

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE “INTERÉS ESENCIAL” DEL ESTADO O DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EL “BIEN JURÍDICO PROTEGIDO” DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL*

SOME REFLECTIONS ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE “ESSENTIAL INTEREST” OF THE STATE OR DE INTERNATIONAL COMMUNITY AND “LEGAL GOODS” FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW

*María Alejandra Sticca***

Resumen: El objetivo de esta contribución es reflexionar sobre la relación entre “interés esencial” del Estado o de la comunidad internacional y “bien jurídico protegido” desde la perspectiva del Derecho Internacional.

Palabras-clave: Interés esencial - Estado de necesidad - Bien jurídico protegido - Derecho internacional.

Abstract: The purpose of this contribution is reflect on the relationship between the “essential interest” of the State or de international community and “legal goods” from the perspective of International Law

Keywords: Essential interest - State of necessity - Legal good - International law.

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué entendemos por “interés esencial”? III. ¿Qué entendemos por “bien jurídico protegido”? IV. ¿Qué relaciones identificamos entre “interés esencial” y “bien jurídico protegido”? V. Reflexiones finales.

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2023 y aprobado para su publicación el 10 de abril del mismo año.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Magister en Cooperación al Desarrollo y Acción Humanitaria. Especialista en Aspectos Jurídicos y Económicos del Mercosur. Abogada (UNC). Licenciada en Relaciones Internacionales (Universidad Católica de Córdoba). Profesora Titular de *Derecho Internacional Público* (Facultad de Derecho/UNC). Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho (UNC). Miembro del Instituto de Derecho Internacional y Secretaria del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Email:alejandra.sticca@unc.edu.ar

I. Introducción

En este artículo nos proponemos desentrañar la relación entre el “interés esencial” del Estado, de otro Estado o de la comunidad internacional en su conjunto, elemento estructural propio del estado de necesidad en tanto que circunstancia de exclusión de ilicitud y el concepto de “bien jurídico protegido” desarrollado por el Derecho Penal, punto que nos conduce a profundizar en la causal desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional¹.

A nuestros fines retomaremos el estudio del estado de necesidad desde la perspectiva del Derecho Internacional Público y del Derecho Penal con el fin de tratar de determinar el alcance e implicancia de los términos “interés esencial” y “bien jurídico protegido” utilizados por una y otra rama del derecho.

II. ¿Qué entendemos por “interés esencial”?

A los fines de reflexionar sobre qué entendemos por “interés esencial”, lo haremos en los términos del artículo 25 del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad internacional del Estado por hecho internacionalmente ilícito (en adelante, Proyecto CDI RIE) y de los desarrollos de la CDI. Deseamos recordar que este proyecto de artículos fue adoptado el 9 de agosto de 2001, y fue el resultado de un largo trabajo de la CDI de casi 40 años, durante los que participaron una serie de relatores especiales F.V. García Amador (1955 - 1961), R. Ago (1963 - 1979), W. Riphagen (1979 - 1986), G. Arangio Ruiz (1987 - 1996) y finalmente J. Crawford (1997 - 2001).

El artículo 25 del Proyecto CDI RIE establece:

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

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

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

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

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

(1) Art. 31.1. del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

b) *El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad*².

En este artículo 25 nos encontramos frente a una circunstancia de exclusión de ilicitud que exige necesariamente sopesar dos intereses esenciales en conflicto, uno de los cuales será sacrificado.

El estado de necesidad asegura que el Estado puede actuar para salvaguardar un interés esencial suyo que se considera superior frente a un peligro grave e inminente. Esto requiere una ponderación entre los intereses en juego.

Es difícil definir el concepto de “interés esencial”. La CDI no definió ni enumeró intereses que sean esenciales, sino que estableció que “depende de todas las circunstancias y no puede prejuzgarse”.

