

## CAPÍTULO PRIMERO

### NATURALEZA, FUNDAMENTO Y REQUISITOS

I. Naturaleza .....	29
II. Fundamento .....	34
III. Requisitos .....	35

## CAPÍTULO PRIMERO

### NATURALEZA, FUNDAMENTO Y REQUISITOS

#### I. Naturaleza

Es un *derecho subjetivo natural primario*. Todo ser, en el orden natural más amplio, comprehensivo también de los animales y las plantas, se orienta primariamente a conservar su vida. Ordenación que el derecho romano ya estableció, como es notorio<sup>12</sup>.

El hombre racional tiene moralmente el deber de conservar la vida para cumplir su fin. Recordamos que el primer principio de derecho natural se enuncia: *honeste vivere*. Es decir, derecho a vivir decorosamente.

Frente a un mal inminente que pone en grave riesgo a la vida, está el derecho natural primario a

<sup>12</sup> Ulpiano definía el *ius naturale*: "Lo que la naturaleza enseña a todos los animales". Justiniano, *Institutas*, I, II, Digesto I. I., I, párr. 3-4; Lorca Navarrete, J. F., *El derecho natural de hoy*, Madrid, Pirámide, 1976.

mantener tanto la vida física (existencia, salud, bienes) como la vida moral (ideología, deberes y funciones). Cuando esa vida está en peligro extremo, para salvaguardarla, por derecho natural, podrá dañarse a sí mismo, a los demás, a los bienes.

Desglosaremos sus elementos ya mencionados en los prolegómenos:

1. *Principio*: la ley natural de la supervivencia.
2. *Título*: es un derecho innato; y el hecho en que se funda, la vida total del agente, que puede desdoblarse en sus aspectos físico y moral.

3. *Sujeto*: en este trabajo estudiaremos exclusivamente el sujeto moral. En su integridad, por tanto, puede ser *sujeto* de este derecho tanto el hombre físico como el ente colectivo: persona jurídica en sus diversos aspectos, incluyendo por cierto al Estado.

A este respecto, recordamos de paso la polémica entre dos juristas, Moisset de Espanés y Marienhoff, al tratar la lesión en derecho administrativo y su aplicación al Estado <sup>13</sup>.

4. *Materia*: Otro derecho, propio o ajeno; como dijimos señalando al filósofo del derecho Gabino Márquez, se resuelve la pretendida colisión, ya que el derecho objetivamente menor queda "*suspendido*" en la medida de "*lo necesario*" y mientras dure la situación de necesidad.

<sup>13</sup> Marienhoff, M. S., *De nuevo sobre la lesión en Derecho Administrativo*, JA, doctr. 1975, p. 468; Moisset de Espanés, L., *La lesión*, Córdoba, 1976, p. 157 y 158. "El Estado puede también encontrarse en situación de inferioridad frente a terceros...", JA, II, 1976.

5. *Término*: Todos los sujetos de derecho, deben —están obligados— a reconocerlo durante su subsistencia.

En derecho positivo, la naturaleza jurídica del acto necesario es la de ser *lícito* y *voluntario*.

Por cierto que compartimos el criterio de la escuela de la *diferenciación*, y sólo tratamos en este trabajo el acto necesario justificante; por eso lo titulamos “derecho”, es decir en el supuesto de bienes desiguales. Eludimos el aspecto excepcional de bienes iguales, cuya calificación no es la de licitud, ya que generalmente son actos involuntarios por la situación en el conflicto de dos vidas iguales<sup>14</sup>.

Por tanto, repetimos, el derecho de necesidad tiene la naturaleza jurídica de lícito y voluntario. Es lícito, porque la ley expresamente lo autoriza, y según la doctrina mayoritaria penalista, la ley penal lo justifica. En cuanto a su voluntariedad, existe una valiosa corriente minoritaria contraria a esta opinión, dentro de la cual se encuentra el maestro Llambías, que cataloga el acto impuesto por la necesidad entre los actos viciados por la violencia<sup>15</sup>.

Seguimos la tendencia mayoritaria en nuestro

<sup>14</sup> Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Parte general, t. III, p. 162: “La tesis de la diferenciación... La doctrina alemana y suiza... han elaborado la teoría de la diferenciación según que la impunidad resulte del estado anímico del autor o bien del aspecto objetivo de ésta ante una causa de impunidad o ante un fundamento de justificación”.

