

***El Estado de Necesidad como causal de exclusión del hecho ilícito internacional. Breves puntualizaciones a partir de su reconocimiento en la Resolución A/56/83 de la Asamblea General de la ONU.***

***Autor: Lic. Yusnier Romero Puentes***

***Lic. en Derecho en la Universidad de La Habana. Diploma de Oro. Profesor Instructor Adjunto del Instituto Superior de Relaciones Internacionales Raúl Roa García de las asignaturas Derecho Internacional Público y Sistema Político Cubano. Profesor de Derecho Constitucional General y Comparado y derecho Constitucional Cubano en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana.***

Por la expresión “estado de necesidad” se designan los casos excepcionales en que la única forma que tiene un Estado de salvaguardar un interés social amenazado por un peligro grave e inminente es, de momento, no cumplir con la 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<sup>1</sup>.

La excusa del estado de necesidad es excepcional en varios aspectos. A diferencia del consentimiento, la legítima defensa o las contramedidas, no depende de un comportamiento anterior del Estado lesionado. Se diferencia de la fuerza mayor en tanto no supone un comportamiento involuntario o impuesto. A diferencia del peligro extremo, el estado de necesidad no consiste en un peligro para las vidas de las personas a cargo del funcionario de un Estado, sino en un grave peligro para los intereses esenciales del propio Estado o de la comunidad internacional en su conjunto. Surge cuando existe un conflicto, de momento irreconciliable, entre un interés esencial, por una parte, y una obligación del Estado que invoca la necesidad, por la otra. Esas características especiales significan que el Estado de necesidad sólo podrá alegarse raras veces para excusar el incumplimiento de

---

<sup>1</sup> Para consultar otras referencias sobre el estado de necesidad se recomiendan los siguientes textos o artículos: Raby, J.: “The State of Necessity and the Use of Force to Protect Nationals”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 26, 1988, pág. 253; Salmon, J.J.A.: “Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?”, Traducción al inglés de J. Makarczyk, *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Nijhoff, 1984, págs. 235-267; Barboza, J.: “Necessity, Revisited in International Law”, *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Nijhoff, 1984, págs. 27-76 y Roed, R.: “State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conducts”, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. III, 2000, págs. 1-95.

una obligación y que está sometido a limitaciones estrictas para prevenir cualquier posible abuso que del mismo se pudiere hacer<sup>2</sup>.

Existe una doctrina considerable que apoya esta causal de exoneración. La misma ha sido invocada por los Estados y se han ocupado de su aplicación algunos tribunales internacionales. En esos casos, se ha aceptado la figura en principio, o al menos, no se ha rechazado. Baste mencionar al respecto dos ejemplos:

En marzo de 1967, el petrolero liberiano *Torrey Canyon* encalló en una de las rocas sumergidas frente a la costa de Cornualles, fuera de las aguas territoriales británicas, vertiendo en el mar grandes cantidades de petróleo que amenazaron las costas inglesas. Tras varios intentos fracasados de solucionar el problema, el Gobierno británico decidió bombardear el buque a fin de inflamar el petróleo restante. La operación fue exitosa. El Gobierno de Gran Bretaña no dio una justificación jurídica de su conducta, pero insistió en la existencia de una situación de peligro extremo (sería estado de necesidad) y que la decisión de bombardear el buque sólo se había adoptado después de haber fracasado todos los demás medios. No hubo protestas de ninguna parte y posteriormente se elaboró una convención para prever los futuros casos en que la intervención pudiera ser necesaria para evitar una grave contaminación causada por hidrocarburos<sup>3</sup>.

En el asunto *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte examinó cuidadosamente un argumento fundado en el Proyecto de artículos de la CDI (ahora artículo 25), aceptando expresamente el principio, mientras rechazaba su invocación en las circunstancias del caso. En cuanto al principio mismo, la Corte Internacional observó que ambas partes habían considerado el Proyecto de artículos de la CDI como formulación adecuada, y continuó diciendo:

“La Corte considera que el estado de necesidad es un fundamento reconocido por el Derecho internacional consuetudinario para excluir la ilicitud de un hecho que no está de conformidad con lo que de él exige una obligación internacional. Observa además, que dicho fundamento de exclusión de la ilicitud sólo se puede

---

<sup>2</sup> Quizás un caso de esos abusos lo podemos encontrar en la invasión por fuerzas de la OTAN a la ex Yugoslavia, basada en el estado de necesidad.

