito. En esta “justificación” hay dos principios eximentes: el principio de la ausencia de interés propio (ventaja por el obrar) y el principio del interés preponderante desde la visión global. Se centra la justificación en el acto como decisión subjetiva pero de apreciación objetiva conforme su razonabilidad. Se referencia a la “conducta en las circunstancias”. Es decir, se entiende que las condiciones que dan lugar a reclamación de justificación tienen entidad suficiente para alterar los fundamentos morales y / o la valoración jurídica de un hecho ilícito o ilegítimo *prima facie*. El acto que,

⁵¹⁶ A saber: consentimiento, legítima defensa, contramedidas, fuerza mayor, peligro extremo.

en ausencia de las condiciones de justificación, normalmente se describiría como violación a norma internacional, se considera, como consecuencia de la circunstancia-defensa, correcto o, al menos, permitido jurídicamente.

El “estado de necesidad” es causa de exclusión de ilicitud y no de exclusión de responsabilidad porque torna lícita una conducta que de otra manera habría sido ilícita.

- **El “estado de necesidad” es una SITUACIÓN TRANSITORIA**

Elemento común a las otras causales ya que el cumplimiento de la obligación primaria violada ante el peligro, renace ni bien haya cesado la circunstancia excepcional que excluye la ilicitud. Se centra en el comportamiento y en una característica de la situación, ya que no es dable pensar que un Estado por tiempo prolongado esté respondiendo en violación a normas vigentes a un peligro extremo, grave e inminente, el que por su propia naturaleza importa un lapso de presión incisiva de duración acotada.

El hecho necesitado debe cesar tan pronto como el peligro haya desaparecido o el daño se haya producido pues en este caso nos encontraríamos en una situación de posible justificación por otra vía.

- **Existencia de un INTERÉS ESENCIAL del Estado⁵¹⁷, puesto en riesgo por un peligro grave e inminente**

Elemento propio de esta causal, centrado en la situación.

A pesar de estar el “interés esencial” unido en su formulación a la existencia de peligro grave e inminente, el “interés esencial” aparece como una consideración independiente.

Es difícil definir el “interés esencial”. En este caso, por tratarse de un Estado, necesariamente es de naturaleza pública (interés público esencial - no privado del Estado). El interés público esencial a salvaguardar muestra una doble tensión: * la del plano internacional en el que la necesidad busca salvaguardar un interés público esencial nacional de valor internacional (por ejemplo, la existencia de un Miembro de la sociedad internacional

⁵¹⁷ Nos referimos solo a Estados ya que en ese contexto se ha elaborado esta Tesis. Por ello no tratamos los casos de invocación de “estado de necesidad” por parte de individuos en el marco del Derecho penal internacional. Tampoco nos referimos, salvo tangencialmente, a la situación en el caso de las Organizaciones internacionales.

y sus condiciones básicas de subsistencia), y la del plano nacional que requiere del Estado (relación *ad-intra*) la máxima protección de los intereses básicos, públicos, colectivos de su sociedad de individuos. Si bien, la determinación del interés público esencial de una comunidad suele depender de decisiones políticas, está contenida por la necesidad de que el interés en peligro sea considerado esencial en el plano internacional. Esa consideración en el plano internacional es móvil en el tiempo, pero responde a decisiones políticas de un colectivo de distinta trama, más amplio, más balanceado, tanto en lo político-ideológico como en lo estructural que el nacional (por ejemplo sistema de Naciones Unidas).

Tal como lo señaláramos en capítulos anteriores, la expresión “interés esencial” manifiesta incoherencia terminológica interna. La expresión “interés” denota una percepción particularista, individualista de utilidad, provecho, beneficio, ganancia, ventaja propia. En cambio, el término “esencial”, que le acompaña, conlleva el tinte de algo primordial, fundamental, principal. Si el interés es particular, sólo ese Estado estaría facultado para determinar si el mismo le es básico y no el Derecho internacional. Especialmente, si el Derecho internacional no ha enunciado los intereses que cubre la causal, ni siquiera ejemplificativamente, se vuelve difícil determinar desde afuera la “esencialidad” del interés en peligro. Sabemos por la práctica que la expresión “esencial” pretende ser una “limitación”. Sin embargo no opera como tal ya que, al considerar que el interés o cuestión es primordial, está pensando en el valor central de un Estado, que es su propia supervivencia, es decir, su autopreservación. Tampoco luce adecuada la referencia a “interés” si se piensa en cuestiones esenciales para el Estado pero de conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral, material o legal.

Más allá de los cuestionamientos a los vocablos elegidos, el rol esencial del elemento-requisito “interés esencial”, en calidad de función primaria, es *limitar* la aplicación del “estado de necesidad” como causal de exclusión de ilicitud frente a los posibles abusos por parte de los invocantes⁵¹⁸. Ello, porque se pretende que la defensa de necesidad sea de *excepcional* naturaleza.

⁵¹⁸ GHANAYIM, K. *Excused Necessity in Western Legal Philosophy*, 19 *CAN. J. L. JURIS.* (2006), p. 1 (obtenible en <http://ssm.com>).

La doctrina contemporánea destaca que la concepción de “interés esencial” ha ido evolucionando en el tiempo. Hasta finales del siglo XX, los “intereses fundamentales” de un Estado se limitaban a los necesarios para el mantenimiento de la existencia de un Estado frente a la violencia doméstica o extranjera, confundida con la legítima defensa y la fuerza mayor⁵¹⁹. Asimismo, se señala que, a partir de esa fecha se ha producido una gran expansión del concepto de los “intereses esenciales” del Estado, al incluir tanto intereses ecológicos como económicos. Por nuestra parte, tenemos algunos reparos frente a esta percepción, a los que señalaremos más adelante.

Sin embargo, esos mismos doctrinarios suelen remarcar que esa ampliación nominal logró poco en el camino de la expansión de la aplicabilidad de la doctrina de la necesidad como un todo, continuando visible en la práctica su escasa admisión *in concreto*. Creemos que ello se debe a que es falsa la dicotomía entre una etapa anterior en la que la autopreservación era vista como un derecho fundamental de los Estados (visión grociana) y una nueva era de expansión del “interés esencial” al área ambiental-ecológica y a la financiero-económica. En todos los casos ambientales y financieros en los que se hizo lugar al “estado de necesidad”, lo ambiental y lo financiero han operado sólo como detonantes-causales del “interés esencial”, vital de autopreservación del Estado y las condiciones de supervivencia de su población como colectivo (Estado=pueblo organizado) y no causas autónomas⁵²⁰.

⁵¹⁹ V. HERSHEY, S. *The essentials of International public law and Organization*,... Ob. Cit., p.231: “The most important of these fundamental rights of States is that of existence, which involves the rights of self-preservation and defense”.

⁵²⁰ Por ejemplo, en el Caso del *Torrey Canyon* se ha señalado que “el interés del Estado era proteger el medioambiente marino y costero” (*Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago*, U.N. Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7) y no su preservación o autoprotección. Sin embargo, esa protección del medio no se ha dado en abstracto y en defensa del medioambiente “*per se*”, aislado, sino teniendo en cuenta los efectos sobre el hábitat del ser humano (incluido los recursos que aprovecha). El ser humano es integrante de un colectivo de individuos. El Estado posee entre sus elementos constitutivos a ese colectivo (población). Por ello ese colectivo-población es cuidado ante cualquier peligro grave e inminente, lo que hace a la autopreservación del propio Estado en uno de sus elementos. Recuérdese el *Asunto de la pesca de focas de peletería frente a la costa de Rusia* (1893), referido en el Cap. 4. Aun cuando la situación se pueda desenvolver en un territorio fuera de la jurisdicción de los Estados (zonas *res communis usus* o patrimonio común de la humanidad), los derechos del

Es más, Ago, quien no admitía la idea del “derecho” fundamental de autopreservación y se inclinaba por la condición de mera “excusa” con relación a la naturaleza del “estado de necesidad”, al dar ejemplos de tipos de intereses esenciales conforme al art. 33 del Proyecto de la CDI de 1980, señaló: “a State’s political or economic survival, the continued functioning of its essential services, the maintenance of internal peace, the survival of a sector of its population, [and] the preservation of the environment of its territory or a part thereof”⁵²¹. Es de observar que con esa ejemplificación, se contradice, ya que todos los tipos de interés esencial que enuncia son parte de alguno de los elementos constitutivos del Estado y con ello, aptos (bajo ciertas condiciones) para afectar su preservación.

En sentido semejante encontramos la posición de Strupp, quien al definir al estado de necesidad enunció los intereses estatales que se podrían ver amenazados, Moreno Quintana⁵²² y Salmon quien si bien propone una enumeración sobre qué ha de entenderse por interés esencial, en realidad los supuestos mencionados no dejan de presentar cierta vaguedad, tal como se refiere a “interés vital” o “exigencias esenciales” y además todos de alguna manera se refieren a la existencia y autopreservación del Estado⁵²³. Incluso cuando se sostiene la posibilidad de invocar estado de necesidad

Estado sobre ellas como parte de la Comunidad internacional, darían lugar a acciones de autoprotección cuando intereses esenciales suyos en esas zonas (o con efecto en zona bajo su jurisdicción) se hallaren amenazados grave e inminentemente.

⁵²¹ *Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago*, U.N. Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7.

⁵²² Sostuvo la existencia de una circunstancia que excluye la responsabilidad del Estado por la violación de una norma internacional, cuando una situación de peligro grave e inminente amenaza su integridad territorial o independencia política, con lo que remarca que los intereses esenciales a proteger son la integridad territorial y la independencia política.

⁵²³ Por ejemplo, razones económicas fueron las que alegaron las autoridades de Guinea ante el Tribunal de Derecho del Mar para justificar su actuación contra el petrolero M/W Saiga (Sentencia del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, de fecha 01 de julio de 1999, en el caso M/V Saiga (Nº2) case (Saint Vicent and The Grenadines v. Guinea). Según ellas, Guinea era un país en desarrollo muy pobre que no podía permitirse el lujo de renunciar a los ingresos fiscales que le reportaría la venta de combustible suministrado en sus puertos. Además, desde un punto de vista jurídico recurrieron a las nociones de “derecho inherente de autoprotección”, “interés público” y la “doctrina de la necesidad” para defender la ejecución de su legislación aduanera en la zona económica exclusiva. Este es un caso más de autopreservación del Estado, puesto que con la medida se buscó salvaguardar del peligro a la población de ese Estado.

para justificar una intervención en protección de los nacionales estamos frente a la salvaguarda de un elemento esencial del Estado⁵²⁴.

Algunos autores sostienen que cabe invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de ilicitud en supuestos de contaminación de cursos de agua internacionales y también en caso de intervención de extrema urgencia por parte de las autoridades ribereñas fuera de sus fronteras fuera el único medio que tuviese el Estado para tomar medidas de protección contra una grave contaminación que se extendiera a ambos lados de la frontera, careciendo los órganos del Estado ribereño vecino del tiempo y medios para proceder a la adopción de las medidas necesarias para contrarrestar la contaminación⁵²⁵. También ha llegado a considerarse que la conservación de los recursos vivos del mar o los recursos vivos marinos antárticos podrían constituir un interés esencial del Estado que pueda justificar la invocación del estado de necesidad⁵²⁶.

