

El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho Comparado

Carlos Hecker Padilla

Abogado-Magister en Derecho Comercial

UNIVERSITÉ DE BOURGOGNE

La mayor parte de las instituciones jurídicas tuvieron necesidad de un gran proceso evolutivo para adquirir su forma actual. El estado de necesidad no escapa a esta realidad, puesto que hizo falta mucho tiempo para que este principio, tratado casi exclusivamente de forma casuística, pudiese transformarse en un principio general del Derecho consagrado en prácticamente todas las legislaciones.

La noción de estado de necesidad puede así encontrarse ya en el siglo VII antes de Cristo en Grecia, donde servía como justificación para el deudor insolvente; más tarde en Roma, el *Digesto* permitía destruir la casa de otro para salvar la propia en caso de incendio.¹ Posteriormente, será el Derecho Canónico quien lo reconocería, argumentando que en tiempos de miseria se hace lícito tomar, incluso contra la voluntad del propietario, algunos alimentos o trozos de madera para no morir de hambre o de frío. De ahí la célebre frase: "La necesidad hace ley".² En Derecho medieval y moderno, si bien la noción de necesidad permaneció en un estado similar, no obstante haber sido también extendida a casos de expropiación o servidumbre, sus fundamentos jurídicos y filosóficos sí evolucionaron de una forma importante.

1. Los fundamentos jurídicos

El primer fundamento jurídico para la aplicación del estado de necesidad en caso de robo, era la ausencia de intención de dañar por parte del autor, es decir, la

¹ P.-J. HESSE, "Un droit fondamental vieux de 3000 ans: L'état de nécessité. Jalons pour une histoire de la notion", Rev. Droits Fondamentaux, N° 2, janvier-décembre 2002, p. 127. www.droits-fondamentaux.org. Ver en el mismo sentido, J.-F. GERKENS, "Etat de nécessité et damnum incendii arcendi causa datum", Revue internationale des droits de l'antiquité (RIDA) N° 44, 1997, pp. 121-154.

² P. KOLB & L. LETURMY, *Droit Pénal général*, GUALINO, 2005, p. 294.

ausencia de dolo o de ánimo de lucro. Este razonamiento es difícil de sostener, pues la persona que actúa en estado de necesidad sabe que causará un perjuicio a otro; pero lo acepta en la medida que, según su percepción, el interés protegido tiene un valor superior. El otro fundamento invocado era la teoría del error –de inspiración canónica, para neutralizar una eventual responsabilidad penal–, según la cual el pobre de buena fe podría creer que el rico consentiría en darle la cosa, pues el Evangelio obliga a éste “a compartir con el pobre; [el pobre entonces no hace otra cosa] que anticipar el gesto del rico”.³

2. Los fundamentos filosóficos

Los fundamentos filosóficos para aceptar la noción de estado de necesidad tuvieron también su origen en el medioevo. El primer fundamento es que *el derecho cede ante el instinto irresistible de preservación*, por cuanto la supervivencia del individuo es un derecho superior. Otro fundamento es que *en caso de desamparo la sociedad vuelve a un comunismo originario en relación al Derecho de los Bienes*; de esta forma, tomar un bien que no nos pertenece estaría justificado por la necesidad, en virtud de la suspensión temporal del derecho de propiedad. Finalmente, el último fundamento filosófico es que *en los períodos de excepción se está en presencia de una suspensión temporal del derecho*⁴ y las reglas jurídicas dejan de aplicarse, vale decir, *quod non est licitum in lege necessitas licitum facit* (la necesidad hace lícito lo que la ley declara ilícito). Así, el campo de aplicación predilecto del estado de necesidad durante la Edad Media fue “el robo cometido como consecuencia del hambre y del frío, hipótesis que podían tornarse realidad en caso de hambruna, asedio o naufragio”.⁵

El carácter general de los fundamentos jurídicos y filosóficos de la noción de estado de necesidad explica sin lugar a dudas por qué ella se encuentra presente en prácticamente todas las legislaciones, en derecho interno y al interior de éste tanto en Derecho Penal como Civil (esfera de las responsabilidades contractual y delictual); pero también en Derecho Internacional Público, y desde hace algunos años en el Derecho de las Inversiones Internacionales.

3. La noción contemporánea de estado de necesidad

El estado de necesidad es hoy en día una noción de actualidad en el Derecho de las Inversiones Internacionales, rama del Derecho Económico Internacional

³ P.-J. HESSE, op. cit., nota 1, p. 130.

⁴ *Ibid.*, p. 131.

⁵ L. BELY, *Dictionnaire de l'ancien régime*, 1996, édition Presses Universitaires de France, p. 1091.

dedicada a este tipo de operaciones.⁶ La “crisis argentina” que comenzó a finales del siglo pasado impidió que aquel país pudiera cumplir con sus obligaciones internacionales, obligándolo a adoptar medidas que afectaron los intereses de los inversionistas extranjeros, lo que ha tenido como consecuencia que Argentina se deba enfrentar hoy a más de treinta litigios frente a jurisdicciones internacionales.

Uno de los medios empleados sistemáticamente por el Estado argentino para justificar las medidas adoptadas, es el estado de necesidad en el cual se encontraba, por cuanto para salvar al país de un caos total, no existía otro medio que sacrificar los intereses de los inversionistas extranjeros. La disparidad en las resoluciones contenidas en las sentencias dictadas en torno a este asunto ha dado lugar a innumerables problemas e interpretaciones. Sin embargo, el estado de necesidad no es la única eximente de responsabilidad susceptible de ser invocada por una persona o un Estado, con el fin de evitar una sanción; la fuerza mayor, la imprevisión, el *hardship* y la legítima defensa son nociones vecinas con las cuales el estado de necesidad ha sido (y es aun ahora) a veces confundido. El estudio de la o las definiciones de estado de necesidad en los distintos órdenes jurídicos deberá ir acompañado de una comparación con dichas diversas nociones (I). Sólo una vez determinadas las definiciones, se procederá al análisis del o de los regímenes jurídicos que presenta, para verificar su unidad o diversidad (II).

I. DEFINICIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad puede ser definido como *la situación en la que se encuentra una persona que frente a la posibilidad de que ella misma o un tercero sufra un daño más grave, decide realizar una acción contraria al ordenamiento jurídico, lesionando un bien o un derecho cuyo valor es menor; es decir, se trata de una circunstancia que excluye la ilicitud de un acto aparentemente ilícito o que provoca la ilicitud de un acto aparentemente lícito. El estado de necesidad justifica entonces “el derecho de causar un perjuicio a un tercero, por cuanto toda persona puesta en la misma situación habría actuado de igual manera”*.⁷ Puesto que se trata entonces de una circunstancia eximente de responsabilidad de carácter general, nuestro estudio debe consagrarse por una parte a la noción del estado de necesidad en las diversas ramas del Derecho (1) y por otra parte a la noción de estado de necesidad en relación a las nociones vecinas (2).

⁶ Para una definición del Derecho de las Inversiones v. S. MANCIAUX *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, éditions Litec-CREDIMI, 2004, pp. 87-88.

⁷ P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2004, § 1973.

Capítulo 1: El estado de necesidad en el Derecho Comparado

Intentar definir el estado de necesidad no es una tarea fácil, por cuanto se trata de una noción que puede ser encontrada en diversas ramas del Derecho y que en cada una de ellas es susceptible de tener un fundamento y en consecuencia, un tratamiento diferente. Es por ello necesario estudiar esta noción desde un punto de vista más general, y de esta forma constatamos que se trata de una especie perteneciente a un género mucho más amplio, el de las “circunstancias eximentes de responsabilidad” o “hechos justificativos”.⁸

En toda sociedad “el Derecho ha sido creado para responder a los problemas que surgen entre las personas; la responsabilidad busca obligar al individuo a respetar ese derecho, imponiéndole la obligación de reparar todo daño que haya causado perjuicios a la víctima (responsabilidad civil) y eventualmente sancionando los casos más graves que afectan el equilibrio de la sociedad (responsabilidad penal)”.⁹ Ahora bien, una excepción a esta regla sobre la responsabilidad es necesaria –el estado de necesidad–, la cual ha sido concebida de manera similar en las distintas legislaciones internas (1). En el Derecho Internacional en cambio, a pesar de tener un fundamento análogo, el alcance de la noción es diferente (2).

Sección 1: Los derechos internos

El estado de necesidad es una noción ampliamente aceptada en la mayoría de las legislaciones internas, pero la forma en que ha sido regulada tiene diferencias sustanciales. La gran diferencia en cuanto a su tratamiento reside en una distinción entre el Derecho Civil (1) y el Derecho Penal (2).

1: El Derecho Civil

En Derecho Civil, el estado de necesidad puede ser analizado desde dos puntos de vista. En materia de responsabilidad contractual, se concibe como un vicio del consentimiento (A) y en cuanto a la responsabilidad delictual o extracontractual, se trata de un mecanismo que permite excluir la ilicitud del hecho (B).

A) El estado de necesidad en la responsabilidad civil contractual

El principio de la libertad contractual fundado en la idea de igualdad entre las partes al momento de la formación del contrato, promovido por el Código

⁸ Esta afirmación sólo enuncia la regla general, pero no debe olvidarse que el estado de necesidad puede también ser considerado un tipo de fuerza en el ámbito contractual de la responsabilidad civil.

⁹ P.-J. HESSE, op. cit., note 1, p. 125.

de Napoleón, es hoy en día muy criticado. Una igualdad absoluta entre las partes es algo posible sólo en teoría, y en consecuencia el Derecho ha intentado reaccionar; en este sentido, “los legisladores nacionales han comenzado a moderar el principio liberal que inspiró el Código de Napoleón según el cual las partes son iguales, concluyen un contrato ejerciendo su propia libertad y, en consecuencia, que el contrato debe mantenerse intacto porque, salvo que concurra algún vicio del consentimiento, es el reflejo de su libre voluntad”.¹⁰

i) Concepción del estado de necesidad en materia contractual en el Derecho extranjero

Inspirado en esta nueva concepción de la libertad contractual, el artículo 21 inciso 1° del Código Suizo de las Obligaciones dispone que “en caso de desproporción evidente entre la prestación comprometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte perjudicada puede, en el plazo de un año, declarar la rescisión del contrato y recuperar lo que ha pagado, si la lesión se ha debido al aprovechamiento de su situación, de su ligereza o de su inexperiencia”.¹¹

Asimismo, el artículo 1448 inciso 1° del Código Civil italiano señala que “si hay desproporción entre la prestaciones de las partes, y esta desproporción se debió al estado de necesidad de una de ellas, del cual la otra se ha aprovechado para obtener algún beneficio, la parte perjudicada puede solicitar la rescisión del contrato”.¹²

Podemos también señalar el caso de México, donde diversos códigos de sus estados federados contienen el mismo principio; tal es el caso del artículo 16 inciso 1° del Código Civil de Oaxaca, según el cual “cuando alguno explotando la ignorancia, inexperiencia, miseria o estado de necesidad de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la nulidad del contrato y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación”; asimismo, el artículo 21 del Código Civil de Tabasco dispone que “si alguno, explotando o

¹⁰ “Els legisladors han anat obviant el principi lliberal que inspirà el Codi Napoleònic segons el qual les parts són iguals, pacten el contracte en exercici de la seva pròpia llibertat i, per tant, el contracte ha d'ésser mantingut perquè, tret que concorri algun vici del consentiment, és el reflex de la seva lliure voluntat”. E. BOSCH, *La protecció de la part feble del contracte en el dret civil català i en el dret civil europeu*, p. 13 www.gencat.net/justicia/doc/doc_13748839_1.pdf.

¹¹ “En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter”.

¹² “Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto”.

aprovechándose de la ignorancia, necesidad de otro o de su debilidad cultural, social o económica, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tendrá derecho a obtener la declaración de nulidad del contrato o, en su caso, la reducción equitativa de su obligación”.

En la Common Law, en los años 70 nació en Inglaterra la noción de “*duress*”, que corresponde a la situación en que el consentimiento dado es el resultado de una fuerza física o moral, o de la situación económica en la cual se encontraba la víctima. Esta *duress* se sanciona, como es evidente, con la nulidad del acto viciado.¹³ De esta forma, y tal como veremos, la concepción del estado de necesidad del derecho inglés se aproxima mucho más a la del derecho francés que aquellas de los otros países que siguen el modelo jurídico continental, toda vez que en la Common Law el estado de necesidad es concebido como una categoría específica de fuerza –vicio del consentimiento– y no como un tipo de lesión.

ii) Concepción del estado de necesidad en materia contractual en el derecho francés

De los casos recién analizados, podemos concluir que el estado de necesidad, casi siempre, está vinculado a la lesión. En Francia, en cambio, este hecho justificativo se considera como un vicio del consentimiento y, con mayor precisión, como un tipo específico de fuerza. La primera sala civil de la Corte de Casación, en virtud de un fallo de fecha 30 de mayo de 2000, casó una decisión de la Corte de Apelaciones de París, porque esta última, para no dar lugar a una demanda de nulidad, había decidido que una transacción no podía ser atacada invocando la lesión, y que por consiguiente la violencia económica no serviría para provocar la nulidad del acuerdo; sin embargo, el tribunal supremo consideró que “la transacción puede ser atacada en todos los casos en que haya fuerza, y [...] la violencia económica se relaciona con la fuerza y no con la lesión”.¹⁴

Esta posición del derecho francés se justifica, pues la lesión tiene en Francia un carácter extremadamente restrictivo, por cuanto la rescisión del acto lesivo se justifica “sólo en los casos y con las condiciones especificados por la ley si se trata de contratos entre mayores (Art. 1313 CC) [...], o a favor del menor

¹³ F. HINESTROSA, “Estado de necesidad y Estado de Peligro. ¿Vicio de debilidad?”, Revista de Derecho Privado N° 8, 2005, de la Universidad Externado de Colombia, p. 19, en línea en el sitio www.ueexternado.edu.co/derecho/derecho_civil/pdf/rector.pdf.

¹⁴ “La transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et [...] la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion” Cass. Civ. 1e, 30 de mayo de 2000, recurso N° 98-15242.

en toda clase de convenciones (Arts. 1304 CC y ss.)".¹⁵ Pero además haber adoptado esta posición es notable desde el punto de vista jurídico, por cuanto aceptar la violencia económica como vicio del consentimiento permite asegurar "una mejor protección de las personas que se encuentran en situación de dependencia económica".¹⁶

El juez pretende de esta forma introducir expresamente el abuso de las situaciones de necesidad como un vicio del consentimiento. Afortunadamente el legislador francés no se ha quedado atrás, intentando mejorar las condiciones para que una excusa pueda invocarse en caso de violencia económica. En este sentido, el inciso 1° del artículo 1114-3 del anteproyecto de reforma del Derecho de las Obligaciones de septiembre de 2005, dispone que "hay asimismo fuerza cuando una parte se obliga bajo el imperio de un estado de necesidad o de dependencia, si la contraparte explota esta situación de inferioridad, obteniendo de la convención un beneficio manifiestamente excesivo".¹⁷ Se trata entonces de una consagración legal "de la idea de explotación abusiva de una situación de inferioridad, provocada por un estado de necesidad o de dependencia".¹⁸

En el Derecho francés, el estado de necesidad no es entonces sino un tipo particular de fuerza (violencia económica), el cual no emana ni de las partes ni de terceros, y que podría ser definido como la presión "ejercida sobre la contraparte, por causa de eventos naturales, circunstancias exteriores, inesperados, pero que tienen como efecto suprimir la libertad contractual de ésta".¹⁹ Según el artículo 1111 del Código Civil, "la fuerza ejercida contra el que ha contraído la obligación, es una causal de nulidad, aun cuando haya sido ejercida por un tercero distinto del beneficiario de la obligación".

La doctrina extrajo de este artículo las condiciones necesarias par que la fuerza pueda causar la nulidad de un contrato, a saber, un *elemento material* –dentro del cual se engloban todas las formas de amenazas–, un *elemento injusto* –es decir, que la fuerza ejercida sea ilegítima–, y un *origen* –sea de la contraparte

¹⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7e édition, 1988, p. 490.

¹⁶ Comentario de fallos de la primera sala civil de la Corte de Casación de 30 de mayo de 2000 y de 03 de abril de 2002, p. 3. Groupe ISP, en línea en el sitio www.prepa-isp.fr.

¹⁷ "Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif", E. BOSCH, art. cit. nota 10, p. 17.

¹⁸ Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y del derecho de la prescripción, de septiembre de 2005, Rapport à Monsieur Pascal CLEMENT, en línea en el sitio www.henricapitant.org/IMG/pdf/Avantprojet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_et_expose_des_motifs.pdf.

¹⁹ A. HUYGENS, *La violence économique*, memoria de magíster, Lille 2, 2001, p. 28, en línea en el sitio www.univ-lille2.fr.

o de un tercero—. De este último elemento y ante el silencio de la ley, una pregunta debe formularse: “¿el contrato puede ser anulado cuando la fuerza no emana de un individuo, sino que es consecuencia de circunstancias o acontecimientos externos?”.²⁰ Aun cuando hay autores que niegan esta posibilidad y exigen que la fuerza sea consecuencia de amenazas que emanen de una persona, una corriente mayoritaria asimila el estado de necesidad a la fuerza “por cuanto la contraparte se ha aprovechado de la otra para obtener beneficios excesivos”.²¹

La Corte de Casación, por su parte, aceptó esta noción ya en 1887 en el célebre caso *Lebret contra Fleischer*, en materia de rescate marítimo, donde decidió que “cuando el consentimiento no es libre, y que no es dado sino bajo el imperio del temor inspirado por un peligro considerable y grave, el contrato padece de un vicio que lo hace anulable”.²² El mismo razonamiento fue utilizado recientemente por el mismo tribunal, esta vez para desechar un recurso en un caso contra Air France; la SRL *Nouvelles Frontières*, que debía necesariamente transferir sus clientes a Air France, se negaba a pagarle a ésta más allá de la tasa a la que se había obligado con sus clientes, ya que las nuevas condiciones impuestas eran más onerosas. La Corte estimó que no había estado de necesidad, puesto que éste “habría supuesto que le fueren impuestas condiciones anormalmente onerosas”,²³ no siendo suficiente un simple aumento del valor de la obligación. En el mismo sentido, durante la Segunda Guerra Mundial, bajo el período de la ocupación alemana, el estado de necesidad fue invocado nuevamente, debido a que los israelitas, como consecuencia de las persecuciones de las cuales eran víctimas, se vieron obligados a ceder sus propiedades a precios extremadamente bajos.²⁴

Se encontrarán también en estado de necesidad las personas que necesiten urgentemente contratar ciertos servicios profesionales, como una intervención quirúrgica. La Corte de Casación consideró nulo el contrato entre una persona gravemente enferma y un cirujano, como consecuencia del cobro de honorarios abusivos.²⁵ Del mismo modo, en materia de representación judicial, el tribunal supremo señaló que “justifican su decisión los jueces del fondo, que consideran como constitutivo de fuerza moral para obtener honorarios

²⁰ F. TERRE, P. SIMLER & Y. LEQUETTE, *Droit Civil Les obligations*, Dalloz, 2005, 9e édition, p. 249

²¹ *Ibíd.*, p. 249.

²² “Lorsque le consentement n’est pas libre, qu’il n’est donné que sous l’empire de la crainte inspirée par un mal considérable et présent, le contrat est entaché d’un vice qui le rend annulable”, Cass. Req., 27 avril 1887, D. 1888.1.1263, S. 1887.1.1372.

²³ Cass. Civ. 1e, 24 de mayo de 1989, recurso N° 87-10564, Bull. Civ. 1989 I N° 212, p. 142.

²⁴ T. Civ. Saumur, 05 de julio de 1947, Gaz. Pal. 1947.2.59, T. com. Seine, 12 de marzo de 1945, Gaz. Pal. 1947.1.90.

²⁵ CA Rennes, 20 de marzo de 1929, S. 1929, somm. p. 255.

complementarios, el hecho de que un abogado de renombre haya abusado de la ignorancia de su cliente en cuanto al monto normal de honorarios, de la situación de inferioridad en que este último se encontraba en consideración de sus personalidades, de su grave enfermedad y de su necesidad de obtener rápidamente el monto a reparar por concepto de daños y perjuicios que el abogado conservaba".²⁶

La Corte de Casación incluso reconoció el estado de necesidad en que se encontraba una mujer que cedió a su empleador los derechos de autor relativos a un diccionario concebido y realizado por ella, bajo amenaza de despido. En este sentido, la Corte estableció que atendido "que sólo la explotación abusiva de una situación de dependencia económica, realizada con el fin de obtener provecho del temor a un daño que amenaza directamente los intereses legítimos de la persona, puede viciar por causa de fuerza su consentimiento; que dictando el fallo sin constatar que al momento de la cesión la señora Kannas había sido amenazada con ser despedida y que el empleador se había aprovechado de esta circunstancia para convencerla; la Corte de Apelaciones no fundó legalmente su decisión".²⁷

Así, desde el punto de vista de la responsabilidad civil contractual, cualquiera que sea el sistema jurídico analizado, "la persona en estado de necesidad se encuentra, al igual que quien actúa bajo presión económica, forzada a elegir el mal menor, obligándose en condiciones que no habría aceptado si las circunstancias externas no hubiesen alterado su libre voluntad".²⁸

B) El estado de necesidad en la responsabilidad civil extracontractual

Entre las circunstancias eximentes de responsabilidad en materia de responsabilidad civil extracontractual, el estado de necesidad "no es reconocido universalmente. Las legislaciones nacionales están incluso muy divididas con respecto a las consecuencias que derivan de aquel acto ilícito y portador de perjuicio

²⁶ "Justifient légalement leur décision les juges du fond, qui retiennent comme constitutifs de violence morale pour obtenir des honoraires complémentaires le fait pour un avocat en renom d'avoir abusé tant de l'ignorance de son client quant au montant normal des honoraires que de l'état d'infériorité où ce dernier se trouvait en raison de la différence des personnalités en présence, de sa grave infirmité et de son besoin de percevoir rapidement le montant des dommages-intérêts que l'avocat détenait". Cass. Civ. 1e, 03 de noviembre de 1976, recurso N° 75-12992, Gaz. Pal. 1977.1.67, nota de Damien.