No hay una norma precisa que establezca cuáles son considerados intereses esenciales de los Estados. “El carácter más o menos esencial de un interés determinado está en función, naturalmente, del conjunto de las condiciones en que se encuentra un Estado en las diversas situaciones concretas; es preciso, pues, apreciarlo en relación con cada caso particular en que entre en consideración tal interés, y no determinarlo anticipadamente en abstracto”³. Ello permite la flexibilidad y adaptabilidad necesaria a un escenario internacional permanentemente cambiante. Con lo cual el concepto de estado de necesidad lejos de ser estático, evoluciona con la comunidad internacional y puede responder a las nuevas y variadas circunstancias. La práctica demuestra que el estado de necesidad ha sido invocado ante amenazas a intereses como el mantenimiento de la paz interior, las condiciones de vida de la población, el equilibrio económico-financiero y la protección del medio ambiente. Cabe señalar que buena parte de las discusiones en el seno de la Sexta Comisión se centraron en tratar de clarificar el concepto de “interés esencial”.

(2) En su versión en lengua inglesa, la CDI emplea en el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado presentado ante la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) en diciembre de 2001 el término “necessity”, en la versión francesa el término “état de nécessité” en tanto en la versión española el concepto de “estado de necesidad”. En la versión inglesa del texto adoptado en primera lectura (art. 33, en *Anuario CDI 1996*, vol. II, Segunda Parte, p. 61) la CDI utilizó en cambio la expresión “state of necessity”, de la que también se valió R. Ago en su Adición al Octavo Informe sobre responsabilidad del Estado, en *Anuario CDI 1980*. Esta diferencia terminológica en la versión inglesa del proyecto no se aprecia en cambio en el Proyecto sobre responsabilidad de las Organizaciones Internacionales. Tanto el relator especial (en su Cuarto informe), como posteriormente el Comité de Redacción han optado por emplear el término “necessity”. En la versión española se mantiene la expresión “estado de necesidad” y en la francesa “état de nécessité”, vid. A/CN.4/L.687. La CIJ, por su parte, como veremos en el capítulo 4, utiliza la expresión “state of necessity” para referirse a esta circunstancia de exclusión de la ilicitud de un hecho, reservando el término “necessity” para referirse a uno de los criterios exigidos junto con el de proporcionalidad, para poder alegar válidamente legítima defensa (art. 51 de la Carta de UN).

(3) *Anuario CDI 1980*, vol. II, 2º Parte, párr. 32, p. 48.

Salmon efectuó un interesante aporte al tema, sostuvo que el objeto del interés a salvaguardar por un Estado no ha sido descripto de manera uniforme por la doctrina y propone una enumeración sobre qué ha de entenderse por interés esencial, a saber:

- * Peligro para la propia conservación del Estado o sus intereses esenciales
- * Conservación concerniente a las exigencias esenciales de la vida del Estado
- * Amenaza para la existencia misma del Estado
- * Protección de intereses vitales
- * Protección de la existencia del Estado, de su estatuto territorial y personal presentes, de su gobierno o de la forma misma de Estado
- * Catástrofe nacional, medidas de orden público necesarias para el buen funcionamiento de las instituciones o a la salvaguarda de los intereses vitales de los nacionales
- * Salvaguardar valores de gran importancia, tales como la vida humana o la existencia misma del Estado⁴.

Pinto, en sesión de la CDI, sostuvo que: “La palabra *interés* puede ser objeto de diversas interpretaciones, y hará, sin duda alguna, difícil una aplicación de esa disposición que sea conforme a la justicia en cada caso particular. La necesidad de comparar los intereses que entran en juego, que parece exigir juicios de valor, mientras no haya una escala de valores universalmente aceptada, puede plantear problemas que comprometan seriamente la utilidad de la noción de necesidad y, por tanto, del proyecto de artículos”⁵.

A esta inquietud, Ago respondió que no se debían exagerar las dificultades que pueda plantear la interpretación de la necesidad y pone como ejemplo el caso *Torrey Canyon*, en el que “no ha sido necesario preguntarse si el interés de Gran Bretaña en evitar una contaminación grave de sus costas prevalecía realmente sobre el interés del Estado del pabellón en que no se destruyeran los restos del buque”⁶. El supuesto planeado por Ago claramente no genera duda sobre la jerarquía de los intereses, el problema radica cuando los intereses en tensión son de discutible prevalencia, tal por ejemplo, el caso que se da frente al interés en preservar el medio ambiente o hacer prevalecer la integridad territorial⁷.