- **Situación en la que existe un PELIGRO GRAVE E INMINENTE para un interés esencial del Estado.**

Elemento propio de esta causal con facetas próximas al peligro extremo, si bien, quien corre peligro en el “estado de necesidad” no es el autor físico del comportamiento o las personas a su cuidado sino un interés esencial del propio Estado. Está centrado en la situación.

Peligro real (no algo supuesto), específico, presionante por su gravedad, inminencia e inmediatez. Debe atentar contra el interés esencial del Estado de modo “absoluto”. El peligro es tal que requiere actuar con urgencia, muchas veces en respuesta inmediata, la que frente a la gravedad no pondera la recriminación por el comportamiento. Son acciones que están más allá de las normas de comportamiento ordinario o razonable

⁵²⁴ Véase RABY, J. “The State of Necessity and the Use of Force to Protect Nationals,” *Canadian Yearbook of International Law*, 1988, vol. 26 (Vancouver: University of British Columbia Press, 1989), p. 269.

⁵²⁵ Véase PONTE IGLESIAS, M.T. *La Contaminación Fluvial: cuestiones de responsabilidad internacional*, Xunta de Galicia, 1989, p. 279.

⁵²⁶ Véase BENDER, PH. “A state of necessity: IUU Fishing in the CCAMLR Zone”, *Ocean and Coastal Law Journal*, Vol. 13:2, pp. 233-280 (Obtenible en mainelae.maine.edu/academics/oclj/pdf/vol13_2/vol13_oclj_233.pdf)

ya que la necesidad de responder es urgente dada la situación crítica en la relación interés protegido y peligro.

El origen del peligro puede ser un hecho de la naturaleza o un comportamiento humano doloso o culposo. Las características esenciales a tener en cuenta cuando se habla de peligro son la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado y el carácter dañoso o lesivo de dicho resultado. Por tanto, no hay “peligro” cuando la producción de un acontecimiento es imposible o cuando el resultado concuerda con nuestros intereses o no los afecta. “El peligro es, por tanto, la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción”. Así es posible admitir una situación o una conducta peligrosa sin que en ella nuestros intereses se vean en absoluto involucrados y respecto a la segunda característica admite, sin discusión, que el resultado a que puede conducir el peligro ha de ser un resultado dañoso, no deseado por el sujeto necesitado. No se está frente a un peligro cuando la ocurrencia del daño deja de ser una posibilidad y se convierte en certeza, así como se considera seguro la posibilidad de evitar la producción del daño. El sujeto actúa preventivamente, ante la amenaza o probabilidad de daño, pues si el resultado ya se produjo cae la posibilidad de invocar esta causal.

Los peligros pueden tener su origen en la naturaleza y/o en el accionar del hombre y a su vez pueden ser simples o complejos, secuenciales o combinados, ya sea en su origen o en los efectos que producen. Estas consideraciones nos parecen por demás interesante porque no se ha discutido en la doctrina y tampoco los tribunales lo hicieron acerca de qué es un peligro y cómo puede presentarse el mismo. Además, el punto se vincula estrechamente con la contribución o no del sujeto necesitado, puesto que hay peligros que por su naturaleza son multicausales y por la tanto *a priori* quedarían excluidos esos supuestos de la posible invocación del estado de necesidad.

No sólo debe ser grave el peligro que amenaza un interés esencial sino que también debe ser inminente. La inminencia es un grado de proximidad del peligro que indica que el daño se puede producir en cualquier momento a partir de aquél en que se suscitó el peligro de su ocurrencia. La inminencia consiste en que el peligro para el bien jurídico de mayor valor que se pretende proteger, se muestre como un peligro actual, y que su producción esté por suceder de inmediato si no se hace algo para evitarlo. La sola valoración de la inmediatez es subjetiva y de controvertible solución.

La determinación de la gravedad e inminencia del peligro es una cuestión subjetiva y por lo tanto varía de sujeto en sujeto. A ello debemos añadir que la evaluación que hace el sujeto necesitado es en un plano de cierta incertidumbre, antes de que el daño se produzca, esto es, ante el riesgo. En cambio, en caso de controversia entre quien justifica su conducta en el peligro y quien niega que haya existido, ya se estará frente a una certeza, esto es el daño se produjo como consecuencia del peligro, o el daño no se produjo porque el peligro se evitó o porque no existió simplemente. En estos casos, el sujeto necesitado debe probar que el peligro fue claramente determinado sobre la base de las pruebas razonablemente disponibles en el momento de adoptar la decisión, las que pueden variar con el tiempo. Esto trae como consecuencia que las pruebas a las que puedan acceder los Estados variarán en función de su calidad, esto es habrá que estar a cada caso.

Pensamos que la determinación de la gravedad e inminencia, con el nivel desarrollo científico y tecnológico en nuestros días disponible, no puede resultar de una apreciación meramente subjetiva sino que debe ser la resultante de una sumatoria de variables.

Los casos de la práctica analizados, así como la doctrina, reafirman que el peligro debe ser grave e inminente, pero no se ha definido qué se entiende por “grave”. Algún autor entiende que cualquier amenaza a un interés esencial del Estado configura un peligro grave. La jurisprudencia dio pautas a fin de entender la inminencia como proximidad o inmediatez pero no basta la mera percepción de un posible peligro. Debe determinarse objetivamente la existencia del peligro en una fecha. Este punto fue criticado porque prácticamente confunde la idea de peligro que entraña riesgo con el daño.

Si bien la inminencia del peligro alude a la inmediatez o proximidad, la CIJ ha sostenido que un peligro a largo plazo pueda ser tenido como “inminente” tan pronto como sea establecido. La doctrina receptó con buen agrado la admisión por la CIJ que los peligros previstos por el estado de necesidad puedan constituirse a largo plazo, puesto que generalmente los peligros ambientales presentan esa característica. No obstante al ser tan exigente con el grado de certeza, la Corte le quita valor a ese recono-

cimiento ya que, si bien los daños pueden ser inciertos frecuentemente son irreversibles⁵²⁷.

En realidad lo que se pretende evitar es que se produzca un daño grave a un interés esencial del sujeto como consecuencia del peligro que se cierne sobre el sujeto.

El carácter inminente del peligro es un elemento que fue enfatizado tempranamente en varios casos de la práctica internacional que hemos referido.

El peligro, además de tener que ser grave e inminente, debe ser inevitable por otra vía que la elegida por parte del sujeto necesitado, ya que su conducta omisiva podría constituirse en una forma de contribuir con la amenaza, lo que haría caer la posibilidad de invocar esta causal.

- **BALANCE DE INTERESES. La conducta-medida no debe afectar gravemente un interés esencial de otro Estado o de la comunidad internacional.**

Elemento común de modo indirecto y parcial a las causales de consentimiento⁵²⁸, contramedidas⁵²⁹, peligro extremo⁵³⁰. Aparentemente, está sólo vinculado a la conducta y a la situación, sin embargo, se relaciona íntimamente con la norma *prima facie* violada (triaxialidad).

Cuando un Estado invoca un interés esencial, como en el caso de esta causal, el interés es de naturaleza pública por la sola condición de Estado del actuante (interés público esencial). Ello, necesariamente, lleva

⁵²⁷ MALJEAN-DUBOIS, S. “L’arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l’affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie – Slovaquie)”, *Annuaire Français de Droit International*, 1997, p.300.

⁵²⁸ Si bien, no es tema de nuestra tesis, aún cuando medie consentimiento del Estado directamente afectado, si el hecho daña intereses de la comunidad internacional, no podrá operar la causal como tal por exceder los límites del consentimiento.

⁵²⁹ Debe tenerse en cuenta que las contramedidas no pueden afectar ciertos intereses esenciales de otros Estados o de la comunidad internacional, tales como *i.a.* derechos humanos fundamentales, la paz y seguridad internacionales, ciertas obligaciones de carácter humanitario, obligaciones que emanan de normas de *jus cogens*.

⁵³⁰ La causal de exclusión de ilicitud de peligro extremo no puede invocarse si el hecho en cuestión genera un peligro comparable o mayor, vulnerando con ello intereses esenciales del Estado víctima o la Comunidad internacional.

a la ponderación de los intereses de otros Estados (considerados éstos individual o colectivamente), intereses que deben ser protegidos. Más aún, sólo tiene sentido probar la existencia del interés esencial de un Estado en peligro grave e inminente si se puede probar al mismo tiempo que, al actuar, no se ha afectado un interés esencial de otro Estado o de la Comunidad internacional. Este elemento está “atado” al anterior en lo axial y en lo funcional. A su vez, en el límite exterior, el elemento está vinculado a la no afectación de normas perentorias, imperativas, de *jus cogens*, no sólo en base al elemento autónomo que representa la limitación, sino también por el hecho de que este tipo de normas, por su propia naturaleza, buscan preservar intereses esenciales de todos los Estados y de la Comunidad internacional en su conjunto.

Este elemento -relacionado con el anterior- condiciona la defensa de conducta a una cierta proporcionalidad. Es decir, se requiere que sea en respuesta a una amenaza suficientemente específica e inminente, y razonable, es decir, proporcional al riesgo. El requisito de la proporcionalidad limita la respuesta (cantidad-peso de la acción). El interés debe ser reconocido legalmente (interés esencial). La justificación queda excluida si el daño causado por el actor, aunque sea necesario para proteger los intereses en juego, es demasiado grave en comparación con el valor objetivo de ese interés. Tal como lo señaláramos en capítulos precedentes, parte de la doctrina ha señalado que la justificación del comportamiento por estado de necesidad se caracteriza por la existencia de un conflicto entre dos derechos subjetivos, uno de los cuales, inevitablemente debe ser sacrificado. Esa postura encuentra base en la convicción de que existen ciertos derechos fundamentales, los que deben prevalecer por sobre otros derechos de los Estados, hallándose entre los primeros el derecho a la existencia, a la auto-preservación, a la conservación de sí mismo. Con posterioridad, parte de la doctrina ha rechazado la existencia de un “derecho de auto-preservación”, y ha entendido que el “derecho” en cuestión debía ser incorporado en un menos teórico “derecho de necesidad”. Un alto número de juristas pasó a considerar que era incorrecto hablar de un “derecho subjetivo” del Estado que invoca el estado de necesidad, debiendo ser descrito como un conflicto entre un “interés esencial”, por un lado y un derecho subjetivo por el otro. Otro punto de vista doctrinal ha sido que la situación debe ser descrita como un conflicto entre dos normas separadas abstractas que, debido a un conjunto fortuito de circunstancias, no pueden ser observados al

mismo tiempo, por lo que debe prevalecer una sobre otra. Por nuestra parte, entendemos que se trata de un derecho subjetivo del causante del comportamiento *prima facie* ilícito (facultación jurídica reconocida, legitimada en la existencia de una causal de exclusión de ilicitud del obrar en base en la gravedad e inminencia del peligro sobre un interés esencial suyo) y un derecho objetivo del damnificado por el comportamiento del presunto violador de los intereses esenciales del Estado de impacto o comunidad internacional afectada ya que esos intereses son objetivos, impersonales, comunes a todos los Estados, no dependiendo de una circunstancia momentánea dada, ni de la voluntad o decisión del Estado afectado (capacidad o facultación legal como derecho subjetivo).

