

Reproducido en www.relats.org

PANDEMIA Y ESTADO DE NECESIDAD

**Rubén “Quique” Gilardi,
Integran del equipo INCASUR**

Publicado en NOTISUR, Abril 2020

“La vida es un derecho absoluto, superior a todos los otros”, Hegel.

En el actual contexto de pandemia es necesario concentrar esfuerzos y recursos en la lucha contra el desafío común en Argentina, por lo que es fundamental velar por el uso más racional de las divisas disponibles y no afectarlas al apago de la deuda externa.

Hoy los gobiernos -y los pueblos- de los países deudores tienen argumentos irrefutables para declarar, incluso unilateralmente, la inexistencia o nulidad de la deuda. Esos argumentos son fundamentalmente:

1. Los precedentes históricos prácticamente invariables de no pago de la deuda externa. En particular las grandes potencias prácticamente jamás han pagado sus deudas.
2. La ilegitimidad y la ilegalidad de la deuda, especialmente si ha sido mayoritariamente contraída y malversada por una dictadura (doctrina de la deuda odiosa).
3. El estado de necesidad, fundado en que lo que es esencial para el pueblo y para invertir no está disponible para transferir al exterior.

Para nuestro análisis tomaremos:

El estado de necesidad

El orden jurídico prevé determinadas excepciones en virtud de las cuales, a pesar de que se ha incumplido una obligación, el infractor queda eximido de la responsabilidad. Son estas las denominadas circunstancias que excluyen la ilicitud de un acto en principio ilícito, y que también se encuentran en el ámbito del derecho internacional. Una de ellas es el llamado estado de necesidad.

Ejemplos tradicionales del derecho penal

En primer lugar estará el estado de necesidad justificante que, salvando un bien determinado, sacrifica otro de menor valor (se aplica el criterio de ponderación de bienes): a) Caso de la persona que frente a una persecución y estando en riesgo su vida para salvarse allana una morada, b) El padre de familia muy pobre que sustrae de la vitrina de una farmacia un remedio para suministrárselo a su mujer enferma y con riesgo de vida, C) Conducir un vehículo a velocidad excesiva, contra el tráfico y sin registro para salvar la vida a un herido que requiere ser operado de emergencia.

El bien dañado (patrimonio de un tercero) y el salvado (la vida) son de valor desigual. El derecho, al sopesarlos, se inclina en favor del más importante.

El mal menor

En algunos casos particulares no resultará sencillo determinar cuál es el mal menor. En los casos en que los males sean vidas humanas, el estado de necesidad justificante no podrá amparar nunca a la conducta homicida, porque una vida humana siempre vale para el derecho tanto como otra, no pudiendo cuantificarse los males tampoco por el número de vidas humanas en juego, porque aunque sea una vida sacrificada para salvar mil (argumento usado tradicionalmente en la guerra: el caso de Hiroshima y Nagasaki ha sido uno de ellos) lo cierto será que esa vida ha sido usada como medio y, conforme a los principios de respeto a la dignidad humana. El derecho no puede tolerar que nadie sirva como medio, ni siquiera para salvar a otro pero en algunos casos esta discutida la ponderabilidad de la vida humana, cuando hay que decidir el sacrificio de alguna persona para salvar a otros o cuando se enfrenta una elección como sucede ahora en Italia que ante la limitación de

respiradores se debe elegir a quienes tienen más posibilidades de sobrevivir

La pandemia y el estado de necesidad

El Estado de Necesidad ha sido ampliamente discutido en el campo Derecho Internacional Público siendo actualmente un concepto utilizado con cierta frecuencia por los tribunales internacionales pero nunca en el caso de una pandemia como la que estamos padeciendo, situación ideal para su instrumentación

El concepto de estado de necesidad

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.

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 mismo ha sido invocado, 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 entre otros.

Circunstancias en las que puede invocarse el estado de necesidad

- 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 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 el medio ambiente.

Naciones Unidas y la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

En el año 2001 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución Nº 56/83 por la cual “toma nota de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, presentados por la comisión de derecho internacional”.

La definición de Naciones Unidas del estado de necesidad

El artículo 25 de la resolución Nº 56/83 dice:

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.

Principales características

1- Opera ante el incumplimiento de una obligación internacional

El estado de necesidad se invoca cuando un Estado ha incumplido una obligación internacional, pero considera que está eximido de responsabilidad. Funciona como una excusa frente al incumplimiento, a efectos de excluir la ilicitud de la conducta. Convierte en lícita una conducta

que de otro modo sería ilícita.

2- No es una reacción contra un hecho ilícito

El estado de necesidad no es una reacción contra un hecho ilícito sino, a lo sumo, una excusa absolutoria.

No se está entonces respondiendo a una agresión o a un acto ilícito del otro Estado (como sucede en la legítima defensa), a pesar de que se estará afectando los derechos de este último.

3- Es de carácter voluntario

Si bien materialmente el Estado que actúa por necesidad no está compelido a actuar así, se encuentra en una situación de peligro tal que la única forma de salvaguardar el interés esencial, es violando una obligación internacional; pero su libre voluntad no está anulada, a diferencia de lo que sucede en la fuerza mayor.