²⁷ "Que seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans constater, que lors de la cession, Mme Kannas était elle-même menacée par le plan de licenciement et que l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision". Cass. Civ. 1e, 03 de abril de 2002, recurso N° 00-12932, Bull. Civ. 2002 I N° 108, p. 84.

²⁸ A. HUYGENS, op. cit. nota 19, p. 28.

realizado con el fin de evitar una amenaza más grave, actual e inminente, que pesa sobre el autor del hecho o sobre un tercero”.²⁹

i) En Derecho extranjero

Algunos sistemas jurídicos, como los derechos islámicos, el derecho húngaro y algunos derechos soviéticos,³⁰ rechazan el estado de necesidad, reconociendo plena y entera responsabilidad al autor de todo hecho que cause un perjuicio.³¹ En los órdenes jurídicos que lo aceptan como hecho justificativo hay también varias diferencias, siendo la más clara la de los países que le dan un reconocimiento expreso, en oposición a aquellos donde su establecimiento ha sido trabajo de la doctrina y la jurisprudencia.

Un ejemplo de reconocimiento expreso puede encontrarse en el Código Civil de Cataluña, el cual en su artículo 546-12 inciso 1° dispone que “los propietarios de los bienes deben tolerar la intrusión de terceros si es necesaria para evitar un peligro presente, inminente y grave, y si el daño que racionalmente se puede producir es desproporcionadamente elevado, en relación al perjuicio que la intrusión puede causar a los propietarios”.³² Esta disposición es muy interesante, por cuanto no sólo reconoce expresamente la posibilidad de causar un perjuicio a un tercero en caso de necesidad, sino que también establece las condiciones en que una intervención de ese tipo puede tener lugar.

La segunda hipótesis puede ser ilustrada por el ordenamiento jurídico chileno, el cual no establece expresamente el estado de necesidad como circunstancia eximente de responsabilidad, siendo la doctrina la encargada de promover su reconocimiento.

ii) En Derecho francés

En materia de responsabilidad extracontractual, el estado de necesidad es una noción tomada del Derecho Penal, el cual “sirvió de guía al Derecho Civil en materia de hechos justificativos”.³³ En todo caso, y aun cuando el Código Civil guarda silencio al respecto, el estado de necesidad ha sido aceptado por la doctrina y la jurisprudencia como una circunstancia eximente de responsabilidad,

²⁹ J. GHESTIN, *Les conditions de la responsabilité*, 3e édition, LGDJ, 2006, p. 574.

³⁰ Actualmente la expresión “derechos soviéticos” debe entenderse como referida a las legislaciones de algunos de los países surgidos luego de la caída de la URSS en 1991.

³¹ *Ibid.*, p. 575.

³² “Els propietaris dels bens han de tolerar la interferència d’altres persones si és necessària per a evitar un perill present, imminent i greu i si el dany que racionalment es pot produir és desproporcionadament elevat amb relació al perjudici que la interferència pot causar als propietaris”.

³³ J. GHESTIN, *op. cit.* nota 29, p. 575.

y que puede ser definida como “la situación en que se encuentra una persona que para evitar un daño mayor tiene como única salida realizar un hecho que cause un perjuicio menor o igual”.³⁴

El estado de necesidad elimina la ilicitud del hecho por una razón de justicia, puesto que el daño iba a producirse de todas maneras, y para la sociedad es benéfico, o al menos intrascendente, que otro daño de menor o igual importancia tenga lugar. Pero para que pueda producir este efecto, es necesario que este hecho justificativo haya sido ejecutado bajo condiciones estrictas, como son la existencia de un peligro grave –físico o moral–, que sea *actual o inminente*, *la inexistencia de otros medios menos perjudiciales para evitar el peligro* y que el hecho realizado sea *proporcional al peligro que se pretende evitar*.³⁵ De esta forma, si el derecho sacrificado posee un valor más elevado que aquel que fue protegido, la justificación no tendrá lugar.

Para ejemplificar el estado de necesidad en esta materia, podemos mencionar la hipótesis “del individuo que, intrigado por los gritos provenientes de un inmueble vecino, fractura la puerta con el fin de rescatar a un pequeño encerrado por negligencia de quienes lo tenían bajo su responsabilidad. Asimismo, se considera que hay estado de necesidad cuando una persona empuja de forma violenta a un peatón, para evitarle ser atropellado por un camión sin frenos”;³⁶ o el caso del médico que hace entrega de un estupefaciente a alguno de sus pacientes si sólo aquel producto puede aliviarlo.³⁷ Por otra parte, tampoco habrá ilicitud si alguien “se apodera de una manta perteneciente a un tercero para envolver a un desgraciado cuyas vestimentas se encuentran en llamas, o con remedios pertenecientes a un tercero para socorrer a un enfermo”.³⁸

De los ejemplos analizados, podemos darnos cuenta de que existen diversos tipos de estado de necesidad: causar un perjuicio a otro como único medio de evitar un daño igual o más grave al autor del hecho, causar un perjuicio a otro como único medio de evitarle a esa misma persona un daño igual o más grave, causar un perjuicio a otro como único medio de evitar un daño igual o más grave a otro tercero o a la sociedad, e incluso causarse un daño a sí mismo como único medio de evitar uno igual o mayor a un tercero.³⁹

³⁴ R. SAVATIER, *L'état de nécessité et la responsabilité civile extracontractuelle*, *Mélanges en l'honneur de Henri Capitant*, p. 729.

³⁵ P. LETOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6e édition Dalloz, 2006, p. 531.

³⁶ V. TOULET, *Droit civil. Les obligations*, 11e édition, Paradigme, 2006-2007, p. 336.

³⁷ “Les souffrances constantes supportées par le prévenu constituait pour lui un danger actuel qui le menaçait ; l'usage de tisane à base de cannabis réalisait l'acte de sauvegarde nécessité par ce danger ; il n'y avait pas de disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace”. CA Papeete 27 de junio de 2002.

³⁸ R. SAVATIER, art. cit. nota 34, p. 746.

³⁹ V. infra. II.2.B.

Así las cosas, y tal como lo hemos podido ver, la mayor parte de las legislaciones modernas aceptan el estado de necesidad como circunstancia eximente de responsabilidad, y en aquellos casos en que la ley no lo establece expresamente, ha sido la doctrina o la jurisprudencia la encargada de promover su reconocimiento.

2: El Derecho Penal

Es en el Derecho Penal donde el estado de necesidad vio la luz por primera vez, en los derechos Romano y Germánico, como una regla aplicable sobre todo al robo de alimentos en tiempos de hambruna,⁴⁰ pero también en situaciones de extrema necesidad como aquella “de los náufragos sobre una balsa, [que cortaron] a hachazos las manos de otros náufragos que intentando subirse podrían causar la muerte de todos”.⁴¹ Se trata de una noción aceptada en prácticamente todas las legislaciones –expresa o tácitamente– destinada a hacer desaparecer la responsabilidad penal del autor de la infracción y que puede ser definida como “la situación en que se encuentra una persona que para salvaguardar un interés superior, no tiene otra posibilidad que realizar un hecho sancionado por la ley penal”.⁴²

A) En Derecho extranjero

El estado de necesidad es entonces reconocido por la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, sin embargo, ello no implica que no existan divergencias en cuanto a los requisitos que debe cumplir para su aceptación, divergencias que nos fuerzan a realizar un estudio del tema desde el punto de vista de los llamados derechos continentales (1) y de la Common Law (2).

i) En los sistemas jurídicos continentales

El artículo 20 número 5 del Código Penal español dispone que “están exentos de responsabilidad criminal: N° 5) El que en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1° Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

2° Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.

⁴⁰ V. Rép. Pén. Dalloz, v° *Etat de nécessité*, por M. DANTI-JUAN, N° 6.

⁴¹ R. SAVATIER, art. cit. note 34, p. 731.

⁴² F. DESPORTES & F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, 11e édition, ECONOMICA, 2004, p. 698.

3° Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, la obligación de sacrificarse”.

En el mismo sentido, el artículo 22 inciso 1° del Código Penal cubano establece que “está exento de responsabilidad penal el que obra con el fin de evitar un peligro inminente que amenace su propia persona o la de otro, o un bien social o individual, cualquiera que éste sea, si el peligro no podía ser evitado de otro modo, ni fue provocado intencionalmente por el agente, y siempre que el bien sacrificado sea de valor inferior que el salvado”.

El artículo 34 número 3 del Código Penal argentino consagra a su vez el estado de necesidad, pero de una forma más sucinta, puesto que dispone que “no son punibles: N° 3) El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”.

Por otra parte, la sección 34 del Código Penal alemán prevé que “quien realice un hecho con el fin de evitar a sí mismo o a un tercero un peligro inminente e inevitable, contra la vida, la integridad física, la libertad, el honor, la propiedad o un bien jurídico protegido, no actúa ilícitamente si, en consideración de los intereses en juego, y la magnitud del peligro en cuestión, el interés por él protegido es significativamente superior a aquel que ha sido sacrificado. Esta regla es aplicable sólo si el medio empleado es apropiado para evitar el peligro”.⁴³

El Código Penal chileno, en su artículo 10 número 7 establece que “están exentos de responsabilidad criminal: N° 7: El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1° Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.
- 2° Que sea mayor que el causado para evitarlo.
- 3° Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”.

Resulta interesante constatar que el Código Penal chileno, elaborado antes del desarrollo de la teoría del estado de necesidad,⁴⁴ y a diferencia de la gran mayoría de los otros códigos penales, reconoce esta eximente de responsabilidad sólo si la acción realizada para evitar el peligro grave e inminente causa un perjuicio a la propiedad ajena. En consecuencia, nuestro ejemplo del indi-

⁴³ “Whoever commits an act in order 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”.

⁴⁴ J. ZENTENO, *Derecho Penal*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 9ª edición, 2006, p. 104.

viduo que empuja a un peatón para evitarle a este último ser atropellado por un camión, no podría ser invocado en Chile; es más, si la víctima demanda al autor del daño, éste podría resultar condenado. Sin embargo, un proyecto de reforma al Código Penal chileno está en proceso desde 2005, y según su artículo 6° N° 5 “están exentos de responsabilidad penal, por sus acciones u omisiones: N° 5: El que obra para evitar un mal grave, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1° Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.
- 2° Que sea mayor que el causado para evitarlo.
- 3° Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.
- 4° Que la situación de necesidad no la haya provocado intencionalmente”.

De este modo, la legislación chilena pretende unirse al punto de vista mayoritario en el seno de la doctrina comparada, según el cual el estado de necesidad siempre podrá ser invocado, si el objetivo es impedir un daño de mayor magnitud, sea cual sea el bien jurídico atacado.

El Código Penal boliviano establece el mismo principio en su artículo 11 número 2, según el cual “está exento de responsabilidad: N° 2) El que infringe un deber o causa un mal para evitar otro mayor, inminente o actual, por él no provocado y no evitable de otra manera, siempre que el necesitado no tuviere, por su oficio, cargo o actividad, la obligación de afrontar el peligro”.

Por último, el artículo 37 inciso 1° del Código Penal japonés sigue la misma tendencia al disponer que “no será castigado quien realice una acción tendiente a evitar un peligro presente e imposible de sortear de otra forma, y que amenace su vida, su integridad física o su propiedad o aquellas de un tercero, cuando la naturaleza y la magnitud del daño causado no sean superiores a aquellas del que se pretende evitar”.⁴⁵

ii) En el sistema jurídico de la Common Law

Desde el punto de vista de los países que conforman la Common Law, la situación es algo diferente. El estado de necesidad encuentra sus orígenes

⁴⁵ “N'est pas puni celui qui a accompli un acte afin d'écarter un danger présent et impossible à détourner autrement, menaçant sa vie, sa personne, sa liberté ou sa propriété ou celles d'autrui, lorsque la nature et l'importance du mal causé ne sont pas supérieures à celles du mal évité”. Traducción de T. MORISHITA; T. MORISHITA, “Etat de nécessité en droit pénal japonais”, Rev. Sc. Crim. 1971, p. 99.

en Inglaterra en el siglo XIII, con juristas como Bracton, que sostenían que “lo que es contrario a derecho, la necesidad lo hace lícito”.⁴⁶ En este sistema, para poder invocar la circunstancia eximente de responsabilidad “estado de necesidad”, según el juez de distrito de los Estados Unidos Sr. Roger Vinson, es necesario que “la persona en situación de necesidad, frente a la alternativa de decidir entre dos males posibles, decida causar el menos grave, que haya razonablemente previsto el nexo causal entre el acto realizado y el daño a evitar, que haya efectivamente actuado para prevenir el daño y que no exista otro medio legal menos perjudicial para evitarlo”.⁴⁷

En todo caso, como los hechos justificativos son casi siempre obra de la jurisprudencia, la noción es imprecisa: “algunos fallos han afirmado que una persona puede realizar un hecho que normalmente es constitutivo de una infracción si lo hace con miras a evitar un daño mayor; pero en otros casos, la existencia del principio ha sido tajantemente negada”.⁴⁸

Por otra parte, en el derecho anglosajón el estado de necesidad es sólo concebible para los llamados “delitos no económicos”, como por ejemplo, destruir una propiedad para evitar la propagación de un incendio o vender medicamentos sin receta en caso de urgencia. De una forma mucho más restrictiva, en la jurisprudencia inglesa “el estado de necesidad ha sido aceptado sólo en el caso que el hecho se haya realizado para evitar un peligro de muerte o de graves lesiones”.⁴⁹ En los casos de delitos cometidos por “necesidad económica”, como por ejemplo el robo de pan en caso de hambruna, el estado de necesidad no tiene posibilidad de ser aplicado, por cuanto desde el punto de vista del derecho angloamericano, “el poder de perdón del Estado es suficiente para regular el problema con los pobres que cometen un delito por necesidad; de esta manera, dependerá de la jurisprudencia y de las conclusiones judiciales adoptadas en cada caso específico, si este tipo de defensa puede o no ser aceptada”.⁵⁰

⁴⁶ “What is not otherwise lawful, necessity makes lawful” B. DINTELMAN, *Defenses of necessity and choice of lesser evils*, diciembre de 2002, en línea en el sitio www.iejs.com/Law/Criminal_Law/defenses_of_necessity_and_choice.htm.

⁴⁷ “[T]he defendant, when faced with the choice of evils, chose the lesser evil, that the defendant must have reasonably foreseen a causal relationship between his or her act and the harm to be avoided, that the defendant did indeed act to prevent that harm, and that there were no legal alternatives to committing the lesser evil”. *Ibíd.*

⁴⁸ J. A. JOLOWICZ, *Droit anglais*, 2e édition, 1992, Dalloz, p. 421.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ “The Anglo-American approach has therefore been that the state’s power of pardon is enough to deal with poor people who commit crime out of need, so it would depend on case law and judicial opinion in a specific jurisdiction if this kind of defense would be successful”, *Defenses to crime*, en línea en el sitio <http://faculty.ncwc.edu/toconnor/293/293lect06.htm>”.

B) En Derecho francés

En el derecho francés, el estado de necesidad se ha concebido de la misma forma que en todas las demás llamadas “legislaciones o sistemas jurídicos continentales”, y reconocido por la doctrina y la jurisprudencia desde hace ya mucho tiempo. Sin embargo, desde el punto de vista positivo, se trata de un concepto bastante nuevo; ya que sólo en 1994 y en virtud del nuevo Código Penal, esta noción obtuvo un reconocimiento explícito en el artículo 122-7, según el cual “no incurre en responsabilidad penal la persona que, frente a un peligro actual o inminente que la amenace, o que amenace a otro o a un bien, realiza un hecho destinado a la protección de la persona o del bien, salvo si hay desproporción entre los medios empleados y la gravedad de la amenaza”.⁵¹ Antes de la aparición de dicha norma, los tribunales eran reticentes a aceptar el estado de necesidad como una circunstancia eximente de responsabilidad penal y la doctrina estaba dividida. Por una parte, algunos autores estimaban que aun cuando el antiguo Código Penal no contuviera un principio general de impunidad para el llamado “delito necesario”, “contenía no obstante, un gran número de infracciones que eran sólo sancionadas si habían sido cometidas “sin necesidad”, a la vez que textos que legitimaban ciertas infracciones necesarias”.⁵² Por otra parte, la corriente doctrinaria opuesta invocaba el artículo 65 del mismo código, según el cual “ningún crimen o delito puede ser perdonado..., sino en los casos y circunstancias que la ley declara el hecho excusable...”.⁵³

Los tribunales desde el siglo XIX comenzaron a aceptar la situación de necesidad para excluir la ilicitud de una eventual infracción. Así, en 1836, “la Corte de Casación aceptó la posibilidad de que el marido, ignorante en cuanto a la ciencias médicas, pudiera evitar resultar condenado por los cargos de ejercicio ilegal de la profesión, puesto que su actuación se encontraba justificada por la urgencia y por la necesidad”.⁵⁴ En 1898 tuvo lugar el caso más célebre a este respecto; “*el caso Ménard*”: Louise Ménard había sido procesada por haber robado pan con el propósito de alimentar a sus hijos, quienes no habían probado bocado alguno en las últimas 48 horas. El juez *Magnaud* en primera instancia, y la Corte de Apelaciones de Amiens en segunda instancia, decidieron

⁵¹ “N’est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien sauf s’il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace”.

⁵² M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, 2e édition, ellipses, 2006, p. 389.

⁵³ “Nul crime ou délit ne peut être excusé... que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable...”.

⁵⁴ “La Cour de Cassation accepta que le mari, étranger à l’art d’accouchement, puisse échapper aux poursuites fondées sur l’exercice illégal de la médecine, car son acte avait été justifié par l’urgence et la nécessité”. Cass. Crim, 09 de junio de 1836, citado por P. KOLB & L. LETURMY, op. cit. nota 2, p. 295.

exculpar a la procesada por ausencia de dolo en su proceder; como podemos ver, se trató de una decisión indiscutiblemente justa, pero poco prolija desde el punto de vista jurídico, pues el dolo –conocer y querer el tipo penal– estaba presente desde el momento en que decidió robar el alimento en cuestión. A pesar de las discusiones teóricas a las cuales el referido caso pudiere dar lugar, lo interesante del mismo es que, el estado de necesidad en que se encontraba el autor del delito –aunque de forma primitiva– fue por fin aceptado para eximirlo de responsabilidad penal.⁵⁵

La jurisprudencia reciente de la Corte de Casación, tal como veremos, confirma nuestra posición, y gracias a la evolución que ha tenido el derecho, actualmente se considera que el autor del delito cometido por razón de necesidad, tiene conciencia del carácter ilícito de la infracción cometida. Ahora bien, las condiciones para que el estado de necesidad pueda jugar son bastante exigentes, y así lo demuestra el artículo 122-7 del nuevo Código Penal.

i) Un peligro actual o inminente

Poco importa la naturaleza de ese peligro, pudiendo “amenazar indistintamente al autor de la infracción o a un tercero o incluso un bien”,⁵⁶ y por supuesto, poco importará si la amenaza es física o moral.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que ese daño debe ser real y no futuro o hipotético. Así, la Corte de Casación desechó en 1974 un recurso relativo a un profesional de la educación de prevención y rehabilitación que había trasladado en su vehículo a algunos jóvenes, los que “llegados a destino, realizaron destrozos en el antejardín de una casa, ingresaron con escalamiento y golpearon a sus inquilinos [...]. Durante ese período el profesional no salió de su vehículo”.⁵⁷ Según el recurrente, debido a que se encontraba en “actividades laborales”, no podía intervenir, y que el interés de las víctimas era inferior tanto a la labor de rehabilitación de los jóvenes (...) como al interés general de la sociedad que ello representa. La Corte obviamente desechó el recurso indicando que el interés que había decidido preservar el educador era meramente hipotético”,⁵⁸ pues otra condición para invocar el estado de necesidad no se había cumplido, esto es, el carácter del peligro, el cual debe ser actual y no

⁵⁵ M. DANTI-JUAN, art. cit. nota 40, N° 9.

⁵⁶ H. RENOUT, *Droit pénal général*, 10e édition, 2005, p. 234.

⁵⁷ “Arrivés à destination, [ces] jeunes gens se [livrèrent] à quelques destructions dans le jardin, [pénétrèrent] dans la villa par effraction et [portèrent] des coups aux deux occupants [...]. Pendant ce temps, l'éducateur [est resté] dans sa voiture”. Cass. Crim. 21 de novembre de 1974. J. LARGUIER, “*Etat de nécessité et péril hypothétique*”, Rev. Sc. Crim, 1976, N° 1, p. 89.

⁵⁸ “L'intérêt qu'avait voulu sauvegarder l'éducateur était en réalité hypothétique”. Cass. Crim. 21 de novembre de 1974. *Ibid.*, p. 91.

futuro, y menos aun hipotético.⁵⁹ En el mismo sentido, la Corte de Casación, en fallo de 18 de junio de 2003, para casar una sentencia de segunda instancia sostuvo que “puesto que por una parte el estado de necesidad establecido en el artículo 122-7 del Código Penal exige que el peligro que se pretende evitar sea actual o inminente, cierto y tipificado [...] que, en estas condiciones, a falta de un peligro tipificado, ningún acto delictivo puede cometerse con la finalidad de proteger la salud de las personas que no se ven amenazadas; que acogiendo el estado de necesidad en este caso, la Sala de Instrucción aplicó incorrectamente el artículo 122-7 del Código Penal”.⁶⁰

Como puede verse, se trata de una jurisprudencia constante. Así y a modo de ejemplo podemos citar nuevamente a la Corte de Casación, que en fallo de 01 de junio de 2005 señaló “que un peligro meramente eventual no serviría para justificar una infracción”.⁶¹ La misma idea puede ser encontrada en el fallo de fecha 07 de febrero de 2007, según el cual “el peligro debe ser real y no hipotético; el solo temor no puede justificar cometer una infracción; el peligro debe ser actual, es decir, que los acusados deben estar en contacto con la amenaza”.⁶² Finalmente, debemos precisar que desde el año 2000 la jurisprudencia ha impuesto una condición extra, ajena al Código Penal, exigiendo a los jueces considerar imperativamente, para apreciar si las condiciones de esta eximente de responsabilidad se han reunido, si éstas se cumplieron en su totalidad “el día en que se cometió el hecho necesario para evitar el peligro inminente”.⁶³

ii) Proporcionalidad entre los medios empleados y la gravedad de la amenaza

Con el fin de evitar una desproporción entre la amenaza y los medios empleados para evitarla, el artículo 122-7 del Código Penal busca un equilibrio entre el interés protegido y aquel que será sacrificado; de esta forma, el estado de necesidad será aceptado sólo si el primero es de un valor superior al segundo, siendo evidentemente desechado en la hipótesis contraria. La pregunta que cabe entonces realizar es “¿qué decisión debiera adoptar la justicia en aquellos

⁵⁹ Cass. Crim. 21 de noviembre de 1974. *Ibíd.*

⁶⁰ “Alors que d’une part, l’état de nécessité prévu à l’article 122-7 du Code Pénal exige que le péril censé être évité soit actuel ou imminent, certain et caractérisé [...] que, dans ces conditions, faute de péril caractérisé, aucun acte délictueux ne peut être commis pour protéger la santé des personnes qui ne sont pas menacées ; qu’en retenant néanmoins l’état de nécessité, la chambre de l’instruction a fausement appliqué l’article 122-7 du Code Pénal”. Cass. Crim. 18 de junio de 2003, recurso N° 02-85199.