El estado de necesidad no puede invocarse si entraña el sacrificio de un interés comparable o superior al que se trata de salvaguardar. La cuestión radica en comparar *in concreto* entre el interés esencial del Estado que invoca la necesidad y el interés del Estado afectado o de la comunidad internacional, y hacer primar el superior. El interés de que se trate debe predominar no sólo desde el punto de vista del Estado necesitado sino desde una evaluación razonable de los intereses en juego.

Parte de la doctrina sostuvo que la necesidad de comparar los intereses que entran en juego, exige juicios de valor, lo cual puede plantear muchas dificultades mientras no haya una escala de valores universalmente aceptada.

Se ha señalado que la ponderación de los intereses resulta una operación discrecional al no existir un catálogo que precise los intereses esenciales de los Estados y su orden de prelación. Por nuestra parte, entendemos -como hemos anticipado- la existencia de un catálogo de intereses posibles no resolvería el problema puesto que los intereses son individuales y el lugar que ocupan en el orden de prioridades también está en función de las circunstancias particulares de cada sujeto en cada momento dado. Este solo punto puede generar una controversia de compleja solución entre las partes involucradas. La jurisprudencia internacional da prueba de la complejidad que presenta el tema, no habiéndose hecho lugar en algunos casos al estado de necesidad por considerarse no probada la amenaza a un interés esencial del Estado actuante.

- **La conducta ‘prima facie’ ilícita ha sido el ÚNICO MODO para el Estado de salvaguardar su interés esencial contra el peligro grave e inminente**

Este elemento es propio de la causal de “estado de necesidad”, ya que la causal de “peligro extremo” es más abierta al requerir que el autor del hecho no haya tenido “razonablemente” otro modo para salvar su vida o la de las personas confiadas a su cuidado. Este elemento de la causal bajo análisis en nuestra tesis se vincula a la exigencia de que el peligro sea grave e inminente, ya que ello condiciona la modalidad de respuesta. El elemento se relaciona con el comportamiento, con la situación y con la obligación *prima facie* violada.

El elemento “único modo” de acción para salvaguardar un interés esencial, interés superior al vulnerado con la acción aparentemente ilícita, implica que el Estado invocante de la causal de necesidad no ha tenido opción de medios para escapar del peligro grave e inminente o bien todos los medios legítimos para afrontar el peligro se deben haber agotado y haber resultado en vano. Esa inminencia y gravedad permiten requerir que la acción para ser admisible y legítima debe ser inmediata, lo que la torna una acción con condiciones y límites muy estrechos. Dicho comportamiento debe ser proporcional al fin perseguido, pues lo que exceda lo estrictamente necesario para el fin no quedará justificado. En este mismo sentido, una vez alejando el peligro, la persistencia en ese comportamiento lo torna ilícito, por lo que, de ser materialmente posible, debe reanudarse el cumplimiento de la obligación internacional afectada.

Este es un elemento que se construye teniendo en mira la calidad del sujeto necesitado actuante, puesto que los modos o el modo no serán los mismos para todos los sujetos sino que estarán en función de una serie de variables a ser determinadas caso por caso.

Compartimos la posición que entiende que se podrá tener por cumplimentado este requisito cuando no puede “disponerse razonablemente” de otra medida, cuando es de mera naturaleza teórica, por ejemplo, cuando el sujeto amenazado no es capaz de adoptarla, o cuando la medida imponga una carga indebida a ese miembro, como costos prohibitivos o dificultades técnicas insalvables atento al nivel de desarrollo científico tecnológico del Estado de que se trate.

La jurisprudencia internacional demostró que este elemento propio del estado de necesidad enunciado a los fines de evitar abusos, presenta

tal complejidad que torna muy difícil a los Estados superar el test y lograr probar que realmente fue el único modo de actuar. A fin de limitar aún más los supuestos, se añadió que caería el test en el caso de existir otro medio incluso más oneroso o menos conveniente para el Estado o si la conducta necesitada excedía lo estrictamente necesario para su fin. Además, debemos recordar que la palabra “modo” no se limita a una acción unilateral de parte del Estado que invoca el estado de necesidad, sino que puede comprender otras formas de comportamiento posibles (aunque puedan ser más costosas o menos convenientes) mediante la cooperación con otros Estados o por conducto de organizaciones internacionales. Ejemplo: las medidas adoptadas por organismos regionales competentes para conservar las pesquerías.

En los casos en que se alegó estado de necesidad y se analizó el cumplimiento de este requisito, sólo en unos pocos asuntos, y gracias a una interpretación menos restrictiva de los tribunales intervinientes, los Estados pudieron probar que la conducta adoptada fue el único modo disponible de actuar frente al peligro.

- **El Estado que invoca la licitud de su conducta NO DEBE HABER CONTRIBUIDO con su conducta presente o anterior a que se produzca el estado de necesidad**

Elemento común a las causales fuerza mayor⁵³¹ y peligro extremo⁵³². Este elemento se centra en la conducta del sujeto necesitado tanto previa como concomitante al peligro y en la situación en que se encuentra el sujeto.

La doctrina propuso diferentes soluciones para este elemento. Para algunos esta causal no sería invocable cuando la situación de peligro se debe a algún comportamiento del Estado que pretende justificar su conducta. Otros, en cambio, propusieron que no sería invocable cuando dicho sujeto hubiera podido razonablemente evitar el peligro. Finalmente, otros prefirieron el término contribución, lo que no estuvo exento de duras

⁵³¹ La situación de fuerza mayor no se tiene que deber única o en combinación con otros factores al comportamiento del Estado que la invoca. La fuerza mayor fue definida como hecho ajeno al obligado.

⁵³² El Estado que invoca el peligro extremo no tiene que haber contribuido a que se produjera la situación de peligro, ya que si lo hizo no es aplicable la causal.

críticas no sólo por la doctrina sino también por los mismos Estados. Se consideró que el término contribución era demasiado laxo y capaz de privar injustamente de la posibilidad de invocar el estado de necesidad a un Estado que pudiendo haber contribuido de algún modo al nacimiento de una situación de necesidad. También se propuso que el Estado tenía que haber contribuido notablemente a generar el peligro. En general se alude con ello a los casos en que el Estado que invoca el estado de necesidad ha contribuido, por acción u omisión, intencionalmente o por negligencia al mantenimiento de la situación de la que pretende valerse para justificar su incumplimiento de una obligación internacional. Su contribución debe ser sustancial, no incidental o periférica puesto que de otro modo tornaría de imposible la invocación el estado de necesidad.

En ninguno de los análisis que se efectuó de este requisito se evaluó la posibilidad de la contribución al peligro por parte del sujeto afectado, punto que debiera considerarse al momento de analizar las consecuencias de la invocación del estado de necesidad. Ello es comprensible ya que la característica especialísima del estado de necesidad es la excepcionalidad para su admisión, a más de ser una de las causales que más críticas ha despertado por la posibilidad de abusos por los estados invocantes.

En la mayoría de los casos en que esta causal fue invocada frente al incumplimiento de obligaciones financieras motivado por graves dificultades económicas, los Estados no lograron probar su no contribución.

- **FINALIDAD del sujeto que invoca el estado de necesidad – COMPORTAMIENTO VOLUNTARIO**

La finalidad es un elemento común con las contramedidas y la legítima defensa, no así con la fuerza mayor⁵³³ y el peligro extremo⁵³⁴. Se centra en el comportamiento, ya que la finalidad se deduce de la propia conducta.

⁵³³ En este caso los órganos de representación del Estado se ven impelidos por un factor externo, imprevisto e independiente de su voluntad a incumplir una obligación internacional.

⁵³⁴ En este supuesto el carácter voluntario de la conducta del órgano del Estado es más teórico que real pues dicho órgano se ve obligado aun sin ser forzado físicamente a ello a no cumplir el Derecho Internacional a fin de evitar un destino trágico para él o para las personas confiadas a su cuidado. Su elección está justificada por la situación de extremo peligro.

En este punto debemos recordar la larga discusión doctrinaria entre la corriente subjetivista que considera que no puede configurarse el elemento subjetivo del hecho ilícito desde que no puede atribuirse un acto al Estado, y la corriente objetivista que basa su desarrollo en la teoría del acto voluntario.

En el estado de necesidad no basta con que objetivamente el mal menor producido haya evitado un mal mayor e inminente, sino que el autor del hecho necesitado lo haya cometido con ese fin. este es otro requisito a ser evaluado, pero suma más subjetividad a la figura.

Si bien el hecho necesitado es la resultante de una decisión deliberada, voluntaria del sujeto, es en realidad una decisión condicionada por las circunstancias y sin elección posible porque debe tener un único modo de enfrentar un peligro grave e inminente que se cierne sobre un interés esencial y no da tiempo para evaluar alternativas, es urgente por su carácter inmediato, próximo.

Se trata de un comportamiento voluntario, de una decisión del estado pero, en verdad, no existe verdadera libertad del sujeto para escoger entre distintas opciones-modos de hacer frente al peligro. el estado de necesidad, por definición, y por su excepcionalidad, puesta de manifiesto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, supone la imposibilidad de actuar de ninguna otra manera que no sea la contraria al derecho, esto es a la obligación internacional vigente que pesa sobre el estado, para salvaguardar un interés esencial suyo en peligro.

Enlazamos “finalidad” con “comportamiento voluntario” en tanto el acto *prima facie* ilícito no debe implicar beneficio alguno para el actor; la intencionalidad del acto (fin y objetivo positivo) debe ser evitar el daño que implica el peligro grave e inminente que se cierne sobre el Estado; la decisión es un comportamiento voluntario que persigue alcanzar el fin (intencionalidad del acto), habiendo sido el obrar el único modo de afrontar el peligro grave e inminente.

- **Incumplimiento de una obligación frente a un SUJETO INOCENTE**

Propio del estado de necesidad aunque común con la fuerza mayor⁵³⁵ y el peligro extremo⁵³⁶, no así con la legítima defensa⁵³⁷ y las contramedidas⁵³⁸. En esencia, es una característica y no un elemento a acumular a la hora de invocar la causal. Ello, en tanto la condición de inocente o no de quien resulta víctima de la violación de la obligación internacional, sólo puede pesar frente a la cuantía de la reparación por *liability* a la que deberá hacer frente el Estado que obró en estado de necesidad acreditada.

Es una característica diferenciante respecto de las otras causales de exclusión de ilicitud, en la relación sujeto actor y víctima porque estamos frente a un hecho voluntario que lesiona un derecho del sujeto inocente.

La condición de “inocente” no sólo hace referencia a la no contribución de la víctima a la situación que provoca el “estado de necesidad”, sino que, también importa un estado de desprotección de la víctima atento a su condición de ajeno a la situación por desconocimiento de ella con la concomitante falta de previsibilidad frente a la acción de su atacante. Por otra parte, debemos distinguir la inocencia frente a la “situación”, de la inocencia frente al “ilícito” presunto del Estado actuante.

- **CONEXIÓN CAUSAL entre el incumplimiento de la obligación y el peligro**

Este es un elemento común al peligro extremo y al estado de necesidad. Se centra en el comportamiento del sujeto.

