

¿ES POSIBLE INVOCAR ESTADO DE NECESIDAD FRENTE A LA ELEVACIÓN DEL NIVEL DEL MAR?

IS IT POSSIBLE TO INVOKE A STATE OF NECESSITY IN THE FACE OF RISING SEA LEVELS?

María Alejandra STICCA (Argentina)*

Asociada del IHLADI

Sumario: I. Introducción. II. Una de las circunstancias de exclusión de ilicitud: el estado de necesidad. III. Elementos del estado de necesidad en su correlación con la elevación del nivel del mar. IV. Conclusiones.

Resumen: En esta contribución exploramos la posibilidad que podría tener un Estado de invocar el estado de necesidad como circunstancia excluyente de ilicitud ante la violación de obligaciones internacionales, frente un peligro grave e inminente para sus intereses esenciales provocado por la elevación del nivel del mar. A tal fin, analizaremos los elementos que configuran el estado de necesidad en su correlación con las consecuencias de la elevación del nivel del mar.

Palabras clave: derecho internacional – estado de necesidad – interés esencial – elevación nivel del mar – cambio climático

Abstract: In this contribution, we explore the possibility that a State might have of invoking the state of necessity as a circumstance precluding wrongfulness in the event of a violation of international obligations, in the face of a grave and imminent danger to its essential interests caused by rising sea levels. To this end, we will analyze the elements that constitute the state of necessity in their correlation with the consequences of rising sea levels.

Keywords: international law – state of necessity – essential interest – sea-level rise – climate change

I. Introducción

En 2018 en su 70° período de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI), órgano subsidiario de Asamblea General de la Organización de

*Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) – Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho (UNC). Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba (Argentina) Email: alejandra.sticca@unc.edu.ar.

Naciones Unidas, incluyó en su programa de trabajo a largo plazo el tema “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional”¹, una de las consecuencias del cambio climático, el que, sin lugar a duda, exige una redefinición de instituciones del derecho internacional. En 2019 se estableció un Grupo de Estudio copresidido por los Sres. Bogdan Aureescu, Yacouba Cissé, Patrícia Galvão Teles, Nilüfer Oral y Juan José Ruda Santolaria.

En este marco, comenzamos por señalar, siguiendo a Ruda Santolaria que

“La elevación del nivel del mar es, entonces, un fenómeno progresivo, no inmediato, que puede conducir—a lo largo del tiempo y de manera sucesiva—a dos situaciones distintas: (i) que la superficie terrestre de los estados concernidos pueda verse afectadas por la erosión y la salinización y tornarse inhabitable, dando lugar a que la población se vea compelida a migrar, aunque no quede completamente cubierta por el mar tal superficie terrestre; y (ii) que la superficie terrestre de los estados concernidos pueda quedar totalmente cubierta por el mar”².

Tras la inclusión en 2018 del tema “El aumento del nivel del mar en relación con el derecho internacional” en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, uno de los puntos más controvertidos se refiere al carácter ambulatorio o fijo de las líneas de base a partir de las cuales cada Estado determina sus espacios marinos. Este punto reviste importancia a los fines de nuestro análisis pues la determinación de las líneas de base de los Estados ribereños y sus consecuencias es un “*interés esencial de los Estados*”³, particularmente de los Pequeños Estados Insulares.

II. Una de las circunstancias de exclusión de ilicitud: el estado de necesidad

Para poder dar respuesta al interrogante que planteamos, comenzamos nuestro trabajo afirmando que el estado de necesidad es una “justificación” del comportamiento⁴, ya que ello implica que el autor del acto dispuso de un permiso

¹ Se pueden consultar todos los trabajos hasta la fecha por la CDI sobre el tema “Elevación del nivel del mar en relación con el Derecho Internacional”. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/guide/8_9.shtml#top (Fecha de consulta: 25.04.2025)

² J. J. Ruda Santolaria “Algunas reflexiones sobre la condición de Estado en relación con la elevación del Nivel del Mar”. *American University International Law Review* 38, no. 3. Volumen: Vol. 38, 2023, p. 702.