⁶¹ “Un danger simplement éventuel ne saurait justifier la commission de l’infraction”. Cass. Crim. 01 de junio de 2005, recurso N° 05-80351.

⁶² “Le péril doit être réel et non hypothétique; l’expression d’une crainte ne peut justifier la commission d’une infraction; le danger doit être actuel, c’est-à-dire que les prévenus doivent être au contact même de l’événement menaçant”. Cass. Crim. 07 de febrero de 2007.

⁶³ “Au jour de l’accomplissement des faits litigieux rendus nécessaires pour éviter le péril immédiat”. Cass. Crim. 21 de junio de 2000, recurso N° 99-81617.

casos en que el bien jurídico sacrificado no es inferior, sino de igual envergadura que el que se ha decidido proteger?".⁶⁴

Frente a esta incógnita, algunos autores excluyen la posibilidad de eximir de responsabilidad penal al autor del hecho ilícito "como consecuencia del carácter excepcional del estado de necesidad, el cual requiere un beneficio para la sociedad";⁶⁵ la Corte de Casación parece seguir esta corriente doctrinaria; ya que en el famoso caso de la "Sangre contaminada con el virus del SIDA", sostuvo "que en cualquier caso, aun suponiendo que ciertas personas hemofílicas hubiesen estado en peligro, el estado de necesidad debe descartarse cuando el interés protegido es de la misma naturaleza que el que se ha sacrificado; que no se puede, bajo pretexto de salvar a algunos pacientes con riesgo vital, exponer a todos los hemofílicos a una muerte segura, desde el momento en que todos los productos sanguíneos distribuidos por el CNTS estaban contaminados".⁶⁶ Otros autores, y cuyo razonamiento nos parece mucho más acorde a la realidad, aceptan la invocación del estado de necesidad, aun cuando los bienes jurídicos protegidos y aquellos que sean sacrificados tengan un mismo valor; ya que "el perjuicio social es idéntico cualquiera que sea la actitud del autor del hecho, de manera que la sociedad se muestra indiferente ante dicha infracción, por lo que no amerita represión alguna".⁶⁷

De los dos criterios analizados, una nueva duda surge: ¿El *valor de los bienes jurídicos en juego* y el *perjuicio social* forman parte de un mismo concepto? En otras palabras, ¿hay una identidad entre la naturaleza de dichos bienes jurídicos y el perjuicio social que puede ocasionarse? Desde nuestro punto de vista, se trata de las dos caras de una misma moneda, puesto que al hablar del valor o de la naturaleza de los bienes jurídicos en juego, se está simplemente haciendo referencia a la definición del mismo –vida, propiedad, integridad física, etc.–; por otra parte, al hablar de perjuicio social, se estaría más bien haciendo referencia a la importancia que le da la sociedad al daño causado. Luego, existe una relación directa entre la naturaleza (o valor) del bien jurídico protegido y el perjuicio social. En este sentido, si el interés sacrificado es de una naturaleza superior al protegido, entonces el perjuicio social será, a todas luces, mayor. Al contrario, si el bien jurídico sacrificado tiene un valor intrínsecamente inferior, el perjuicio social será menos importante –tanto es así que podríamos incluso hablar de beneficio para la sociedad.

⁶⁴ M. DANTI-JUAN, art. cit., nota 40, N° 48.

⁶⁵ M.-L. RASSAT, op. cit. nota 52, p. 392.

⁶⁶ "Qu'en tout état de cause, à supposer que certaines personnes hémophiles aient été en danger, l'état de nécessité doit être écarté lorsque *l'intérêt sauvegardé est de même nature que l'intérêt sacrifié*; qu'on ne saurait, sous prétexte de sauver certains patients en danger potentiel, exposer tous les hémophiles à une mort certaine des lors que tous les produits sanguins dérivés distribués par le CNTS étaient contaminés". Cass. Crim. 18 de junio de 2003 recurso N° 02-85199.

⁶⁷ M. DANTI-JUAN, art. cit., nota 40, N° 48.

Finalmente, podría agregarse un tercer elemento para la invocación del estado de necesidad, exigido por muchos ordenamientos jurídicos, así como por el Derecho Internacional e incluso por la doctrina y la jurisprudencia⁶⁸ francesas; pero respecto del cual el Nuevo Código Penal guarda silencio: "la ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el daño".⁶⁹

De esta forma, y a modo de conclusión, hemos podido ver que desde el punto de vista del Derecho Penal, el estado de necesidad es una circunstancia eximente de responsabilidad aceptada por la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, cualquiera que sea el sistema imperante –Derecho Continental o Common Law–, y cuyos elementos de invocación presentan una gran similitud, no obstante la posibilidad de enfrentarnos a sutiles diferencias en cuanto al tipo de delito cuya ilicitud permite excluir.

Sección 2: El Derecho Internacional

El estado de necesidad no es una noción extraña al Derecho Internacional, y actualmente se le reconoce como un hecho justificativo, a pesar de la reticencia que ha suscitado en cierta parte de la doctrina, principalmente a partir del siglo XIX, por los potenciales abusos que podrían tener lugar en virtud de su aplicación⁷⁰ –principalmente el no cumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados–. En esta sección procederemos al análisis de este concepto desde el punto de vista del Derecho Internacional Público (1) para luego analizarlo a la luz del Derecho de las Inversiones Internacionales (2).

1. En el Derecho Internacional Público

De acuerdo a la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI), la expresión estado de necesidad "se utiliza para señalar aquellos casos excepcionales en que el único medio que tiene un Estado para proteger un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente, es momentáneamente, el incumplimiento de una obligación internacional cuyo peso o urgencia es menor".⁷¹ En este caso, entonces, "la necesidad a la cual se hace referencia es a una necesidad de Estado. La situación de peligro extremo no está representada

⁶⁸ No obstante tratarse de un elemento no contenido en el Nuevo Código Penal, la Corte de Casación ha señalado que el estado de necesidad supone que sólo la infracción cometida permitiera evitar el peligro, con exclusión de todo otro medio menos peligroso para los terceros. "*L'état de nécessité suppose que l'infraction réalisée ait seule permis d'éviter l'événement redouté, à l'exclusion de tout autre moyen moins périlleux pour les tiers*".

⁶⁹ M.-L RASSAT, op. cit. nota 62, p. 392.

⁷⁰ J. CRAWFORD, "Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'état, introduction, texte et commentaires", 2003, pedone, p. 220.

⁷¹ *Ibid.*, p. 214.

por un riesgo para la vida de las personas, sino por un riesgo grave para la existencia misma del propio Estado, para su supervivencia política y económica, para el funcionamiento de sus servicios públicos esenciales, para la conservación de su paz interna, para la supervivencia de una parte de su población, para el medioambiente o para una parte de su territorio, etc.”.⁷²

Conviene en todo caso tener presente que para la posición dominante en la doctrina internacional –posición que no compartimos del todo– “el concepto de estado de necesidad podría sobre todo invocarse para excluir la ilicitud de comportamientos adoptados en ciertas condiciones a fin de salvaguardar un interés esencial del Estado sin que la existencia de este último se hallase en modo alguno en peligro”.⁷³

A) Condiciones necesarias para la invocación del estado de necesidad

i) Aparición del concepto de estado de necesidad en el Derecho Internacional Público

Se trata de una noción reconocida desde hace ya mucho tiempo, así “la idea de que la necesidad pueda justificar excepcionalmente un comportamiento del Estado contrario a una obligación internacional, está explícitamente admitida [...] por los autores clásicos de esta disciplina, tales como B. de Ayala, A. Gentili y, sobretudo H. Grocio, en los siglos XVI y XVII, y S. Pufendorf, C. Wolff y E. de Batel, en el siglo XVIII”.⁷⁴

ii) Potenciales riesgos identificados desde el siglo XIX

La idea de un derecho conferido por causa de necesidad fue criticada ya en el siglo XIX, “porque los Estados usan y abusan de este supuesto principio para fines inadmisibles y a menudo inconfesables”.⁷⁵ De esta forma, Pascual Fiore reduce la hipótesis del estado de necesidad señalando que “cuando un Estado no tenga otros medios para salvar sus derechos naturales que violar el derecho de otro, puede prevalerse del argumento de la urgente necesidad para justificar su conducta. La necesidad no puede, por tanto, dar origen a un derecho, sino solamente servir como excusa [...] que el Estado que se prevalga de la necesidad

⁷² Nations Unies, A/CN.4/318/ADD.5, *Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats*, par M. Roberto Ago – *Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale*. Original en francés, 1980, p. 14.

⁷³ C. MOYANO BONILLA & L. ORTIZ ALF, “La deuda externa y la responsabilidad internacional del Estado”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Mexique, 1994, p. 64. Ver en el mismo sentido en informe de R. AGO, *Ibid.*, p. 8.

⁷⁴ C. MOYANO BONILLA & L. ORTIZ ALF, *op. cit.*, nota 73, p. 68.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 70.

tome sus medidas para no abusar del favor, y que se halle dispuesto, en cuanto sea posible, a indemnizar el daño hecho al que lo experimente".⁷⁶

iii) Fórmula empleada por el artículo 25 de la CDI

Luego de una larga evolución doctrinaria y jurisprudencial, el estado de necesidad ha sido finalmente consagrado expresamente por el artículo 25 de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados:

"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:

- 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".

Uno de los primeros casos conocidos a este respecto en el Derecho Internacional fue el conflicto generado por la caza de *leones marinos en Rusia en 1893*, donde "el bien jurídico que debía protegerse de un peligro grave e inminente era el medioambiente en una región que no estaba sometida a la jurisdicción de ningún Estado ni a ninguna regulación internacional. Con el objeto de evitar la exterminación de dichos leones marinos, el gobierno imperial ruso dictó un decreto que prohibía su caza en una zona que formaba parte del alta mar, argumentando una "necesidad absoluta" y el carácter eminentemente transitorio de la medida".⁷⁷

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 69.

⁷⁷ "L'intérêt essentiel à protéger d'un péril grave et imminent était l'environnement naturel dans une région qui n'était soumise à la juridiction d'aucun Etat ni à aucune réglementation internationale". Afin d'éviter l'extermination des otaries, le gouvernement impérial russe dicta un décret interdisant leur chasse dans une zone qui faisait partie de la haute mer, en arguant une "nécessité absolue" et relevant son caractère essentiellement transitoire". Nations Unies, A/CN.4/SR.1613, p. 148 *Compte rendu analytique de la 1613e séance, par M. Roberto Ago - Responsabilité des Etats*. Original français, 1980.

Un ejemplo más concreto es aquel relativo a las *indemnizaciones rusas*, que concernía la obligación asumida por el Gobierno turco de indemnizar a los particulares rusos, en razón de los daños y perjuicios sufridos durante la guerra de 1877-1878. Turquía sólo comenzó a pagar su deuda en 1902, lo que tuvo como consecuencia la interposición de una demanda por intereses moratorios por parte del gobierno ruso. Con el objeto de justificar la demora en el pago de su deuda, Turquía “invocó, entre otras razones, el hecho de encontrarse en una situación financiera en extremo complicada, situación que calificó en aquel entonces como *fuerza mayor*, no obstante tratarse de un evidente caso de estado de necesidad”.⁷⁸ La justicia arbitral señaló que “la excepción de fuerza mayor, invocada en lo principal, es oponible en Derecho Internacional público de la misma forma en que lo es en Derecho Privado Interno; el Derecho Internacional debe adaptarse a las necesidades políticas. El Gobierno Imperial ruso admite expresamente [...] que la obligación que pesa sobre un Estado de cumplir con los tratados puede suspenderse si la existencia misma del Estado se ve en peligro, si cumplir con el deber internacional es [...] *self destructive*”.⁷⁹ Sin embargo, hay que decirlo, aun cuando el tribunal había aceptado la posibilidad de invocar el estado de necesidad en Derecho Internacional, dicha circunstancia eximente de responsabilidad no fue acogida, por cuanto no se encontraban presentes todos los elementos que permiten su invocación. De acuerdo a su criterio, “sería manifiestamente exagerado admitir que el pago de un préstamo por una suma relativamente insignificante de aproximadamente 6 millones de francos hubiese puesto en peligro la existencia del Imperio otomano, o comprometido gravemente su situación interna o externa”.⁸⁰ El interés que presenta este caso es que de él podemos desprender cuáles son los elementos o condiciones necesarias para que la invocación del estado de necesidad pueda tener cabida, a saber “la naturaleza absolutamente excepcional de la situación alegada, el carácter inminente del peligro que pesa sobre un interés importante del Estado, [y] la imposibilidad de evitar tal peligro por otros medios”.⁸¹

Como hemos podido apreciar, las condiciones a las cuales el estado de necesidad está sometido son entonces bastante rigurosas, dándole a esta eximente de responsabilidad un carácter excepcional, destinado a evitar su uso en forma abusiva. El ejemplo más claro de esta situación puede ser encontrado en la fórmula negativa empleada por el artículo 25 de la CDI: “Ningún Estado puede

⁷⁸ J. CRAWFORD, op. cit., note 70, p. 216.

⁷⁹ “L’exception de la force majeure, invoquée en première ligne, est opposable en droit international public aussi bien qu’en droit privé ; le droit international doit s’adapter aux nécessités politiques. Le Gouvernement impérial russe admet expressément [...] que l’obligation pour un Etat d’exécuter les traités peut fléchir si l’existence même de l’Etat vient à être en danger, si l’observation du devoir international est [...] *self destructive*”. Nations Unies, R.S.A., Vol. XI, p. 443 (1912).

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ C. MOYANO BONILLA & L. ORTIZ ALF, op. cit., nota 73, p. 62.

invocar [...] a menos que”.⁸² Por consiguiente, a pesar de haber sido muchas veces invocado como causal justificante por los Estados, no es de extrañar que muy pocas veces haya sido acogido por los tribunales.

Así, en el caso relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, la Corte Internacional de Justicia señaló que “el estado de necesidad constituye una causal, reconocida por el Derecho Internacional Consuetudinario, eximente de responsabilidad como consecuencia de la ejecución de un hecho contrario a una obligación internacional. El tribunal agregó además que este hecho justificativo sólo podría ser invocado a título excepcional. La misma opinión tuvo la Comisión de Derecho Internacional al justificar la fórmula negativa por ella adoptada”.⁸³

B) Competencia para determinar la existencia del estado de necesidad

Más allá de las condiciones que deben cumplirse para poder invocar correctamente el estado de necesidad, y del carácter excepcional del mismo, debe responderse una pregunta de suma importancia: ¿Quién es competente para decidir si los intereses esenciales del Estado están en peligro?⁸⁴ ¿Un tribunal internacional o el Estado que invoca la eximente de responsabilidad?

La respuesta es evidentemente compleja, ya que por una parte nos encontramos frente a los intereses del Estado que invoca una situación de necesidad,⁸⁵ y por otra, frente a los intereses del Estado lesionado por el incumplimiento del primero. No hay duda de que para satisfacer la letra a del numerando 1° del artículo 25 de la CDI, es necesario que el peligro sea grave e inminente y que no exista otro medio posible destinado a proteger el interés esencial del Estado; “pero debe en todo caso reconocerse [...] que con más frecuencia de la deseada podemos encontrarnos frente a discusiones de carácter científico-jurídico e interpretaciones discordantes, pues incluso los especialistas pueden tener ideas encontradas sobre lo que debe considerarse como un peligro o en qué medida dicho peligro es grave o inminente, y si los medios utilizados son o no los únicos disponibles”.⁸⁶ La cuestión entonces, está lejos de encontrarse

⁸² J. CRAWFORD, op. cit., nota 70, p. 220.

⁸³ “L'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale. Elle observe en outre que cette cause d'exclusion de l'illicéité ne saurait être admise qu'à titre exceptionnel. Telle était aussi l'opinion de la Commission du droit international lorsqu'elle a expliqué qu'elle avait opté pour une formule négative”. CIJ 25 de septiembre de 1997, caso *Gabčíkovo-Nagymaros* que enfrentó a Hungría y Eslovaquia, p. 34, en línea en el sitio: http://www.er.uqam.ca/nobel/k14331/jur7635/jurisprudence/Hongrie_c_Slovaquie.doc.

⁸⁴ J. FOURET, “CMS C/ LG&E” ou l'état de nécessité en question, Rev. Arb N° 2, 2007, p. 255.

⁸⁵ V. supra. Caso de las indemnizaciones rusas.

⁸⁶ J. CRAWFORD, op. cit., nota 70, p. 222.

zanjada; así, Hungría⁸⁷ y Canadá⁸⁸ defendieron en sus respectivos diferendos el carácter *self-judging* de la determinación del estado de necesidad. Por su parte, y siguiendo la tesis opuesta, la Corte Internacional de Justicia ha señalado reiteradamente que “el estado de necesidad no puede ser invocado sino cumpliendo ciertas condiciones específicas, estrictamente establecidas y que deben concurrir en forma copulativa; el Estado parte en el asunto no es el único juez en cuanto a la concurrencia de dichas condiciones”.⁸⁹

2. En el Derecho de las Inversiones Internacionales

El Derecho de las Inversiones Internacionales es aquella rama del Derecho que rige las relaciones entre los inversionistas extranjeros y el Estado receptor de información. Luego, la situación difiere bastante de la anterior, por cuanto las relaciones de fuerza entre las partes se encuentran en un abierto desequilibrio; ya que aun cuando un inversionista pueda llegar a ser económicamente más poderoso que un país en vías de desarrollo, el hecho de que una de las partes sea un Estado soberano, le permitirá a este último utilizar métodos de defensa de los cuales el primero carece –sobre todo relativos al interés general–. Entre dichos medios de defensa se encuentra el estado de necesidad. Así como en el Derecho Internacional General, podríamos definir el estado de necesidad como la situación en que se encuentra un Estado, cuyo único medio disponible para proteger un interés esencial, amenazado por un peligro grave e inminente, es la inobservancia de una obligación contraída a favor de un inversionista extranjero.

A) Condiciones necesarias para la invocación del estado de necesidad

i) Consagración del estado de necesidad en los instrumentos destinados a la inversión

Antes de realizar cualquier tipo de análisis más profundo, es bueno tener en mente que la relación entre un Estado y un inversionista se encuentra regida sea por un contrato de inversión, una ley, un acto administrativo o incluso por

⁸⁷ *Gabčíkovo-Nagymaros*, cit. supra. nota 83.

⁸⁸ Caso de la *Competencia en materia de pesca* que enfrentó a Canadá y España. En este diferendo, la Organización de Pesca del Atlántico Noroeste había adoptado medidas de protección en favor de los peces con ciclos migratorios; pero que desde el punto de vista canadiense resultaban ineficaces. Con la finalidad de proteger especies en peligro de extinción, funcionarios del gobierno de Canadá tomaron el control de un buque de pesca de bandera española, para “poner fin a la sobreexplotación del Rodaballo de Groenlandia llevada a cabo por los pescadores españoles”. Naciones Unidas, A/CN.4/SR.1613, pp. 214-215 *Compte rendu analytique de la 1613e séance, par M. Roberto Ago, - Responsabilité des Etats*. Original en francés, 1980.

⁸⁹ *Gabčíkovo-Nagymaros*, cit. supra. nota 83.

un Tratado Bilateral de Inversión (en adelante TBI) concluido entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de origen del inversionista. Es así que actualmente y en virtud de numerosos tratados, los inversionistas se encuentran en posición de iniciar un procedimiento internacional contra casi cualquier Estado, argumentando la violación de una obligación internacional asumida por este último.

Como método de defensa, los Estados intentarán entonces hacer valer el estado de necesidad. Pero ¿cuál es su tratamiento en el Derecho de las Inversiones? Pregunta absolutamente válida, por cuanto se trata de una rama del Derecho cuya normativa no es aún del todo clara. Creemos en todo caso que es en los tratados donde las líneas generales o directrices de la relación Estado receptor de inversión-inversionista deben establecerse, y es allí donde las partes pueden introducir –si lo estiman necesario– las circunstancias eximentes de responsabilidad a las cuales pueden recurrir. Ejemplos de lo recién expuesto pueden ser encontrados sobre todo en los TBI concluidos por los Estados Unidos; de este modo, el artículo XI del TBI firmado con Argentina señala que “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”.⁹⁰

En el mismo sentido, el artículo X del TBI firmado con Jamaica establece de una forma casi idéntica que “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 según lo previsto por el Capítulo de las Naciones Unidas relativo al mantenimiento o la restauración de la paz o la seguridad internacionales, o a la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.⁹¹ Asimismo, el artículo XIV del TBI firmado con Bolivia señala que “el presente Tratado no impedirá que una Parte aplique las medidas necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones con respecto al mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacional. o para la protección de los intereses esenciales de su seguridad”.⁹²

Por supuesto que también podemos encontrar ejemplos fuera del caso norteamericano. Es el caso del artículo 3 inciso 2° del TBI firmado entre Argentina

⁹⁰ TBI firmado entre Estados Unidos y Argentina en 1992.