<sup>15</sup> Llambías, Jorge J., *El estado de necesidad como causa de irresponsabilidad civil*, JA, doctr. 1974, p. 88.

país y en el extranjero, no sólo jurídica, sino también en la ciencia ética, que clasifica el acto necesario como voluntario. Cardini acepta con Martínez Carranza que el acto impuesto por la necesidad es voluntario, lícito: recuerda al bombero voluntario que evidentemente elige intervenir en la extinción de un incendio. Y expresa que es un error vincular la coacción con el estado de necesidad, que es un acto esencialmente voluntario y libre<sup>16</sup>. Igualmente Pothier<sup>17</sup> expresa que no hay violencia. Transcribimos, como lo hemos prometido, el texto de Stolfi que nos servirá para el párrafo siguiente cuando estudiemos el *fundamento* de este derecho. Al tratar del vicio de la violencia alude al estado de necesidad:

“No es inválido el negocio cumplido, no por miedo, sino para escapar a un mal que amenazaba, o para obtener ayuda o protección en caso de incendio, naufragio, agresión, etcétera. En tales casos no se cede a la violencia de otro sino *al propio instinto de conservación*. En efecto, al disciplinar la violencia como causa de nulidad, la ley ha tenido en cuenta, más bien el *motivo* por el cual la parte obra, que su condición psicológica. Tanto es así, que habla de consentimiento ‘obtenido’ —*estorto*, art. 1227— con violencia, y no de voluntad manifestada por hallarse en estado de necesidad. Se puede quizá decir que el caso de quien amenaza con el mal a otros, es muy afín al su-

<sup>16</sup> Cardini, E. O., *Estado de necesidad*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1967, p. 43 y ss.; conf. Freitas, art. 3500, Boffi Boggero y Orgaz.

<sup>17</sup> Pothier, *Oeuvres annotées. Obligations*, t. II, p. 28.

puesto de quien viendo a alguien en grave peligro, le promete o concede asistencia, ayuda, protección, haciéndose prometer una compensación excesiva o aceptando la promesa de tal compensación, porque, en tales hipótesis, acaba él por amenazar con no prestar socorro si no se contraen con él obligaciones exorbitantes. Pero la semejanza *no implica identidad*; por tanto, cabe preguntarse si el negocio puede ser nulo por causa ilícita, o rescindible por lesión; *pero no se lo puede anular por violencia*. Ahora bien, nuestro código —el italiano—, siguiendo la tesis dominante bajo el imperio del viejo código, excluye la primera (ilicitud) y la tercera de tales soluciones (violencia) y acoge la segunda: *lesión*. El así llamado negocio de salvataje es válido porque se funda en el consentimiento libremente manifestado. Pero no se deja sin defensa al que promete *en estado de necesidad o de peligro*, porque el art. 1447 le concede la rescisión del acto concluido ‘en condiciones inicuas por la necesidad, *conocida* por la otra parte, de salvarse o salvar a otros del peligro actual de daño grave’; puede sustraerse a la prestación prometida a quien sabía que él obedecía al *instinto de conservación*.”

Y prosigue Stolfi: “Para evitar que el remedio señalado para proteger al salvado, dañe al salvador, a este último el juez le otorgará una *equitativa* compensación por la obra prestada”<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Stolfi, Giuseppe, *Teoria del negozio giuridico*, Padua, Cedam, 1947, p. 155.

Lo mismo afirma Mosset Iturraspe: su voluntariedad. “Actúa voluntariamente, con *facultas eligendi*, realizando la elección del bien salvaguardado: es, por lo demás, lícito”<sup>19</sup>.

## II. Fundamento

Evidentemente es el instinto de conservación, como acabamos de verlo con Stolfi: “No se cede a la violencia, sino *al propio instinto de conservación*”.

Orgaz manifiesta la dificultad de encontrar el fundamento al estado de necesidad, sobre todo tratándose de una obligación a propósito de un acto no culpable; recuerda el enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios y la llamada expropiación de intereses privados. Me parece que el maestro Orgaz y todos los demás que cita yerran al buscar el fundamento: no se trata del fundamento de la obligación que surge del daño (bien discutible por otra parte, como lo veremos al tratar de la indemnización), sino del *fundamento del derecho de necesidad*, es decir, del acto necesario.