³ Oficina de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar Naciones Unidas, *Líneas de base Examen de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar relativas a las líneas de base*, Nueva York, 1989. Disponible en: https://www.un.org/depts/los/doalos_publications/publication_stexts/s_88v5_baselines.pdf (Fecha de consulta: 25.04.2025)

⁴ A los fines de profundizar sobre el estado de necesidad en tanto la circunstancia excluyente de ilicitud, sugerimos consultar la obra M. A. Sticca, “*Elementos Estructurales del Estado de Necesidad en Derecho*

del orden jurídico para actuar como lo hizo en las circunstancias del caso, excluyendo la posibilidad de consecuencia jurídica por ilícito. En esta “justificación” hay dos principios eximentes: el principio de la ausencia de interés propio (ventaja por el obrar) y el principio del interés preponderante desde la visión global. Se centra la justificación en el acto como decisión subjetiva, pero de apreciación objetiva conforme su razonabilidad. Se referencia a la “conducta en las circunstancias”. Es decir, se entiende que las condiciones que dan lugar a reclamación de justificación tienen entidad suficiente para alterar los fundamentos morales y / o la valoración jurídica de un hecho ilícito o ilegítimo *prima facie*. El acto que, en ausencia de las condiciones de justificación, normalmente se describiría como violación a norma internacional, se considera, como consecuencia de la circunstancia–defensa, correcto o, al menos, permitido jurídicamente.

El “estado de necesidad” es causa de exclusión de ilicitud y no de exclusión de responsabilidad porque torna lícita una conducta que de otra manera habría sido ilícita.

La CDI en su Proyecto de Arts. sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados en segunda lectura por el Comité de Redacción en el año 2001 incorporó en el Capítulo V entre las circunstancias que excluyen la ilicitud al *estado de necesidad*⁵.

III. Elementos del estado de necesidad en relación con elevación del nivel del mar

Seguidamente desarrollaremos cuáles son los elementos que deben reunirse acumulativamente a los fines de poder invocar esta circunstancia de exclusión de ilicitud:

–El “estado de necesidad” es una *SITUACIÓN TRANSITORIA* ya que no es dable pensar que un Estado por tiempo prolongado esté respondiendo en violación

Internacional Público”, Edit. Ciencia – Derecho y Sociedad – Advocatus, Córdoba, 2018, ISBN 978–950–33–1442–5. Disponible en <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/elementestrucestadonecesidad.pdf> (Fecha de consulta: 25.04.2025)

⁵ Art. 25 *Estado de necesidad* 1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

a normas vigentes a un peligro extremo, grave e inminente, el que por su propia naturaleza importa un lapso de presión incisiva de duración acotada.

El hecho necesitado debe cesar tan pronto como el peligro haya desaparecido o el daño se haya producido pues en este caso nos encontraríamos en una situación de posible justificación por otra vía.

–Existencia de un INTERÉS ESENCIAL del Estado, puesto en riesgo por un peligro grave e inminente.

Es difícil definir el “interés esencial”. En este caso, por tratarse de un Estado, necesariamente es de naturaleza pública (interés público esencial – no privado del Estado). Si bien, la determinación del interés público esencial de una comunidad suele depender de decisiones políticas, está contenida por la necesidad de que el interés en peligro sea considerado esencial en el plano internacional. Esa consideración en el plano internacional es móvil en el tiempo, pero responde a decisiones políticas de un colectivo de distinta trama, más amplio, más balanceado, tanto en lo político-ideológico como en lo estructural que el nacional (por ejemplo sistema de Naciones Unidas).

Más allá de los cuestionamientos a los vocablos elegidos, el rol esencial del elemento-requisito “interés esencial”, en calidad de función primaria, es *limitar* la aplicación del “estado de necesidad” como causal de exclusión de ilicitud frente a los posibles abusos por parte de los invocantes. Ello, porque se pretende que la defensa de necesidad sea de *excepcional* naturaleza.

La doctrina contemporánea destaca que la concepción de “interés esencial” ha ido evolucionando en el tiempo. Se señala que, se ha producido una gran expansión del concepto de los “intereses esenciales” del Estado, al incluir tanto intereses ecológicos como económicos.

Algunos autores sostienen que cabe invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de ilicitud en supuestos de contaminación de cursos de agua internacionales y también en caso de intervención de extrema urgencia por parte de las autoridades ribereñas fuera de sus fronteras fuera el único medio que tuviese el Estado para tomar medidas de protección contra una grave contaminación que se extendiera a ambos lados de la frontera, careciendo los órganos del Estado ribereño vecino del tiempo y medios para proceder a la adopción de las medidas necesarias para contrarrestar la contaminación. También ha llegado a considerarse que la conservación de los recursos vivos del mar o los recursos vivos marinos antárticos podrían constituir un interés esencial del Estado que pueda justificar la invocación del estado de necesidad.