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

(5) Ses. 1618, párr. 2, *Anuario CDI 1980*, vol. I, p. 177.

(6) *Ibidem*, párr. 41, p. 182.

(7) Si bien Ago declinó enumerar a los intereses esenciales del Estado a los propósitos del art. 33 en el entendimiento que un determinado interés esencial en su extensión dependía de cada caso, dio algunos ejemplos, entre los cuales se cuentan: la supervivencia política y económica, la continuidad

Quizás el punto de mayor complejidad radica justamente en que cuando nos referimos al “interés esencial”, debemos analizarlo desde las tres perspectivas: a) el interés esencial a ser salvaguardado frente a peligro grave e inminente; b) interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto, es decir, el interés esencial posiblemente afectado por el hecho necesitado; c) ponderar esos intereses.

(i) *Interés esencial a ser salvaguardado*

Nos preguntamos si dicho interés esencial debe ser del Estado o puede un Estado invocar estado de necesidad con el fin de salvaguardar un interés esencial de la Comunidad internacional frente a un peligro grave e inminente.

Consideramos que un Estado puede actuar para proteger “un interés esencial” propio o de la comunidad internacional en su conjunto.

El comentario de la CDI contiene poca orientación sobre cómo identificar los intereses esenciales: sólo dice que depende de “todas las circunstancias, y no puede prejugarse”⁸. De hecho, la redacción del artículo 25 revela que la Comisión pretendió que se tratara de un concepto relativo. Por ejemplo, el Tribunal Internacional de Justicia (en adelante, TIJ) en Gabčíkovo–Nagymaros aceptó que los intereses ecológicos podrían ser esenciales⁹. Hungría sostuvo que, a pesar que suspendió o abandonó algunas obras, jamás suspendió la aplicación del Tratado de 1977. Para justificar su conducta alegó el “estado de necesidad ecológico”¹⁰. El alto Tribunal reco-

del funcionamiento de servicios esenciales, el mantenimiento de la paz interna, la supervivencia de un sector de la población, la preservación del medioambiente de su territorio o parte de él. V. BOED, R. “State of necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct”, *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol.3, 2000, p. 15.

(8) Ver nota 3.

(9) *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros*, (Hungría / Eslovaquia) (TIJ, sentencia de 25 de setiembre de 1997).

(10) Párrafo 40. “Throughout the proceedings, Hungary contended that, although it did suspend or abandon certain works, on the contrary, it never suspended the application of the 1977 Treaty itself. To justify its conduct, it relied essentially on a “state of ecological necessity”. Hungary contended that the various installations in the Gabčíkovo -Nagymaros System of Locks had been designed to enable the Gabčíkovo power plant to operate in peak mode. Water would only have come through the plant twice each day, at times of peak power demand. Operation in peak mode required the vast expanse (60 km²) of the planned reservoir at Dunakiliti, as well as the Nagymaros dam, which was to alleviate the tidal effects and reduce the variation in the water level down-Stream of Gabčíkovo. Such a system, considered to be more economically profitable than using run-of-the-river plants, carried ecological risks which it found unacceptable. According to Hungary, the principal ecological dangers which would have been caused by this system were as follows. At Gabčíkovo / Dunakiliti, under the original Project, as specified in the Joint Contractual Plan, the residual discharge into the old bed of the Danube was limited to 50 m³/s, in addition to the water provided to the system of sidearms. That volume could be increased to 200 m³/s during the growing season. Additional discharges, and in particular a number of artificial floods, could also be effected, at an unspecified rate. In these circumstances, the groundwater level would have fallen

noció que las preocupaciones expresadas por Hungría sobre su medio ambiente en la región afectadas por el Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros constituyen un “interés esencial” de aquel Estado¹¹, dentro del significado dado a la expresión en el artículo 33 del Proyecto de la CDI¹².

