

# El estado de necesidad en la responsabilidad civil

Juan J. BENÍTEZ CAORSI

*A la memoria de mi abuelo*

SUMARIO: I. *Generalidades*. II. *Noción*. III. *Diferencia con otros institutos*. IV. *Fundamento*. V. *Naturaleza jurídica*. VI. *Clases de estado*. VII. *Elementos*. VIII. *Requisitos*. IX. *Licitud*. X. *Efectos del estado de necesidad*. XI. *La omisión necesitada*.

## I. Generalidades

Cuando la conducta responde a una acción necesitada no se contraría ninguna “norma fundamental de comportamiento”,<sup>1</sup> por lo que evidentemente se frena la ilicitud.

En nuestro concepto, el estado de necesidad es un instituto esencial de todo el derecho, no es meramente contingente y así ha sido recogido por ejemplo en el Código Hammurabi en su artículo 134 que reza: “Si alguien es hecho prisionero y, no habiendo en su casa de qué vivir su mujer entra en casa ajena, esta mujer es inocente”.

Ha de tenerse en cuenta que soslayamos el planteamiento de la aplicación del estado de necesidad como eximente de responsabilidad civil, a pesar de su no consagración a texto expreso en el derecho pa-

<sup>1</sup> Puech, Marc, “L’illicéité comme élément de la responsabilité civile extracontractuelle en France”, *Journées de la Société de Législation Comparée*, París, 1984, p. 67; Jourdain, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, 5a. ed., París, Dalloz, 2000, p. 50.

trio, y ello por una razón muy sencilla: actualmente nadie discute su empleo —al menos conocido nuestro—, por lo que sería un esfuerzo sin sentido y de resultado estéril.

Las particularidades más notables del estado son: en primer lugar, que para la salvaguardia de un mal se autoriza a traspasar las fronteras de la esfera jurídica ajena, a infringir el *alterum non laedere*, y en segundo lugar que hay una influencia en la motivación de la voluntad (por la necesidad); ésta aún puede elegir, pero su elección es sacrificada.

A pesar de que es un recurso extremo porque sacrifica un bien de un tercero inocente, el daño causado en estado de necesidad es un daño justo (no resarcible), puesto que alineándose a una norma permisiva destierra el requisito de la ilicitud; tan solo hay, como dice Viganò,<sup>2</sup> una elección trágica.

Los casos más conocidos de estado de necesidad pueden ser resumidos brevemente en el presente párrafo, siguiendo a Jiménez de Asúa:<sup>3</sup> los naufragos que se disputan el tablón; la lucha por ganar la salida del teatro incendiado, en que el espectador se ahoga por el humo y abrasado por las llamas pisotea el cuerpo de otro caído en el suelo; el hacer abortar a la mujer cuya vida peligrá; operar a una persona en inminente riesgo de muerte aunque se oponga el padre del enfermo; apoderarse de un medicamento secreto, aún no puesto en circulación, por un empleado que salva así la vida de su hija; entrar en domicilio ajeno para prestar auxilio o servir a la justicia; hurtar un panecillo para no morir de hambre, o un vestido para reemplazar al del bañista a quien le fueron sustraídos los suyos; matar un animal que nos embiste; ejercer ilegalmente la medicina en situación de apuro.

## II. Noción

Por lo general, se entiende al estado de necesidad como el daño causado para evitar un mal mayor. Como se verá —*infra* IV—, no puede incluirse como elemento necesario la diferenciación entre los bienes jurídicos involucrados (en rigor, como se verá, males), atento a

<sup>2</sup> Viganò, Francesco, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 32.

<sup>3</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1952, t. IV, § 1333, p. 277.

que en numerosos casos el agente que violenta la esfera ajena defiende un bien de igual entidad al ofendido. En nuestro derecho positivo, en consideración a la regulación que emerge del artículo 27 del Código Penal, la desproporción entre los males no es una *conditio sine qua non* para su aplicación.

Según La Orden,<sup>4</sup> el estado es aquella actuación de la voluntad determinada por la necesidad que para salvaguardar un bien jurídico amenazado viola otro bien jurídico ajeno a la amenaza. Advirtamos desde ahora el equívoco que surge de apadrinar esta noción, en virtud de que hay supuestos en los que el bien transgredido no es extraño a la amenaza, como sucede en caso de dos naufragos que se disputan un tablón para preservar su vida, allí la vida del otro también corre peligro y sin embargo puede sacrificarse.

De lo expuesto se desprende que el estado de necesidad puede ser definido como la situación de peligro inminente que impulsa al agente, como último recurso, a la violación del derecho ajeno para sustraerse de un mal al que ha sido extraño. Lo que verdaderamente caracteriza al estado es que el mal se contrarresta con la violación de un valor perteneciente a otra persona; la coexistencia entre los bienes es imposible.