En esta oportunidad nos preguntamos si un Estado ante el peligro que para sus intereses esenciales representa la elevación del nivel del mar o ante su inminencia,

podría invocar el estado de necesidad como justificación de la violación de una obligación jurídica internacional, si debido a las circunstancias extremas causadas por el cambio climático, se ve obligado a tomar medidas que, de otro modo, serían consideradas ilícitas.

Algunas de las obligaciones internacionales que consideramos podrían verse comprometidas en un escenario de estas características, podrían ser:

- Obligaciones de protección del medio ambiente y cambio climático, acuerdos internacionales sobre cambio climático, como el Acuerdo de París, imponen a los Estados la obligación de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y adoptar medidas para mitigar el cambio climático. Un Estado podría invocar el estado de necesidad si, debido a la elevación del nivel del mar, se ve obligado a adoptar medidas que contravengan sus compromisos en estas áreas (por ejemplo, desviarse de sus compromisos de reducción de emisiones o de protección ambiental en un intento por salvar a su población o territorio).
- Obligaciones derivadas de tratados internacionales de cooperación, en ciertos tratados internacionales, como acuerdos sobre la pesca o la gestión de recursos hídricos, los Estados pueden tener la obligación de cooperar de manera equitativa y sostenible. Si un Estado afectado por la elevación del nivel del mar necesita alterar el uso de los recursos compartidos o restringir el acceso de otros Estados a dichos recursos para proteger su territorio o supervivencia, esto podría contravenir las obligaciones de cooperación establecidas en estos acuerdos.

También podríamos pensar que un Estado insular, cuya población depende de recursos pesqueros compartidos con otros Estados, se ve amenazado por la elevación del nivel del mar. En un intento de garantizar la seguridad alimentaria y económica de su población, podría imponer restricciones a la pesca. Esta acción violaría un tratado de pesca bilateral o regional, pero el Estado podría argumentar que la violación es necesaria para salvaguardar un interés esencial, esto es su población.

Es innegable que los Estados ribereños tienen intereses no solo en el mar territorial, sujeto a su soberanía, sino también en las zonas marítimas donde gozan de derechos soberanos o ejercen jurisdicción. En estas últimas zonas, por supuesto, el interés no puede considerarse “menos esencial”. Cabe señalar que, disposiciones de la *Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982* refieren

expresamente a los “intereses” del Estado ribereño en la Zona Económica Exclusiva o, en general, más allá del mar territorial⁶.

Coincidimos con Virzo cuando afirma que

“En primer lugar, existen diferentes tipos de intereses esenciales del Estado ribereño en sus zonas marinas. En segundo lugar, que no hay ninguna dificultad en reconocer que incluso la estabilidad de los límites exteriores de las zonas marinas, incluida la ZEE, se relaciona con los intereses esenciales de un Estado ribereño afectado por el aumento del nivel del mar. En cuanto a la ZEE, cabe señalar que, si bien solo puede alcanzar las 200 millas náuticas, incluso si la línea de base se desplaza hacia atrás, el aumento de las aguas interiores o archipelágicas y la estabilidad de las líneas de base, así como los límites exteriores actuales de sus espacios marinos, permite que los Estados afectados por el aumento del nivel del mar deben seguir salvaguardando una serie de intereses esenciales dentro de las millas náuticas actuales, incluida la protección del ecosistema marino y la

⁶ Art. 59. *Bases para la resolución de conflictos sobre la atribución de derechos y jurisdicción en la zona económica exclusiva.* En los casos en que la presente Convención no atribuya derechos ni jurisdicción al Estado ribereño ni a otros Estados dentro de la zona económica exclusiva, y surja un conflicto entre *los intereses* del Estado ribereño y los de cualquier otro Estado u Estados, el conflicto deberá resolverse sobre la base de la equidad y a la luz de todas las circunstancias pertinentes, teniendo en cuenta la importancia respectiva de los *intereses* en juego para las partes así como para la comunidad internacional en su conjunto.