La CDI indicó, en su comentario, que no se debe reducir un “interés esencial” a una materia solo de “existencia” del Estado, y que toda la cuestión debía, fundamentalmente, ser juzgada a la luz del caso particular; al mismo tiempo, incluyó entre las situaciones que podían ocasionar un estado de necesidad, “*un grave peligro a (...) la preservación ecológica de todo o parte del territorio de un Estado*” y especificó, con referencia a la práctica estatal, que “*es principalmente en las últimas dos décadas que la protección del equilibrio ecológico ha llegado a ser considerada un interés esencial de todos los Estados*”¹³.

in most of the Szigetkoz. Furthermore, the groundwater would then no longer have been supplied by the Danube - which, on the contrary, would have acted as a drain - but by the reservoir of stagnant water at Dunakiliti and the side-arms which would have become silted up. In the long term, the quality of water would have been seriously impaired. As for the surface water, risks of eutrophication would have arisen, particularly in the reservoir; instead of the old Danube there would have been a river choked with sand, where only a relative trickle of water would have flowed. The network of arms would have been for the most part cut off from the principal bed. The fluvial fauna and flora, like those in the alluvial plains, would have been condemned to extinction. As for Nagymaros, Hungary argued that, if that dam had been built, the bed of the Danube upstream would have silted up and, consequently, the quality of the water collected in the bank-filtered wells would have deteriorated in this sector. What is more, the operation of the Gabčíkovo power plant in peak mode would have occasioned significant daily variations in the water level in the reservoir upstream, which would have constituted a threat to aquatic habitats in particular. Furthermore, the construction and operation of the Nagymaros dam would have caused the erosion of the riverbed downstream, along Szentendre Island. The water level of the river would therefore have fallen in this section and the yield of the bank-filtered wells providing two-thirds of the water supply of the city of Budapest would have appreciably diminished. The filter layer would also have shrunk or perhaps even disappeared and fine sediments would have been deposited in certain pockets in the river. For this twofold reason, the quality of the infiltrating water would have been severely jeopardized. From all these predictions, in support of which it quoted a variety of scientific studies, Hungary concluded that a “state of ecological necessity” did indeed exist in 1989.

(11) Véase VIÑUALES, J. “The contribution of the International Court of Justice to the development of International Environmental Law: A contemporary assessment”, 32 *Fordham Int’l LJ*, 2008-2009, 232-258.

(12) Para profundizar en el análisis ver STICCA, M.A. *Elementos estructurales del estado de necesidad en el Derecho Internacional Público, Advocatus, Córdoba*, p. 194 y ss., *Op. Cit.*, p. 194 y ss.

(13)53. “The Court has no difficulty in acknowledging that the concerns expressed by Hungary for its natural environment in the region affected by the Gabčíkovo -Nagymaros Project related to an “essential interest” of that State, within the meaning given to that expression in Article 33 of the Draft of the International Law Commission. The Commission, in its Commentary, indicated that one should not, in that context, reduce an “essential interest” to a matter only of the “existence” of the State, and that the whole question was, ultimately, to be judged in the light of the particular case (see *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II Part 2, p. 49, para. 32); at the same time, it included among the situations that could occasion a state of necessity, “a grave danger to... the ecological preservation of all or some of [the] territory [of a State]” (*ibid*, p. 35, para. 3); and specified, with reference to State practice, that “It is primarily in the last two decades that safeguarding the ecological balance has come to be considered an ‘essential interest’ of all States.” (*Ibid.*, p. 39, para. 14.)....”

El Comentario de la CDI no proporciona una nómina de intereses esenciales: los ejemplos a los que se hace referencia en él pretenden ilustrar la generalidad de la defensa y no proporcionar una lista de los intereses que pueden considerarse esenciales. Por su parte James Crawford explicó que la etimología de la palabra ‘esencial’ ‘sugiere una conexión con la ‘vida del Estado’.

“Like distress and unlike force majeure, necessity involves a choice by a state to act inconsistently with an international obligation to protect some other interest. The nature of the obligation does not matter; it could be customary or conventional. What distinguishes it from distress is the nature of the interest: it is not confined to human life but must be ‘essential’ -a word whose origin (Greek *ousia*: being) suggests a connection to the ‘life’ of the state-. Threats to the existence of the state are indeed the most obvious cases.”¹⁴

La mayoría de los tribunales arbitrales que entendieron en controversias relativas a inversiones extranjeras, en los que se invocó estado de necesidad han calificado como esenciales en las circunstancias del caso, los siguientes intereses del Estado: la existencia e independencia del Estado, *i.a.* Enron (n 13) para. 289¹⁵; von Pezold (n 9) para. 628¹⁶; el mantenimiento del orden público ver *i.a.* von Pezold (n 9) para. 620; el bienestar de la población del Estado¹⁷, el acceso a los servicios públicos y el funcionamiento de las instituciones públicas *i.a.* Sempra (n 13) para. 326¹⁸; BG Group

(14) CRAWFORD J., *State Responsibility: The General Part* (CUP 2013), p. 310.