El peligro grave debe ser la causa y la medida del incumplimiento, el que se presenta como un efecto posible dentro de los límites establecidos. En general, frente a la causa “peligro”, se presentan una serie de alternativas: a) el peligro no es grave e inminente; b) el peligro se puede evitar; c) el peligro no se presenta como amenaza de daño para el sujeto; d) el

⁵³⁵ En este caso estamos frente a un hecho externo al sujeto, y no reconoce un hecho ilícito precedente.

⁵³⁶ Esta causal tampoco reconoce un hecho precedente del sujeto sobre el que recaen las consecuencias del incumplimiento fundado en el peligro extremo. El interés inmediato que se persigue es salvar vidas.

⁵³⁷ El Estado responde frente a una agresión actual, y lo debe hacer de manera inmediata y proporcional dando comunicación al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Se plantea una relación entre hecho antecedente y hecho consecuente.

⁵³⁸ El Estado responde frente a un hecho ilícito previo de otro Estado de manera proporcional y con el objeto de inducirlo a cumplir la obligación violada.

peligro no amenaza un interés esencial; e) el sujeto tiene varios modos de hacerle frente; f) el sujeto contribuyó decididamente a la aparición o mantenimiento del peligro; g) el sujeto asumió el riesgo de una situación de necesidad; h) el sujeto incumpla como efecto y único modo de salvaguardar un interés esencial. Esta última alternativa es la que habilita al sujeto a invocar el estado de necesidad como justificación, el incumplimiento debe ser la consecuencia directa del peligro grave e inminente puesto que si se rompe esta relación causal cae la causa de exclusión de ilicitud.

- **EL TIPO DE OBLIGACIÓN INTERNACIONAL VIOLADA de que se trate determina la posibilidad de invocar el estado de necesidad o no**
- **No es admisible la causal de “estado de necesidad” cuando la propia obligación excluye esa posibilidad**

Elemento común con la fuerza mayor⁵³⁹. Se centra en la obligación violada.

El Estado asume el riesgo que se presente una situación de peligro para un interés esencial. Esto puede estar plasmado expresamente en la fuente de la cual nace la obligación o surgir de manera implícita. Lo importante es que la asunción del peligro esté dirigida al Estado respecto del cual se tiene la obligación.

Esta prohibición puede estar determinada *ex ante* en la fuente de la obligación. Esto se da, por ejemplo, cuando el tratado del que nace la obligación, prevé esta exclusión o puede surgir implícitamente del objeto y fin del tratado.

Este es el primer análisis que se debe hacer frente a un caso concreto, porque es un límite a la posibilidad de invocación despojada de cualquier apreciación subjetiva. El primer elemento a tomar en consideración es que las circunstancias de exclusión de ilicitud son de aplicación general, se pueden invocar frente a la violación de una obligación internacional cualquiera sea su fuente siempre que se trate de una norma dispositiva⁵⁴⁰

⁵³⁹ El sujeto puede haber asumido el riesgo que se produzca el hecho dañoso.

⁵⁴⁰ Recordemos que las normas dispositivas son aquellas que los sujetos crean mediante acuerdo de voluntades. Las mismas pueden ser modificadas o suprimidas por dichos sujetos.

que tiene que estar vigente para el sujeto y no excluir la posibilidad de invocar el estado de necesidad.

- **No es admisible cuando la conducta viola normas perentorias, imperativas, de *jus cogens***⁵⁴¹

Este es un elemento común a todas las causas de exclusión de ilicitud. Un caso particular es la legítima defensa porque la respuesta entraña la violación de una norma imperativa, pero justificada siempre que el comportamiento seguido se produzca dentro de los estrictos límites establecidos por el derecho internacional. Se centra en la naturaleza de la obligación violada.

Esta es una limitación previa, anterior y externa al sujeto y a la situación de necesidad.

La obligación internacional que se pretende incumplir, en base a la amenaza de un peligro grave e inminente para interés esencial del Estado o de la comunidad internacional, no debe ser una norma imperativa (*ius cogens*) del Derecho Internacional general. Esto es, ningún sujeto podrá justificar la ilicitud de su hecho si con él ha violado una norma imperativa aun cuando se reúnan todas las otras condiciones requeridas para la invocación del estado de necesidad. De ello se deriva que el primer análisis⁵⁴² que se debe hacer de una conducta que se pretende justificar con el estado de necesidad es relativa al tipo de obligación que se ha violado. Descartada la violación de una norma imperativa recién podemos considerar los otros elementos. Se entiende que las normas de *jus cogens* son “la cúspide del sistema normativo”, son “el sustento del edificio jurídico positivo”. Son normas, por su naturaleza y contenido, superiores a todo el andamiaje jurídico internacional, protegen bienes – valores fundantes de la comunidad internacional. Consecuencia de ello, son inderogables, no admiten acuerdo en contrario y son capaces de invalidar cualquier norma que se le oponga. Si bien no existe una enumeración precisa de las normas

⁵⁴¹ Las normas imperativas o de *ius cogens* poseen la característica de ser normas de derecho internacional general de condición especial ya que son normas consuetudinarias o principios generales de carácter superior, *erga omnes*, inderogables por la voluntad de las partes y sólo puede ser modificadas por una norma ulterior de Derecho internacional general de igual carácter (*Jus cogens*).

⁵⁴² Ello, independientemente de que, entre los elementos estructurales que enunciamos, haya sido el último en considerar.

de este tipo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido que tienen este carácter *i.a.* la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado (agresión armada)⁵⁴³, la prohibición del genocidio, de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra.

COLOFÓN

Entendemos que la causal de exclusión de ilicitud “estado de necesidad”, es una defensa de larga tradición, asentada en la teoría general del derecho, si bien, aún no ha encontrado un lugar incontestable en el ámbito del Derecho internacional.

Consideramos que la enunciación en sentido negativo y las estrictas condiciones impuestas por el proyecto de artículo 25 de la CDI (Proyecto 2001 sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos) atenta contra su condición de verdadera causal de exclusión de ilicitud, lo que dificulta su aceptación-aplicación por parte de los tribunales internacionales.

Así, por ejemplo, si bien la situación económica crítica de un país fue aceptada como interés esencial digno de protección, las estrictas condiciones que acumulativamente deben cumplirse para que se haga lugar al estado de necesidad, condujeron a que sólo en unos pocos casos se haya hecho lugar a la causal de exclusión de ilicitud. Esto pensamos pone de manifiesto que la redacción del artículo en términos vagos y abstractos, así como el alto grado de subjetividad del que están dotados los distintos elementos, determina que cada Estado tenga su propia concepción de los intereses esenciales en juego, así como sobre las condiciones de la existencia de un peligro grave e inminente y de la posibilidad de poder recurrir a otros modos alternativos al incumplimiento de la obligación. Esto se comprueba con claridad en los distintos casos en que la República Argentina invocó estado de necesidad a partir del 2002, referidos en el Capítulo 4.

⁵⁴³ Una temprana formulación de esta causal excluía expresamente su invocación en los casos en que el comportamiento entrañaba el incumplimiento de la prohibición de agresión.

El estudio que hemos realizado nos induce a considerar que deben ser reconceptualizados los elementos del estado de necesidad para que el instituto pueda ser aplicado concretamente y deje de ser una circunstancia de exclusión de ilicitud meramente declarativa.

Por ello, proponemos un nuevo enunciado para el “estado de necesidad” como causal de exclusión de ilicitud:

“Estado de necesidad. La ilicitud de un hecho del Estado quedará excluida si el Estado para salvaguardar un interés vital que hace a su existencia, frente a un peligro inminente al que no ha contribuido, viola transitoriamente una obligación que tiene frente a otro Estado o la Comunidad Internacional”.

Hacemos referencia a “interés vital” porque hace a los elementos de su existencia (territorio, población, gobierno, independencia-soberanía). Agregamos “que hace a su existencia” ya que, frecuentemente, la palabra “vital” es entendida como algo “importante”, “capital”, “significativo”, lo que no alcanza a cubrir el espectro del tipo de interés propio de la causal de exclusión de ilicitud.

No hablamos de “amenaza de peligro”, ya que el peligro en sí es una amenaza. Sin duda alguna, ese peligro debe ser grave por el sólo hecho de tener entidad suficiente para afectar un interés vital que hace a la existencia del Estado, por lo que no es necesario señalar esa característica por separado en tanto está ínsita en el tipo de interés en peligro. La buena fe en la que debe asentarse toda relación interestatal –principio general del derecho– requiere de rectitud de conducta, lo que impide que quien haya contribuido a una situación de peligro pretenda prevalerse de ella en beneficio propio.

Requerimos que sea “inminente”, en tanto no sería razonable acudir a la causal para una situación de peligro a plazo, manejable con variadas opciones.

El peligro inminente tiene en su propia naturaleza incorporada la transitoriedad, por lo que la inminencia y la gravedad del peligro para la vida misma del Estado hacen esa combinación de “instante” que requiere respuesta inmediata y hace a las características propias de la causal de “estado de necesidad”. No es necesario señalar que el deber de cumplir con las obligaciones internacionales renace una vez pasada la situación crítica ya que ese es un “continuum” del derecho internacional.

No consideramos el “equilibrio de intereses” entre Estado que viola la norma internacional y el afectado, ya que la supervivencia del Estado no permite suponer que del lado del afectado la lesión implique tan grave consecuencia como es la de poner en peligro su existencia. Por la propia naturaleza del instituto, no es dable pensar en intereses que sean superiores a la existencia misma de los Estados a través de la afectación de sus elementos constitutivos

Tampoco incluimos en el tratamiento el que el comportamiento del actor sea el “único modo” de obrar frente al peligro, ya que todo obrar tiene muchos matices y connotaciones que impiden circunscribirlo en el término “único”. Si el obrar *prima facie* ilícito ha podido frenar el peligro inminente de ver dañada la existencia como Estado como tal (en sus elementos esenciales), mal podría entrarse a discutir si era el único modo. La transitoriedad y gravedad del peligro son suficientes garantías para que la causal no se transforme en una muletilla recurrente para Estados incumplidores.

No hacemos referencia a que no es admisible invocar la causal de “estado de necesidad” cuando la propia obligación excluye esa posibilidad dado que resulta inviable que un Estado por propia voluntad pacte renunciar a defender su propia existencia. Debemos recordar que el derecho del Estado a la existencia, a la integridad territorial, a la independencia política es uno de los ejemplos conspicuos de derechos cuya violación constituye incumplimiento de norma de *jus cogens*.

Tampoco referimos que la exclusión de ilicitud no prosperará cuando se viole una norma imperativa, ya que ello es condición general para todas las causales de exclusión de ilicitud, a más de “operar” no por obra de un proyecto, convenio, directriz, cristalización de normas consuetudinarias o cualquier otra forma que el proyecto de la CDI pueda alcanzar, sino por su propia condición jerárquica en el sistema, ya aceptada - reconocida por la comunidad internacional en su conjunto.