Art. 62. *Utilización de los recursos vivos.* 1. El Estado ribereño promoverá el objetivo de la utilización óptima de los recursos vivos en la zona económica exclusiva sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 61.

2. El Estado ribereño determinará su capacidad para explotar los recursos vivos de la zona económica exclusiva. Cuando el Estado ribereño no tenga capacidad para explotar la totalidad de la captura permisible, mediante acuerdos u otros arreglos y de conformidad con los términos, condiciones, leyes y reglamentos a que se refiere el párrafo 4, permitirá a otros Estados acceder al excedente de la captura permisible, teniendo especialmente en cuenta lo dispuesto en los arts. 69 y 70, especialmente en relación con los Estados en desarrollo allí mencionados.

3. Al dar acceso a otros Estados a su zona económica exclusiva con arreglo al presente art., el Estado ribereño tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos, *entre otros*, la importancia de los recursos vivos de la zona para la economía del Estado ribereño de que se trate y *sus demás intereses* nacionales, las disposiciones de los arts. 69 y 70, las necesidades de los Estados en desarrollo de la subregión o región de explotar parte de los excedentes y la necesidad de reducir al mínimo las perturbaciones económicas en los Estados cuyos nacionales hayan pescado habitualmente en la zona o que hayan realizado esfuerzos sustanciales de investigación e identificación de las poblaciones....

Art. 221. *Medidas para evitar la contaminación derivada de siniestros marítimos.* 1. Nada de lo dispuesto en esta Parte menoscabará el derecho de los Estados, de conformidad con el derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, a adoptar y aplicar medidas más allá del mar territorial que sean proporcionales al daño real o potencial para proteger sus costas o *intereses conexos*, incluida la pesca, de la contaminación o la amenaza de contaminación resultante de un siniestro marítimo o de actos relacionados con dicho siniestro, de los que quepa razonablemente prever que tengan consecuencias perjudiciales importantes....

conservación y explotación de los recursos naturales en beneficio de las poblaciones locales”⁷⁸.

–Situación en la que existe un PELIGRO GRAVE E INMINENTE para un interés esencial del Estado.

Peligro real (no algo supuesto), específico, presionante por su gravedad, inminencia e inmediatez. Debe atender contra el interés esencial del Estado de modo “absoluto”. El peligro es tal que requiere actuar con urgencia, muchas veces en respuesta inmediata, la que frente a la gravedad no pondera la recriminación por el comportamiento. Son acciones que están más allá de las normas de comportamiento ordinario o razonable ya que la necesidad de responder es urgente dada la situación crítica en la relación interés protegido y peligro.

El origen del peligro puede ser un hecho de la naturaleza o un comportamiento humano doloso o culposo. Las características esenciales a tener en cuenta cuando se habla de peligro son la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado y el carácter dañoso o lesivo de dicho resultado. Por tanto, no hay “peligro” cuando la producción de un acontecimiento es imposible o cuando el resultado concuerda con nuestros intereses o no los afecta. “El peligro es, por tanto, la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción”. Así es posible admitir una situación o una conducta peligrosa sin que en ella nuestros intereses se vean en absoluto involucrados y respecto a la segunda característica admite, sin discusión, que el resultado a que puede conducir el peligro ha de ser un resultado dañoso, no deseado por el sujeto necesitado. No se está frente a un peligro cuando la ocurrencia del daño deja de ser una posibilidad y se convierte en certeza, así como se considera seguro la posibilidad de evitar la producción del daño. El sujeto actúa preventivamente, ante la amenaza o probabilidad de daño, pues si el resultado ya se produjo cae la posibilidad de invocar esta causal.

Los peligros pueden tener su origen en la naturaleza y/o en el accionar del hombre y a su vez pueden ser simples o complejos, secuenciales o combinados, ya sea en su origen o en los efectos que producen. Estas consideraciones nos parecen por demás interesante porque no se ha discutido en la doctrina y tampoco los tribunales lo hicieron acerca de qué es un peligro y cómo puede presentarse el mismo. Además, el punto se vincula estrechamente con la contribución o no del sujeto necesitado, puesto que hay peligros que por su naturaleza son multicausales y por la tanto a

⁷ La traducción nos pertenece.