(15) Laudo arbitral CIADI en el caso Enron Corporation Ponderosa Assets, LP contra la República Argentina del 22 de mayo de 2007.

(16) Laudo Arbitral CIADI en el caso *B. von Pezold y otros contra la República de Zimbabwe* del 28 de julio de 2015 (ICSID CASE NO. ARB/10/15). “628. The Parties are correct in their affirmation that *the existence of a State, as well as the maintenance of public order of a State, is an essential interest, and therefore applicable to ILC Article 25(1)(a)*” (el resaltado nos pertenece) (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7095_0.pdf).

(17) *Impregilo v Argentina* (Award) ICSID Case no ARB/07/17, 21 June 2011, [346]; *Suez v Argentina* (Decision on Liability) ICSID Case no ARB/03/17, 30 July 2010, [260]: “The provision of water and sewage services to the metropolitan area of Buenos Aires certainly was vital to the health and well-being of nearly ten million people and was therefore an essential interest of the Argentine State.” *Total v Argentina* (Decision on Liability) ICSID Case no ARB/04/1, 21 December 2010, [345]. The *Total* tribunal also recognized at [484] that “in time of shortages, diverting gas intended for export to domestic consumption could qualify, in the abstract, as an act adopted ‘to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril’.”

(18) “The Respondent has explained in detail the severity that characterized the crisis affecting the country, which in its view threatened the very existence of the State and its independence. The Respondent asserts in particular that the significant decreases in the Argentine Gross Domestic Product, consumption and investment during the crisis period, together with deflation and the reduction in value of Argentine corporations, resulted in widespread unemployment and poverty, with dramatic consequences for health, nutrition and social policy. Public institutions were also no longer functioning. A witness for the Respondent describes the crisis as “a combination of political, economic, financial, institutional, fiscal circumstances that coalesced.” El laudo arbitral se puede consultar en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf> (fecha última consulta 05 de marzo de 2023).

Plc c. la República Argentina, UNCITRAL, laudo del 24 diciembre de 2007, para. 393¹⁹; National Grid (n 13) para. 245²⁰.

Por ejemplo, en el caso antes mencionado von Pezold c. Zimbabwe, el tribunal revisó la calificación del Estado en cuanto al carácter esencial del interés invocado. El Tribunal concluyó que el interés en el que se basaba en ese caso era “garantizar la supervivencia del Gobierno en funciones y de su Presidente a nivel político”, y esto no era ni una “amenaza para el Estado mismo”, Von Pezold (n 9) para. 631²¹, ni se refería a un interés estatal.

(ii) *Interés esencial posiblemente afectado por el hecho necesitado*

El artículo 25 exige que el hecho necesitado no “perjudique gravemente un interés esencial del Estado respecto del cual se debe la obligación o de la comunidad internacional de Estados en su conjunto”.

Podemos recordar que la CDI acepta la propuesta del Relator Crawford en orden a impedir la invocación del estado de necesidad cuando el hecho del Estado necesitado afecta gravemente un interés esencial de la *comunidad internacional en su conjunto*²².

El método para determinar si los intereses perjudicados son “esenciales” es el mismo que para el interés salvaguardado, esto es, el carácter esencial del interés depende de “todas las circunstancias y no puede prejuzgarse”.