⁹¹ “This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations under the Chapter of the United Nations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests”. TBI firmado entre Estados Unidos y Jamaica.

⁹² TBI firmado entre Estados Unidos y Bolivia en 1998.

y Bélgica, según el cual “sin perjuicio de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, las inversiones gozarán de una seguridad y protección permanentes, con exclusión de toda medida injustificada o discriminatoria que pudiera obstaculizar de hecho o de derecho su gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación”.

Ahora bien, aun cuando el estado de necesidad no haya aparecido expresamente contenido en ninguno de los artículos mencionados, desde el momento en que permiten dejar sin aplicación las disposiciones del tratado si se trata de proteger un interés esencial del Estado, podemos afirmar que la causal eximente de responsabilidad en estudio se encuentra contemplada de todas formas. No obstante, un nuevo problema aparece en el horizonte: ¿cuáles son los fundamentos para solicitar se exima de responsabilidad a un Estado por la inejecución de una obligación internacional en virtud del estado de necesidad?

ii) Fundamentos para la aceptación del estado de necesidad en el Derecho de las Inversiones

En el Derecho de las Inversiones Internacionales, los tribunales encargados de dirimir los diferendos no tienen ninguna regulación jurídica superior común que los rija; por ello, en caso de surgir un diferendo entre un Estado y un nacional de otro Estado, antes de realizar cualquier diligencia, lo que debe hacerse es determinar cuál es la ley aplicable para resolver el conflicto. El artículo 42 (1) del Convenio de Washington⁹³ dispone que “el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

El tribunal tendrá entonces que analizar si existe o no un TBI entre los dos Estados enfrentados, pues “más allá de la circunstancia eximente de responsabilidad propia del derecho consuetudinario, los Estados pueden haber decidido incluir una disposición en el respectivo TBI, relativa a las medidas necesarias destinadas al mantenimiento del orden público y de la protección de intereses esenciales en lo tocante a la seguridad del Estado”.⁹⁴ Si la respuesta es afirmativa, el tribunal tendrá la obligación de verificar si el estado de necesidad ha sido establecido o no como un hecho justificativo al interior del TBI. Tal fue el caso en los asuntos

⁹³ Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington, 18 de marzo de 1965).

⁹⁴ J. FOURET, art. cit., nota 84, p. 255.

llamados CMS,⁹⁵ LG&E⁹⁶ y ENRON,⁹⁷ todos dirigidos contra la República Argentina, dentro del marco del arbitraje del CIADI. Por el contrario, si la respuesta fuere negativa, siguiendo lo establecido por el artículo 42 (1) del Convenio de Washington, a falta de acuerdo de las partes sobre el derecho aplicable, el tribunal deberá necesariamente aplicar la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieren ser aplicables.

Concretamente, para decidir si se está o no en presencia de un estado de necesidad, los árbitros suelen estudiar, aun ante la existencia de un TBI y además de las disposiciones contenidas en dicho tratado, las reglas del Derecho Interno y del Derecho Internacional General. Este análisis, aun cuando no sea necesario "teniendo en consideración las estipulaciones contenidas en el TBI, hace un gran aporte a la estructura del Derecho Consuetudinario de la Responsabilidad. Los árbitros reconocen que no es necesario, pero que permite de todos modos reafirmar la posición que se haya adoptado en base a las disposiciones del tratado".⁹⁸ Ahora bien, el hecho de proceder de esta forma no está exento de críticas, y es así como el Bundesverfassungsgericht,⁹⁹ en fallo de fecha 08 de mayo de 2007, determinó que el artículo 25 de la CDI no es aplicable a los diferendos que enfrenten a un Estado y a un particular, sino solamente a los diferendos entre Estados, excluyendo por tanto de su campo de aplicación, todos los diferendos surgidos en el seno del Derecho de las Inversiones Internacionales.¹⁰⁰ En todo caso, y en el mismo fallo, el juez Lübbe-Wolf hizo presente una muy interesante opinión disidente, al considerar que el artículo 25 de la CDI contiene un verdadero principio general del derecho, susceptible de ser aplicado en una esfera mucho más amplia, incluidas las relaciones Estado-inversionista.¹⁰¹

a) Análisis efectuado en relación al TBI

En el caso CMS, el tribunal arbitral del CIADI estimó que lo que debía hacerse en primer término era determinar si el objeto y la finalidad del TBI excluían o

⁹⁵ *CMS Gas Transmission Company c/ República argentina*, arbitraje CIADI N° ARB/01/8, sentencia del 12 mayo de 2005, en línea en el sitio www.worldbank.org/icsid.

⁹⁶ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c/ República argentina*, arbitraje CIADI N° ARB/02/1, sentencia del 03 de octubre de 2006, en línea en el sitio www.worldbank.org/icsid.

⁹⁷ *ENRON Corporation, Ponderosa Assets, L.P. c/ República argentina*, arbitraje CIADI N° ARB/01/3, sentencia del 22 de mayo de 2007, en línea en el sitio www.investmentclaims.com.

⁹⁸ J. FOURET, art. cit., nota 84, p. 264.

⁹⁹ Tribunal Constitucional Federal Alemán.

¹⁰⁰ T. de MAEKELT. *Los tratados de promoción y protección a la inversión extranjera y las medidas de urgencia económica*, Cuarto Congreso Internacional, Asociación Andrés Bello de juristas franco-latinoamericanos, París, 18 de octubre de 2007, p. 10.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 11.

no la posibilidad de invocar el estado de necesidad, y si su artículo XI incluía o no la situación de urgencia económica como un interés esencial de seguridad susceptible de ser protegido; posteriormente, debería efectuarse un análisis según las normas del Derecho Internacional Consuetudinario, y específicamente si en relación al artículo 25 de la CDI el comportamiento de Argentina implicaría o no un atentado grave 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.¹⁰² Por su parte, en el caso *LG&E*, el tribunal arbitral estableció que para analizar correctamente el estado de necesidad, habría que hacer en primer lugar aplicación del TBI, para luego, y sólo en caso de ser absolutamente necesario, recurrir al Derecho Internacional Consuetudinario.¹⁰³ Finalmente, en el caso *ENRON*, y aun cuando el análisis se efectuó de una forma mucho menos organizada, el CIADI decidió estudiar el estado de necesidad desde el punto de vista del derecho interno argentino, del TBI y del Derecho Internacional Consuetudinario.¹⁰⁴

Ahora bien, a pesar de que el análisis efectuado en cada uno de los casos citados fue sumamente similar, siempre estará presente la posibilidad de que los tribunales arbitrales lleguen a conclusiones diferentes, o incluso opuestas entre sí, en lo tocante al estado de necesidad.

De esta forma, en el caso *CMS*, el tribunal señaló que “el Tratado está claramente diseñado para proteger las inversiones en momentos de dificultades económicas u otras circunstancias que lleven al Gobierno a adoptar medidas adversas, [sin embargo] el tribunal está convencido de que la crisis argentina fue grave, pero no llevó a un total colapso económico y social”.¹⁰⁵ Por el contrario, en el caso *LG&E*, haciendo también el análisis desde el punto de vista del TBI, el tribunal estimó que “los intereses esenciales de seguridad de Argentina estaban amenazados en diciembre de 2001. La existencia misma del Estado argentino, su sobrevivencia económica y política, las posibilidades de mantener operativos sus servicios esenciales y la preservación de su paz interna estuvieron en peligro [...]. Basado en el análisis del estado de necesidad, el tribunal concluye que, en primer lugar, dicho estado se inició el 1 de diciembre de 2001 y finalizó el 26 de abril de 2003; que, en segundo lugar, durante ese período Argentina queda exenta de responsabilidad”.¹⁰⁶ La decisión adoptada a este respecto por el tribunal arbitral del CIADI en el caso *ENRON* es quizás la menos interesante desde el punto de vista jurídico, puesto que ni siquiera se pronunció sobre la

¹⁰² *CMS*, cit. supra, nota 95, § 353 – 357 – 359.

¹⁰³ *LG&E*, cit. supra, nota 96, § 206.

¹⁰⁴ *ENRON*, cit. supra, nota 107, § 291 y ss.

¹⁰⁵ *CMS*, cit. supra, nota 95, § 354 - 355.

¹⁰⁶ *LG&E*, cit. supra, nota 96, § 257 - 266.

consagración expresa o tácita en el TBI del estado de necesidad como circunstancia eximente de responsabilidad, sino que concluyó que puesto que la crisis argentina “no cumple con las exigencias del artículo 25 de la CDI [...] no hay necesidad de efectuar un estudio más acabado del artículo XI [del TBI], puesto que no establece ninguna condición diferente a este respecto”.¹⁰⁷

b) Análisis efectuado en relación al artículo 25 de la CDI

Un análisis en torno al artículo 25 de la CDI resulta imprescindible en estos casos, pues las disposiciones del TBI deben siempre complementarse con aquellas del Derecho Internacional General. La razón radica en que aun cuando exista la posibilidad de invocar el estado de necesidad en virtud del TBI, las condiciones necesarias para dicha invocación –en ausencia de reglas específicas al respecto en el tratado– deben buscarse en los principios del Derecho Internacional. Esto no quita en todo caso la posibilidad de que los árbitros hagan una interpretación distinta de la norma y que en consecuencia puedan llegar a decisiones absolutamente divergentes las unas de las otras.

Así, en relación al análisis efectuado en los tres casos mencionados, y en relación al artículo 25 de la CDI, las conclusiones a las cuales llegaron los tribunales arbitrales del CIADI fueron bastante diferentes. En primer lugar, en el caso *CMS*, el tribunal consideró que los elementos constitutivos del estado de necesidad se encontraban presentes, pero sólo en forma parcial, impidiendo eximir al Estado argentino de su responsabilidad, argumentando que “las políticas gubernamentales [adoptadas por el gobierno argentino] y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y la emergencia. Si bien los factores exógenos condujeron a dificultades adicionales, ellas no eximen de responsabilidad al Demandado en esta materia”.¹⁰⁸ Luego, en el caso *LG&E* el tribunal estimó que las condiciones del artículo 25 de la CDI se habían cumplido, pues “no hay evidencia contundente de que Argentina haya contribuido a crear la situación de crisis que dio lugar al estado de necesidad. En estas circunstancias, un paquete de medidas para la recuperación económica resultó la única manera de resolver la inminente crisis. Aunque existiesen otras alternativas para desarrollar el contenido del mencionado paquete de medidas para la recuperación económica, la evidencia presentada demuestra que una solución general fue necesaria”.¹⁰⁹

Actualmente y por la forma en que son redactados, estar o no en presencia de un TBI no parece tener una gran importancia, y por esta razón un mejor tratamiento sobre el estado de necesidad parece imprescindible. Mientras ello

¹⁰⁷ *ENRON*, cit. supra, nota 97, § 339.

¹⁰⁸ *CMS*, cit. supra, nota 95 § 329-331.

¹⁰⁹ *LG&E*, cit. supra, nota 96 § 257.

no ocurra, se debe ser en extremo cauteloso y por consiguiente es necesario incluir de forma expresa este hecho justificativo y por supuesto explicitar cuáles serán los efectos producidos en caso de ser reconocido. De este modo, desaparecerán las dudas en cuanto a su procedencia, haciendo más eficaz el funcionamiento de los tribunales y protegiendo de mejor forma los intereses del Estado receptor de la inversión, así como los de los inversionistas.

B) Competencia para determinar la existencia del estado de necesidad

Al igual que en Derecho Internacional Público, como una de las partes es un Estado soberano, es lícito preguntarse si la cláusula del TBI que contiene el estado de necesidad tiene o no un carácter *self-judging*. No debe olvidarse que la Corte Internacional de Justicia¹¹⁰ se ha mantenido siempre firme en la idea de que el análisis de las cláusulas relativas a los intereses esenciales de un Estado debe realizarse por un tribunal y no solamente por el Estado que ha invocado la eximente de responsabilidad¹¹¹ a menos que el tratado diga otra cosa. En materia de arbitraje en el seno del CIADI, la solución es similar, por no decir idéntica.

En el caso CMS, el tribunal sostuvo que “cuando los estados tienen la intención de atribuirse para sí el derecho a determinar unilateralmente la legitimidad de medidas extraordinarias que entrañan el incumplimiento de obligaciones asumidas a través de un tratado, lo hacen expresamente”.¹¹² Por consiguiente, el tribunal razona sobre la base de “que la cláusula del artículo XI del tratado no tiene carácter discrecional, [y que el Estado no tiene competencia para] determinar si la invocación de necesidad puede excluir la ilicitud, sino que es competencia de la jurisdicción internacional”.¹¹³ En el caso *LG&E*, el tribunal arbitral del CIADI consideró sobre la base de los antecedentes presentados por las partes, que en 1991 cuando el TBI fue firmado, la cláusula del artículo XI no tenía carácter *self-judging*. En todo caso, dicho tribunal agregó que aun cuando dicha cláusula tuviera un carácter discrecional “las decisiones tomadas por Argentina estarían sujetas a la revisión bajo el parámetro de la buena fe, el cual no difiere significativamente del análisis sustantivo aquí realizado”.¹¹⁴

La decisión adoptada por este último tribunal parece paradójica, pues ¿de qué sirve entonces considerar que una cláusula tiene carácter discrecional si la justicia se atribuirá luego el poder de ejercer un control sobre la misma? Desde nuestro punto de vista, lo que ocurre es que el tribunal teme justificadamente que un

¹¹⁰ Ver en este sentido el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, cit. supra, nota 83.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² *CMS*, cit. supra, nota 95 § 370.

¹¹³ *Ibíd.*, § 373.

¹¹⁴ *LG&E*, cit. supra, nota 96 § 212 - 214.

Estado pudiera abusar de esta eximente de responsabilidad y en consecuencia pretende conservar a toda costa una facultad de control. Ello se explica, pues ciertos Estados –y en especial los Estados Unidos– consideran, desde hace ya algunos años, que la aplicación de las disposiciones contenidas en un TBI y relativas a las medidas de seguridad nacional o a los intereses esenciales de un Estado poseen un carácter *self-judging*.¹¹⁵ De esta forma, el carácter discrecional que pudiera o no tener una cláusula no incidirá de forma sustancial al momento del examen por parte de la justicia arbitral de las circunstancias necesarias para la invocación del estado de necesidad. Ahora bien, aun cuando algún sector de la doctrina se opondrá “alegando probablemente una violación al principio *pacta sunt servanda* y al respeto de la libre voluntad de las partes, es de nuestro entender que [el criterio adoptado por los tribunales] es necesario, para evitar una aplicación incorrecta de la cláusula, generando un verdadero proteccionismo económico escondido tras el argumento de la seguridad nacional”.¹¹⁶

Mucho más interesante fue en todo caso la posición adoptada por el CIADI en el caso *ENRON*, según la cual el artículo XI del TBI no tiene carácter discrecional y el examen judicial no debe limitarse sólo a un examen destinado a determinar si las medidas de seguridad fueron o no adoptadas de buena fe, sino que además debe determinar si las condiciones impuestas tanto por el Derecho Internacional como por el TBI se reúnen, y si por consiguiente puede eximirse de responsabilidad a la parte que invoca el estado de necesidad. Luego, tanto en el Derecho Internacional Público como en el Derecho de las Inversiones, los tribunales rechazan la posibilidad de que el Estado que invoca el estado de necesidad pueda ser el único juez competente para decidir si sus intereses esenciales están en peligro; en otros términos, “el Derecho Internacional existiría en vano si simplemente le bastara a un Estado invocar el interés público para abstenerse de cumplir con las obligaciones que suscribió”.¹¹⁷

A modo de conclusión, el estado de necesidad es un concepto conocido por el Derecho Internacional desde hace más de un siglo, sin embargo, su aplicación sigue hoy en día siendo fuente de disputas. Por una parte, los Estados intentarán invocar su carácter soberano –no sometido a ninguna jurisdicción superior– y de justificar sus actos argumentando que sólo ellos son capaces de determinar qué medidas son las apropiadas para proteger sus intereses esenciales; por el contrario, los tribunales internacionales intentarán expandir al máximo su competencia, con el fin de poder controlar las actividades de dichos Estados y evitar así los abusos que pudieran producirse.

¹¹⁵ *Ibíd.*, § 213.

¹¹⁶ J. FOURET, art. cit., nota 84, p. 255.

¹¹⁷ *Ibíd.*

Capítulo 2. El estado de necesidad y sus nociones vecinas

Sección 1: La fuerza mayor

La fuerza mayor es un “acontecimiento imprevisible e irresistible, independiente de la voluntad del deudor o del autor del hecho ilícito, y que por consiguiente lo libera del cumplimiento de la primera o lo exime de responsabilidad”.¹¹⁸ Tal como sucede con el estado de necesidad, la fuerza mayor es una eximente de responsabilidad reconocida en diversas ramas del derecho, tanto en el ámbito interno (1) como en el internacional (2).

1. En el derecho interno

En el Derecho Civil, el artículo 1148 del Código Civil dispone que “no habrá lugar a indemnización por daños y perjuicios cuando, como consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, el deudor se encuentre imposibilitado de dar o hacer aquello a lo que se había obligado, o realice aquello que le estaba prohibido”.¹¹⁹ Luego, en materia contractual, se trata de un “acontecimiento externo a la voluntad del deudor y que constituye la causa del incumplimiento de su obligación, o que más bien hace que cumplir con dicha obligación se torne imposible”.¹²⁰

Las condiciones con las que consecuentemente debe cumplir son tres. En primer lugar, *la exterioridad*; en efecto, “si el acontecimiento invocado por el deudor como constitutivo de la fuerza mayor no es externo a su voluntad, el incumplimiento de la obligación deberá ser entonces oportado por éste”.¹²¹ En este sentido, la Corte de Casación, en el caso relativo a la contaminación de sangre con el virus del SIDA, señaló que “atendido que resolviendo de esta forma, no obstante estar los centros de transfusión de sangre obligados a entregar a los receptores productos libres de vicios, y que no pueden liberarse de esta obligación de seguridad sino mediante la prueba de una causa externa que no les pueda ser imputable, la Corte de Apelaciones violó el texto legal”.¹²²

¹¹⁸ G. CORNU, op. cit., nota 15, p. 378.

¹¹⁹ “Il n’y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d’une force majeure ou d’un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit”.

¹²⁰ C. LARROUMET, *Droit Civil*, tomo 3, Les obligations / Le contrat, 5e édition, Economica, Paris, 2003, p. 829.

¹²¹ *Ibíd.*, pp. 834-835.

¹²² “Attendu qu’en statuant ainsi, alors que les centres de transfusion sanguine sont tenus de fournir aux receveurs des produits exempts de vices et qu’ils ne peuvent s’exonérer de cette obligation de sécurité que par la preuve d’une cause étrangère qui ne puisse leur être imputée, la cour d’appel a violé le texte susvisé”. Cass. Civ. 1e, 12 de abril de 1995, recurso N° 92-20747, Bull. Civ. 1995 I N° 179, p. 129.

Las otras dos condiciones para poder invocar la fuerza mayor son la *imprevisibilidad* y la *irresistibilidad*. La jurisprudencia es constante en este sentido, así la Corte de Casación en fallo de 12 de marzo de 2002 dijo que “no se encuentra demostrado que el defecto del sistema de iluminación haya presentado por parte del arrendatario los caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad propios de la fuerza mayor”.¹²³

El mismo tribunal, con fecha 19 de junio de 2007 sostuvo que “fundándose, para desestimar la fuerza mayor que justificaría la suspensión de los contratos de trabajo, en el hecho de que el incendio se había declarado en un establecimiento cuyas instalaciones eran de responsabilidad del empleador, sin indagar, como él lo solicitaba, si se encontraban presentes los caracteres de *imprevisibilidad*, *irresistibilidad* y *exterioridad* del acontecimiento, puesto que el personal de la sociedad no podía intervenir en dicho local, administrado por otras empresas y dentro del cual se encontraba un transformador recibiendo electricidad a alta tensión y cuyo reemplazo a EDF fue solicitado por los mismos bomberos, la magistratura del trabajo privó de base legal su decisión, en atención a los artículos 1148 del Código Civil y L. 212-2-2 del Código del Trabajo”.¹²⁴

En preciso señalar en todo caso que es la irresistibilidad el elemento sin lugar a dudas más importante de la fuerza mayor. Es por ello que en muchas ocasiones la Corte de Casación “se ha contentado sólo [con este elemento], sin exigir al mismo tiempo la imprevisibilidad. En efecto, el hecho de haber previsto un acontecimiento o bien la posibilidad de preverlo no impide que la fuerza mayor pueda ser acogida, cuando ello no permita evitar la realización del hecho o impedir sus consecuencias, es decir, la imposibilidad de ejecución”.¹²⁵

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, la fuerza mayor puede servir exclusivamente para exonerar de responsabilidad a quien tiene como obligación el cuidado de una cosa; pero aquí la prueba de este hecho justificativo es

¹²³ “Il n’est pas démontré que la défectuosité du système d’éclairage ait présenté pour le locataire le caractère d’imprévisibilité et d’irrésistibilité propre à la force majeure”. Cass. Civ. 1e, 12 de marzo de 2002.

¹²⁴ “Qu’en se fondant, pour écarter la force majeure justifiant la suspension des contrats de travail, sur la circonstance que l’incendie s’était déclaré dans un local de l’entreprise contenant des installations dont l’employeur avait la responsabilité, sans rechercher si, comme il le soutenait, les caractères *imprévisibles*, *irrésistibles* et *extérieurs* de l’événement n’étaient pas établis dès lors qu’aucun personnel de la société ne pouvait intervenir dans ce local, surveillé et entretenu par des entreprises tierces, dans lequel se trouvait un transformateur recevant du courant de très haute tension et que les pompiers avaient eux-mêmes été contraints de demander l’intervention d’EDF, le conseil de prud’hommes a privé sa décision de base légale au regard des articles 1148 du Code Civil et L. 212-2-2 du code du travail”. Cass. Soc. 19 de junio de 2007 recurso N° 06-44236.