BIBLIOGRAFÍA

- ABI-SAAB, R. “Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé: quelques réflexions préliminaires sur l’avis consultatif de la Cour Internationale de Justice”, *Revista del Comité Internacional de la Cruz Roja*, vol. 86, N° 855, setiembre 2004, pp. 633-657.
- ABOAF, Joseph H., *L’état de nécessité et la responsabilité délictuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1942, xii.
- ACCIOLY, H. “Principes généraux de la responsabilité internationale d’après la doctrine et la jurisprudence”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1959-I, Leyden, Sijthoff, 1960, t.60.
- AGIUS, M. “The Invocation of Necessity in International Law”, (2006), pp. 1-95. Obtenible en <http://www.uppsalajuristernasalumnistiftelse.se/wp-content/uploads/2012/02/Maria-Agius-The-Invocation-of-Necessity-in-International-Law.pdf>
- AGO, R. “Le délit international”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1939-II, Paris, Sirey, 1947, t.68.
- AGO, R. *Scritti sulla responsabilità internazionale degli stati*, Vol. II, 2, Jovene editore, Roma, 1986.
- AGUIAR, H.D. *Hechos y Actos Jurídicos en la Doctrina y en la ley*, Tomo III, Actos ilícitos. Responsabilidad Civil 2, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950.
- AKASHI, Y. “The use of force in a United Nations peace-keeping operation: lessons learnt from the safe areas mandate. (The Former Yugoslavia: Implications for International Law and Policy)”, *Fordham International Law Journal*, Diciembre de 1995, 19 n2, p312-323.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo*, Edit. Tecnos, Madrid, 2000.

- ALFARO, R. J. “The Rights and Duties of States”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1959- II T.97 p. 95-175.
- ALLOT, PH. “State responsibility and the unmaking of International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 29 (1988), pp. 1-26. Obtenible en Heinonline
- ALTERINI, A – LÓPEZ CABANA, R. (Directores) *La responsabilidad*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1995.
- ALVAREZ AVILA, G.; «Las características del Arbitraje CIADI» en *Anuario de Derecho Internacional*, publicación de la Universidad Autónoma de México, Vol. 2, año 2002, accesible desde: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/> [noviembre 2004].
- ALVAREZ, J. and KHAMSI, K. “The Argentine crisis and foreign investors: A glimpse into the heart of the investment regime”, en *The Yearbook on International Investment Law and Policy 2008/2009*, edited by K.P. Sauvant, NYC, Oxford University Press, 2009, pp. 379-478. Obtenible en http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_065328.pdf
- ANZILOTTI, D. *Corso di diritto internazionale*, Roma, Athenaeum, 1928.
- ANZILOTTI, D. *Curso de Derecho Internacional*, vol. I, Madrid, 1935.
- ANZILOTTI, D. *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Florencia, Lumachi, 1902, reimpresso en SIOI, *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol.II, *Scritti di diritto internazionale publico*, t. I, Padua, CEDAM, 1956.
- AUSTIN, J “Un alegato en pro de las excusas” en *Ensayos filosóficos*, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1975, pp. 169- 192.
- BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 3ª reimpresión, Ed. Temis, Bogotá, 1996.
- BANCHIO, E. *El estado de necesidad en el Derecho Civil Argentino*, Córdoba, UNC, 1962.
- BARBERIS, J. *Formación del derecho internacional*, Edit. Abaco de R. Depalma, Buenos Aires, 1994.
- BARBOZA, J. “Contrameditadas en la reciente codificación de la responsabilidad de los Estados. Sus fronteras con la legítima defensa y el estado de necesidad”, *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, XII, 2003, p.15-47.

- BARBOZA, J. “International Liability for the injurious consequences of acts not prohibited by International Law and Protection of the Environment”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1994 – III, t. 247.
- BARBOZA, J. (Coordinador) *La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional - Temas relacionados con la Opinión Consultiva sobre la construcción del muro*, CARI (Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales), Buenos Aires, 2005.
- BARBOZA, J. “Necessity (revisited) in International Law”, *Essays in International Law in honour of Judge M. Lachs*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, The Netherlands, 1984, p. 27-43.
- BASDEVANT, J. “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1936-IV, París, Sirey, 1937, t.58, pp. 474-691.
- BEKKER, P. “The UN General Assembly Requests a World Court Advisory Opinion on Israel’s Separation Barrier”, en *ASIL Insights*, Diciembre 2003.
- BEKKER, P. “The World Court Rules that Israel’s West Bank Barrier violates International Law”, en *ASIL Insights*, Julio 2004.
- BELAÏCH, F.: «Les réactions des Gouvernements au Projet de la CDI sur la responsabilité des Etats», *Annuaire Français de Droit International*, XLIV (1998).
- BENADAVA, S. *Derecho Internacional Público*, 4ª Edición, Santiago (Chile), 1993.
- BENÍTEZ, CAORSI, J. “El estado de necesidad en la responsabilidad civil”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año II, núm. 4, julio – diciembre de 2005, pp. 27-55.
- BERMEJO GARCÍA, R. “Israel y la valla de seguridad contra el terrorismo palestino: Algunas cuestiones de Derecho Internacional”, www.embajada-israel.es/politica/VallaBermejo.html
- BIELSA, R. *El estado de necesidad: con particular referencia al derecho constitucional y al derecho administrativo*, Rosario, Univ. Nacional del Litoral, 1940.
- BOED, R. “State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct”, *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol.3, 2000.

- BORIS, U. “Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale”, *Rivista di Diritto Internazionale*, Roma, X año, serie II, vol. V, Nº2, 1916.
- BOSTIAN, Ida L. “Flushing the Danube: The World Court’s Decision Concerning the Gabčikovo Dam”, *9 Colo. J. Int’l Envtl. L. & Pol’y*, 1998.
- BOURQUIN, M. “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1931-I, París, Sirey, 1932, t.35.
- BOUZAT, A. y otros “El fundamento jurídico de un derecho de necesidad”, en http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/navarro_derecho_de_necesidad.pdf
- BOWETT, D. «Treaty and State Responsibility», in Mélanges M. VIRALLY, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, París, Pedone, 1991, p. 137 ss.
- BRIERLY, J.L. “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1936-IV, París, Sirey, 1937, t.58.
- BRONKHORST, C., «L’état de nécessité», en *Netherlands Reports to the VIII th International Congress of Comparative Law Pescara 1970*, Deventer: Kluwer, 1970.
- BROTONS R. *Derecho Internacional Público*, Mc Graw Hill Edit., Madrid, 1997.
- BROWNLIE, I. :*State responsibility*, Part. I, Oxford University Press, Oxford, 1983.
- BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*, 7º edition, Oxford University Press, 2008.
- BRUNDER, A. “A Theory of necessity”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7 Nº3, 1987, pp. 339 – 368.
- BUTELER, J. *Estado de necesidad en el Derecho Civil*, Córdoba, 1942.
- BUTELER CÁCERES, J. “A propósito de un tema de concurso: el Estado de Necesidad en Derecho Civil”, *Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales, Estudios de Derecho Privado, Homenaje Dr. Pedro León*, Córdoba, 1976.
- BUZA, L “The state of necessity in International Law”, *Acta Jurídica Academiae Scientiarum Hungaricae*, vol.I, Akadémiai Kiadó, 1959.

- CAHIER, PH. “Changement et continuité du Droit International. Cours Général de Droit International Public”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1985 – VI, t. 195.
- CALVO, C. *Le Droit International Théorique et pratique*, 5 ed., Vo. I., Guillaume, Paris, 1896.
- CAPOTORTI, F. “Cours Général de Droit International Public”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1994 – IV, t. 248.
- CAPOTORTI, F. “L’extinction et la suspension des Traités”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1971-III, n. 134, pp. 419-587.
- CARDINI, E. *Estado de necesidad*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967.
- CARRANZA, J. “El llamado estado de necesidad en el Derecho Civil”, *JA* 1967-V, secc. Doctr., p. 900.
- CARRARA, F. *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, Parte Gral, vol. 1, Edit. Depalma, Bires Aires, 1944.
- CARRILLO SALCEDO, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público*, Edit. Tecnos, Madrid, 1996.
- CASAL, H. Daniel; «Comentarios sobre el nuevo régimen de inversiones extranjeras» en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 142 - 841.
- CASSESE, A. *International Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2005.
- CAVAGLIERI, A. “Lo stato di necessità nel diritto internazionale”, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Roma, vol. LX (1917), N° 1 y 2.
- CAVAGLIERI, A. “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1929-I, Paris, Hachette, 1930, t.26.
- CAVARÉ, L. *Le droit international public positif*, 3° Edición, París, Pedone, t.II.
- CHARPENTIER, J. “L’Affaire du Rainbow Warrior”, *Annuaire Française de DI*, Editions du CNRS, 1985, pp.210-220.

- CHUBB, K. “The “state of necessity” defense: A burden, not a blessing to the international investment arbitration system”, *14 Cardozo J. Conflict Resol.* (2012-2013), pp. 513 y ss.
- CITARA, R.; «El marco normativo de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada», en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2004-A-1401.
- COHEN, David, “The Development of the Modern Doctrine of Necessity: A Comparative Critique” en ESER, Albin, George P. Fletcher, Karin Cornils, Barbara Huber, Ewa Weigend and Thomas Weigend, eds., *Justification and Excuse: Comparative Aspects*, volume 2, Dobbs Ferry (N.Y.): Transnational Juris Publications, Inc., 1987.
- COHN, G. “La théorie de la responsabilité internationale”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1939-II, Paris, Sirey, 1939, t.68.
- CONDORELLI, L. «L’imputation à l’Etat d’un fait internationalement illite. Solutions classiques et nouvelles tendances”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1984-VI, t. 189.
- CORTÉS MARTÍN, J.M. “El Estado de Necesidad en materia económica y financiera” A.E.D.I., vol. XXV (2009), pp. 119-173. http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21363/1/ADI_XXV_2009_03.pdf
- CRAWFORD, J. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios*, Dykinson S.L. Editorial, Madrid, 2004.
- CRAWFORD, J.: “Revising the Draft articles on State responsibility”, *European Journal of International Law*, 10 (1999), n° 2 (en <http://www.ejil.org/journal/vol.10/No2/art13.html>.)
- CRAWFORD, J.: “The relationship between sanctions and countermeasures”, Colloque (United Nations sanctions and International Law) organisée par l’Institut des Hautes Etudes Internationales, Genève, juin 1999 (en <http://www.law.cam.ac.uk/RCIL/ILSCR/Statresp.htm#Draft>)
- CRAWFORD, J. –OLLESON, S. “The Nature and Forms of International responsibility”, en EVANS, M.D. (Ed.), *International Law*, 2d. ed., Oxford University Press, New York, Suffolk, 2006.
- CREMADES, B.; «Disputes arising out of foreign direct investment in Latin America: a new look at the Calvo Doctrine and other jurisdic-

- nal issues», publicación de *Arbitraje y Mediación* (ARyME), sección Observatorio, accesible en <http://www.aryme.com> [noviembre 2004].
- CREMADES, Bernardo y Cairns, D.; «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados», publicación del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid, accesible desde <http://www.realinstitutoelcano.org/zonas analisis> [octubre 2004].
- CREUS, C. *Derecho Penal – Parte General*, 2º Edición, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1990.
- CHRISTAKIS, Th. “Nécessité n’a pas de loi? La nécessité en droit international” en *La nécessité en droit international*, SFDI, Colloque de Grenoble, Pedone, París, pp. 1-34.
- CHRISTAKIS, Th. «Quel remede a l’eclatement de la Jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine? La decisio du comite ad hoc dans l’affaire CMS c. Argentine» pp. 879-896. Obtenible en http://webcom.upmf-grenoble.fr/cesice2010/ArticlesT.Christakis/Quel_remede_eclatement_jurisprudence.pdf
- CHRISTIE, G. “The defense of necessity considered from de legal and moral points of view”, *Duke Law Journal*, vol. 48, March 1999, N° 5, pp. 975-1042.
- DE LA GUARDIA Y DELPECH, *El derecho de los tratados y la convención de Viena de 1969*, La Ley, Buenos Aires, 1970.
- DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los Tratados Internacionales*, Edit. Ábaco de R. Depalma, Buenos Aires, 1997.
- DE LA VEGA BENAYAS, C. *Introducción al derecho judicial*, Montecorvo, Madrid, 1970.
- DE VISSCHER, Ch. «Les lois de la guerre et la theorie de la necessite,» *Revue Générale de Droit International Public* 24, 1917, p.74-108.
- DE VISSCHER, Ch. *Theory and Reality in Public International Law*, Princeton University Press, New Jersey, 1957.
- Diccionario de Derecho Internacional, Edit. Progreso, Moscú, 1988, p. 228-229.
- DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Edit. Tecnos, 18ª Edición, Madrid, 2013.