(19) Consultar en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>

(20) Laudo arbitral de CNUDMI en el caso *National Grid P.LC. contra la República Argentina* del 3 de noviembre del 2008 consultar en <https://ita.law.uvic.ca/documents/NGvArgentina.pdf>

(21) “631. The Respondent has clearly demonstrated that the essential interest was to ensure the survival of the incumbent Government and its President at a political level. Such a conclusion is reasonably satisfied by the fact that the uprising was wholly instigated and performed by those who were traditionally faithful to the incumbent party. Indeed, it is not uncommon for an incumbent government to fall out of favour with the voting majority, or even their most staunch supporters, only to be replaced by a new government in an election. Accordingly, it cannot automatically follow that a threat to the existence of a political party is a threat to the existence of a State and therefore an essential interest that is necessary to protect at all costs. The Respondent has failed to demonstrate how this threat to the survival of the incumbent party at a political level was a threat to the State itself.” “632. Accordingly, it must follow that there was no threat demonstrated by the Settlers/War Veterans to an essential interest of the State that would satisfy the essential interest requirement in ILC Article 25(1)(a).”

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

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 juego²³.

(iii) *Ponderación de los intereses*

El Comentario de la CDI establece que el interés protegido “debe prevalecer sobre todas las demás consideraciones, no solo desde el punto de vista del Estado que actúa, sino sobre la base de una evaluación razonable de los intereses contrapuestos, ya sean individuales o colectivos”²⁴.

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. La ponderación de los intereses puede resultar una operación discrecional al no existir un catálogo que precise los intereses esenciales de los Estados y su orden de prelación. Por nuestra parte, entendemos -como hemos anticipado en nuestra obra ya citada- 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.

El comentario al artículo 25 no aclara el punto de vista desde el cual se debe realizar la ponderación y si un tribunal puede considerar el daño real causado al interés menoscabado por el hecho necesitado. En este punto cabe recordar el comentario al proyecto de artículo 33 (el antecesor del artículo 25) en que se indicaba que “cualquier conducta que vaya más allá de lo estrictamente necesario para este fin constituirá inevitablemente un hecho internacionalmente ilícito *per se*, incluso si la excusa del estado de necesidad es admisible en relación con el resto de la conducta”.

(23) Sobre este punto se puede consultar STICCA, M.A. “Elementos estructurales...”, *Op. Cit.*, p. 295 ss.

(24) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session, UN GAOR, 56th Sess., UN Doc. A/56/10 (2001), parrs. 17, p. 83 (disponible en <http://www.un.org/law/ilc>).

El Estado que invoca el estado de necesidad podría ser considerado responsable del daño causado en exceso de su previsión, como se indica en el comentario al proyecto de artículo 33. No obstante, cuando el daño real al interés menoscabado involucre un interés esencial y sea "grave", la balanza podría inclinarse en la otra dirección y excluir la alegación (porque, en última instancia, se ha causado un daño mayor). Esta solución implica una evaluación retrospectiva, que ha dado lugar a críticas.

¿Cómo se puede realizar esta ponderación, dado que no existe una escala absoluta de intereses o valores en el derecho internacional, excepto por intereses protegidos por normas imperativas?

La pregunta que podemos formularnos es si un Estado frente a un peligro grave e inminente puede realmente decidir sobre la importancia relativa de los intereses de otros Estados e incluso de la Comunidad Internacional en su conjunto.

Ambas preguntas que nos formulamos son de difícil -cuando no imposible- respuesta.

Debemos tener en cuenta que, por tratarse de un Estado, necesariamente es de naturaleza pública (interés público esencial - no privado del Estado).

Tal como lo señaláramos en nuestra tesis doctoral, la expresión "interés esencial" manifiesta incoherencia terminológica interna. La expresión "interés" denota una percepción particularista, individualista de utilidad, provecho, beneficio, ganancia, ventaja propia. En cambio, el término "esencial", que le acompaña, conlleva el tinte de algo primordial, fundamental, principal. Si el interés es particular, sólo ese Estado estaría facultado para determinar si el mismo le es básico y no el Derecho internacional. Especialmente, si el Derecho internacional no ha enunciado los intereses que cubre la causal, ni siquiera ejemplificativamente, se vuelve difícil determinar desde afuera la "esencialidad" del interés en peligro. Sabemos por la práctica que la expresión "esencial" pretende ser una "limitación". Sin embargo, no opera como tal ya que, al considerar que el interés es primordial, está pensando en el valor central de un Estado, que es su propia supervivencia, es decir, su autopreservación.