<sup>3</sup> Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos, *United Nations, Treaty Series*, vol. 970, pág. 211.

aceptar en casos excepcionales. La Comisión de Derecho Internacional tuvo la misma opinión cuando explicó que había optado por una redacción negativa. En consecuencia, el estado de necesidad sólo se puede invocar en ciertas condiciones estrictamente definidas que deben satisfacerse acumulativamente; y el Estado interesado no es el único juez de si se han cumplido dichas condiciones. En el presente caso, son pertinentes las siguientes condiciones básicas: debe haber sido ocasionado por un “interés esencial” del Estado autor del hecho en conflicto con una de sus obligaciones internacionales; ese interés debe haber sido amenazado por un “peligro grave e inminente”; el hecho impugnado debe haber sido el “único medio” de salvaguardar ese interés; el hecho no debe haber “afectado gravemente un interés esencial” del Estado hacia el cual existe la obligación; y el Estado autor de ese hecho no debe “haber contribuido a que se produzca el estado de necesidad”. Esas condiciones son un reflejo del Derecho internacional consuetudinario”<sup>4</sup>.

Esta sentencia, define claramente cuáles son los requisitos que deben cumplimentarse para que se pueda invocar el estado de necesidad; a continuación hacemos una breve exposición y comentario de los mismos:

I) *Existencia de un peligro grave e inminente.* Esta condición ha sido exigida tanto por la jurisprudencia, como por la práctica como uno de los elementos conformadores del estado de necesidad. La medida en que un interés determinado sea “esencial” dependerá de todas las circunstancias y no debe prejuzgarse. La condición se extiende a los intereses particulares del Estado y de su población, así como de la comunidad internacional en su conjunto. Sin embargo, cualquiera que sea ese interés, sólo se satisfará cuando la amenaza sea de un peligro grave o inminente. El peligro tiene que establecerse objetivamente y no ser considerado simplemente como posible. Además de ser grave, el peligro tiene que ser inminente en el sentido de próximo, como bien reconoció la CIJ en el *asunto Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* al descartar el estado de necesidad “ecológico” que pretendía por entender que, aunque posiblemente grave, no consideraba inminente el peligro alegado por el Gobierno magiar. No obstante, también expresó:

---

<sup>4</sup>Sentencia de 25 de septiembre de 1997, asunto del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros entre Eslovaquia y Hungría, *CIJ Reports 1997*, pág.7.

“Ello no excluye que un peligro que se pueda producir a largo plazo pueda ser considerado inminente no bien se establezca, en un momento determinado, que la realización de ese peligro, no obstante cuan lejana, no es por ello menos cierta e inevitable”<sup>5</sup>.

II) El peligro que probablemente pueda generar de manera inminente un mal grave, debe recaer sobre un *interés esencial del Estado*. Ahora bien, la CDI se ha negado a determinar *numerus clausus* cuáles son esos intereses esenciales, sobre la base de que su elaboración nunca sería completa totalmente. En cualquier caso, no es necesario para la CDI que el daño grave e inminente amenace “la existencia misma del Estado” como parecía sostenerse anteriormente, pudiendo invocarse en situaciones menos graves<sup>6</sup>. La práctica demuestra, que el estado de necesidad ha sido invocado ante amenazas a la buena marcha del sistema económico en su conjunto de un país, la protección del medio ambiente, el mantenimiento de la paz, o la vida de los propios nacionales, intereses de la máxima importancia y tutelados todos ellos en principio por el ordenamiento jurídico internacional. A nuestro criterio, este no reconocimiento expreso, aun cuando hubiere sido difícil de codificar, constituye una puerta abierta a que se repitan los abusos que se produjeron tiempo atrás durante la vigencia del Derecho Internacional clásico.

