

PROLEGÓMENOS

I. Naturaleza del derecho de necesidad	21
II. Fundamento del derecho de necesidad	22
III. Requisitos del derecho de necesidad	23
IV. Efectos del derecho de necesidad	23
V. Indemnización	27

PROLEGÓMENOS

I. Naturaleza del derecho de necesidad

Es un derecho subjetivo natural primario; por tanto, superior al de propiedad, que es un derecho natural secundario. Jurídicamente es un acto voluntario, lícito.

Escuetamente desglosaremos sus elementos:

1. *Principio*: una ley, la ley natural de la *supervivencia*.

2. *Título*: innato; hecho en que se funda: la *vida* del sujeto, que puede desdoblarse (en el supuesto de estado de necesidad ideológico) en la vida física y en la vida moral.

3. *Sujeto*: el hombre (físico y moral).

4. *Materia*: otro derecho (esto planteará el problema de la colisión de derechos, que en definitiva no es real: el otro derecho, inferior, queda “suspendido” en la medida de lo “necesario”⁹.

⁹ Márquez, Gabino, *Filosofía del derecho*, Madrid, 1949, p. 277.

5. *Término*: todas las personas deben reconocerlo. Esta situación primaria natural, no sólo comprende en verdad al hombre, sino también al animal e incluso al vegetal, cada uno de ellos en su medida y en su género: todos requieren absolutamente lo necesario para subsistir en su propia vida.

En materia de derecho subjetivo nos remitimos a la mejor monografía que conocemos, escrita por Elías P. Guastavino, *Derecho subjetivo e interés legítimo en materia civil*¹⁰.

II. Fundamento del derecho de necesidad

Sin lugar a dudas, lo es el *instinto de conservación*. Haré una confidencia: mientras meditaba el tema, capté este fundamento, dentro del derecho natural a la vida; después, en mi exploración, encontré a Stolfi, quien al catalogar el acto necesario en su estudio sobre el negocio jurídico¹¹ dice textualmente: “*non si cede alla violenza altrui, ma al proprio istinto di conservazione*”. Tendré ocasión de transcribir íntegro el valioso texto, cuando lo distinga de la violencia.

¹⁰ *Jus*, La Plata, 1973, p. 40 y ss.

¹¹ Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padua, 1947, p. 155.

III. Requisitos del derecho de necesidad

Situación moral del agente ante:

- a) un mal inminente;
- b) imposibilidad de evitarlo por otros medios;
- c) mal menor actuado;
- d) agente extraño al mal mayor inminente;
- e) el agente no debe estar obligado a soportar el riesgo.

IV. Efectos del derecho de necesidad

Dentro del vastísimo ámbito de este derecho, según se trate de los bienes, de la vida, física o moral, del sujeto individual o de la persona colectiva, pueden darse multiplicidad de efectos:

1. *Penetración en los bienes de los otros*, que en el supuesto de estado de necesidad se tornan comunes; por lo tanto surgiría el derecho a ellos en la medida necesaria para cubrir la extrema necesidad: caso del mal llamado *robo famélico*, con las variantes de la disposición de la cosa retenida en prenda o comodato.

2. *Violación de domicilio*: ocupación clandestina de casa desocupada, en supuestos de desalojos.

3. *En el área obligacional*: justificación de incumplimiento de deberes, por hallarse en estado de necesidad.

4. *Lesión subjetiva*: anulando, o restringiendo, obligaciones contraídas en estado de necesidad.

5. *Irresponsabilidad por maniobras impuestas por la necesidad en el tránsito*.

6. *Justificación de la portación de armas de guerra*.

7. *En el área de los derechos reales*, descuella también el régimen de la *servidumbre de paso del dueño de la heredad enclavada*.

8. *Con referencia al cuerpo humano*: amputaciones necesarias e imprevistas, lindantes con la ética o la deontología médica.

9. *Trasplante de órganos*, por la *necesidad de órganos ajenos*, como el riñón, el corazón y los ojos, y todos los problemas éticos y legales vinculados a la cesión de órganos humanos, incluso de la sangre.