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 invocantes²⁵. 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. Hasta finales del siglo XX, los "intereses fundamentales" de un Estado se limitaban a los necesarios para el mantenimiento

(25) GHANAYIM, K. "Excused Necessity in Western Legal Philosophy", 19 CAN. J. L. JURIS (2006), p. 1 (<http://ssm.com>).

de la existencia de un Estado frente a la violencia doméstica o extranjera, confundida con la legítima defensa y la fuerza mayor²⁶. Asimismo, se señala que, a partir de esa fecha se ha producido una gran expansión del concepto de los “intereses esenciales” del Estado, al incluir tanto intereses ecológicos como económicos.

III. ¿Qué entendemos por Bien jurídico protegido?

El concepto de bien jurídico surge a inicios del siglo XIX con la idea de limitar el poder punitivo estatal; siendo que el problema de orden social más importante es la limitación efectiva del poder.

La opinión de que el derecho penal tiene por objeto proteger bienes jurídicos se remonta a los escritos de los penalistas alemanes *i.a.* Franz Birnbaum²⁷, Karl Binding y Franz von Liszt.

Se considera a Birnbaum el creador del concepto de ‘bien’ ya que él lo introdujo en la discusión jurídico-penal en 1834, con la expresa finalidad de lograr una definición ‘natural’ de delito, independiente del Derecho positivo.

Por su parte, Roxin considera que los “bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”²⁸.

Es importante señalar que si bien el Derecho penal protege principalmente bienes jurídicos individuales, expande la protección a intereses más colectivos y menos individuales, siempre y cuando contengan una importancia trascendental en la sociedad, como lo es el medioambiente por ejemplo, lo que se conoce como “bienes jurídicos colectivos”. Es por ello que la titularidad de estos bienes se comparte por una generalidad de personas.

García Arroyo distingue los bienes jurídicos “individuales”, reconocibles por todos como son la vida, libertad, integridad física o propiedad entre muchos otros, y bienes jurídicos que, trascendiendo el aspecto meramente individual o de la persona, se refieren a intereses globales o difusos, como el orden público, la seguridad del tráfico o el orden socioeconómico, aparentemente más difíciles de identificar y de concretar. En relación con este último tipo de bienes jurídicos que no revisten

(26) V. HERSHEY, S. *The essentials of International public law and Organization...*, *Op. Cit.*, p.231: “The most important of these fundamental rights of States is that of existence, which involves the rights of self-preservation and defense.”

(27) Birnbaum ya desarrolló al principio del siglo XIX su teoría de la violación de “bienes (“Güter”) como un pre-requisito para calificar la conducta como un crimen (“Verbrechen”) rechazando la antigua teoría de la “violación de derechos” (“Rechtsverletzung”) desarrollada por Kant y Feuerbach.

(28) ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., Thomson/Civitas, Madrid, 2006, p. 56.

carácter individual (o al menos, no exclusivamente), se ha recurrido por la doctrina a diversas denominaciones, como bienes jurídicos “colectivos” o “universales”²⁹.

En lo que respecta al Derecho Penal Internacional (en adelante, DPI) se distingue de la legislación penal interna no sólo en su campo (universal) de aplicación sino también porque protege bienes jurídicos de la comunidad internacional en general.

Kai Ambos sostiene que, en materia de DPI, la violación de intereses afecta a la «comunidad internacional en su conjunto» y está dirigida contra la humanidad como tal. Sigue afirmando que “Este enfoque en el aspecto colectivo no sólo se desprende de los estatutos de los tribunales penales internacionales y su apelación al sistema colectivo de mantenimiento de la paz del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, sino que también se expresa en el elemento grupal propio del genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Por otro lado, los crímenes internacionales también protegen intereses individuales, en la medida en que se relacionan con derechos fundamentales de la humanidad o derechos humanos fundamentales y por lo tanto a la subyacente dignidad humana³⁰”.

Así por ejemplo, el delito de genocidio protege no sólo la existencia de un grupo sino también a cada uno de sus miembros en contra de la violación de su dignidad y sus consiguientes derechos individuales (especialmente la vida, la integridad corporal, la libertad). Lo mismo se puede afirmar de los crímenes contra la paz o los de lesa humanidad que se refieren, debido a su requisito de difusión o sistematicidad, al nivel colectivo de la paz internacional y seguridad, pero también protegen a los grupos e individuos en sus derechos individuales de dignidad humana, vida, libertad, etc.