III) Un Estado no podrá invocar el estado de necesidad si *ha contribuido a que se produzca*. El Relator quería un término que hiciera más fácil la invocación de esta figura, como ocurre en los Derechos internos<sup>7</sup>, pero la Comisión, creo que acertadamente, no lo aceptó. En relación con esta condición, sólo nos resta comentar a manera de ejemplo que nos parece sorprendente que la CIJ, en su dictamen sobre *las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio palestino ocupado* (2004), si la construcción del muro por Israel podría encontrar justificación en el estado de necesidad y de llegar a una conclusión negativa sobre la base de que su edificación no era el único medio para

---

<sup>5</sup> CIJ Reports 1997, pág. 42, párrafo 54.

<sup>6</sup> Comentario 32 al artículo 33, *Anuario de la CDI*, 1980, II, Segunda Parte, pág.48. Para una análisis puntual de casos en materia militar se recomienda el estudio de Dinstein, Y.: “*Military Necessity*”, *Encyclopedia of Public International Law*, Ámsterdam, North Holland, 1997, págs. 395 y ss.

<sup>7</sup> En éstos es frecuente descartar la invocación de esta causa sólo cuando esta causa ha sido provocada por quien la invoca “intencionadamente”, pero ni si ha mediado únicamente culpa o negligencia.

escapar del peligro invocado, no se haya planteado en cambio este otro requisito, a saber, que el Estado que invoca la causa no haya contribuido a la situación de necesidad<sup>8</sup>.

IV) La acción u omisión contraria al Derecho Internacional debe ser el *único medio para escapar del peligro* que amenaza un interés esencial del Estado. Aparte de decisiones arbitrales y judiciales más antiguas, el Convenio de Bruselas de 1969 sobre contaminación del medio marino<sup>9</sup> exigen también este requisito, en tanto y en cuanto las medidas que un Estado puede evitar para la contaminación de sus costas deben ser las necesarias para prevenir, atenuar o limitar el peligro, siendo pues, la única forma alternativa posible para evitar el daño. La CIJ ha rechazado en sus asuntos sobre el *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* y acerca de las *consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio palestino ocupado* (ambos ya mencionados anteriormente), la aplicación al caso concreto del estado de necesidad por entender, respectivamente, que el abandono del proyecto conjunto por Hungría no era “el único medio” de evitar el peligro de contaminación que temía, ni tampoco Israel tenía en la construcción de su muro defensivo la única solución para afrontar sus problemas de seguridad.

Hemos examinado hasta aquí los requisitos que podríamos denominar primarios del estado de necesidad, pero existen otros que también constituyen limitaciones en la invocación de esta figura y que serían aplicables aún cuando se reuniesen los requisitos anteriores, a saber: que el estado de necesidad no puede alegarse por un Estado cuando *de hacerlo resultase gravemente afectado un interés también esencial de otro*; cuando *la obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad o cuando la obligación que, amparándose en esta circunstancia de exclusión de la ilicitud, un Estado pretende incumplir dimana de una norma imperativa del Derecho Internacional*.

En relación al primero, baste decir que la CDI ha explicado dicho supuesto sobre la base de que el interés de que se trate debe predominar sobre cualquier otra consideración, no sólo desde el punto de vista del Estado que actúe, sino desde el de una evaluación

---

<sup>8</sup> Dictamen de 9 de julio de 2004, párrafo 140 en [www.un.org](http://www.un.org). La Corte consideró que Israel no podía justificar la construcción de su muro amparado en el estado de necesidad, pues el Tribunal no estaba convencido de que la construcción del muro según el trazado acordado fuera el único medio de proteger los intereses de Israel contra el peligro que invocaba.

<sup>9</sup> *Ibid* nota 199.

razonable de los intereses contrapuestos, sean individuales o colectivos<sup>10</sup>. Del tribunal examinador dependerá pues, la concreción de este requisito adicional.

En relación con el segundo, es importante señalar que existen instrumentos jurídicos internacionales que en su calidad de normas primarias, excluyen *per se*, la aplicación del estado de necesidad. Así, algunas Convenciones humanitarias aplicables a los conflictos armados excluyen expresamente la invocación de la necesidad militar. Otras, aunque no excluyan explícitamente el estado de necesidad, deben aplicarse en situaciones anormales de peligro para el Estado responsable y que, evidentemente, comprometen sus intereses esenciales. En tal caso, la imposibilidad de alegar el estado de necesidad se deduce claramente del objeto y el fin de la norma<sup>11</sup>.