- DOBOS, D. "The necessity of precaution: the future of ecological necessity and the precautionary principle", en *13 Fordham Envtl. L.J.* 375, Spring 2002.
- DOWNEY, W. "The law of war and military necessity", *The American Journal of International Law*, Washington (DC), vol. 47, n° 2, abril 1953.
- DRANS DE CLEMENT, Z. "Sentido y alcance de la determinación por parte del Consejo de Seguridad de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión" <http://www.acader.unc.edu.ar> Sección Doctrina Derecho Internacional Público.
- DRNAS, Z. "La inconclusa puja entre objetivistas y subjetivistas en los proyectos sobre responsabilidad internacional de la Comisión de Derecho Internacional", obtenible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-inconclusa-puja-entre-objetivistas-y>
- DREIZYN de Klor, A. y FERNÁNDEZ ARROYO, D. (dir.); *DeCITA* 01.2004, Temas y Actualidades del Derecho del Comercio Internacional / Solución de controversias, Zavalía, Buenos Aires, 2004.
- DUNBAR, N.C.H. "Military necessity in war crimes trials", *The British Yearbook of International Law*, 1952, Londres, vol.29.
- DUPUY, P.M. «Droit des traits, codification et responsabilité internationale», *AFDI*, 1997.
- DUPUY, P.M.. «Le fait générateur de la responsabilité internationale des États», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1984-V, t. 188.
- ECKSTEIN, G. y ECKSTEIN, Y. "International Water Law, Groundwater Resources and the Danube Dam Case", www.internationalwaterlaw.org
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA*, Tomo X "empa-esta.", Edit. Bibliográfica Arg., BsAs, 1977, p.947-955.
- ENCYCLOPEDIA DE PUBLIC INTERNATIONAL LAW*, 10 North Holland, 1987.
- FALCON Y TELLA, M. J. y F. *Punishment and culture: a right to punish?*, - Translation into English by Peter Muckley., M. Nijhoff, Boston, 2006.
- FAUCHILLE, P. *Traité de droit international public*, París, T. I, 3me. Partie, 1926.
- FENWICK, Ch. *International Law*, 6th. Ed., Century Co., 1924.

- FERRER LLORET, J. *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Tecnos-Universidad de Alicante, Madrid-Alicante, 1998.
- FITZMAURICE, G. “The General Principles of International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1957-II, Leyden, Sijthoff, 1951, t. 92.
- FITZMAURICE, M. “Environmental protection and the International Court of Justice”, in *Fifty years of ICJ. Essays in honour of Sr. R. Jennings*. Cambridge Univ. Press, 1996, p.293-313.
- FITZMAURICE, M. “TheGabčikovo– Nagymaros Case: The Law of Treaties”, en *Leiden Journal of International Law*, 1998, pp. 321-344.
- FITZMAURICE, M.A., ”International Protection of the Environment”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 2001, t. 293, M. Nijhoff Pub., The Hague, p. 13-488.
- FONTÁN BALESTRA, C. *Derecho Penal. Introducción y Parte General* 16º Edición, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998
- FRANCK, TH “On proportionality of countermeasures in International Law”, *The American Journal of International Law*, 2008, vol. 102, pp. 715-767.
- FRANÇOIS, G. P.A. “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1938-IV, París, Sirey, 1938, t. 66.
- FUYANE, B. y MADAI, F. “The Hungary-Slovak Danube River Dispute: Implications for Sustainable Development and Equitable Utilization of Natural Resources in International Law” en www.internationalwaterlaw.org
- GAJA, G. “Ius cogens beyond the Vienna Convention”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 172, 1981-III, p. 211-316.
- GARCIA AMADOR, F.V. “Principios de Derecho internacional que rigen la responsabilidad”, *Instituto de Estudios Políticos* (luego Centro de Estudios Constitucionales), Madrid, 1963.
- GARCIA AMADOR, F.V. “State responsibility: some new problems”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1958-II, Leyden, Sijthoff, 1959, t. 94.

- GARCÍA BOLÍVAR, Omar E.; «La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)», en *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, La Ley, Año 8, N° 1, Buenos Aires, 2004.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. *Ilicitud, culpa y estado de necesidad: Un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil*, Dykinson, 2006.
- GARDNER, S. “Instrumentalism and necessity”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6 N°3, 1987, pp. 431 – 438.
- GARMENDIA, G. *Experiencia y Filosofía*, Ed. Colihue, Buenos Aires, 2004 (obtenible en www.colihue.com.ar)
- GHERSI, C. “El estado de necesidad”, *Jurisprudencia Argentina* 1985-II-758.
- GLASER, S. “Quelques remarques sur l'état de nécessité en droit international”, *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruselas, N° 6, marzo de 1952.
- GÓMEZ ROBLEDO, A. “La cláusula rebus sic stantibus”, en *Homenaje al Prof. Miaja de la Muela*, T. I, Madrid, 1979, pp.99 a 121.
- GÓMEZ ROBLEDO, A. “Le ius cogens international. Sa genèse, sa nature, ses fonctions”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t.172, p. 9-217.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. “Decisiones de tribunales arbitrales del CIADI sobre estado de necesidad y medidas provisionales: ¿Fragmentación del derecho internacional?” en *Temas recientes de la Comisión de Derecho Internacional*, CARI, 2008, pp.121 – 136.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, S “Otra decisión internacional que rechaza la aplicación del ‘estado de necesidad’ a propósito de la opinión consultiva de la CIJ sobre la construcción del muro en territorio palestino ocupado”, en *La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional – Temas relacionados con la opinión consultiva sobre la construcción del muro*, CARI, 2005, pp. 115 – 146.
- GROTIUS, H. *On the Law of War and Peace*, Translation from the original Latin *De Jure belli ac Pacis* by A.C. Campbell, A.M., Batoche Book Kitchener, Ontario, Canada, 2001.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en Derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1987.

- HARASZTI, G. “Treaties and the fundamental change of circumstances”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1975 – III, n. 146, pp.1-30.
- HARDING, Ch. “Vingt ans Après: Rainbow Warrior, Legal Ordering, and Legal Complexity,” *10 S.Y.B.I.L.* 99 (2006), pp. 99 – 116
- HART, H. “Legal Responsibility and excuses”, en <http://www.hist-analytic.com/Hartexcuses.pdf>.
- HAYASHI, N. “Military necessity as normative indifference”, *44 Geo. J. Int’l L.* 2012-2013.
- HAZAN, E. T. *L’état de nécessité en droit pénal interétatique et international*, Pedone, París, 1949.
- HERSHEY, A. *The essentials of international public law and organization*, The McMillan Co., 1927.
- HOELCK THJOERNELUND, M.C. “State of Necessity as an Exemption from State Responsibility for Investments”, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 13, 2009, pp. 423 – 480.
- INSCO, J. B. “Defense of superior orders before military commissions”, *13 DUKE J. OF COMP. & INT’L L.*, PP. 389 Y SS
- JAGOTA, S. P. “State responsibility: circumstances precluding wrongfulness”, en *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, Dec. 1985, pp. 249 – 277.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. “International Law in the Past Third of a century”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1978 I, t. 159.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. “Responsabilidad Internacional”, en *Manual de Derecho Internacional Público*, Edit. por Sorensen, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 506-568.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Edit. Jura, Madrid, 1958.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. y TANZI A. “La responsabilité internationales des états”, *Droit International. Bilan et perspectives* Tomo 1, Bedjaoui (coord. gral), Pedone, París, 1991.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal: El delito, las causas de justificación*. Edit. Losada, Buenos Aires, 1952.

- KALAMATIYANOU, PH. “L’etat de nécessité sous l’angle du droit penal comparé et de la justice pénale internationale», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2-2004, pp. 449-457.
- KAMPMARK, B. “Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Terrorism, Jurisdiction and the Application of International Law”, 11 *Australian International Law Journal*, 2004, pp. 158-167. (Obtenible en <http://138.25.65.17/au/journals/AUIntLawJI/2004/11.pdf>)
- KANT, I. *The Philosophy of Law*, Trad. W. HASTIE, B.D., T&T Clark, Edinburgh, 1887.
- KAUFFMAN, E. “Règles générales du Droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 54, 1935-IV, p.313-615.
- KAYA, I. “Implications of the Danube River Dispute on International Environmental Law”, *USAK Yearbook US* Vol.2, 2009, pp. 133-152.
- KAYE, D. “Adjudicating Self-Defense: Discretion, Perception, and the Resort to Force in International Law”, 44 *Colum. J. Transnat’l L.* 134 2005-2006.
- KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, Méjico, 1982, pp. 133 y ss. (obtenible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1039/pl1039.htm>)
- KELSEN, H. “Théorie du Droit International Public”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1953-III, Leyden, Sijthoff, 1955, t. 84.
- KINDHÄUSER, U. “Estructura y legitimación de los delitos de peligro en el derecho penal”, en *Revista para el análisis del derecho* 1/2009, pp. 1-19 (www.indret.com) Obtenible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124363/172336>
- KRAUS, H. “La morale internationale”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1927-I, t. 16.
- LACHS, M. “The development and general trends of international law in our time”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 169, 1980 -IV, p.9-377.
- LAMARQUE, J. “G. Camus, L’état de nécessité en démocratie», *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 18 N°4, Octobre-décembre 1966.