⁸ R. Virzo, “Sea-Level Rise and State of Necessity: Maintaining current baselines and Outer limits of National Maritime Zones”, *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2 (1), 2022, pp. 30–31. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/27725650-02010002> (Fecha de consulta: 25.04.2025)

priori quedarían excluidos esos supuestos de la posible invocación del estado de necesidad.

No sólo debe ser grave el peligro que amenaza un interés esencial, sino que también debe ser inminente. La inminencia es un grado de proximidad del peligro que indica que el daño se puede producir en cualquier momento a partir de aquél en que se suscitó el peligro de su ocurrencia. La inminencia consiste en que el peligro para el bien jurídico de mayor valor que se pretende proteger se muestre como un peligro actual, y que su producción esté por suceder de inmediato si no se hace algo para evitarlo. La sola valoración de la inmediatez es subjetiva y de controvertible solución.

La determinación de la gravedad e inminencia del peligro es una cuestión subjetiva y por lo tanto varía de sujeto en sujeto. A ello debemos añadir que la evaluación que hace el sujeto necesitado es en un plano de cierta incertidumbre, antes de que el daño se produzca, esto es, ante el riesgo. En cambio, en caso de controversia entre quien justifica su conducta en el peligro y quien niega que haya existido, ya se estará frente a una certeza, esto es el daño se produjo como consecuencia del peligro, o el daño no se produjo porque el peligro se evitó o porque no existió simplemente. En estos casos, el sujeto necesitado debe probar que el peligro fue claramente determinado sobre la base de las pruebas razonablemente disponibles en el momento de adoptar la decisión, las que pueden variar con el tiempo. Esto trae como consecuencia que las pruebas a las que puedan acceder los Estados variarán en función de su calidad, esto es habrá que estar a cada caso.

Pensamos que la determinación de la gravedad e inminencia, con el nivel desarrollo científico y tecnológico en nuestros días disponible, no puede resultar de una apreciación meramente subjetiva, sino que debe ser la resultante de una sumatoria de variables.

Los casos de la práctica analizados, así como la doctrina, reafirman que el peligro debe ser grave e inminente, pero no se ha definido qué se entiende por “grave”. Algún autor entiende que cualquier amenaza a un interés esencial del Estado configura un peligro grave. La jurisprudencia dio pautas a fin de entender la inminencia como proximidad o inmediatez, pero no basta la mera percepción de un posible peligro. Debe determinarse objetivamente la existencia del peligro en una fecha. Este punto fue criticado porque prácticamente confunde la idea de peligro que entraña riesgo con el daño.

Si bien la inminencia del peligro alude a la inmediatez o proximidad, la CIJ ha sostenido que un peligro a largo plazo pueda ser tenido como “inminente” tan pronto como sea establecido. La doctrina receptó con buen agrado la admisión por la CIJ que los peligros previstos por el estado de necesidad puedan constituirse a largo plazo, puesto que generalmente los peligros ambientales presentan esa

característica. No obstante, al ser tan exigente con el grado de certeza, la Corte le quita valor a ese reconocimiento ya que, si bien los daños pueden ser inciertos frecuentemente son irreversibles.

En realidad, lo que se pretende evitar es que se produzca un daño grave a un interés esencial del sujeto como consecuencia del peligro que se cierne sobre el sujeto.

El peligro, además de tener que ser grave e inminente, debe ser inevitable por otra vía que la elegida por parte del sujeto necesitado, ya que su conducta omisiva podría constituirse en una forma de contribuir con la amenaza, lo que haría caer la posibilidad de invocar esta causal.

– *Ponderación de intereses*

El interés debe ser reconocido legalmente (interés esencial). La justificación queda excluida si el daño causado por el actor, aunque sea necesario para proteger los intereses en juego, es demasiado grave en comparación con el valor objetivo de ese interés.

El estado de necesidad no puede invocarse si entraña el sacrificio de un interés comparable o superior al que se trata de salvaguardar. La cuestión radica en comparar *in concreto* entre el interés esencial del Estado que invoca la necesidad y el interés del Estado afectado o de la comunidad internacional, y hacer primar el superior. El interés de que se trate debe predominar no sólo desde el punto de vista del Estado necesitado sino desde una evaluación razonable de los intereses en juego.

Parte de la doctrina sostuvo que la necesidad de comparar los intereses que entran en juego exige juicios de valor, lo cual puede plantear muchas dificultades mientras no haya una escala de valores universalmente aceptada.