4- Su carácter excepcional

Esta causal es de naturaleza absolutamente excepcional. El Estado que se ve perjudicado por la conducta del Estado que actúa invocando la necesidad, no ha desplegado una conducta internacionalmente ilícita que oficie como antecedente. En consecuencia, sufre un perjuicio sin haber dado motivo para ello.

5- No violar interés esencial de otro Estado o de la comunidad internacional u obligación internacional que no admita excepciones

En ese sentido, el derecho internacional exige que el interés protegido sea de una mayor relevancia ("interés esencial") que el interés que resulta sacrificado. Y es por ello que la causal no aplicará si la obligación internacional incumplida encuadra en alguno de los siguientes supuestos:

- i) se afecta un interés esencial del otro Estado (artículo 25.1 lit. b);
- ii) se afecta un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto (artículo 25.1 lit. b)
- iii) se viola una obligación que por su naturaleza no admite excepciones a

sucumplimiento (artículo 25.2 lit. a), incluyendo normas imperativas de derecho internacional general o jus cogens (artículo 26).

Requisitos para la invocación del estado de necesidad conforme al artículo 25 del proyecto de la CDI de Naciones Unidas

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.

Situaciones en las que se invoca el estado de necesidad

El estado de necesidad como eximente de responsabilidad internacional ha sido invocado a lo largo del tiempo por muchos estados (Argentina, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Gran Bretaña, Grecia, Guinea, Hungría, Venezuela) y otros. En todos los casos los tribunales no han cuestionado la existencia del estado de necesidad como categoría operativa en el derecho internacional, sino el no cumplimiento de los requisitos en el caso concreto.

Ejemplos en el derecho internacional

Un caso concreto fue el iniciado por Ecuador contra Colombia ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Se trata del caso de las fumigaciones aéreas. Ecuador alegaba que Colombia ha procedido, a partir del año 2000, a repetidas fumigaciones aéreas en la frontera común empleando herbicidas altamente tóxicos y de efecto indiscriminado. Dichos actos han causado, según Ecuador, gran daño (tanto físico como económico) no sólo a la población local, sino también al medioambiente de la región y violando su

soberanía. Ante las quejas repetidas de Ecuador, Colombia ha invocado la necesidad de luchar contra las plantaciones ilícitas de coca, lo que está relacionado con la protección de la salud pública. La tensión entre el interés de Ecuador a la protección de su población y su medioambiente y aquél de Colombia a luchar contra el narcotráfico y sus consecuencias internas en la salud pública y seguridad interna. Un análisis preliminar de la cuestión sugiere que, en la medida en que Ecuador podría establecer que sus intereses esenciales (a la protección de su medioambiente) se encuentran gravemente afectados, la alegación de estado de necesidad por parte de Colombia sería rechazada. Finalmente el caso terminó con un acuerdo.

El caso de las indemnizaciones a Rusia (Russian Indemnities case, 1912) debidas por Turquía con ocasión de los daños causados a ciudadanos rusos en la guerra de 1877, la Corte Permanente de Arbitraje acepta la existencia de la posibilidad de excluir la ilicitud por la demora de un pago de indemnizaciones por parte de Turquía (Imperio Otomano), quien invoca una crisis económica, reconociendo con ello la existencia del estado de necesidad y distinguiéndolo de la fuerza mayor. No obstante, la Corte termina negando la razón a Turquía, por no probar que la magnitud de la crisis le imposibilitaba realizar el debido pago o que hacerlo afectaba un interés esencial del Estado.

La literatura sobre la historia de la necesidad también nos presenta el Caso Societé Commerciale De Belgique, ante la extinta Corte Permanente Internacional de Justicia. En el caso, se debate la responsabilidad internacional del Estado cuando Grecia decide no pagar sus deudas, ya confirmadas por laudos arbitrales, adquiridas ante un sujeto de derecho privado belga, argumentando una prolongada crisis económica producto de la crisis mundial de 1929. El caso es de interés porque el tribunal no encuentra por parte de Grecia elementos necesarios para probar que le es imposible pagar su deuda, pero reconoce que ambos Estados concuerdan en el reconocimiento de la excusa de la necesidad económica como existente, consuetudinaria y distinguible de la fuerza mayor.

La figura del Estado de Necesidad ha sido invocada como defensa del Estado Argentino en materia de Inversión en el CIADI.

Casos en los que la República Argentina invocó estado de necesidad

El ex ministro de Justicia, Horacio Rosatti, hoy integrante de la suprema corte en una entrevista concedida a Clarín, preguntado que fue respecto de la posición oficial de Argentina en relación a las demandas planteadas en el CIADI, el ministro dijo: «Un eje es la invocación del estado de necesidad como causal eximente de responsabilidad en el derecho público internacional y también en los tratados bilaterales de inversión».

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 otros casos que versaron sobre controversias internacionales entre Estados.