¹²⁵ C. LARROUMET, op. cit., nota 120, p. 831.

mucho más exigente,¹²⁶ pues para ser aceptado se requiere que se presenten copulativamente los “caracteres tradicionales [...] de *exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad*”.¹²⁷⁻¹²⁸

En el Derecho Penal el reconocimiento de esta eximente de responsabilidad es aun más evidente, por cuanto el artículo 121-3 inciso 5° del Código Penal dispone que “no existe contravención en caso de fuerza mayor”.¹²⁹ Sin embargo, es en el Derecho Internacional donde este concepto adquiere un real interés, sobre todo como consecuencia de la constante confusión a su respecto en relación con el estado de necesidad, en que ha incurrido la jurisprudencia.

2. En el Derecho Internacional

Antes de comenzar, debemos aclarar que lamentablemente “[la] falta de precisión en la redacción de la jurisprudencia, la práctica de los Estados y las decisiones judiciales internacionales pertinentes, en poco han ayudado a la doctrina a establecer de forma más clara [la] diferencia [entre ambos conceptos]”.¹³⁰

La fuerza mayor se encuentra contemplada en el artículo 23 de la CDI, en los términos siguientes:

“1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a una 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 de que se produzca esa situación”.

La primera aclaración que nos vemos forzados a hacer, es que desde el punto de vista de los diferendos internacionales, “en la mayoría de los casos en que la “imposibilidad” fue invocada, no era estrictamente eso lo que ocurría: la

¹²⁶ A. BENABENT, *Droit Civil. Les obligations*, 11^e édition, Montchrestien, 2007.

¹²⁷ V. TOULET, op. cit., nota 36, pp. 348-349.

¹²⁸ Ver en el mismo sentido Cass. Civ. 2e, 01 de abril de 1999, Bull. Civ., II, N° 65.

¹²⁹ “Il n’y a point de contravention en cas de force majeure”.

¹³⁰ C. MOYANO BONILLA & L. ORTIZ ALF. op. cit., nota 73, p. 66.

ejecución se había simplemente tornado más difícil, y por consiguiente, la fuerza mayor no fue acogida".¹³¹

La fuerza mayor indica entonces una situación en que "el Estado considerado se encuentra efectivamente obligado a actuar de una forma diferente a la impuesta por la obligación internacional asumida. La fuerza mayor se diferencia entonces [...] del estado de necesidad (art. 25), por cuanto el comportamiento del Estado, que de otra forma sería ilícito, es involuntario o al menos no procede en ningún caso de una elección realizada libremente".¹³²

Desde el punto de vista del Derecho de los Tratados, la fuerza mayor se encuentra establecida como una de las circunstancias que excluyen la ilicitud en el artículo 61 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹³³ Al analizar esta disposición, puede notarse que la noción de fuerza mayor en el Derecho de los Tratados es mucho más restrictiva que en el Derecho Internacional General; ya que "el inciso 1° del artículo 61 exige la desaparición o destrucción definitiva de un objeto indispensable para el cumplimiento del trato, para que la imposibilidad de ejecutar la obligación pueda justificar ponerle término al mismo".¹³⁴ La razón que existió para adoptar una regla así fue preservar la estabilidad de los contratos. "Durante el desarrollo de la Convención, se propuso expandir el alcance de la norma para incluir aquellos casos en que existiera imposibilidad de realizar ciertos pagos como consecuencia de graves dificultades financieras. [...] Aun cuando se admitió que tales situaciones podrían llegar a excluir la ilicitud para una de las partes, en relación a sus obligaciones contraídas, los Estados partícipes no estuvieron dispuestos a establecerlas como una causal de extinción o suspensión de un tratado, inclinándose por una concepción más restrictiva".¹³⁵

En lo tocante al Derecho del Comercio Internacional,¹³⁶ la fuerza mayor también es reconocida como una eximente de responsabilidad, y se encuentra contem-

¹³¹ Naciones Unidas A/56/10 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, quincuagésimo tercera sesión, 2001 p. 198.

¹³² *Ibíd.*, p. 196.

¹³³ "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".

¹³⁴ *Gabčíkovo-Nagyymaros*, cit. supra, nota 83.

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ Subespecie del Derecho Internacional Privado.

plada en el artículo 7.1.7 de los principios de Unidroit.¹³⁷ Ahora bien, debemos precisar que no obstante utilizarse la expresión “fuerza mayor”, se trata en realidad de una noción bastante diferente del concepto que conocemos en Derecho Civil y Derecho Penal. La adopción de la fórmula “fuerza mayor” se debe a que se trata de un término “ampliamente conocido en la práctica comercial internacional”,¹³⁸ pero que, como hemos dicho, presenta marcadas diferencias con su homónimo de derecho interno. Así, es necesario tener presente que uno de los principios que inspiran el comercio internacional es evitar que una de las partes ponga término a un contrato en caso de inejecución del mismo. Por consiguiente, a pesar de que la norma tenga por objetivo la exención de la parte incumplidora a pagar una indemnización de los daños y perjuicios¹³⁹ ocasionados, la fuerza mayor producirá además un efecto *sui generis*, consistente en el otorgamiento de un plazo suplementario destinado a ejecutar la obligación en el evento en que su cumplimiento no sea imposible.

Podemos notar entonces que la fuerza mayor es un concepto aceptado con mucha mayor facilidad que el estado de necesidad, lo cual es de toda lógica por tratarse de una noción de mayor simpleza. Aquí no nos encontramos frente a la cuestión de saber qué interés o bien jurídico es más importante –si el protegido o el que se sacrificó–. Por el contrario, dentro del ámbito de la fuerza mayor, el autor del comportamiento ilícito no tiene ninguna posibilidad para decidir si proteger o no interés alguno; su comportamiento se debe exclusivamente a un acontecimiento externo que escapa a su control y que hace imposible actuar de manera diferente.

Por otra parte y en cuanto a su campo de aplicación, la fuerza mayor puede jugar tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Civil. Dentro de este último, puede tener aplicación en materia de responsabilidad extracontractual, como una circunstancia eximente de la ilicitud susceptible de ser invocada por quien tiene a su cargo el cuidado de una cosa; sin embargo, su rol principal es el de permitir que el autor del hecho ilícito pueda ver excluida su responsabilidad

¹³⁷ “(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido”.

¹³⁸ Principios de Unidroit relativos a los contratos comerciales internacionales, Roma, 2004, p. 214.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 215.

contractual. Es aquí donde presenta una diferencia fundamental con el estado de necesidad, pues éste, por ser un vicio del consentimiento, sólo puede jugar en el momento de la formación del contrato, mientras que la fuerza mayor no puede sino presentarse en el momento de la ejecución de un contrato válidamente celebrado.

Sección 2: La imprevisión

Hay imprevisión cuando sobrevienen acontecimientos que alteran el equilibrio de las prestaciones durante el período de ejecución de un contrato. La pregunta que surge de inmediato es "si el deudor puede invocar el desequilibrio en las prestaciones resultante de circunstancias posteriores a la celebración del contrato",¹⁴⁰ con el objeto de no dar cumplimiento a las obligaciones que contrajo. Lamentablemente no existe una única respuesta, puesto que la teoría de la imprevisión es aceptada en ciertos ordenamientos jurídicos;¹⁴¹ pero desestimada en otros.¹⁴² Así, en Francia debe distinguirse según se trate de un contrato regido por el Derecho Privado o por el Derecho Administrativo.

En Derecho Privado, la Corte de Casación ha rechazado permanentemente la teoría de la imprevisión, desde el famoso caso del *Canal de Craponne* en 1876, fundándose en el artículo 1134 del Código Civil, según el cual: "Las convenciones legalmente formadas son una ley para los contratantes. No pueden ser revocadas sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Deben ejecutarse de buena fe".¹⁴³

Esta norma fija los principios de la fuerza obligatoria de los contratos y de la autonomía de la voluntad, "puesto que el contrato es obra de la libre voluntad de las partes, no es lícito para el juez modificar su contenido".¹⁴⁴

Más recientemente, y por fallo de 23 de febrero de 1999, la Corte de Casación ha señalado "que, según el artículo 1134 del Código Civil, las convenciones legalmente formadas son una ley para los contratantes, de manera que una parte no puede modificar unilateralmente las condiciones de ejecución del contrato celebrado; que de esta forma, M. Clarou no podría prevalerse de las

¹⁴⁰ C. LARROUMET, op. cit., nota 120, p. 403.

¹⁴¹ La teoría de la imprevisión ha sido acogida, al menos jurisprudencialmente, en Alemania, Suiza e Inglaterra. Ver en este sentido S. MANCIAUX, op. cit., nota 6, p. 433.

¹⁴² Entre los ordenamientos jurídicos que no recogen la teoría de la imprevisión, podemos citar el caso del derecho chileno, donde a pesar de la opinión favorable de muchos juristas, principalmente R. RAMOS PAZOS, ella no ha sido aceptada como excusa ni por la ley ni por la jurisprudencia.

¹⁴³ "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

¹⁴⁴ C. LARROUMET, op. cit., nota 120, p. 405.

circunstancias económicas para modificar unilateralmente su acuerdo para crear un sub-holding; que admitiendo que las circunstancias económicas habrían justificado la decisión de M. Clarou de no constituir el sub-holding según lo disponía el “protocolo de acuerdo”, la Corde de Apelaciones aplicó la teoría de la imprevisión, violando el artículo 1134 del Código Civil”.¹⁴⁵

En cuanto a los contratos administrativos, la situación es diferente; la imprevisión ha sido aceptada por la jurisprudencia administrativa, interviniendo principalmente en materia de contratos de concesión. Asegurar la continuidad en la prestación de los servicios públicos debe ser siempre una prioridad, incluso si ello significa revisar el contrato y definir condiciones especiales –de carácter provisorio–, puesto que según lo dijo el Consejo de Estado en el bullado caso de la *Compagnie general de electricite de Bordeaux*, su única función es “la de permitir a la contraparte hacer frente a las cargas excepcionales que acontecimientos imprevisibles han hecho recaer momentáneamente sobre sus hombros”.¹⁴⁶

Para que la imprevisión pueda ser acogida una vez invocada, es necesario, en primer lugar, que el acontecimiento que impide la ejecución de la obligación sea imprevisible, es decir, “trastornar todas las situaciones que las partes habrían podido prever al momento de la celebración del contrato”.¹⁴⁷ Ejemplo de lo que hemos afirmado es la decisión adoptada por el Consejo de Estado el 19 de febrero de 1992 en el caso *SA Dragages et travaux publics c. Escota*, donde se desechó la demanda, puesto que “la aplicación de la cláusula de variación no fue perturbada por acontecimientos imprevisibles; [en consecuencia], el grupo no tiene fundamento para solicitar una indemnización en base a la teoría de la imprevisión”.¹⁴⁸ La segunda condición necesaria para poder invocar con éxito la imprevisión es que el acontecimiento imprevisible sea al mismo tiempo *externo a la voluntad o acción de las partes*. De este modo, si dicho acontecimiento tiene lugar como consecuencia de un hecho de la Administración, la contraparte tendrá derecho a una indemnización de carácter general, fundada en la

¹⁴⁵ “Que, selon l'article 1134 du Code Civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, de sorte qu'un contractant ne peut unilatéralement modifier les conditions d'exécution du contrat conclu; qu'ainsi, M. Clarou ne pouvait se prévaloir des circonstances économiques pour remettre en cause unilatéralement son engagement de création d'une sous-holding; qu'en retenant que les circonstances économiques justifiaient la décision de M. Clarou d'ajourner la constitution de la sous-holding prévue dans le “protocole d'accord”, la cour d'appel a fait application de la théorie de l'imprévision en violation de l'article 1134 du Code Civil”, Cass. Com. 23 febrero de 1999, recurso N° 96-20138.

¹⁴⁶ “De permettre au cocontractant de faire face aux charges exceptionnelles que momentanément des circonstances imprévisibles ont fait peser sur lui”. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE & B. GENEVOIS, “Les grands arrêts de la jurisprudence administrative”, 15^e édition, Dalloz, 2005, pp. 189-190.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 187.

¹⁴⁸ “L'application de la clause de variation n'a pas été perturbée par des circonstances présentant un caractère imprévisible; [en conséquence], le groupement n'est pas fondé à demander une indemnisation au titre de la théorie de l'imprévision”. CE 19 de febrero de 1992, N° 47265.

noción del “hecho del príncipe”; por el contrario, si ha sido provocado por la propia contraparte de la Administración (el particular), por supuesto que “no habrá derecho a indemnización alguna”.¹⁴⁹ El último elemento necesario para invocar esta teoría es la *existencia de un trastorno en la economía del contrato* como consecuencia de este acontecimiento imprevisible y ajeno a las partes, es decir, que dé lugar a “un verdadero exceso en el precio máximo que habrían podido considerar las partes según la normal evolución de los costos, [y que la ejecución del contrato signifique] un déficit realmente importante y no una simple pérdida”.¹⁵⁰

Como podemos ver, la imprevisión es una noción que en su origen es muy similar al estado de necesidad, ya que en ambos casos será un acontecimiento imprevisible el que llevará a una de las partes a incumplir con su obligación. Pero dos diferencias fundamentales pueden encontrarse; en primer lugar, el campo de aplicación de ambos conceptos es absolutamente diferente, puesto que el estado de necesidad puede encontrar aplicación tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Civil, y en este último, tanto en materia de responsabilidad delictual como contractual –y en esta última, sólo puede presentarse en el momento de la formación del consentimiento–. La imprevisión, por su parte, no puede sino presentarse dentro del ámbito de la responsabilidad contractual y más precisamente en el período de ejecución del contrato. La segunda diferencia dice relación con el efecto producido por ambas nociones. Así, el estado de necesidad permite derechamente a una de las partes no cumplir con su obligación; la imprevisión, por su parte, sólo permite renegociar las condiciones iniciales del contrato para poder adaptarlas a las nuevas circunstancias, pero por ningún motivo permitirá a una de las partes incumplir su obligación sin más.

Sección 3: La excesiva onerosidad o *hardship*

En materia de contratos de comercio internacional, tal como ocurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos, el principio de la fuerza obligatoria de los contratos se encuentra presente con toda su fuerza. En este sentido, el artículo 1.3 de los principios de Unidroit dispone que “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios”. Una de las excepciones a este principio es el *hardship*, es decir, la situación en que se encuentra una parte que, como consecuencia de acontecimientos imprevisibles que trastornan sustancialmente la economía del contrato, puede solicitar el inicio de renegociaciones destinadas a adaptar el contrato a las nuevas circunstancias.

¹⁴⁹ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE & B. GENEVOIS, op. cit., nota 146, p. 188.

¹⁵⁰ *Ibid.*

En cuanto a su establecimiento, ello puede hacerse por las partes de forma explícita en sus contratos –cláusulas de *hardship*–. Ello no quiere decir, en todo caso, que en ausencia de cláusula no pueda invocarse esta eximente de responsabilidad, pues el *hardship* se encuentra consagrado como un verdadero principio, tanto en los principios de Unidroit, como en los principios del Derecho Europeo de los Contratos, y de una forma algo menos evidente, en la Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CVIM).

1. En los principios de Unidroit

El artículo 6.2.1 de los principios de Unidroit señala que “Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*)”. Esto quiere decir que “el contrato debe cumplirse siempre que sea posible e independientemente de la carga que ello importe para la parte obligada”,¹⁵¹ pero en el evento de que acontecimientos imprevisibles vengán a alterar en forma sustancial el equilibrio de las prestaciones de acuerdo con las condiciones impuestas por el artículo 6.2.2 de los principios de Unidroit,¹⁵² surgirá una causal que permitirá al deudor –y de acuerdo al 6.2.3 numerando 1° del mismo cuerpo legal–¹⁵³ solicitar una renegociación de los términos del contrato.

¹⁵¹ Principios de Unidroit relativos a los contratos comerciales internacionales, op. cit., nota 138 p. 189.

¹⁵² Artículo 6.2.2: “Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.

¹⁵³ Artículo 6.2.3: “(1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

- (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
- (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio”.

2. En los principios del Derecho Europeo de los Contratos

El mismo principio anterior se encuentra establecido en el artículo 6:111 de los principios del Derecho Europeo de los Contratos.¹⁵⁴ La Comisión del Derecho Europeo de los Contratos consideró necesario consagrar el *hardship* para que una de las partes pudiera invocarlo cuando las circunstancias se hicieren excesivamente onerosas para ella, pero sin hacer imposible la ejecución del objeto de la obligación,¹⁵⁵ vale decir, para aquellos casos en que la fuerza mayor debe ser excluida. Del estudio de esta disposición podemos extraer una diferencia importante con el artículo 6.2.2 de los principios de Unidroit, por cuanto éste simplemente se limita a permitir a las partes comenzar las negociaciones en caso de excesiva onerosidad, mientras que los principios europeos lo establecen como una obligación. “Esta obligación tiene, por supuesto, repercusiones para el caso en que las partes no llegasen a acuerdo en las negociaciones y un tribunal fuera eventualmente llamado a dirimir el asunto. Según los principios europeos, este último gozaría de un verdadero poder de sanción sobre las partes durante el período de renegociación”; un poder de sanción como ese no es susceptible de ser considerado a la luz de los principios de Unidroit.¹⁵⁶

3. En la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías

El artículo 79 CVIM establece “[que] una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de

¹⁵⁴ Artículo 6:111 : “Cambio de circunstancias:

(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:

(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.

(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.

(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.

(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura”.

¹⁵⁵ O. LANDO, *Salient features of European contract law*, en línea en el sitio

<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lando1.html>.

¹⁵⁶ S. GUILLEMARD, *Comparaison des principes Unidroit et des Principes du droit européen des contrats dans la perspective de l'harmonisation du droit applicable à la formation de contrats internationaux*, en línea en el sitio <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/guillemard.html>.

cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias". Ahora bien, la duda que surge es ¿qué debe entenderse por "impedimento ajeno a su voluntad"? La verdad es que no hay claridad doctrinaria ni jurisprudencial al respecto.

Ahora bien, podemos constatar que acontecimientos que no hacen imposible la ejecución de las obligaciones de la parte afectada, sino que sólo las han vuelto más onerosas, pueden servir para permitir la invocación del artículo 79 CVIM. Lamentablemente, con este solo elemento no podemos aún efectuar afirmación seria alguna; por lo tanto será necesario realizar un análisis en profundidad, para determinar si el *hardship* está o no consagrado en la disposición. En este sentido, lo primero que podemos notar es que la norma no consagra expresamente la excesiva onerosidad como una circunstancia eximente de responsabilidad, y por otra parte, que el efecto producido por un acontecimiento que permita la aplicación de este artículo es la "suspensión de la ejecución de la obligación"¹⁵⁷ y no un derecho a entablar una renegociación del contrato, principal objeto perseguido por las llamadas cláusulas de *hardship*.¹⁵⁸ No podemos entonces sino inclinarnos por la negativa, vale decir, que el *hardship* no se encuentra consagrado en la CVIM ni expresa ni tácitamente; la única posibilidad que le quedaría al deudor afectado por la excesiva onerosidad sería la de invocar la causal, basándose en su carácter de principio general de Derecho Internacional Privado.

De todo el análisis efectuado, podemos concluir que son dos los principios orientadores del *hardship*. Por una parte, la *equidad*, que permite descartar "de plano el enriquecimiento injusto que se produciría si alguna de las partes se aprovechara de las ventajas del negocio sin reconocer nada a cambio";¹⁵⁹ y por otra, el principio de buena fe, según el cual las partes tienen la íntima convicción o al menos la voluntad de obrar conforme a Derecho.¹⁶⁰ De este modo, "para Aníbal Alterini en los contratos de tracto sucesivo los contratantes tienen el deber y el derecho de renegociarlo cuando las circunstancias se alteran, [en consecuencia, aun cuando] la cláusula de *hardship* suele ser explícita, está implícita [en este tipo de contratos] por exigencias de la regla de la buena fe".¹⁶¹ En todo caso, no debe exagerarse y llevar este principio

¹⁵⁷ M. del P. PERALES, *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*, en línea en el sitio <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-79.html>.

¹⁵⁸ A. CASTRO & A. ZAPATA, *El hardship en los contratos internacionales*, *Revist@ e-Mercatoria*, Vol. 4 N° 2, 2005, p. 14, en ligne sur le site <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/indice.htm>.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁶⁰ G. CORNU, *op. cit.*, nota 15, p. 109.

¹⁶¹ A. ALTERINI, "Teoría de la imprevisión y cláusula de *hardship*", *cit. por A. CASTRO & A. ZAPATA*, *art. cit.*, nota 158, p. 12.

al extremo, pues decir que una cláusula de *hardship* se encuentra siempre presente en razón de la buena fe, bien podría terminar afectando la seguridad jurídica, creando al mismo tiempo consecuencias adversas para el comercio internacional.

Así las cosas, se puede concluir que el *hardship* es en el Derecho Internacional una noción idéntica, o al menos muy similar, a lo que es la imprevisión en el derecho interno; y de este modo se diferenciarán del estado de necesidad en los mismos aspectos. Por consiguiente, la diferencia fundamental entre ambas nociones –*hardship* y estado de necesidad– reside en sus consecuencias, puesto que el primero permite suspender la ejecución de la obligación contraída con el objeto de renegociar el contrato bajo el prisma de las nuevas circunstancias, mientras que el segundo va más allá, permitiendo eximir la responsabilidad del autor del ilícito, por haber protegido un bien jurídico de mayor valor.

Sección 4: La legítima defensa

Se trata de la eximente de responsabilidad menos controvertida, puesto que nadie puede negar que será siempre justo “excluir la ilicitud o al menos condenar de forma menos severa a quien ha cometido una infracción para defenderse de una agresión ilegítima”.¹⁶² Se trata de un concepto que tuvo su origen en el seno del Derecho Penal y que luego fue adoptado por el Derecho Civil y posteriormente por el Derecho Internacional.