Se ha señalado que la ponderación de los intereses resulta una operación discrecional al no existir un catálogo que precise los intereses esenciales de los Estados y su orden de prelación. Por nuestra parte, entendemos que la existencia de un catálogo de intereses posibles no resolvería el problema puesto que los intereses son individuales y el lugar que ocupan en el orden de prioridades también está en función de las circunstancias particulares de cada sujeto en cada momento dado. Este solo punto puede generar una controversia de compleja solución entre las partes involucradas. La jurisprudencia internacional da prueba de la complejidad que presenta el tema, no habiéndose hecho lugar en algunos casos al estado de necesidad por considerarse no probada la amenaza a un interés esencial del Estado actuante.

Es un tema crucial en el debate sobre el cambio climático, especialmente cuando consideramos que algunos Estados insulares y/o ribereños ya están experimentando los efectos de la elevación del nivel del mar, como la inundación de áreas costeras

y la intrusión de agua salada en fuentes de agua dulce, es decir, que no reviste gran dificultad demostrar el peligro para sus intereses esenciales. Además, existen riesgos no sólo de pérdida territorial, sino también de desplazamientos forzados.

En el caso bajo análisis, los intereses a ponderar son los del Estado afectado por la elevación del nivel del mar y los intereses de terceros Estados o de la comunidad internacional en su conjunto. En el caso de terceros Estados, resulta complejo imaginar que uno de sus intereses esenciales se vería seriamente comprometido en zonas marítimas que, antes de la elevación del nivel del mar, estaban sujetas a la soberanía o jurisdicción del Estado afectado por dicho fenómeno. En nuestra opinión tampoco se puede considerar interés esencial la pesca autorizada en la ZEE de un tercer Estado o en Alta Mar. En todos estos casos el interés esencial del Estado ribereño prevalece sobre el de otros Estados, incluso la comunidad internacional.

– *El Estado que invoca la licitud de su conducta NO DEBE HABER CONTRIBUIDO con su conducta presente o anterior a que se produzca el estado de necesidad*

La doctrina propuso diferentes soluciones para este elemento. En general se alude con ello a los casos en que el Estado que invoca el estado de necesidad ha contribuido, por acción u omisión, intencionalmente o por negligencia al mantenimiento de la situación de la que pretende valerse para justificar su incumplimiento de una obligación internacional. Su contribución debe ser sustancial, no incidental o periférica puesto que de otro modo tornaría de imposible la invocación el estado de necesidad.

En el caso de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo (PEID) vulnerables al aumento del nivel del mar, si en un supuesto, invoca el estado de necesidad, su contribución a la ocurrencia de dicha situación solo puede ser “incidental o periférica”⁹.

– *La conducta ‘prima facie’ ilícita ha sido el ÚNICO MODO para el Estado de salvaguardar su interés esencial contra el peligro grave e inminente*

El elemento “único modo” de acción para salvaguardar un interés esencial, interés superior al vulnerado con la acción aparentemente ilícita, implica que el Estado invocante de la causal de necesidad no ha tenido opción de medios para escapar del peligro grave e inminente o bien todos los medios legítimos para afrontar el peligro se deben haber agotado y haber resultado en vano. Esa inminencia y gravedad permiten requerir que la acción para ser admisible y legítima debe ser inmediata, lo que la torna una acción con condiciones y límites muy estrechos.

⁹ Consultar en: https://di.unfccc.int/time_series (Fecha última consulta 14 de marzo de 2025)

Dicho comportamiento debe ser proporcional al fin perseguido, pues lo que exceda lo estrictamente necesario para el fin no quedará justificado. En este mismo sentido, una vez alejando el peligro, la persistencia en ese comportamiento lo torna ilícito, por lo que, de ser materialmente posible, debe reanudarse el cumplimiento de la obligación internacional afectada.

La jurisprudencia internacional demostró que este elemento propio del estado de necesidad enunciado a los fines de evitar abusos, presenta tal complejidad que torna muy difícil a los Estados superar el test y lograr probar que realmente fue el único modo de actuar.

En los casos en que se alegó estado de necesidad y se analizó el cumplimiento de este requisito, sólo en unos pocos asuntos, y gracias a una interpretación menos restrictiva de los tribunales intervinientes, los Estados pudieron probar que la conducta adoptada fue el único modo disponible de actuar frente al peligro.