En torno a esta figura, algunos autores<sup>12</sup> parten de la idea de interpretar la prohibición de la agresión de forma diferente al uso de la fuerza o amenaza de ese uso, excluyendo del contenido del primero los llamados usos menores de la fuerza. Entre los mismos mencionan las intervenciones de un Estado para salvaguardar la vida de sus nacionales atacados o detenidos en otro por fuerzas o grupos hostiles que no dependen del Estado territorial ni se encuentran bajo su dirección o control, las incursiones más allá de las propias fronteras para eliminar o neutralizar una “fuente de males” que amenaza con extenderse a su mismo territorio o perjudica a la comunidad internacional y las incursiones en territorio de un Estado para impedir la acción de bandas o grupos armados que operan desde el mismo en los casos en que ese Estado incumple deliberadamente o por negligencia inexcusable su deber de impedir tales actos. Sobre esta base se defiende, entre otras cosas, la llamada “intervención humanitaria” como un estado de necesidad que requiere un uso menor de la fuerza, en función de la afectación que a la comunidad internacional presupone la violación reiterada, masiva y flagrante de los derechos humanos por parte de un Estado.

---

<sup>10</sup> En el asunto Proyecto Gabcíkovo-Nagymaros, la Corte afirmó la necesidad de tener en cuenta todo interés compensatorio del otro Estado involucrado: *CIJ Reports 1997*, pág. 7, párrafo 58.

<sup>11</sup> Para ver ejemplos de este tipo de normas, ver A/CN.4/498/Add.2, pág.34.

<sup>12</sup> Un compendio de los mismos se puede ver en García Rico en “La legítima defensa en el Derecho Internacional contemporáneo”, *Revista española de Derecho internacional*, 2003, pág. 818. Otros autores comparten este criterio; ver en el propio libro. También se recomienda consultar : Raby, J.: “The State of Necessity and the Use of Force to Protect Nationals”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 26, 1988, pág. 253 y ss.; Salmon, J.J.A.: “Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?”, Traducción al inglés de J. Makarczyk, *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Nijhoff, 1984, págs. 243-245.

Esta posición cae por sí sola. Independientemente de que existan en la doctrina criterios de este tipo, de por sí no constituyen opiniones con un respaldo en el Derecho internacional ni en la jurisprudencia (que sólo en una ocasión) ha distinguido entre usos menores de la fuerza y la agresión como uso mayor. Frente a ella se impone el reconocimiento de la comunidad internacional en general de que cualquier uso de la fuerza es contrario al Derecho internacional y además norma de *ius cogens* por excelencia regulada en el artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas.

Existe otra posición, no menos oscura, que establece que el estado de necesidad podrá invocarse lícitamente para justificar, incluso comportamientos como los citados contrarios *prima facie* a la norma que prohíbe el uso de la fuerza cuando el mal que se cierne es superior al perjuicio que pueda derivarse de la acción justificada por la necesidad, y en este sentido, interpretan que el peligro para la vida de las personas que se encuentran bajo un régimen de violación masiva, flagrante y sistemática de los derechos humanos, puede razonablemente considerarse como el bien de más alto valor, superior incluso, al respeto de las normas que protege la integridad territorial de los Estados. La fuerza de esta posición aumenta no tanto ya porque la misma parece compartida por doctrina autorizada partidaria de esta figura<sup>13</sup>, sino sobre todo por el hecho de que autores contrarios a la aceptación del estado de necesidad admiten éste en un solo caso: "cuando se trate de la salvaguardia de la persona humana"<sup>14</sup>.

Frente a estas posiciones, se alzan las sólidas consideraciones de que nada hay más importante para el Derecho internacional público que los principios que tutela la Carta de Naciones Unidas, esencialmente el de prohibición de la fuerza, que solo encuentra justificación a través de la legítima defensa regulada en el artículo 51 de dicho instrumento, además del propio artículo 26 del Proyecto. Un análisis serio de la Carta nos confirma aún más en nuestra posición. Baste mencionar además que las cuestiones de Derecho internacional de los derechos humanos no se encuentra comprendido en el Capítulo VII relativo al sistema de seguridad colectiva, por lo que cualquier conexión que con éste se haga, no es más que una interpretación errónea de la propia Carta.