1. En el Derecho Interno

En Derecho Penal, la legítima defensa se encuentra reconocida en forma genérica por el artículo 122-5 del Código Penal, según el cual “está exento de responsabilidad criminal la persona que, ante una agresión ilegítima contra su persona o contra un tercero, realiza una acción comandada por la necesidad de la legítima defensa de su persona o del tercero, salvo en caso de desproporción entre los medios de defensa empleados y la gravedad de la amenaza.

Está exento de responsabilidad criminal la persona que para evitar la comisión de un crimen o de un delito contra un bien, ejecuta una acción de defensa distinta del homicidio, cuando dicha acción es estrictamente necesaria para

¹⁶² P. KOLB & L. LETURMY, op. cit., nota 2, p. 286.

lograr el fin perseguido, toda vez que los medios empleados son proporcionales a la gravedad de la amenaza".¹⁶³

Esta disposición nos permite entender cuáles son las condiciones necesarias para que la legítima defensa pueda ser invocada exitosamente. En primer lugar, se requiere que la agresión sea ilegítima, vale decir, que el autor del hecho típico no se encuentre jurídicamente obligado a soportarla, por cuanto "si dicha agresión es comandada por la ley, perdería de inmediato el carácter de injusta o ilegítima".¹⁶⁴ Además, dicha agresión debe ser actual, condición que permite distinguir la resistencia de la venganza";¹⁶⁵ pero para que finalmente pueda excluir toda ilicitud, es necesario que *la reacción del agente sea proporcional a la gravedad del ataque*.

En cuanto a la responsabilidad civil, la legítima defensa tiene por objeto eximir de responsabilidad al autor del hecho ilícito, es decir, que "el autor del daño no será responsable, si vistas las circunstancias, no podía reaccionar de manera diferente para defenderse. Sin embargo, para eximir de responsabilidad [y tal como ocurre en Derecho Penal], es necesario que la agresión contra la integridad de las personas o contra los bienes sea ilegítima, y que la respuesta sea proporcional al ataque".¹⁶⁶ La Corte de Casación se pronunció en este sentido en un fallo de 2 de diciembre de 2003, donde juzgó que una persona "que realiza una agresión voluntaria no puede escapar a su responsabilidad mientras no conste que se encontraba en estado de legítima defensa...".¹⁶⁷ La legítima defensa tiene entonces la particularidad de suprimir las responsabilidades civil y criminal a la vez, ya que "elimina la infracción, no pudiendo dar lugar a una acción por daños y perjuicios a favor del agresor que hizo necesaria su invocación".¹⁶⁸

¹⁶³ Artículo 122-5 : "N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte.

N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction".

¹⁶⁴ P. KOLB & L. LETURMY, op. cit., nota 2, p. 287.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 288.

¹⁶⁶ V. TOULET, op. cit., nota 36, p. 337.

¹⁶⁷ "Une personne qui exerce des violences volontaires ne saurait être exonérée de sa responsabilité civile s'il n'a pas été constaté qu'elle se trouvait en état de légitime défense...". Cass. Crim. 02 de diciembre de 2003, recurso N° 03-81273.

¹⁶⁸ P. LE TOURNEAU, op. cit., nota 7, § 1978.

2. En el Derecho Internacional

Así como en el Derecho Interno la legítima defensa es un principio general del Derecho Internacional, reconocido incluso en la Carta de Naciones Unidas, en su capítulo VII titulado “Acción en Caso de Amenazas a la Paz, Quebrantamientos de la Paz o Actos de Agresión”, y específicamente en su artículo 51, según el cual “ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de 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 la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

Se trata de un derecho inalienable del que dispone cada Estado para proteger sus intereses más importantes, como lo son la integridad de sus habitantes, el respeto de sus fronteras y de su organización político-jurídica, la protección de sus recursos naturales y centros estratégicos, etc. Según el artículo 21 de la CDI, “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 las Naciones Unidas”.

Se trata entonces de una circunstancia eximente de responsabilidad que debe cumplir, según nuestro punto de vista, con los mismos elementos exigidos en el ámbito del Derecho Interno para poder producir los efectos que le son propios; vale decir, por una parte una *agresión ilegítima y actual*, y por otra parte, la *proporcionalidad en la actuación*, que debe siempre acompañar a este hecho justificativo. Sin embargo, y desde el momento en que la regla concierne a Estados soberanos, el riesgo de vulneración a las condiciones recién mencionadas es un peligro constante. La invasión militar llevada a cabo por los Estados Unidos e Inglaterra contra Irak en 2003, en nombre de la legítima defensa,¹⁶⁹ es ciertamente una clara ilustración de este riesgo. Con motivo de dicha actitud, la Comisión Internacional de Juristas con sede en Ginebra señaló que “en ausencia de una autorización del Consejo de Seguridad, ningún Estado puede recurrir a la fuerza contra otro Estado, salvo en caso de legítima

¹⁶⁹ El 12 de septiembre de 2001, el consejo de Seguridad de la ONU adoptó la resolución N° 1368, donde reconoció a los Estados Unidos un derecho de legítima defensa; en otras palabras, reconoció el derecho de los Estados Unidos a recurrir a la fuerza.

defensa, como respuesta a un ataque armado”.¹⁷⁰ Ahora bien, puesto que no existió ninguna agresión militar previa por parte del gobierno iraquí y que el Derecho Internacional no concibe –afortunadamente– el concepto de “legítima defensa preventiva” invocada por los Estados Unidos, es de nuestro parecer que la invasión a Irak no puede enmarcarse dentro de la circunstancia eximente de responsabilidad en estudio; por lo demás, el ataque no tuvo lugar sino en 2003 –vale decir, 2 años después de la adopción de la resolución que autorizaba el uso de la fuerza–: en este caso, más que frente a una resistencia, nos encontramos frente a un acto de venganza.

Antes de finalizar, es preciso señalar una particularidad de vital importancia que muestra la legítima defensa en su ámbito de aplicación internacional, la cual consiste en que en algunos casos este hecho justificativo, a pesar de ver cumplidas todas las condiciones o elementos necesarios para su invocación, no producirá el efecto de excluir la ilicitud de la actuación de un Estado, encontrando una barrera infranqueable en el Derecho Humanitario y las disposiciones relativas a los Derechos del Hombre.

Para concluir, precisaremos que la legítima defensa presenta como rasgo común con el estado de necesidad la existencia de una agresión o de un peligro que no se está obligado a soportar, una amenaza que un hombre medio no puede franquear sin ejecutar un hecho ilícito. Sin embargo, ambas nociones presentan a su vez importantes diferencias; así, en primer lugar, se aprecia claramente que el estado de necesidad implica una *acción*, mientras que la legítima defensa es una *reacción*. En segundo lugar, el estado de necesidad supone un conflicto legítimo de intereses, mientras que en la legítima defensa sólo es legítimo el interés de la persona agredida y no el de su agresor.¹⁷¹ Finalmente, y en cuanto a su campo de aplicación, tanto el estado de necesidad como la legítima defensa pueden ser invocados en Derecho Interno y en Derecho Internacional; pero como la condición más importante para que esta última pueda tener aplicación es la existencia de una agresión ilegítima, la legítima defensa queda limitada exclusivamente al ámbito delictual de la responsabilidad, no pudiendo, por tanto, ser invocada en materia de responsabilidad contractual.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ESTADO DE NECESIDAD

Tal y como lo hemos venido haciendo notar a lo largo de este artículo, el estado de necesidad es un hecho justificativo que encuentra aplicación tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual. En

¹⁷⁰ I. RAMONET, “Una agresión ilegal”, *Le Monde Diplomatique*, edición chilena, abril de 2003, en línea en el sitio <http://www.lemondediplomatique.cl/Una-agresion-ilegal.html>.

¹⁷¹ J. ZENTENO, op. cit., nota 44, p. 103.

el primer caso, la persona en situación de necesidad actúa bajo la presión de circunstancias económicas adversas, viéndose obligada a elegir el "mal menor" y por consiguiente contrae obligaciones en condiciones que no habría aceptado normalmente si acontecimientos externos no hubiesen alterado su libre voluntad; en cuanto a la responsabilidad delictual, el estado de necesidad es la situación en que se encuentra una persona que frente a la posibilidad de que ella misma o un tercero sufra un perjuicio de mayor envergadura, decide voluntariamente llevar a cabo un hecho contrario al ordenamiento jurídico, sacrificando un bien o un derecho de valor inferior.

Pero ¿qué hay de la contraparte o de la persona que ha sufrido efectivamente el perjuicio? ¿Debe aceptar esta situación o posee algún medio destinado a exigir una reparación por la pérdida sufrida como consecuencia del accionar de la persona que se encontraba en situación de necesidad? Estas preguntas dan lugar a respuestas diferentes según el estado de necesidad sea invocado en materia contractual (1) o en materia extracontractual (2).

Capítulo 1: El régimen jurídico del estado de necesidad en materia contractual

Frente a un contrato, el fin perseguido cuando se invoca el estado de necesidad, es precisamente liberar del cumplimiento de su obligación a quien lo invoca. Sin embargo, hay que ser prudentes; el estado de necesidad en Derecho Interno se invoca sobre la base de acontecimientos que tuvieron lugar en el momento de la formación del contrato y que fueron provocados, o al menos utilizados, para obtener un beneficio excesivo por la contraparte (1). En el Derecho Internacional, en cambio, aun cuando el estado de necesidad se invoque por un Estado soberano sobre la base de obligaciones contractuales, sus fundamentos son mucho más cercanos a aquellos de la responsabilidad extracontractual: la suspensión de los efectos normales de la obligación no es ya una sanción al comportamiento de la contraparte, sino que se trata de una justificación fundada sobre la base de una elección efectuada entre dos perjuicios de valor diferente que iban a producirse de todos modos durante el período de ejecución o cumplimiento de dicha obligación (2).

Sección 1: En el Derecho Interno

La mayor parte de los ordenamientos jurídicos han aceptado la posibilidad de que el estado de necesidad constituya una circunstancia que permita excluir la ilicitud en caso de no cumplimiento de una obligación por parte del deudor, si la razón reside en la existencia de un vicio en el momento de la celebración del contrato. De este modo, el fin perseguido será siempre el mismo, esto es, obtener la nulidad del contrato.

En el derecho francés, como se considera que el estado de necesidad es un vicio del consentimiento, su efecto será el de anular el contrato y por consiguiente eximir de toda responsabilidad a la parte lesionada al momento de la formación de dicho consentimiento. Por ello es que en caso de haber lugar a una indemnización, ésta sería para el incumplidor, como medio de sanción al comportamiento potencialmente perjudicial de la contraparte.

La jurisprudencia acepta asimismo que la violencia económica pueda ser considerada como un vicio del consentimiento susceptible de acarrear la nulidad del acto. Así, en fallo del 05 de julio de 1965 la Corte de Casación declaró nulo un contrato de trabajo y señaló "que atendido que el fallo recurrido constató que al momento de su renuncia, M. Maly, que debía dejar París e instalarse en Grenoble con un niño enfermo, tenía graves necesidades económicas, que su empleador se negaba a dar cumplimiento a las obligaciones del contrato inicial, que se encontraba en la alternativa de iniciar un procedimiento que podría ser largo o aceptar de inmediato una suma reducida de dinero, consintiendo a continuar con sus labores bajo cláusulas draconianas, con una disminución considerable en el porcentaje de las comisiones, renuncia a las prestaciones sociales, etc. [...]; que habiendo considerado que el consentimiento de M. Maly se encontraba afectado por una fuerza moral y que el contrato de 12 de octubre de 1959 era nulo, el fallo atacado dio una base legal a su decisión".¹⁷²

Otro ejemplo de esta situación es el artículo 15 de la ley N° 67-545¹⁷³ relativa a los acontecimientos marítimos, el cual dispone que "toda convención de asistencia puede, a solicitud de una de las partes, ser anulada o modificada por el tribunal, si estima que las condiciones fijadas no son equitativas, en consideración al servicio prestado y las reglas de remuneración indicadas en el artículo 16, o que el servicio prestado no presenta las características propias de una asistencia, cualquiera que sea la calificación que las partes le hayan dado".¹⁷⁴ Como podemos apreciar, el tribunal posee la facultad de modificar la convención, situación por lo menos extraña, puesto que el

¹⁷² "Qu'attendu que l'arrêt attaqué constate que, lors de sa démission, M. Maly, qui devait quitter Paris et s'installer à Grenoble avec un enfant malade, avait de pressants besoins d'argent, que son employeur refusait d'exécuter les obligations résultant du contrat initial, qu'il s'était trouvé dans l'alternative ou d'engager un procès qui pouvait être long ou d'accepter de recevoir immédiatement une somme réduite, en consentant à poursuivre son activité sous des clauses draconiennes, avec diminution considérable du taux des commissions, renonciation aux prestations sociales, etc, clauses dont l'une était illicite et dont l'ensemble était injuste [...]; qu'en déduisant que le consentement de M. Maly avait été vicié par une violence morale et que le contrat du 12 octobre 1959 était nul, l'arrêt attaqué a donné une base légale à sa décision". Cass. Soc. 05 de julio de 1965, RTD Civ. 1966, p. 283, Obs. J. CHEVALIER.

¹⁷³ Ley N° 67-545, de 07 de julio de 1967.

¹⁷⁴ "Toute convention d'assistance peut, à la requête de l'une des parties, être annulée ou modifiée par le tribunal, s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables, compte tenu du service rendu et des bases de rémunération indiquées à l'article 16 ou que le service rendu ne présente pas les caractères d'une véritable assistance, quelque qualification que les parties lui aient donnée".

principio que rige en el Derecho Civil es que sólo las partes pueden revisar el contrato, dejando al juez exclusivamente la facultad de anularlo si se llegare a presentar un vicio.

Podemos ver entonces que el estado de necesidad se encuentra reconocido en materia contractual y la sanción que trae aparejada es la nulidad del acto; en todo caso, un análisis más exhaustivo a este respecto no nos parece necesario. La nulidad es producida por un vicio del consentimiento, y las disposiciones que rigen esta materia han sido ya ampliamente debatidas en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos, por lo que su exposición no aportaría novedad alguna a nuestro estudio.

Sección 2: En el Derecho Internacional

Cuando un Estado invoca el estado de necesidad, busca –tal como lo hacen las partes de un contrato regulado por el Derecho Interno– excluir la ilicitud derivada del incumplimiento de sus obligaciones. Pero, y tal como lo adelantamos, en la medida en que el fundamento para invocar este hecho justificativo se encuentra más próximo al de la responsabilidad delictual, la interrogante más importante que debe dilucidarse es la de la indemnización de la contraparte; interrogante de carácter general que se encuentra presente tanto en el Derecho Internacional Público (1) como en Derecho de las Inversiones Internacionales (2).

1. En el Derecho Internacional Público

A) Las consecuencias del estado de necesidad en la jurisprudencia anterior a 1945

El efecto producido por la invocación del estado de necesidad en el Derecho Internacional Público no es otro que la exclusión de la ilicitud del comportamiento del Estado que lo invoca. En este sentido, uno de los primeros casos que confirma nuestra posición, y quizás uno de los más ilustrativos, es el llamado *diferendo angloportugués* de 1832. “El Gobierno portugués, ligado a Gran Bretaña por un tratado que lo obligaba a respetar los bienes de los nacionales británicos residentes en el país, había invocado la necesidad urgente de abastecer a las tropas encargadas de reprimir disturbios internos, para justificar la apropiación de bienes pertenecientes a nacionales británicos”.¹⁷⁵ El Gobierno

¹⁷⁵ “Le Gouvernement portugais, lié à la Grande-Bretagne par un traité qui l’engageait à respecter les biens des ressortissants britanniques résidant dans le pays, avait invoqué la nécessité de pourvoir d’urgence à la subsistance de certains contingents de troupes engagés dans la répression de troubles intérieurs, ceci pour justifier l’appropriation par lui de biens appartenant à des ressortissants britanniques”. Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (parte 1). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, primera parte, p. 29.

británico consultó entonces a sus asesores jurídicos, y de entre ellos M. Jenner señaló que en caso de necesidad urgente, el Gobierno portugués “se encontraría jurídicamente facultado para poner a disposición de las fuerzas armadas los víveres, etc., que podrían ser necesarios para asegurar su subsistencia, incluso contra la voluntad de los propietarios de los bienes, sean británicos o portugueses. En efecto [señaló], no creo que los tratados celebrados entre nuestro país y Portugal tengan una naturaleza tan rígida e inflexible que no sean susceptibles de modificación alguna cualquiera que sean las circunstancias, o que sus disposiciones deban ser respetadas textualmente, al punto de que el Gobierno portugués se vea privado del derecho de recurrir a los medios absolutamente indispensables para asegurar la seguridad del Estado, y aun más, para preservar su existencia”.¹⁷⁶ Lo interesante de este caso es constatar que ambas partes estuvieron de acuerdo en considerar que en caso de necesidad, existe la posibilidad de desconocer las obligaciones que emanan de un tratado, sin necesariamente ver comprometida la responsabilidad del Estado infractor.

En el mismo sentido, puede hacerse referencia al caso *de los bienes de las minorías búlgaras en Grecia*. El tratado de Sevres de 1920 entre las naciones aliadas y Turquía, disponía que las minorías establecidas en los territorios cedidos a Grecia y que hasta entonces pertenecían al Imperio Otomano, podrían elegir, si así lo estimaban conveniente, la nacionalidad búlgara, lo cual no les impediría en ningún caso conservar sus inmuebles, no obstante la obligación que pesaba sobre ellos de abandonar el territorio griego. Algunos años más tarde, una gran cantidad de refugiados griegos que se encontraban en Asia Menor llegaron a Grecia; el Gobierno helénico no tuvo entonces otra opción que instalarlos en los inmuebles de los búlgaros, actitud que dio nacimiento al diferendo con las minorías búlgaras desplazadas. La Comisión de la Sociedad de las Naciones reconoció la existencia de la fuerza mayor invocada por Grecia y decidió eximirla de su responsabilidad, por cuanto, según su percepción, el Gobierno griego se encontraba “en una situación de imposibilidad material de dar cumplimiento a la obligación relativa al respeto de las propiedades búlgaras en su territorio”.¹⁷⁷ Resulta interesante ver que la excusa retenida por la Comisión de la Sociedad de las Naciones se trataba más bien de una verdadera situación de *necesidad* que de fuerza mayor. “Era la necesidad de resguardar un interés esencial, a saber,

¹⁷⁶ “...serait en droit de mettre à la disposition de l'armée les vivres, etc., qui pourraient être nécessaires pour assurer sa subsistance, même contre la volonté des propriétaires, qu'ils fussent britanniques ou portugais. En effet, je ne pense pas que les traités conclus entre notre pays et le Portugal soient de nature si rigide et inflexible qu'ils ne puissent subir aucune modification quelles que soient les circonstances, ou que leurs dispositions doivent être respectées à la lettre, au point que le Gouvernement portugais serait privé du droit d'avoir recours aux moyens qui peuvent être absolument indispensables pour assurer la sécurité de l'Etat, et même pour préserver son existence”. *Ibid.*, p. 30. Ver en el mismo sentido C. MOYANO BONILLA & L. ORTIZ ALF, op. cit., nota 73, p. 96.

¹⁷⁷ C. MOYANO BONILLA & L. ORTIZ ALF, op. cit., nota 73, p. 90.

ofrecer un asilo inmediato a sus nacionales que erraban sobre su territorio en búsqueda de refugio, lo que había llevado al Gobierno griego a actuar de una manera que no se condice con las obligaciones que lo ligaban a Bulgaria".¹⁷⁸

El mismo principio se acogió con posterioridad, con ocasión del llamado caso Oscar Chinn. "El Gobierno belga adoptó en 1931 medidas concernientes al transporte fluvial [...] en lo que en ese entonces era el Congo Belga.¹⁷⁹ Según el Reino Unido, país de origen de Oscar Chinn, quien fue perjudicado por las medidas en cuestión, éstas habrían creado un "monopolio de hecho" del transporte fluvial del Congo, lo que a su juicio era contrario a los principios de la "libre navegación" y de la "igualdad de tratamiento", previstos en los artículos 1 y 5 de la Convención de Saint-Germain-en-Laye, de 10 de septiembre de 1919".¹⁸⁰ El asunto fue zanjado por la Corte Permanente de Justicia Internacional, que sostuvo que el monopolio de hecho no era contrario a dicha convención. Según la opinión individual del juez M. Anzilotti, si la prueba de los hechos alegados por el Gobierno británico hubiese sido expuesta de una mejor manera, el Gobierno belga no habría podido excusar su accionar sino demostrando haber actuado en estado de necesidad, pues "la necesidad puede excusar el incumplimiento de las obligaciones internacionales".¹⁸¹

En todo caso, la exclusión de la ilicitud de un hecho cometido por un Estado, aun cuando sea admitida por razones de necesidad, "no importaría por sí misma más que la exención de las consecuencias que el Derecho Internacional impondría, en caso contrario, a cargo del Estado infractor. Esta exención no se extiende en ningún caso a las consecuencias que el mismo hecho genera a título diferente, y en especial al nacimiento de la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados por el hecho [necesario]".¹⁸²

¹⁷⁸ "C'était la nécessité de sauvegarder un intérêt pour lui essentiel, à savoir offrir un asile immédiat à ses ressortissants qui déferlaient sur son territoire en quête de refuge, qui avait amené le Gouvernement grec à agir d'une manière non conforme aux obligations internationales qui le liaient à la Bulgarie". Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (parte 1). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, primera parte, p. 26.

¹⁷⁹ Territorio ubicado en África Central que fue administrado directamente por Bélgica hasta 1960. Con posterioridad a una crisis política de 5 años, el territorio fue denominado Zaire hasta 1997, para finalmente cambiar a su nombre actual, la *República Democrática del Congo*.

¹⁸⁰ "Le Gouvernement belge adopta en 1931 des mesures concernant les transports fluviaux [...] dans ce qui était alors le Congo belge. D'après le Royaume-Uni, dont le ressortissant Oscar Chinn s'était trouvé lésé par les mesures en question, celles-ci avaient créé un "monopole de fait" des transports fluviaux du Congo, ce qui, à son avis, était contraire aux principes de la "libre navigation" et de "l'égalité du traitement", prévus aux articles 1 et 5 de la Convention de Saint-Germain-en-Laye, du 10 septembre 1919". *Ibid.*, p. 30.