Pues bien, el acto necesario tiene su fundamento, sin lugar a dudas, *en el instinto de conservación*, como lo hemos explicado. Que a su vez tiene su raíz en el derecho absoluto a la vida en cumplimiento del deber de subsistir, y todo ello para cumplir sus fines, para

<sup>19</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Bs. As., 1971, p. 43.

los cuales fue creado el hombre. La Suprema Corte de Tucumán dijo<sup>20</sup>: “la defensa de la vida es una ley de la naturaleza . . . porque la ley social no puede exigir que el hombre haga el sacrificio de su seguridad personal”.

### III. Requisitos

Se trata de una situación objetiva que engendra un derecho cuyos fundamentos acabamos de ver. Sus connotaciones son las siguientes:

1. *Un mal inminente*. El término “inminente” tiene relevancia jurídica también para otros institutos; se refiere al tiempo, con un apremio que la palabra “actual” no reflejaría.

2. *Imposibilidad de evitarlo por otros medios*. También este requisito ha de ser objetivo: no alude a la capacidad del sujeto para defenderse del mal, sino a los medios objetivamente a su alcance para desbaratar el mal inminente que lo acecha.

3. *Mal menor actuado*. Objetivamente expresamos que no es posible hablar de “derecho” de necesidad, sino tratándose de bienes desiguales. Sólo en este supuesto surge el “derecho” a dañar escogiendo el mal menor; y por tanto, la justificación del acto impuesto por la necesidad con todas sus consecuencias.

<sup>20</sup> SCTuc, 21-12-1950, LL, t. 62, p. 639.



En caso de bienes iguales (el clásico ejemplo de las dos vidas) no puede hablarse de "derecho". Tanto, que ha llegado a decirse que en este supuesto queda suspendida la ley: *necessitas caret lege*. Se aplica esto sólo al supuesto de los bienes iguales, que llevaría en todo caso a la excusación o inimputabilidad en materia penal, pero nunca a la justificación.

Por tanto, un requisito *sine qua non*, es la *minoridad del mal actuado*, y ello con valoración objetiva.

4. *Agente extraño al mal mayor inminente*. Aquí haremos unas acotaciones. En general los autores, al tratar este tema, se alejan de la realidad; ésta se refiere evidentemente a la exclusión del dolo respecto de la causa de la situación de necesidad. Pero la culpa indirecta no eximiría de la situación de necesidad. Ponemos por ejemplo el supuesto de que por una imprudencia se ocasione el incendio en una cocina: ¿negaríamos al inquilino o dueño el hallarse en "legítimo estado de necesidad" frente al mal mayor —incendio— y obrar en consonancia, rompiendo la ventana del vecino para librarse de esa situación? No, por cierto; aunque cambiaría, evidentemente, la situación en cuanto a la indemnización debida del daño, a pesar de la licitud del acto necesario.

5. *El agente no debe estar obligado a soportar el riesgo*. También esto merece alguna aclaración. Evidentemente, en el caso de un deber jurídico de obrar, no puede eximirse alegando caso de necesidad extrema. Pero pueden darse dos deberes simultáneos

y uno de ellos, aunque sea el menos importante para el sujeto obligado, si cae dentro de la situación de necesidad extrema, se torna más apremiante que el otro, por lo cual está dispensado de cumplir el primer deber, por necesidad de cumplir el segundo, aunque sea menor.

6. *Objetividad*. Queremos reafirmar —como un requisito del derecho de necesidad— que esa situación, “no debe radicar en el temor causado por el peligro que perturba el juicio, sino que *fundamenta su justificación* en la *objetividad* del hecho. La actualidad e inminencia del mal que se trata de evitar [...] es lo que da la base de la situación de necesidad: tiene valor justificable, en cuanto responde a una determinada *objetividad*”<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Fallo de la Cámara 3ª La Plata, Sala III, 24-5-1950, LL, 61-464, y anotado por Ricardo Núñez, JA, 1950-IV-425.