---

<sup>13</sup> M. Soerensen: "Principles de Droit international Public", Recueil des Tours, pág.220.

<sup>14</sup> P. Reuter: "Derecho Internacional Público", Bosch, Barcelona, 1978, págs. 452-453.

En fin, la práctica de los Estados y las decisiones judiciales apoyan la opinión de que el estado de necesidad puede constituir una circunstancia que excluya la ilicitud en condiciones muy limitadas, y esta opinión es la que se recoge en el artículo 25 del Proyecto. Los casos muestran que esta figura resulta de utilidad para proteger una gran variedad de intereses, incluidos la salvaguarda del medio ambiente y la preservación de la existencia misma del Estado; sin embargo se imponen condiciones estrictas para permitir esta excusa.

#### *El supuesto del artículo 26*

En relación con el tercer requisito adicional exigido al estado de necesidad quisiéramos analizarlo en este acápite aparte, por ser aplicable a todas las causas anteriormente explicadas, así como por la importancia que reviste el tema en la doctrina internacional.

Según el Derecho internacional contemporáneo, las normas imperativas del Derecho internacional general son jerárquicamente superiores a cualquier norma. Esto se desprende de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados de 1969, al declarar “nulo” o “terminado” los tratados que están o entren en contradicción con una norma de *ius cogens*; y, por otro lado del hecho de que la CDI ha establecido un régimen especial de responsabilidad para las violaciones graves de obligaciones derivadas de normas imperativas del Derecho internacional general.

El artículo 26 del Proyecto es coherente con la naturaleza del *ius cogens* al afirmar que ninguna de las causas de exclusión de la ilicitud podrá invocarse para escapar al cumplimiento de una de esas normas. Por ejemplo, un Estado no puede alegar, para cometer un acto de genocidio, que lo hizo respondiendo a un estado de necesidad previo por él sufrido.

## FUENTES CONSULTADAS

- ✚ Ago, R.: “El crimen internacional”, *Recueil de Tours*, 68, 1939, págs. 419-454.
- ✚ Aust, A: *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- ✚ Aznar Gómez, M.: *Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 2000.
- ✚ Barbosa, J.: *Derecho Internacional Público*, Zavalía, Buenos Aires, 1999.
- ✚ Id.: “Necessity-revisited-in international law”, *Essays in international law in honour of Judge Manfred Lachs*, Edición de J. Makarczyk y M. Nijhoff, La Haya, 1984, págs. 27-43.
- ✚ Bodansky, D. y Crook J.R.: “A symposium: The ILC's State responsibility articles: Introduction and overview”, *American Journal of International Law*, 96, 2002, págs. 773-791.
- ✚ Cardona Llorens, J.: “Interés, interés jurídico y derecho subjetivo en Derecho Internacional Público”, *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, Universidad de Valencia, Valencia, 1989, págs. 231-248.

- ✚ Id.: *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en Derecho Internacional (Reflexiones sobre la interpretación y consecuencias que pueden derivarse en tal materia de la aceptación por la CDI del estado de necesidad)*, Tecnos, Madrid, 1987.
  
- ✚ Id.: “Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (la “Guerra de Kosovo)””, *Anuario Europeo de Derecho Internacional*, XVI, 2000, págs. 93-132.
  
- ✚ Id.: “El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados, al final del camino”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002, págs. 1-23.
  
- ✚ Raby, J.: “The State of Neccesity and the Use of Force to Protect Nationals”, *Canadian Yearbook of International Law*, 26, 1988, págs. 253-276.
  
- ✚ Villagrán Kramer, F.: “La Comisión de Derecho Internacional y la responsabilidad internacional por crímenes internacionales”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, VII, 1996, págs. 153-166.
  
- ✚ Id.: “Las represalias en el Derecho internacional contemporáneo”, *Estudios de Derecho Internacional en honor al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Edición de Z. Drnas de Climent y M. Lernier, Córdoba, 2002, tomo I, págs. 699-725.