10. *El aborto terapéutico*, y la solución ética del doble fin de la acción.

11. *Entidad de los bienes o valores*. En estos dos últimos supuestos puede darse la situación de necesidad en la hipótesis de bienes o valores iguales, que hemos descartado como problemática del derecho de necesidad, el que sólo cabría en el caso de bienes desiguales.

12. *Confrontación de bienes iguales*. El supuesto típico de los bienes iguales que no justifica en derecho penal, sino que hace, a lo sumo, impunible al agente o disminuye su pena, es el de las dos vidas.

Como expresa Orgaz, por derecho natural, cada vida es un absoluto; no se puede alegar el derecho de necesidad. Aunque históricamente se dieron supuestos, por todos mentados.

13. *Ajenidad del bien.* Al tratar el elenco de efectos dentro de las diversas áreas, comprendemos que en todos los códigos del mundo se refieran a bienes *ajenos* dañados, porque sólo hay delito siendo ajenos, pero *éticamente* puede darse el *estado de necesidad* respecto de la propia vida y los propios bienes.

En primer término el supuesto del *suicidio* por estado de necesidad: San Agustín lo rechaza en el caso del suicidio para salvaguardar la castidad.

En contra, un decreto de Graciano en el antiguo derecho canónico, lo autoriza.

14. *Estado de necesidad e ideología.* En esta esfera extralegal, ética, aparece el estado de necesidad y la ideología que hemos expuesto aparte.

15. *En derecho marítimo y comercial,* está el viejo problema del estado de necesidad en *materia de abordaje y naufragio*, con sus respectivas postulaciones legales.

16. *En el depósito necesario.*

17. *En relación al Estado,* puede éste encontrarse en estado de necesidad y alegar el respectivo derecho. Así se ha resuelto en materia de decretos-leyes necesarios para cubrir el déficit jurídico en tiempos de constitución anormal del Estado, sin los respectivos órganos legislativos.

En derecho administrativo, el Estado puede encontrarse en situación de necesitado.

18. *Reparación de acciones bélicas del Estado.* En derecho militar se dan varios supuestos. Escogemos como necesario el acto del jefe militar que ordena a un pelotón una acción que fracasará, por razones de táctica militar.

En el orden internacional el Consejo de Seguridad, según los capítulos VI y VII de la Carta de las Naciones Unidas, podrá intervenir y decidir qué medidas se aplican en estado de necesidad de la paz internacional.

19. *Auxilios públicos.* Una región de un Estado puede hallarse en estado de necesidad por el intenso frío. Como ocurrió en los Estados Unidos en el invierno de 1976/77. Recordar el decreto del presidente Carter, referente a la situación de extrema necesidad de Nueva York.

20. *Intervención federal.* En un Estado federal, se dan los supuestos en que el Gobierno central interviene ante el estado de necesidad del gobierno provincial. El art. 6º de la Constitución Nacional argentina dispone la intervención federal “para sostenerlo o restablecerlo si hubiese sido depuesto por la sedición o por invasión de otra Provincia”.

21. *En la vida religiosa.* La Iglesia declara: *Necessitas facit licitum quod alias de iure non est licitum actumque alias improbissimum probabilem reddit.* Así, el derecho canónico ante el estado de

necesidad excusa: ayunos cuaresmales; relaciones con el excomulgado; ruptura del descanso dominical; depósito de muebles en la Iglesia; perjurio.

22. *Estado de necesidad pasivo.* Puede darse el estado de necesidad pasivo, es decir, cuando el necesitado tiene derecho al auxilio necesario (art. 108 del Código Penal).

Límite negativo. Como regla general el estado de necesidad no es causal justificativa del incumplimiento de las obligaciones.

V. Indemnización

En esta breve síntesis diremos que en materia de bienes, puesto que el necesitado "*tiene derecho*" sobre los bienes, en principio no debe reparar, ya que se tornan ellos comunes, como lo desarrollamos en otro capítulo más extensamente.