¹⁸¹ C. MOYANO BONILLA & L. ORTIZ ALF, op. cit., nota 73, p. 83. Ver en el mismo sentido, Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (parte 1). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, primera parte, p. 30.

¹⁸² "...ne comporterait par elle-même que l'exclusion des conséquences que le droit international

B) Las consecuencias del estado de necesidad según el artículo 27 de la CDI

La regla, titulada *consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud*, dispone que “La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

- a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;
- b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión”.

Esta norma es trascendental, ya que establece el deber de continuar respetando la obligación una vez desaparecida la circunstancia que excluye la ilicitud. Por lo demás, aborda la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva sufrida por la contraparte. Luego, el principio de la irresponsabilidad para la víctima de la necesidad que rige en Derecho Interno no existe en Derecho Internacional.

- i) El respeto de la obligación cuando la circunstancia que excluye la ilicitud ya no existe

Según el artículo 27 letra a) cabe preguntarse “qué es lo que ocurre cuando una condición o circunstancia que obstaculiza el cumplimiento de una obligación ya no existe o deja progresivamente de aplicarse”.¹⁸³ A la luz del texto citado, sólo puede concluirse que en tal situación la obligación en cuestión debe volver a respetarse. Es decir, que una vez “y en la medida que una circunstancia eximente de responsabilidad deje de existir, o deje de producir dicho efecto, cualquiera que sea el motivo, la obligación en cuestión (suponiendo que se encuentre en vigor) deberá ser nuevamente observada, y el Estado respecto del cual la anterior inobservancia había sido excusada, tendrá que obrar en consecuencia”.¹⁸⁴

trait autrement à la charge de l'Etat auteur du fait en question en raison de son illicéité. Cette exclusion ne s'étendrait donc nullement à des conséquences que le même fait engendrerait à un autre titre, et notamment à la naissance d'une obligation d'indemniser les dommages causés par l'acte [nécessaire]”. Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (parte 1). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, primera parte, p. 21.

¹⁸³ “Pose la question de savoir ce qui arrive lorsqu'une condition faisant obstacle au respect d'une obligation n'existe plus ou cesse progressivement de s'appliquer”. Naciones Unidas A/56/10 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, quincuagésimo tercera sesión, 2001 p. 225.

¹⁸⁴ “Dans la mesure où une circonstance excluant l'illicéité cesse d'exister, ou cesse d'avoir un effet exonérateur pour une raison quelconque, l'obligation en question (à supposer qu'elle soit toujours en vigueur) devra de nouveau être observée, et l'Etat dont l'inobservation antérieure a été excusée devra agir en conséquence”. Ibid.

La diferencia con los ordenamientos jurídicos internos es evidente, puesto que la invocación de una circunstancia eximente de responsabilidad no tendrá como objetivo hacer desaparecer la convención o anular la obligación, sino simplemente suspender su ejecución. En este sentido se pronunció la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*,¹⁸⁵ al declarar que Hungría no podía ir tan lejos y concluir que en virtud de un estado de necesidad las obligaciones que nacieron del tratado de 1977 la habían dejado de ligar a Eslovaquia, puesto que dicha eximente de responsabilidad sólo permitiría afirmar que “de acuerdo a los acontecimientos, aquel país no habría comprometido su responsabilidad internacional de la forma en que lo hizo”.¹⁸⁶ Luego, el tribunal continuó desarrollando su planteamiento, y decidió que “no obstante establecerse la existencia de un estado de necesidad, no se puede poner fin a un tratado como consecuencia del mismo. El estado de necesidad sólo puede ser invocado para eximir de responsabilidad al Estado que no dio cumplimiento a un tratado. Aun cuando se considere justificado que la invocación de este motivo dé fin al tratado, lo cierto es que éste no se extinguirá por esta vía; puede que no produzca efectos mientras subsista el estado de necesidad; [...] pero mantendrá su vigencia, a menos que las partes le pongan fin de común acuerdo. Una vez que el estado de necesidad desaparezca, renace el deber de cumplir las obligaciones que derivan del tratado”.¹⁸⁷

Un ejemplo bastante anterior al recién analizado puede encontrarse en el caso *de los bosques del Ródope Central*, que surgió a propósito de la aplicación del artículo 181 del Tratado de Neuilly de 1919, donde se estipulaba que las transferencias de territorio efectuadas en cumplimiento de sus cláusulas no atentarían contra los derechos privados, protegidos en los tratados firmados precedentemente entre Turquía y Bulgaria por una parte, y Grecia y Serbia por otra, entre 1913 y 1914.¹⁸⁸ “El diferendo había surgido entre Bulgaria y Grecia, como consecuencia de la aplicación de dicho artículo a un cierto número de bosques situados en un territorio que Turquía había cedido a Bulgaria en 1913, [ya que] con anterioridad a dicha cesión, el Gobierno otomano había entregado la concesión de explotación de los bosques a una sociedad, cuyos propietarios

¹⁸⁵ *Gabčíkovo-Nagymaros*, cit. supra, nota 83.

¹⁸⁶ “...compte tenu des circonstances, [elle] n’aurait pas engagé sa responsabilité internationale en agissant comme elle l’a fait”. *Ibid.*

¹⁸⁷ “Même si l’existence d’un état de nécessité est établie, il ne peut pas être mis fin à un traité sur cette base. L’état de nécessité ne peut être invoqué que pour exonérer de sa responsabilité un État qui n’a pas exécuté un traité. Même si l’on considère que l’invocation de ce motif est justifiée, le traité ne prend pas fin pour autant; il peut être privé d’effet tant que l’état de nécessité persiste; [...] mais il reste en vigueur, à moins que les Parties n’y mettent fin d’un commun accord”. *Dès que l’état de nécessité disparaît, le devoir de s’acquitter des obligations découlant du traité renait*”.

¹⁸⁸ Naciones Unidas A/CN.4/151, Resumen de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales en relación a la sucesión de los estados: Estudio redactado por la secretaria, p. 161.

pasaron a ser nacionales griegos luego de la Primera Guerra Mundial. Por su parte, Bulgaria había decidido desconocer la concesión, otorgando una nueva a una sociedad diferente”.¹⁸⁹ Por un fallo dictado con fecha 29 de marzo de 1933, Bulgaria fue condenada al pago de una indemnización a Grecia como consecuencia de los perjuicios generados. Sin embargo, como el Estado búlgaro no cumplió con dicha obligación, Grecia llevó el asunto ante la Comisión de la Sociedad de las Naciones.

“Ante esta instancia internacional, Bulgaria invocó el estado de necesidad, fundándose en las graves consecuencias financieras que dicho pago habría ocasionado al Estado y a la economía del país”,¹⁹⁰ elaborando entonces un plan de pago diferente. “El Gobierno de Grecia, tomando en consideración las dificultades financieras de Bulgaria, dio su asentimiento a esa propuesta y estuvo (sic) dispuesto a arreglar [...] la naturaleza y la cantidad de las entregas que podría aceptar convenientemente en pago de su pretensión”.¹⁹¹ El análisis de este caso, a pesar de haber concluido por acuerdo de las partes, nos demuestra que el efecto del estado de necesidad es eximir de responsabilidad al Estado que lo invoca, y al mismo tiempo, de suspender el cumplimiento de la obligación hasta que desaparezca el acontecimiento que dio vida a la situación de necesidad. De este modo, Grecia aceptó el nuevo plan de pago propuesto por Bulgaria, destinado a dar cumplimiento a su obligación una vez concluido el estado de necesidad en que se encontraba.

ii) La indemnización de la pérdida efectiva ocasionada

El principio de la indemnización de la pérdida efectiva resultante de un comportamiento ilícito de un Estado ha sido reconocido desde los albores del Derecho Internacional moderno. Así, en 1927, en el caso de la *fábrica de Chorzów*,¹⁹² la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que “la obligación de reparar de forma adecuada la violación de una obligación constituye un principio del Derecho Internacional. La reparación es entonces el complemento indispensable

¹⁸⁹ “Le différend s’était élevé entre la Bulgarie et la Grèce au sujet de l’application de cet article à certaines forêts situées dans un territoire que la Turquie avait cédé à la Bulgarie en 1913, [car] avant le transfert du territoire, le Gouvernement ottoman avait accordé une concession d’exploitation des forêts à une certaine société, dont les propriétaires étaient devenus ressortissants helléniques après la première guerre mondiale. Toutefois, la Bulgarie avait refusé de reconnaître la concession et avait accordé une nouvelle concession à une autre société”. *Ibid.*

¹⁹⁰ “Face à cette instance internationale, la Bulgarie a évoqué l’état de nécessité, fondé sur les graves conséquences financières que ce paiement aurait occasionné à l’Etat et à l’économie du pays”, CADTM & H. DIAZ, *L’état de nécessité, La dette extérieure : Mécanismes juridiques de non-paiement, moratoire ou suspension de paiement*, en línea en el sitio <http://www.france.attac.org/spip.php?article311>.

¹⁹¹ Naciones Unidas A/CN.4/318/ADD.5, p. 20.

¹⁹² *Fábrica de Chorzów*, C.P.J.I., 1927, Serie A, N° 9, p. 21.

al incumplimiento de una convención, sin que sea necesario contemplarla de forma expresa".¹⁹³ Posteriormente, y en el mismo sentido, el tribunal arbitral encargado del análisis del caso *Rainbow Warrior*,¹⁹⁴ estimó que "toda violación de una obligación por parte de un estado, cualquiera que sea su origen, lo hace responsable y por consiguiente importa el deber de reparación".¹⁹⁵

La letra b) del artículo 27 CDI trata sobre si "un Estado que invoca una circunstancia eximente de responsabilidad tendría o no de todos modos la obligación de reparar toda pérdida efectiva sufrida por cualquier Estado directamente afectado".¹⁹⁶ Según M. Crawford, el artículo no se refiere a "la indemnización en el sentido de una reparación debida por un comportamiento ilícito, [sino] que por las pérdidas que pudieren producirse cuando una de las partes invoca una de las circunstancias contempladas en el capítulo V [del proyecto de la CDI]".¹⁹⁷ De este modo, en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*,¹⁹⁸ Hungría aceptó este principio, y señaló que no obstante acogerse por el tribunal el estado de necesidad en que ella se encontraba, la obligación de indemnizar a su contraparte seguía en vigor.

Si la obligación de indemnizar a la contraparte está siempre presente en caso de incumplir una obligación internacional, ¿de qué sirve entonces invocar una circunstancia eximente de responsabilidad, y específicamente, el estado de necesidad? Como lo veremos en relación al Derecho de las Inversiones Internacionales, la respuesta puede encontrarse en relación al monto de la indemnización, pues si el estado de necesidad resulta acogido por el tribunal, éste no tomará en consideración el monto correspondiente por concepto del hecho ilícito; sin embargo, en caso de desestimarse la causal, dicho monto deberá ser considerado para establecer la suma final.

2. En el Derecho de las Inversiones Internacionales

En esta rama del Derecho, la situación es bastante similar a lo que acabamos de exponer. El Estado receptor de la inversión invocará el estado de necesidad con miras a excluir la ilicitud que acarrea consigo el incumplimiento de una

¹⁹³ "It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself".

¹⁹⁴ *Rainbow Warrior*, Naciones Unidas, R.S.A., Vol. XX (1990), p. 217.

¹⁹⁵ "Toute violation par un Etat d'une obligation, quelle qu'en soit l'origine, engage la responsabilité de cet Etat et entraîne, par conséquent, le devoir de réparer", Naciones Unidas A/56/10 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, quincuagésimo tercera sesión, 2001 p. 135.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 226.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Gabčíkovo-Nagymaros*, cité supra, nota 83.

obligación, argumentando la necesidad de proteger un interés esencial, de mayor valor que aquel que ha sido sacrificado. Ahora bien, a pesar de que la actitud del Estado parece absolutamente justificada, cabe preguntarse si el inversionista está o no obligado a soportar dicho incumplimiento, por responder a necesidades de carácter esencial para la supervivencia de un Estado.

La respuesta no es tan sencilla, pues a pesar de la aplicación del artículo 27 de la CDI –principio de aplicación general en el Derecho Internacional–, existe la posibilidad de que las condiciones y los efectos de un hecho justificativo se encuentren reguladas en algún instrumento específico. ¿Cuál será entonces la ley que regirá a las partes? ¿La regla de Derecho Internacional o la convención? La jurisprudencia no ha sido clara al respecto.

A) Las consecuencias del estado de necesidad según la jurisprudencia, a comienzos del siglo XX

A comienzos del siglo pasado –antes del surgimiento del proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos–, en el caso de la *Compañía francesa de vías férreas venezolanas*,¹⁹⁹ la Comisión mixta para el arreglo de diferencias entre Francia y Venezuela²⁰⁰ acogió el estado de necesidad²⁰¹ a causa de una revolución surgida como consecuencia de la inestabilidad política del país sudamericano, que había conducido, entre otras nefastas consecuencias, a la destrucción de una gran parte de los puentes y vías férreas construidos por la sociedad en cuestión. En este sentido, el tribunal estimó que “los hechos descritos [...] no demuestran ninguna relación entre el Gobierno de Venezuela y la empresa demandante, que haga responsable económicamente al primero de la ruina de la segunda”.²⁰² En todo caso, hay que decirlo, el Gobierno venezolano resultó obligado a indemnizar las pérdidas sufridas por el inversionista; así, el árbitro señaló “que no hay lugar a dudas en lo concerniente a la responsabilidad del Estado receptor de la inversión, por los daños y perjuicios que sufrió la propiedad del inversionista mientras que era utilizada y controlada por el Gobierno”.²⁰³

La misma Comisión, en el caso de la *Compañía General del Orinoco*,²⁰⁴ entregó una decisión casi idéntica, por cuanto el árbitro M. Plumey, y puesto que

¹⁹⁹ *French Company of Venezuelan Railroads case*, Naciones Unidas, R.S.A., Vol. X, p. 285.

²⁰⁰ Creada por el Protocolo de 19 de febrero de 1902.

²⁰¹ La expresión utilizada en este caso fue la de fuerza mayor, sin embargo, para la doctrina actual resulta una clara situación de estado de necesidad.

²⁰² “The facts brought upon the record [...], do not disclose any relation of the respondent Government to the claimant company which makes the former chargeable financially for the ruin of the latter”.

²⁰³ “There is no question as to the liability of the respondent Government for the natural and consequential damages which resulted to the railroad properties while they were in the use and control of the titular Government”.

²⁰⁴ *Affaire de la Compagnie générale de l'Orénoque*.

Venezuela había intentado evitar un conflicto armado con Colombia, estimó como “internacionalmente lícita, en las circunstancias excepcionales del caso, la rescisión de las concesiones por parte del Gobierno venezolano, haciendo presente en todo caso que la sociedad demandante tendría derecho a una indemnización por las consecuencias provocadas por dicha decisión, internacionalmente lícita, pero gravemente perjudicial para sus intereses”.²⁰⁵

B) Las consecuencias del estado de necesidad según la jurisprudencia actual: la crisis argentina

Analizando ya casos más recientes, en el marco de los casos llevados ante la jurisdicción de los tribunales arbitrales del CIADI, como consecuencia de la grave crisis económica y política sufrida por Argentina, y específicamente en el caso CMS,²⁰⁶ el tribunal arbitral estimó que las condiciones necesarias para que el estado de necesidad invocado por Argentina pudiera ser acogido no se cumplían. “Sin embargo, si la respuesta del tribunal hubiese sido otra, y hubiese considerado que la situación durante los años 2000/2002 hubiese podido ser calificada como estado de necesidad, las conclusiones no habrían sido sustancialmente diferentes de aquellas expresadas en la sentencia actual, en lo tocante a la indemnización del perjuicio ocasionado a la sociedad CMS”.²⁰⁷ El tribunal analizó el artículo 27 de la CDI, y en virtud de su letra b), consideró que Argentina, a pesar de su razonamiento de que ninguna indemnización se debe en caso de necesidad, tenía sobre ella la obligación de reparar a la sociedad CMS, y que su argumento “equivalía a afirmar que una parte en este tipo de tratado, o sus sujetos, debe soportar enteramente el costo de la invocación de los intereses esenciales de la otra parte. Esto no es, sin embargo, el significado del Derecho Internacional o de los principios que rigen en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales”.²⁰⁸

Podemos entonces darnos cuenta de que “el monto de la indemnización fijada por el tribunal podría no ser sustancialmente diferente”²⁰⁹ de aquel que podría haberse fijado en caso de acogerse la tesis de la necesidad. Esta decisión nos parece paradójica, pues resulta difícil comprender cómo un Estado que invoca el estado de necesidad como circunstancia eximente de su responsabilidad, y fundado en una crisis económica grave, puede resultar obligado a indemnizar al inversionista en los mismos términos que si su actuar hubiese

²⁰⁵ Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (parte 1). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, primera parte, p. 29.

²⁰⁶ CMS, cit. supra, nota 95.

²⁰⁷ C. LEBEN, *L'état de nécessité dans le droit international de l'investissement*, Gaz. Pal. N° 2005/3, p. 51.

²⁰⁸ CMS, cit. supra, nota 95 § 390.

²⁰⁹ C. LEBEN, art. cit., nota 207, p. 52.

sido antijurídico. “A final de cuentas, el tribunal podría considerar sea que no hay estado de necesidad y que por consiguiente es necesario indemnizar los perjuicios causados; sea que hay estado de necesidad y que de todas formas deben indemnizarse los perjuicios. La diferencia entre ambas hipótesis reside en la consideración de la ilicitud en el primer caso, para determinar el monto a indemnizar, a diferencia del segundo caso, en que la cantidad establecida por concepto de la ilicitud debe sustraerse”.²¹⁰

Una decisión totalmente diferente, por no decir opuesta, puede encontrarse en la decisión adoptada por el tribunal arbitral del CIADI en el caso LG&E.²¹¹ Al analizar el artículo 27 letra b) de la CDI dispuso, siguiendo la tesis de M. Crawford,²¹² que “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”.²¹³ De esta forma, el tribunal arbitral concluye, sobre la base del artículo XI del TBI y no del artículo 27 de la CDI, que durante el período de necesidad “Argentina queda exenta de responsabilidad, por lo cual las demandantes deberán soportar las consecuencias de las medidas tomadas por el Estado receptor”²¹⁴ de la inversión, vale decir, que “durante el tiempo estimado de crisis, esto es un período de 17 meses, Argentina no podría ser considerada como responsable de los perjuicios sufridos por los inversionistas”.²¹⁵

En el caso *ENRON*,²¹⁶ a pesar de ser la sentencia más reciente, la decisión del tribunal arbitral del CIADI se asemeja mucho más a la del caso *CMS* que a la del caso *LG&E*. Antes de cualquier análisis debemos en todo caso recordar que en el caso *ENRON*, tal como ocurrió en el caso *CMS*, el tribunal arbitral consideró que las condiciones para invocar el estado de necesidad no se encontraban presentes, lo que trajo como consecuencia que Argentina se viera condenada al pago de una indemnización en que se incluía el período en que se encontraba en crisis. Ahora bien, aun cuando el tribunal hubiese estimado que se estaba en presencia de un estado de necesidad que justificara las medidas adoptadas por Argentina, su decisión final sobre el asunto no habría variado mayormente con respecto a la que adoptó en definitiva, y

²¹⁰ *Ibíd.*

²¹¹ *LG&E*, cit. supra, nota 96.

²¹² Según el autor James Crawford, el artículo 27 letra b) de la CDI “no precisa en qué condiciones una indemnización debe pagarse”. J. CRAWFORD, op. cit., nota 70, p. 229.

²¹³ *LG&E*, cit. supra, nota 96 § 260.

²¹⁴ *Ibíd.*, § 266.

²¹⁵ M. RAUX, *La reconnaissance de l'état de nécessité dans la dernière sentence relative au contentieux argentin: LG&E C/ Argentine*, Gaz. Pal. N° 2006/3, p. 60.

²¹⁶ *ENRON*, cit. supra, nota 97.

esto, como consecuencia de la interpretación dada al artículo 27 letra b) de la CDI. Así, a pesar de que Argentina sostenía que la indemnización podía tener lugar sólo sobre el fundamento de perjuicios causados una vez acabada la crisis, haciendo un análisis profundo de dicha norma, el tribunal señaló “que a pesar de que el artículo no especifica las circunstancias en las cuales la indemnización debe tener lugar como consecuencia de la multiplicidad de situaciones posibles, se consideró asimismo que se trata de una situación que debe ser negociada con la contraparte, sin excluir la posibilidad de una eventual compensación fundada en acontecimientos pasados. En ausencia de una negociación entre las partes, esta determinación deberá ser realizada por el tribunal”.²¹⁷ Vemos entonces claramente que la interpretación dada a la norma es bastante diferente de la que realizó en su momento el tribunal CIADI en el caso LG&E, por cuanto aquí no se excluye la posibilidad de una eventual indemnización fundada en acontecimientos anteriores al término del período de crisis.

A nuestro parecer, de entre los tres casos analizados que surgieron como consecuencia de la crisis económica argentina, donde mejor se respeta el espíritu del proyecto de artículos de la CDI es en la decisión entregada por el tribunal arbitral en el caso LG&E. Nos parece legítimo pensar que una vez acogido el estado de necesidad como una circunstancia eximente de responsabilidad, ninguna indemnización puede derivarse del período de urgencia que él comprende; ya que el inversionista al momento de elegir un país donde establecer sus operaciones, acepta implícitamente someterse al mismo tratamiento que los nacionales de dicho Estado. Es decir, acepta beneficiarse de los períodos de bonanza económica, pero al mismo tiempo acepta sufrir las pérdidas derivadas de los períodos de crisis; a pesar de que algunos autores puedan no estar de acuerdo, por cuanto no estiman aceptable “hacer soportar todas las pérdidas al inversionista”²¹⁸ y prefieren aplicar de forma más estricta el artículo 27 de la CDI, exigiendo que el Estado indemnice al menos la pérdida efectiva ocasionada en el patrimonio del inversionista.