En todos los casos que hemos señalado no sólo se afectan bienes jurídicos individuales sino también colectivos, porque no sólo se dirigen contra individuos sino que la afectada es la humanidad toda. En todos estos crímenes internacionales las víctimas son atacadas en tanto que miembros de un cierto grupo.

En esta línea, podemos recordar los casos resueltos *i.a.* por la Corte Penal Internacional o por el Tribunal Internacional de Justicia referidos a genocidio³¹.

(29) GARCÍA ARROYO, C. “Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2022, núm. 24-12, pp. 32 ss. (<http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-12.pdf>).

(30) AMBOS, K. “Bien jurídico y harm principle” bases teóricas para determinar la “función global” del derecho penal internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional”, *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, n. X (2013), p.371 y ss. (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5040748>).

(31) Sobre el tema se puede consultar la Sentencia del TIJ en el Caso *B-H c. S-M* caso relativo a la prevención y sanción del crimen de genocidio del 26 de febrero de 2007 (<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>).

IV. ¿Qué relaciones identificamos entre “interés esencial” y “bien jurídico protegido”?

Como ya hemos señalado es difícil definir el “interés esencial”. En el caso del estado de necesidad, por tratarse de un Estado, necesariamente es de naturaleza pública (no un interés privado del Estado). El interés público esencial a salvaguardar muestra una doble tensión: *la del plano internacional, en el que la necesidad busca salvaguardar un interés público esencial nacional de valor internacional (por ejemplo, la existencia de un Miembro de la sociedad internacional y sus condiciones básicas de subsistencia); y *la del plano nacional que requiere del Estado (relación *ad-intra*) la máxima protección de los intereses básicos, públicos, colectivos de su sociedad de individuos. Si bien, la determinación del interés público esencial de una comunidad suele depender de decisiones políticas, está contenida por la necesidad de que el interés en peligro sea considerado esencial en el plano internacional. Esa consideración en el plano internacional es móvil en el tiempo, pero responde a decisiones políticas de un colectivo de distinta trama, más amplio, más balanceado, tanto en lo político-ideológico como en lo estructural que el nacional (por ejemplo sistema de Naciones Unidas).

Ese interés esencial en ocasiones es al mismo tiempo un bien jurídico protegido por el derecho y como tal reconocido. Ese interés puede estar relacionado con la protección de bienes jurídicos como la seguridad, la paz, la justicia, el medio ambiente, la protección de los derechos humanos, entre otros.

Los bienes jurídicos protegidos, por su parte, se refieren a los valores o intereses que el ordenamiento jurídico reconoce como merecedores de protección y que como hemos visto pueden ser individuales o colectivos. Los bienes jurídicos protegidos van cambiando con el tiempo, se van expandiendo, igual ocurre con los intereses esenciales ya sean de los Estados a de la Comunidad internacional en su conjunto. En nuestros días, ya no caben dudas que por ejemplo el medio ambiente es un bien jurídico protegido por el derecho y al mismo tiempo es un interés esencial tanto de los Estados como de la comunidad internacional.

V. Reflexiones finales

El bien jurídico protegido es aquello que contiene un valor esencial para el ser humano y para la sociedad que integra, concepto que va variando y ampliando su horizonte, que viéndose mermado implicaría un ataque tanto para el individuo como para su comunidad, por lo cual debe protegerse. El interés esencial, al igual que dichos bienes, también tiene un valor esencial para el Estado o para la comunidad internacional, y también va ampliando su horizonte. La diferencia fundamental radica en que los bienes jurídicos protegidos están exhaustivamente enunciados ya sean por cada Estado o por el Derecho Penal internacional, en cambio los “intereses esenciales” son propios de cada Estado o de la Comunidad internacional y dependen de las circunstancias cambiantes y del contexto. No hay, como ya hemos afirmado, un

listado de “intereses esenciales”, ni siquiera hay acuerdo doctrinario y en definitiva su reconocimiento o no en el caso concreto y frente a un conflicto dependerá de la calificación que efectúe el tribunal interviniente, tal como ha ocurrido en la práctica.