– *FINALIDAD del sujeto que invoca el estado de necesidad* –
COMPORTAMIENTO VOLUNTARIO

En el estado de necesidad no basta con que objetivamente el mal menor producido haya evitado un mal mayor e inminente, sino que el autor del hecho necesitado lo haya cometido con ese fin. Este es otro requisito a ser evaluado, pero suma más subjetividad a la figura.

Enlazamos “finalidad” con “comportamiento voluntario” en tanto el acto *prima facie* ilícito no debe implicar beneficio alguno para el actor; la intencionalidad del acto (fin y objetivo positivo) debe ser evitar el daño que implica el peligro grave e inminente que se cierne sobre el Estado; la decisión es un comportamiento voluntario que persigue alcanzar el fin (intencionalidad del acto), habiendo sido el obrar el único modo de afrontar el peligro grave e inminente.

– *Incumplimiento de una obligación frente a un SUJETO INOCENTE*

En esencia, es una característica y no un elemento a acumular a la hora de invocar la causal. Ello, en tanto la condición de inocente o no de quien resulta víctima de la violación de la obligación internacional, sólo puede pesar frente a la cuantía de la reparación por *liability* a la que deberá hacer frente el Estado que obró en estado de necesidad acreditada.

Es una característica diferenciante respecto de las otras causales de exclusión de ilicitud, en la relación sujeto actor y víctima porque estamos frente a un hecho voluntario que lesiona un derecho del sujeto inocente.

La condición de “inocente” no sólo hace referencia a la no contribución de la víctima a la situación que provoca el “estado de necesidad”, sino que, también

importa un estado de desprotección de la víctima atento a su condición de ajeno a la situación por desconocimiento de ella con la concomitante falta de previsibilidad frente a la acción de su atacante.

– Conexión causal entre el incumplimiento de la obligación y el peligro

El peligro grave debe ser la causa y la medida del incumplimiento, el que se presenta como un efecto posible dentro de los límites establecidos. En general, frente a la causa “peligro”, se presentan una serie de alternativas: a) el peligro no es grave e inminente; b) el peligro se puede evitar; c) el peligro no se presenta como amenaza de daño para el sujeto; d) el peligro no amenaza un interés esencial; e) el sujeto tiene varios modos de hacerle frente; f) el sujeto contribuyó decididamente a la aparición o mantenimiento del peligro; g) el sujeto asumió el riesgo de una situación de necesidad; h) el sujeto incumpla como efecto y único modo de salvaguardar un interés esencial. Esta última alternativa es la que habilita al sujeto a invocar el estado de necesidad como justificación, el incumplimiento debe ser la consecuencia directa del peligro grave e inminente puesto que si se rompe esta relación causal cae la causa de exclusión de ilicitud.

–El tipo de obligación internacional violada de que se trate determina la posibilidad de invocar el estado de necesidad o no

–No es admisible la causal de “estado de necesidad” cuando la propia obligación excluye esa posibilidad

El Estado asume el riesgo que se presente una situación de peligro para un interés esencial. Esto puede estar plasmado expresamente en la fuente de la cual nace la obligación o surgir de manera implícita. Lo importante es que la asunción del peligro esté dirigida al Estado respecto del cual se tiene la obligación.

Esta prohibición puede estar determinada *ex ante* en la fuente de la obligación. Esto se da, por ejemplo, cuando el tratado del que nace la obligación, prevé esta exclusión o puede surgir implícitamente del objeto y fin del tratado.

– No es admisible cuando la conducta viola normas perentorias, imperativas, de jus cogens

IV. Conclusiones

Respondiendo al interrogante que planteamos en el título de este trabajo, afirmamos que el estado de necesidad podría invocarse en situaciones excepcionales en las que se hayan cumplido todas las condiciones requeridas acumulativamente

por la circunstancia de exclusión “estado de necesidad”, donde el Estado afectado por la elevación del nivel del mar se vea obligado a adoptar medidas que violen sus obligaciones internacionales en áreas como el medio ambiente o cooperación internacional, siempre que esas medidas sean el único modo para la supervivencia del Estado frente a un peligro grave e inminente y no causen un daño excesivo a otros Estados o a la comunidad internacional en general. Sin embargo, su aplicación sería excepcional y debe ser evaluada cuidadosa, restrictivamente y frente al caso particular.