Casos en los que la República Argentina invocó estado de necesidad ante reclamos internacionales

*Laudo arbitral del CIADI en el caso CMS (Gas Transmission Company) contra la República Argentina del mes de mayo de 2005; *Laudo Arbitral del CIADI en el caso LG&E Energy Corp. y otros contra la República Argentina de fecha 3 de octubre de 2006; *Laudo arbitral CIADI en el caso Enron Corporation ponderosa Assets, LP contra la República Argentina del 22 de mayo de 2007; *Laudo arbitral de CIADI en el caso Sempra Energy International contra la República Argentina del 28 de setiembre de 2007; *Laudo arbitral de UNCITRAL en el caso BG Group contra la República Argentina del 24 de diciembre de 2007; *Laudo 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; *Laudo Arbitral de CIADI en el caso Continental Casualty Company contra la República Argentina del 5 de setiembre de 2008; * Laudo 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.

El caso en que el CIADI aceptó el estado de necesidad invocado por

Argentina

El 22 de mayo de 2007 el tribunal arbitral constituido en el marco del CIADI para el caso “Enron Corporation & Ponderosa Assets LP c/ República Argentina” basado en el análisis del estado de necesidad, el tribunal concluyó 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 y condenó a la República Argentina a pagar US\$106,2 millones más intereses por violación del Tratado de Protección Recíproca de Inversiones firmado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América por el tiempo anterior y posterior al periodo 2001-2003 durante el cual se aceptó el encuadre de Estado de necesidad siendo el único antecedente en el que se admite la existencia durante algunos meses de un estado de necesidad que exime de responsabilidad a la Argentina por los perjuicios causados al inversor durante dicho lapso.

Lo que incluyó Argentina al invocar lícitamente el estado de necesidad:

- Tasa de desempleo del 25%;
- Casi la mitad de la población de Argentina vivía por debajo del umbral de la pobreza;
- El sistema sanitario estaba a punto de colapsar;
- El Gobierno había sido obligado a disminuir su gasto per cápita en servicios sociales en un 74%.

En el este caso el tribunal CIADI compartió ese punto de vista y resaltó una serie de factores concretos.

«Es imposible negar, en opinión del Tribunal, que una crisis que provocó el abandono repentino y caótico del principio cardinal de la vida económica del país, tales como:

- El casi colapso de la economía nacional.
- La adversidad social que llevó a la mitad de la población por debajo del

umbral de pobreza; las amenazas inmediatas a la salud de los niños, los enfermos y los miembros de la población más vulnerables que todo esto, en su conjunto, no cumple los requisitos de una situación en la que mantener el orden público y la protección de intereses de seguridad esenciales de Argentina, como Estado y como país, corriera un riesgo crucial.

Diferencias entre el estado de necesidad, la fuerza mayor, el peligro extremo y la legítima defensa

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 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 real.

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.

La legítima defensa propia: está exento de responsabilidad penal el que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que haya: Agresión ilegítima. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Estado de necesidad en el derecho penal

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

salvavarda del bien o interés en conflicto”.

Código Penal Argentino

Artículo 34: No son punibles:

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 19891, 1906, 1917, 1936, 1941, 1951, 1960, 1973, 1974 y 1980.

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:

- 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.

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.

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.

Oportuno es recordar que la necesidad fue invocada para justificar la Invasión alemana a Bélgica el 1 de agosto de 1914.

Conclusión

La definición de necesidad la proporciona el artículo 25 de los artículos sobre responsabilidad estatal, que ha sido ampliamente utilizado y reconocido por tribunales internacionales que dice «la expresión “estado de necesidad” se utiliza para denotar esos casos excepcionales en que la única manera de que el Estado pueda poner a salvo un interés amenazado por un peligro grave e inminente es, hasta el presente, no cumplir con algunas obligaciones internacionales de menor peso y urgencia”.

Se ha invocado el estado de necesidad, en casos de medio ambiente, crisis económicas y financieras muchos fallos han sido desfavorables por no reunir los requisitos necesarios. No existen antecedentes sobre casos como el que nos toca vivir de una pandemia que ponen en riesgo a la totalidad de la población y a la existencia del Estado.

De acuerdo al artículo 25 se requieren cuatro condiciones para la invocación legal de estado de necesidad. El caso argentino las satisface todas para **la suspensión unilateral de una deuda.**

También sería importante analizar si el incumplimiento de leyes internas del Estado frente a la necesidad de proteger la vida y la salud de la población no habilitaría un fallo de la Corte aceptando la figura del Estado de necesidad.

Fuentes

Elementos Estructurales del Estado de Necesidad en el Derecho Internacional Público- María Alejandra Sticca-Universidad Nacional de Córdoba Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad, 2018.

El Estado de Necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud en la responsabilidad internacional de los estados.

Rodrigo Díaz Inverso-Revista de derecho público - año 24 - número 47 - julio 2015 - pp. 49-68.

El Estado de Necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación

consuetudinaria y convencional en los arbitrajes ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) Laura Victoria García Matamoros, Walter Arévalo Ramírez-Anuario Mexicano de Derecho Internacional (Enero 2017)

Sobre la suspensión del pago e investigación de la Deuda.-Alejandro Teitelbaum –Red Eco Alternativo- Informes enero de 2020.