- LAMBERTI ZANARDI, P. *Necessità (Diritto Internazionale)*, *Enciclopedia del diritto*, vol.27, Varese, Milán, Giuffrè, 1977.
- LAMM, C. «Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes» en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 6, N° 2, 1991.
- LAURSEN, A. “The use of force and the state of necessity”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, March, Vol.37, 2004.
- LAUTERPACHT, H. “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1938-IV, 1938, t. 62.
- LAUTERPACHT, H. *Oppenheim’s International Law*, vol. II, 7th ed. Longman, 1952.
- LEFEBER, R. “The Gabčíkovo – Nagymaros Project and the Law of State Responsibility”, en *Leiden Journal of International Law*, 1998, pp. 609-623.
- LE FUR, L. “La Théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1927-III, París, Hachette, t. 18.
- LEOFANTI, M.A. *Derecho de Necesidad*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1980.
- LOMBARDI, R. “Force majeure in European Union law”, *3 Int’l. Trade & Bus. L. Ann.*, 1997.
- LORENZETTI, R. “Estado de Derecho y Estado de Necesidad”, *La Ley*, T.2001-C, Sec. Doctrina, pp. 1382-1395.
- LOWE, V. “Precluding Wrong fullness or responsibility: a plea for excuses”, *European Journal of International Law*, 1999, vol.10 N° 2
- LOZADA, A. “El estado de necesidad”, *Jurisprudencia Argentina*, 1982 – IV, p. 776 a 810.
- LOZANO CONTRERAS, F. “El estado de necesidad en el ámbito de la responsabilidad de las organizaciones internacionales”, en *Revista Española de Estudios Internacionales*, N°17, junio 2009.
- MACHADO, L. “Do estado de necessidade no Código Penal de 1969”, *Anais do I. Congresso do Ministerio Público do Estado de Sao Paulo, Justitia* Vol. I, Serviço de documentacao jurídico do Ministerio Público, 1971.
- MAGGIORE, G. *Derecho Penal*, Vol. I, Edit. Temis, Bogotá, 1954.

- MALJEAN-DUBOIS, S. “L’arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l’affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie –Slovaquie)”, *Annuaire Français de Droit International*, 1997.
- MANZINI, V. *Tratado de Derecho Penal*, T. 3, 1° Parte Teorías Generales, Ediar Edit, Buenos Aires, 1949.
- MARCIONNI, N. “Opiniones Consultivas de la Corte Internacional de Justicia”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, VII, 1996-1997, Edit. Lerner, Córdoba, pp. 263-278.
- MARQUEZ CARRASCO, M. C. *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en Derecho Internacional*, Edit. Tecnos, Madrid, 1998.
- MARTÍNEZ CARRANZA, E. “El estado de necesidad en el derecho civil”, *Boletín de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales*, UNC, Año V Sept.-Oct. N° 4, Córdoba, 1941.
- MAURACH, R. *Tratado de Derecho Penal*, Edic. Ariel, Barcelona, 1962.
- MEE, J.P., *The Defences of Duress and Necessity in the Criminal Law*, LL.M. thesis, York University, Toronto, 1989.
- MESSINEO, F. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo VI, EJEA Edit., Buenos Aires, 1955
- MEZA MORALES, F. “Estado de necesidad. Naturaleza jurídica. Consecuencias”, en *Estudios de Derecho*, N°127, marzo 1997, p. 115-121.
- MILANO, E. “Security Council Action in the Balkans: Reviewing the Legality of Kosovo’s Territorial status”, *EJIL* (2003), Vol. 14 No. 5, pp. 999–1022.
- MOMMSEN, T. *Compendio del Derecho Público romano*, Madrid, La España Moderna, 1894.
- MOORE, J. B. *International Adjudications*, vol. IV, Nueva York, Oxford University Press, 1931.
- MORENO QUINTANA, L. *Tratado de Derecho Internacional*, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1963.
- MOSSET ITURRASPE, J. *Responsabilidad Civil*, Edit. Hammurabi, Bs. As. 1993.
- MOUSOURAKIS, G. “Justification and excuse”, *Tilburg Foreign Law Review*, vol. 7, 1998, pp.36 -64.

- NIKKEN, P. “La función consultiva de la Corte IDH” en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*, Tomo I, noviembre de 1999, pp. 161 – 181.
- NÚÑEZ, R. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo 1 Parte General, Lerner Edit., Córdoba, 1987.
- O'BRIEN, W.V. “The meaning of military necessity in international law”, *World Polity*, vol.I, Utrecht, Spectrum, 1957.
- ODA, S. “The International Court of Justice viewed from the bench (1976-1993)”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1993 – VII- t. 244.
- OPPENHEIM, L. *International Law A Treatise*, vol. 1 Peace, 8° Edic. Longmans, Green and Co. G. Britain, 1955.
- OPPENHEIM, L. *International Law*, vol. I, 7ed., London, 1948.
- ORGAZ, A. *La ilicitud (extracontractual)*, Edit. Lerner, Córdoba, 1974.
- ORTEGA CARCELÉN, M. *La legítima defensa del territorio del Estado. Requisitos para su ejercicio*, Edit. Tecnos, Madrid, 1991.
- OSSORIO, A. *Momento explicativo. Apreciación de situación* (http://www.sgp.gov.ar/contenidos/onig/planeamiento_estrategico/docs/biblioteca_y_enlaces/PE_PartII.pdf).
- OSUNA, O. «L'apport de la jurisprudence internationale en matiere de nécessité économique et financière avant 1945 », en *La nécessité en droit international*, SFDI, Colloque de Grenoble, Pedone, París, pp. 357-366.
- OVEJERO, D. *Estudios de Derecho Civil*, Abeledo Editor, Buenos Aires, 1935.
- PADDEU, Federica I. “A Genealogy of “Force Majeure” in International Law”, *British Journal of International Law*, Vol. 82 (2011), pp. 381-494.
- PAGLIARI, A. “El principio de efectividad en el Derecho Internacional Público”, en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*, Edit. Advocatus, Córdoba, 2014, pp. 641-668.
- PAGLIARI, A. *Curso de Derecho Internacional Público*, Edit. Advocatus, 2°ed., 2013.
- PALMISANO, G. “Sulla decisione arbitrale relativa a la seconda fase del caso Rainbow Warrior”, *Riv. Di Diritto Internazionale*, 1990, p. 874 ss.

- PANELO, Santiago; «La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los Tratados Bilaterales de Inversión» en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2003-E-1482.
- PARENTE, G. “La guerra del fletán y sus posibles intereses ocultos”, *Política Exterior*, vol. 9, 1995.
- PARRA, Antonio; «The Role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes» en *News from ICSID*, vol. 16, N° 1, 1999.
- PARRY, Cl. “Derecho de los tratados” en *Manual de Derecho Internacional Público* editado por Max Sørensen, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p.199-259.
- PEÑA GUZMÁN, L; ARGÜELLO, L. *Derecho Romano*, 2º Edición, tea Edit., Bs.As., 1966.
- PÉREZ CORTÉS, I. “El laudo del CIADI en CMS, el cálculo de las tarifas en dólares y la convertibilidad”, *La Ley* 8 de junio de 2005, p. 1-6.
- PÉREZ GIRALDA, A. “El Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados, al final del camino”, www.reei.org
- PÉREZ HUALDE, A.; «Las provincias, sus contratos públicos y los Tratados Internacionales de Protección Recíproca de Inversiones», en *La Ley*, sección Jurisprudencia, Buenos Aires, T. 2001-D-14.
- PÉREZ RAGONE, A. J. D.; «Fundamentos y medios de protección del derecho a la opción del inversor por la jurisdicción arbitral internacional en el marco de un BIT» en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 189 – 696.
- PETIT, E. *Tratado elemental de Derecho Romano*, traducido y anotado por José Fernández González, Buenos Aires, Albatros, 1958.
- PHILLIMORE, W. “Droits et devoirs fondamentaux des Etats”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t.1, 1923, p 25-71.
- PILLITU, P.A., *Lo stato di necessita nel diritto internazionale*, Perugia, Universita di Perugia, 1981, p.11-65.
- PINTORE, E. *La legítima defensa en el Derecho Internacional*, colección Derecho Internacional, Ciencia Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Cs. Sc. UNC, 2012.
- PINTORE, E. “El caso *Caroline*. ¿Un precedente de legítima defensa preventiva?” en *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 2, n°2, 2011, pp. 199-210.

- POBLADOR, A. "The defense of necessity in International Law", *57 Phil. L.J.*, 1982, pp. 332-370.
- POCH y GUTIÉRREZ DE CAVIEDES, A "De la clause rebus sic stantibus à la clause de révision dans les conventions internationales", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 118, 1996-II, p. 109-208.
- PODESTÁ COSTA – RUDA *Manual de Derecho Internacional Público*, Tomo II, Edit. tea, Buenos Aires, 1985.
- PONTE IGLESIAS, M.T. *La Contaminación Fluvial: cuestiones de responsabilidad internacional*, Xunta de Galicia, 1989, p. 278 ss.
- PRAT, J.C. La «Loi canadienne du 12 mai 1994 sur la protection des pêches côtières ou l'unilatéralisme canadien réactivé», en *Espaces et Ressources Maritimes*, vol. 8, 1994.
- PUIG BRUTAU, J. *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Bosch, Barcelona, 1954.
- QUENEUDEC, J.P.: «La notion d'Etat intéressé en Droit international», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 255, 1995, (especialmente pp. 449-461).
- RABY, J. "The State of Necessity and the Use of Force to Protect Nationals," *Canadian Yearbook of International Law*, 1988, vol. 26 (Vancouver: University of British Columbia Press, 1989), pp. 253-272.
- RAYMOND, G. "Necessity in foreign policy", *Political Science Quarterly*, Winter 1998, v.113 i4 p673 (1).
- REINISCH, A. "How necessary is necessity for International Organizations?" *International Organizations Law Review* 3: 177-183, 2006.
- REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional Público 2. Derecho de los tratados*, Edt. Tecnos, Madrid, 1987.
- REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional Público*, Edit. Tecnos, Madrid, 1997.
- REUTER, P. *Introducción al derecho de los Tratados*, Fondo de Cultura Económica, México, 1º Edición en español, 1999.
- REY CARO, E. "Las reservas de la República Argentina a la Convención sobre Derecho de los Tratados, el Estoppel y el Cambio fundamental en las circunstancias", pp. 229-250 obtenible en http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/20376/1/ADI_II_1975_06.pdf
- RIVIER, A. *Principes du Droit des Gens*, Vol. I, 1896.

- RODICK, B. C. *The doctrine of necessity in international law*, Nueva York, Columbia University Press, 1928.
- ROLIN, H. “Les principes de droit international public”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1950-II, París, Sirey, 1951, t. 77.
- ROSATTI, Horacio D.; «Los tratados bilaterales de inversión. El arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino», *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2003-F-1283.
- ROUSSEAU, CH. *Droit International Public*, Sirey, París, 1953.
- ROVIRA, R. L.; «El futuro del arbitraje como método alternativo para la solución de controversias», *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 150 - 877.
- ROXIN, C. *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Edit. Civitas, Madrid, 1999.
- RUDA, J.M. “The Opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice”, 3 *Eur. J. Int’l L.* 1992, pp. 109 y ss.
- RUIZ FABRI, H. ‘La motivation des décisions dans le règlement des differends de l’OMC’, en RUIZ FABRI, H - SOREL, J.-M. (eds), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, París, 2008,
- SABIA DE BARBERIS, G. “Temas de Derecho Internacional a la luz del Caso Gabčíkovo-Nagymaros”, en *La Evolución del Derecho Internacional a través de los Organismos Internacionales*, Publicado por el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2002, p.216-244.
- SALMON, J. “Faut-il codifier l’état de nécessité en DI?”, en *Essay in Honour of Judge Manfred Lachs*, Martinus Nijhoff, 1984, pp. 235-270.
- SALMON, J.J.A.: «Les circonstances excluant l’illicéité», *Responsabilité internationale*, Institut des Hautes Etudes Internationales. Cours et Travaux, P. Weil (Director), París, 1987.
- SALOMONI, Jorge L.; «La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos», en *El Derecho*, apartado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, octubre 28 de 2003.