En todo caso, nuestra posición en ningún caso implica que la contraparte deba soportar todos los perjuicios que le sean ocasionados como consecuencia de una crisis, pues aquellos que haya sufrido con anterioridad y con posterioridad a dicho período deberán, por supuesto, ser reparados según las reglas generales

²¹⁷ “Although that Article does not specify the circumstances in which compensation should be payable because of the range of possible situations, it has also been considered that this is a matter to be agreed with the affected party, thereby not excluding the possibility of an eventual compensation for past events. In the absence of a negotiated settlement between the parties, this determination is to be made by the Tribunal to which the dispute has been submitted”, *ENRON*, cit. supra, nota 97, § 345.

²¹⁸ J. FOURET, art. cit., nota 84, p. 269.

de la responsabilidad. En este sentido, el tribunal arbitral fue bastante claro al momento de señalar que inmediatamente después de finalizado el estado de necesidad, “las obligaciones de Argentina recobraron su vigencia. Así, la parte demandada habría debido reestablecer el sistema de tarifas ofrecido a LG&E, o al menos haber compensado a las demandantes por las pérdidas sufridas como consecuencia de las medidas adoptadas antes y después del estado de necesidad”.

Capítulo 2: El régimen jurídico del estado de necesidad en materia extracontractual

En este ámbito, el estado de necesidad se considera como una circunstancia que permite excluir la ilicitud de un hecho cuando el autor del mismo no tenía ningún otro medio al cual recurrir para proteger un interés legítimo, que sacrificar otro de menor valor. Debemos en todo caso precisar que el efecto producido por el estado de necesidad será distinto, según se analice a la luz de la responsabilidad penal (1) o de la responsabilidad civil (2).

Sección 1: En el Derecho Penal

En Derecho Penal el efecto que produce el estado de necesidad es simple. Se trata de un hecho justificativo que legitimará el comportamiento del autor del hecho ilícito. Ejemplo de eso es el artículo 122-7 del nuevo Código Penal al señalar que “no es responsable penalmente...” la persona que comete una infracción en situación de necesidad. “La impunidad de la infracción necesaria es indiscutible racionalmente; ya que de nada serviría reprimirla, [puesto que] no tendría lugar ninguna de las funciones de la pena”.²¹⁹ La idea de readaptar o, peor aún, de castigar a quien comete un delito en estado de necesidad, parece contraria a toda lógica.

No debe olvidarse que al momento de cometer la llamada “infracción necesaria”, el autor está intentando proteger un interés más importante, o al menos de un valor similar al del que se sacrifica; desde este punto de vista, podemos incluso concluir que le está prestando un verdadero servicio a la sociedad. La jurisprudencia de la Corte de Casación reconoce desde hace mucho este efecto del estado de necesidad; así, en el fallo de 09 de junio de 1836²²⁰ señaló que “el hecho de que un marido sin conocimientos médicos haya ayudado a su propia

²¹⁹ J.-Y CHEVALLIER, *L'état de nécessité (Le rôle du Doyen P. Bouzat dans la reconnaissance de l'infraction nécessaire en droit positif)*, Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat, p. 125.

²²⁰ *Ibid.*

mujer a dar a luz, no constituye un caso de ejercicio ilegal de la profesión, si se encontraba justificado por una situación de urgencia y *necesidad absoluta*".²²¹ En el mismo sentido, la jurisdicción suprema declaró, en un caso de accidente automovilístico, en virtud de un fallo de 27 de enero de 1993, que "la víctima llevó a cabo un acto necesario que excluye la ilicitud de su parte".²²² Siguiendo con el análisis jurisprudencial, el estado de necesidad fue nuevamente acogido por la Corte de Casación en 1957, cuando decidió declarar inocente del delito de daños a la propiedad, como consecuencia de la situación de necesidad en que se encontraba, al imputado que destruyó la cerca construida por uno de los copropietarios con el único fin de impedirle el paso al baño común y a los medidores de gas y electricidad.²²³

La postura adoptada por la Corte de Casación no ha variado con el paso del tiempo, así en un fallo de 29 de junio de 1999, dicho tribunal señaló que "el estado de necesidad constituye un hecho justificativo; [y que] dicha circunstancia excluye totalmente la responsabilidad del imputado".²²⁴ En este mismo sentido puede citarse el fallo emitido por la Corte de Apelaciones de Toulouse, que en un caso relativo a la deportación de un inmigrante ilegal, y fundándose en el artículo 122-7 del Código Penal, decidió liberar a un individuo de nacionalidad tunecina, al considerar que se había rehusado legítimamente a subirse al avión que debía trasladarlo de vuelta a su país de origen; ya que se trataba de una persona conocida por sus ideas políticas, lo que podría provocar reacciones hostiles por parte de los servicios de seguridad locales, en caso de regreso.²²⁵ Luego, el mismo tribunal añadió que la actitud del imputado "no se había acompañado de violencia alguna, y que con dicho comportamiento no había llevado a cabo otra cosa que un acto necesario para su propia protección, con el fin de evitar el peligro inminente que lo amenazaba".²²⁶

Desde el punto de vista del Derecho Penal, por tratarse de un hecho justificativo, el estado de necesidad eximirá al autor del ilícito de toda responsabilidad criminal, lo que no sólo es beneficioso para él, sino que para toda la sociedad, por cuanto el no poder realizar gestiones tendientes a perseguir su responsabilidad supone un importante ahorro de tiempo y dinero.

²²¹ "Le fait pour un mari étranger à l'art des accouchements d'accoucher sa propre femme ne constitue pas l'exercice illégal de la médecine s'il est justifié par un cas d'urgence et de *nécessité absolue*".

²²² "La victime a accompli un acte nécessaire qui exclut toute faute de sa part", Cass. Crim. 27 de enero de 1933, Gaz. Pal. 1933.I.489 tue.

²²³ Cass. Crim. 04 de enero de 1956, Bull. Crim, 1950-1959, Tomo I, p. 642.

²²⁴ "L'état de nécessité constitue un fait justificatif ; [et que] pareille circonstance exclut toute responsabilité pénale du prévenu" Cass. Crim. 29 de junio 1999, recurso N° 98-86193.

²²⁵ CA Toulouse 15 de febrero de 2001, J.C.P. 2001.IV.2948.

²²⁶ "...ne s'étant accompagné d'aucune violence, il n'avait, en se comportant ainsi, qu'accompli un acte qui était nécessaire à sa sauvegarde afin d'éviter le danger imminent qui le menaçait", CA Toulouse, cit. por J.-P. DELMAS SAINT-HONORE, *Infractions contre la Nation, l'Etat et la paix publique*, Rev. Sc. Crim (1) janv.-mars 2002, p. 116.

Sección 2: En el Derecho Civil

No sería en principio²²⁷ erróneo señalar que el aspecto civil no es más que la consecuencia de la invocación del Derecho Penal. Aquí, la cuestión a dilucidar no dice relación únicamente con la exclusión de la ilicitud del hecho, sino que también con la obligación de reparar los perjuicios que se ocasionen. Para saber cuál será el efecto producido por la invocación del estado de necesidad en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, es conveniente hacer una diferenciación según las distintas hipótesis que pueden tener lugar. Para ello, nos basaremos en el catálogo realizado por M. R. Savatier en su artículo "L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle",²²⁸ donde por una parte analiza el tema en función de la naturaleza del daño causado y por otra, de la naturaleza del daño evitado.

1. Daño causado a un tercero como único medio de evitarse a sí mismo un daño más grave o equivalente

El estado de necesidad, como lo sabemos, permitirá excluir la responsabilidad penal del autor del ilícito; pero no implica necesariamente "que ello lo libere de su obligación de reparar el daño causado"²²⁹ desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

A) Daño ocasionado a la integridad física de una persona natural para proteger la integridad física del autor del ilícito

Aquí el interés protegido tiene el mismo valor que aquel que se ha decidido sacrificar; la pregunta que surge entonces es saber si accionar de este modo es o no lícito. Desde nuestro punto de vista, como todos los elementos necesarios para la invocación del estado de necesidad se encuentran presentes, la ilicitud debiera ser excluida en virtud del hecho justificativo en cuestión; pero "puesto que jamás la necesidad exigirá que el perjuicio sea soportado por un tercero inocente",²³⁰ surge necesariamente la obligación de indemnizar. Encontrar un caso en que la jurisprudencia se haya pronunciado a este respecto no es nada fácil; sin embargo podemos citar el ejemplo utilizado por M. Savatier en el

²²⁷ Decimos en principio, pues pueden también presentarse casos en que un hecho acarree sólo responsabilidad civil, mas no penal (piénsese en la situación de aquel que comete un cuasidelito de daños, situación no sancionada por el Código Penal; pero que hará surgir la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados). El autor agradece la inspiración sobre este punto del Dr. Daniel Peñailillo Arévalo.

²²⁸ R. SAVATIER, art. cit., nota 34.

²²⁹ *Ibid.*, p. 731.

²³⁰ R. SAVATIER, art. cit., nota 40, pp. 733-734.

artículo ya individualizado. En este sentido, en virtud del fallo de 07 de marzo de 1874, la Corte de Nancy condenó solidariamente a reparar el perjuicio causado a las familias de las víctimas, a varios ciudadanos franceses, los que encontrándose prisioneros del ejército alemán durante 1870, debieron designar a tres compañeros para ser fusilados.²³¹

Ahora bien, el ejemplo utilizado por M. Savatier no nos parece adecuado, y mucho menos la decisión adoptada por la Corte. En primer lugar, debe considerarse que los prisioneros obligados a tomar la decisión eran realmente víctimas de una fuerza moral que bajo cualquier punto de vista eliminaba por completo la posibilidad de que su voluntad se formase. Por otra parte, el perjuicio provocado no lo había sido por parte de los prisioneros, sino que por los soldados alemanes que ejecutaron la orden de fusilamiento. Esto nos permite concluir que no se trata realmente de un caso donde el autor del ilícito ocasiona un daño a la integridad física de un tercero para resguardar la suya, por consiguiente, los prisioneros franceses ni siquiera debieron haber sido encausados.

B) Perjuicio material ocasionado a un tercero, como único medio disponible del autor del hecho ilícito para evitarse a sí mismo un perjuicio material más grave

En esta hipótesis, el autor del ilícito provocará un daño a un bien de un tercero; ya que se trata del único modo de impedir que se produzca un daño más grave contra uno de sus propios bienes. En este caso, el estado de necesidad se aplicará plenamente, eximiendo de responsabilidad criminal al autor del ilícito, sin embargo, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, surgirá la obligación de reparar el mal causado.

En este sentido, el inciso 2° del artículo 546-12 del Código Civil catalán elimina toda duda que pudiere existir en torno a la obligación de indemnizar, al disponer que "los propietarios a los que hace referencia el inciso 1° tienen derecho ser indemnizados por los daños y perjuicios que se les han causado".²³² El mismo principio puede encontrarse en el artículo 52 inciso 2° del Código Suizo de las Obligaciones, según el cual "el juez determinará equitativamente el monto de la reparación debida por aquel que atenta contra los bienes de un tercero para protegerse a sí mismo o a un tercero de un perjuicio o peligro

²³¹ Nancy, 07 mars 1874, D. P. 74.2.184., cité par R. SAVATIER, *Ibid.*, p. 732.

²³² "Els propietaris a què fa referència l'apartat 1 tenen dret a ésser indemnitzats pels danys i perjudicis que se'ls ha causat".

inminente".²³³ Al igual que en el caso catalán, se establece legalmente el derecho a la indemnización.

En todo caso, y aun cuando ello parezca imposible, no debe olvidarse que en ciertos casos, en lugar que dañar al tercero se le estará realmente prestando un servicio, y en estos casos, como es evidente, no habrá lugar a indemnización alguna. Es justamente como consecuencia de esta ausencia de perjuicio que la Corte de Casación desestimó la posibilidad de condenar al pago de daños y perjuicios al arrendatario que inundado por el agua proveniente del piso superior "había hecho abrir por un cerrajero la puerta de dicho departamento, en ausencia de sus propietarios".²³⁴

C) Perjuicio causado al bien de un tercero como único medio posible de evitar un daño en la integridad física del autor del hecho ilícito

Aquí el estado de necesidad aparece de forma mucho más evidente, puesto que es de toda lógica que si se trata de proteger su integridad física, una persona jamás medirá las consecuencias de sus actos. Por lo demás, si buscando esta finalidad está permitido causar un perjuicio a la integridad física de otra persona, a *fortiori* será lícito ocasionar un daño a alguno de sus bienes. Sin embargo, no debe olvidarse que la obligación de indemnizar el perjuicio subsiste de todas formas.

De todos los casos que hemos analizado, parece desprenderse que quien debe indemnizar es el autor del hecho ilícito, vale decir, la persona que causó el perjuicio y que luego invoca el estado de necesidad. No obstante lo que pudiere pensarse, eso dista bastante de ser un razonamiento correcto, por cuanto el deber de reparar recae específicamente sobre la persona responsable del hecho que provocó la reacción del autor del ilícito, y sólo en el caso en que aquella coincida con éste, será este último el obligado al pago de la indemnización.

2. Daño causado a sí mismo como único medio disponible para evitar a un tercero un daño mayor o igual

Esta hipótesis se conoce bajo el nombre de "acto de devoción". Para que el estado de necesidad pueda tener lugar, "es necesario que el autor de dicho acto de devoción haya legítimamente podido considerarlo, al momento en que le pareció necesaria su realización, como el único medio posible para evitar un peligro que amenazaba a un tercero, [y a su vez, que este peligro] fuese lo

²³³ "Le juge détermine équitablement le montant de la réparation due par celui qui porte atteinte aux biens d'autrui pour se préserver ou pour préserver un tiers d'un dommage ou d'un danger imminent".

²³⁴ Cass. Req. 08 de julio de 1872, D. P. 73.I.279, cit. por R. SAVATIER, art. cit., nota 34, p. 735.

suficientemente grave como para justificar el eventual sacrificio del autor del acto". Como podemos ver, esta situación es la otra cara de la moneda de lo que hemos analizado, pues quien ocasiona el daño lo hace con la intención de proteger los intereses de un tercero y ya no los suyos. De este modo, exigir una indemnización a su respecto parece por lo menos ridículo; luego, la pregunta debe formularse en sentido contrario, es decir, si esta persona que ha actuado desinteresadamente en pos de proteger un interés que no era el suyo, tiene o no derecho a exigir una indemnización por los perjuicios que ella misma se ha causado.

Para el caso en que el acto de devoción produzca un resultado útil, la respuesta debe ser lógicamente afirmativa, y la responsabilidad recaerá, según las reglas generales, sobre la persona que por su culpa o dolo creó la situación de necesidad. Pero ¿qué ocurre si el estado de necesidad surge como consecuencia de una fuerza mayor o si quien resulta responsable civilmente es insolvente? En este caso, la jurisprudencia ha señalado que el autor del acto de devoción posee la acción derivada de la *gestión de negocios*, contra la o las personas que han resultado beneficiadas, limitada por supuesto al monto del servicio efectivamente prestado.²³⁵

3. Daño causado a un tercero como único medio posible para evitarle a esa misma persona un perjuicio mayor o igual

Es fácil concluir que en este caso el estado de necesidad se aplica plenamente, excluyendo la ilicitud del hecho, y en la medida en que la persona a la cual se le causa el daño no haya objetivamente sufrido ningún perjuicio, la cuestión de la indemnización ni siquiera se plantea. El problema que puede presentarse a menudo es determinar sobre qué base puede una persona decidir qué interés resulta menos importante para el tercero, para sacrificarlo con el fin de proteger uno distinto; ya que en principio no será sino con su consentimiento "que uno podrá imponerle el segundo y sacrificar el primero".²³⁶ La respuesta puede quizás encontrarse en un principio según el cual la búsqueda del consentimiento de la víctima no será necesaria en todos aquellos caso en que ésta vaya a cometer un acto ilícito²³⁷ o en que no se encuentre en condiciones de efectuar la elección dada la gravedad de la situación de que se trate. En estos casos el estado de necesidad se acogerá y el autor del ilícito no será obligado al pago de indemnización alguna.²³⁸

²³⁵ T. Com. Seine, 01 de abril de 1936, Gaz. Pal., 1936.I.877, cit. por R. SAVATIER, art. cit., nota 34, p. 741.

²³⁶ R. SAVATIER, art. cit., nota 34, p. 742.

²³⁷ Ejemplos clásicos de esta hipótesis son los casos en que un individuo tira al piso a una persona que estaba a punto de suicidarse o de hacer uso de un arma de fuego, causándole lesiones.

²³⁸ R. SAVATIER, art. cit., nota 34, p. 743.

4. Daño causado a un tercero como único medio posible para evitar un perjuicio mayor o de igual envergadura a otro tercero o a la sociedad

Parece evidente que no habrá ilicitud de parte de quien cause un daño a un tercero con el objetivo de evitar que se cause otro de igual o mayor envergadura; sin embargo, y como lo hemos venido repitiendo, sería extremadamente injusto hacer que la víctima tenga que soportar una pérdida en su patrimonio si no obtuvo ningún beneficio a cambio. La razón, como en todos los demás casos, es la siguiente: "el estado de necesidad no excluye la ilicitud del hecho sino en los casos en que la necesidad realmente existe. Sin embargo, y por mucho que ella justifique la comisión del ilícito, ello no autoriza a que el perjuicio deba ser exclusivamente soportado por la persona elegida por el autor del hecho".²³⁹ Así, el beneficiario del servicio, o el autor del peligro en su caso, tendrá que indemnizar a la víctima en virtud de la acción de *in rem verso* –acción que nace del enriquecimiento sin causa–, y a falta de beneficiario, dicha obligación de reparar el perjuicio deberá necesariamente recaer sobre el autor del hecho ilícito.²⁴⁰

El estado de necesidad hará entonces desaparecer la responsabilidad penal, mas no necesariamente la responsabilidad civil; solución adoptada por la jurisprudencia²⁴¹ y seguida por la doctrina, y que se explica por el hecho de que la infracción "si se debe a una amenaza externa, generalmente no afecta al autor de dicha amenaza, sino que a un tercero inocente".²⁴²

Conclusiones

Hablar de estado de necesidad significa hablar de una circunstancia eximente de responsabilidad muy particular, por cuanto a pesar de presentar una unidad en su concepto, su régimen jurídico no será siempre el mismo, dependiendo de la rama del Derecho en que se invoque.

Detrás de este fenómeno, pudimos constatar que el estado de necesidad constituye un hecho justificativo que expresa un sentimiento de justicia presente de forma implícita en toda sociedad, pudiendo entonces ser invocado aun en ausencia de disposición legal expresa.²⁴³ Este razonamiento es hoy por hoy

²³⁹ *Ibíd.*, p. 747.

²⁴⁰ *Ibíd.*

²⁴¹ Cass. Crim. 27 décembre 1884 D. 1885.I.219.

²⁴² F. DESPORTES & F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, nota 42, p. 704.

²⁴³ Situación que por ejemplo tuvo lugar en el Derecho Penal francés hasta 1994 o que aún tiene lugar en materia de responsabilidad civil extracontractual en Chile.

susceptible de extrapolarse a la actuación de los Estados soberanos, quienes también reclaman el reconocimiento del estado de necesidad a su respecto; la particularidad de estos casos es que cuando se invoque la eximente de responsabilidad, lo será con el fin de proteger intereses esenciales para la comunidad. Por consiguiente, en la casi totalidad de casos analizados a la luz del Derecho Internacional Público, pudimos constatar que el argumento invocado por el Estado era evitar una crisis económica que pudiera hundir al país, con todas las nefastas consecuencias que ello conlleva.

En este contexto, el análisis de la crisis sufrida por Argentina fue de vital importancia, pues nos permitió determinar la amplitud del campo de aplicación del estado de necesidad y al mismo tiempo observar una serie de consideraciones morales, políticas y económicas, que nos ayudan a hacernos una idea acerca de quién está ganando hoy en día la posición predominante en el concierto mundial, como resultado de la confrontación de intereses entre el poder público y los llamados “poderes privados”. En efecto, este tema es un muy buen ejemplo de cómo aquel que antes era considerado como la parte fuerte del contrato solicita hoy la protección en principio reservada a los más débiles. De la lucha librada ante los tribunales arbitrales del CIADI, se puede apreciar la existencia de razonamientos contradictorios, situación que pide a gritos una uniformización de la jurisprudencia, sin que ello signifique necesariamente –como ya muchos lo han propuesto– imponer la regla del “precedente” propia del sistema de la Common Law, pero ajena a la independencia de los tribunales que rige en el sistema jurídico continental.

En todo caso, en cuanto al efecto producido por el estado de necesidad, nuestro estudio nos ha permitido concluir que una vez que ha sido invocado y acogido por el tribunal, debe producir los efectos propios de todo hecho justificativo, es decir, eximir de responsabilidad al Estado soberano que lo ha invocado. No se trata en ningún caso de proponer que la totalidad de los perjuicios sean soportados por la contraparte, ni de negarle su legítimo derecho a una reparación justa, sino simplemente de razonar ya no económicamente, sino que jurídicamente y excluir el período de crisis del análisis en cuanto al monto a indemnizar.

En efecto, el sólo hecho de ser admitida su invocación en términos generales, y sobre todo de ser aceptado en materia convencional nacional e internacional, demuestra una evolución de la forma de concebir las relaciones entre las partes contratantes. Así, la concepción sacrosanta del contrato debe hoy en día descartarse, cuando durante el período de ejecución de un contrato surjan acontecimientos externos que impidan a una de las partes dar cumplimiento a sus obligaciones. En virtud de la evolución de la ciencia jurídica, no pode-

mos continuar soñando con que las partes que celebran un contrato lo hacen siempre en un plano de igualdad de condiciones y que por consiguiente éste no puede ser modificado.

Se trata entonces de un verdadero principio general del Derecho que podrá encontrar aplicación en todo orden jurídico: la responsabilidad debe excluirse, aun si se causa un perjuicio, si el interés protegido tiene un valor superior o al menos equivalente, no sólo porque ello sea beneficioso o indiferente para la sociedad, sino que se trata de la forma normal en la que obran los seres humanos, incluso cuando representan a un Estado.