- SCHACHTER, O. "Self-Judging Self-Defense", *19 Case W. Res. J. Int'l L.*, 1987.
- SCHACHTER, O. "Self-Defense and the Rule of Law", *83 Am. J. Int'l L.* (1989), pp. 259 y ss.
- SCHACHTER, O. "International Law: The Right of States to Use Armed Force", *82 Mich. L. Rev.* (1983-84), pp. 1620 - 1637.
- SCHOLEFIELD, E.O.S.-HOWAY, F.W. "The Sealing Industry and the Behring Sea Arbitration", *British Columbia from the Earliest Times to the Present*, Clark Publ., Vancouver, 1914, Vol. 2, Pap. XXVII, p. 463-464. (Obtenible en www.nosracines.ca/e/page.aspx?id=3724963).
- SCHREUER, Ch.; «Commentary on the ICSID Convention» en *ICSID Review*, *Foreign Investment Law Journal*, Vol. 12, N° 2, 1997.
- SCHRIJVER, N. "no more walls. Human rights and the wall in occupied Palestinian territory", *22 Neth. Q. Hum. Rts.*, 2004.
- SCHWARZENBERGER, G. «The Fundamental Principles of International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1955-I, Leyden, Sijthoff, t. 87.
- SCHWARZENBERGER, G. *International Law*, vol. I, 3° Ed., Londres, Stevens, 1957,
- SCHWEBEL, S.M. "Agression, intervention and self-defence in modern international law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1972-II, Leyden, Sijthoff, 1973, t. 136.
- SCHWEBEL, S. "The Judgment of the International Court of Justice in the Case concerning the Gabčíkovo – Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)", *Resolution of international water disputes, Papers Emanating from the Sixth PCA International Law Seminar, November 8, 2002*, Kluwer Law International, 2003, pp. 247-258.
- Sentence du 30 de avril 1990 dans l'affaire du Rainbow Warrior, RGDIP 1990, p. 838 et le commentaire de Jean CHARPENTIER, p. 395 ss.
- SERENI, A.P. *Diritto internazionale*, vol. III, Milán, Giuffrè, 1962.
- SERMET, E. *L'état de nécessité en matière criminelle*, Paris, Rousseau, 1903.
- SHRAGA, D. "UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-Related Damage", *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000).

- SHUBISZEWSKI, K. “Uso de la fuerza por parte de los Estados. Seguridad colectiva. Derecho de guerra y neutralidad”, en SØRENSEN M. *Manual de Derecho Internacional Público*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 681 – 778.
- SHUCHMAN, P. Ethics and the problem of necessity, *39 Temp. L.Q.* 279, 1965 – 1966, pp. 279 – 298;
- SICILIANOS, L.A. “The relationship between reprisals and denunciation or suspension of a treaty”, en *European Journal of International Law*, vol. 4, 1993, p. 341-359.
- SIMONTON, J. Ways by necessity, *33 West Virginia Law Quarterly*, 100 1926 - 1927, pp. 64- 100.
- SINCLAIR, I. “*The Vienna Convention on the Law of Treaties*”, 2º edición, Manchester University Press, 1984.
- SLIMAN, N. “Israeli High Court Decision on Location of West Bank Barrier”, en *ASIL Insights*, Julio 2004.
- SOHNLE, J. «Irruption du droit international de l’environnement dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice – l’affaire relative au projet Gabčíkovo -Nagymaros»; *RGDIP*, 1998/1, p 85-121.
- SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*, vol. 1, Edit. Tea, 1986.
- SORENSEN, M. “Principes de droit international public”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1960-III, Leyden, Sijthoff, 1961, t. 101.
- SPIERMANN, O. «Humanitarian Intervention as a Necessity and the threat or use of ius cogens», en *Nordic Journal of International Law*, 71, 2002, 523-543.
- SPINEDI, M: *Les crimes internationaux de l’Etat dans la codification de la responsabilité des Etats*, Iovene, Nápoles, 1986.
- STARACE, V.: «La responsabilité résultant de la violation des obligations à l’égard de la communauté internationale», *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t. 153, 1976-V.
- STERN, B. «La nécessité économique et financière», en *La nécessité en droit international*, SFDI, Colloque de Grenoble, Pedone, Paris pp. 349 – 355.
- STICCA, M.A. “La caza de focas peleteras en el Pacífico: dos casos de estado de necesidad en las postrimerías del Siglo XIX” en *Cuaderno de Derecho Internacional Público N° VI Los Aportes de la Jurispru-*

- dencia al Desarrollo del Derecho Internacional* de la Academia de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, pp. 205 – 212. Se puede consultar en <http://www.acaderc.org.ar/cuaderno-de-derecho-internacional-vi/view>
- STICCA, M.A. “Responsabilidad internacional: algunas consideraciones sobre el estado de necesidad invocado por la República Argentina ante el CIADI”, en *Cuaderno de Derecho Internacional N° III* de la Academia de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Editorial: Advocatus, pp- 177- 230, febrero 2009. También disponible en www.acader.unc.edu.ar Sección Doctrina Derecho Internacional Público.
- STICCA, M.A. “El estado de necesidad como causa de exclusión de ilicitud: el caso Continental vs. La República Argentina”, en *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, XI2008, Editorial La Ley, pp. 393 – 411.
- STICCA, M.A. “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales, 2006, pp. 305-317.
- STICCA, M.A. “La relación entre la violación grave de un tratado y el estado de necesidad” en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*, Edit. Advocatus, 2014, pp.935-960.
- STRUPP, K. “Les règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1934-I, París, Sirey, t. 47.
- STRUPP, K. «L’intervention en matière financière», *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 8, 1925-III, 5-123.
- STURMA, P. “Law of Treaties reflected in State Responsibility Rules, Sources of international Law”, Institut of Public international Law and International Relations of Thessaloniki, Thesaurus Acroasium, vol. XIX, 1992, p. 563 ss.
- TAWIL, Guido S. «Los Tratados de promoción y protección recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional» en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2000-D-1106.
- TAWIL, G. S. “Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones

- en los casos «Vivendi», «Wena» y «Maffezini»”, *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2003-A-914.
- TEMPONE, R. E. *Protección de inversiones extranjeras*, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina, 2003.
- TERÁN LOMAS, R. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo 1, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1980.
- THOMSON, L. “The ICJ and the case concerning the Gabčíkovo-Nagy-maros Project: The Implications for International Watercourses Law and International Environmental Law” en www.dundee.ac.uk/cepmlp/main/html/car_article8.htm.
- TOMUSCHAT, CH. “Current Issues of Responsibility”, *Cursos Euro-mediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. IV, 2000, p.517-599.
- TWISS, T. *The Law of Nations in Time of Peace*, Oxford Univ. Press, 1861, Section 99, p. 179, obtenible en <https://archive.org/details/lawofnationscons12twis>
- VÁZQUEZ FERREYRA, R. *Responsabilidad por daños (elementos)*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1993.
- VERDROSS, A. “Règles générales du droit international de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1929-V, París, Hachette, 1931, t. 30.
- VERDROSS, A. *Derecho Internacional Público*, Aguilar Ediciones, 5ª Edición, 1974.
- VIDAL, H. *Ilicitud. Justificación. Exceso*, Edit. Lerner, Córdoba, 1985.
- VILLAGRÁN KRAMER, F. *Derecho de los Tratados*, Corte Suprema de Justicia – Unidad de Modernización del Organismo Judicial, Guatemala, 2002.
- VILLAGRÁN KRAMER, F. “Las represalias en el Derecho Internacional Contemporáneo”, en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Prof. Ernesto Rey Caro*, edit. Lerner, Córdoba, 2002, p. 699 – 725.
- VIÑUALES, J. “The contribution of the International Court of Justice to the development of International Environmental Law: a contemporary assessment”, 32 *Fordham Int’lJL*, 2008-2009, 232-258. Obtenible en Hein-online

- VIÑUALES, J. “Las cuestiones medioambientales y el concepto de estado de necesidad”, en *Universitas*, Bogotá (Colombia), N°119, julio-diciembre de 2009, pp. 223-250.
- VITTA, E. “La necessita nel diritto internazionale”, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Roma, nueva serie, vol. XI (1936).
- VIVES CHILLIDA, J. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- Von TUHR, A. *Derecho Civil – Teoría General del Derecho Civil Alemán*, Vol. III, Depalma, Buenos Aires, 1948.
- WALDOCK, H. “General Course of Public International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t.106, 1962-II, p. 1-251
- WALDOCK, H. “The regulation of the use of force by individual States in international law”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 81, 1952-II, p. 455-514
- WATSON, G. R. “Humanitarian Law - Law of Belligerent Occupation - Proportionality of Security Measures Taken in Occupied Territory - Self-Defense against Terrorism - Effect of ICJ Decisions in Domestic Courts”, *100 Am. J. Int’l L.*, (2006)pp. 895- 901.
- WECKEL, PH. “Convergence du Droit des Traités et du Droit de la Responsabilité Internationale”, *RGDIP*, 1998-3, 647-683.
- WEIDENBAUM, P. “Necessity in International Law”, en *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 24 Problems of peace and war, papers read before the Society in the Year 1938 (1938), pp. 105-132.
- WEIL, P. “Droit des traités et Droit de la responsabilité, in Le Droit international dans le monde en mutation”, *Liber Amicorum Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, tome I, p.523-545.
- WEIL, P. *Écrits de droit international*, Presses Universitaires de France, 1°Edic., París, 2000.
- WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán*, Parte General, 11° Edición, Edit. Jurídica de Chile, 1970.
- WENGLER, W. “Public International Law. Paradoxes of a legal order”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 158 1977-V, 9-86

- WETTER, P. *Van Curso elemental de Derecho Romano: la historia del Derecho Romano y la legislación de Justiniano*, Madrid, Góngora y Alvarez, 1889.
- WEXLER, J. "The Rainbow Warrior Affair: State and Agent Responsibility for Authorized Violations of International Law", *5 B.U. Int'l L. J.* 389 (1987), p. 389 y ss.
- WOLFF, K. "Principes généraux du Droit applicables dans le rapports internationaux", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1931-II, t. 36.
- YAHY, A. «La violation d'un traité: l'articulation du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale», *RBDI*, 1993, p. 437 ss
- ZAFFARONI, E. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Ediar, Buenos Aires, 2003.
- ZEMANEK, K.: «La responsabilité des Etats par faits internationalement illicites ainsi que pour faits internationalement licites», *Responsabilité internationale*. Institut des Hautes Etudes Internationales. Cours et travaux, P. Weil (Director), Paris, 1987.

ARTÍCULO PERIODÍSTICO - ENTREVISTA

- THWAITES REY, Mabel; «El inversor extranjero no tiene estatus superior», entrevista al Dr. Horacio Rosatti, en *suplemento Económico*, diario Clarín, 30 de enero de 2005.

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de junio de 2018