El estado de necesidad sitúa la voluntad de la persona ante una alternativa, la coloca en la posición de elegir entre el riesgo de ver lastimado un interés esencial suyo o el acogerse a una actuación de protección eventualmente lesiva de los intereses ajenos; *se presenta un dilema entre sufrir o causar un mal*. Lo verdaderamente cierto es que el estado nos enfrenta siempre a una colisión de intereses jurídicamente reconocidos, uno de los cuales ha de ceder ante el otro.

### III. Diferencia con otros institutos

Conviene destacar la diferencia entre el estado de necesidad y otros institutos similares.

<sup>4</sup> La Orden Miracle, Ernesto, *El estado de necesidad en el derecho privado*, Murcia, Jiménez, 1933, p. 25.

## 1. *Legítima defensa*

Verdad es que se trata de situaciones de defensa ante un peligro inminente, pero mientras uno es una acción agresiva, la otra es una reacción defensiva; uno es un ataque, la otra es un contraataque; la legítima defensa ataca al agresor injusto, el estado de necesidad hiera al tercero inocente.

En el estado de necesidad entrecierran dos intereses lícitos, en cuanto en la legítima defensa solamente uno de los intereses en conflicto es lícito y se contrasta con una agresión injusta.

La legítima defensa sólo existe cuando el peligro proviene de persona consciente y capaz de obrar voluntariamente, de forma que el estado de necesidad expande su acción a todos los casos en que el peligro proceda de fenómenos naturales, de cosas y de personas incapaces.

El ataque a una cosa nunca puede realizarse en legítima defensa porque ésta, se alega, por la ilicitud del ataque rechazado y el *vitium* de la cosa, no se puede considerar como ataque ilícito.<sup>5</sup>

En vista de que los animales, los incapaces y la naturaleza nos son responsables por hechos antijurídicos, se niega el ejercicio de la legítima defensa, pero se afirma el estado de necesidad. No obstante, en ocasiones un individuo, por ejemplo, puede haber incentivado al animal para atacar; aquí puede considerarse una conducta antijurídica, ya que el animal únicamente es el instrumento mecánico de la producción del daño;<sup>6</sup> de otro lado se aplica la legítima defensa contra el sujeto inmune, ya que la inmunidad únicamente es una circunstancia que exime de la pena, pero no impide la antijuridicidad.<sup>7</sup>

## 2. *Caso fortuito o fuerza mayor*

Ambos términos expresan influencias sobre los hechos del hombre, pero mientras el *casus* es un evento objetivo, exterior, que produce directamente por sí solo la actuación del hombre sin una acción previa

<sup>5</sup> Coviello, Leonardo, "Lo stato di necessità nel diritto civile", *Il Filangieri*, año XXIII, 1898, p. 10.

<sup>6</sup> Grosso, Carlo Federico, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milán, Giuffrè, 1964, p. 157.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 164.

sobre su voluntad, la necesidad es una fuerza subjetiva, interior, que actúa directamente sobre la voluntad humana y sólo indirectamente sobre su actuación o manifestación.<sup>8</sup> En términos análogos, Zavala de González<sup>9</sup> considera que el caso fortuito excluye la relación causal con el resultado; el estado de necesidad excluye la ilegitimidad de una conducta de la que la persona es autora.

El sujeto que se mueve bajo el influjo de la *vis* mayor es un mero instrumento mecánico, sin voluntad ni personalidad. En el estado de necesidad ocurre otra cosa. La necesidad es una urgencia extraordinaria, una premura psicológica que delimita la posibilidad de elección a una simple disyuntiva: padecer o infligir el mal. De hecho, como señala Amézaga,<sup>10</sup> en el caso fortuito y fuerza mayor la fuerza invencible obra directamente y causa el mal; en el estado de necesidad esa misma fuerza obra sobre un hombre y le obliga a ejecutar los actos que producen el perjuicio.

### 3. *Violencia*

La diferencia entre ambos institutos es innegable. El peligro, fuente de la necesidad, no provoca la abolición de la voluntad, sino que la incentiva, la determina. Por otro lado, la violencia física opera sobre la declaración, mientras que el estado —como se dijo— actúa sobre la voluntad.

Con la violencia moral tampoco puede confundirse, ya que en la mayoría de los casos no se completa el requisito del sujeto activo, ya que el estado se origina por eventos naturales; por eso, como señala Gamarra,<sup>11</sup> en el estado de necesidad el peligro proviene de fuerzas extrahumanas, y por tanto no resulta creado por un sujeto con el fin de influir sobre la voluntad de otro. En la violencia, el temor se dirige ex-

<sup>8</sup> Fikentscher, Wolfgang, *Schuldrecht 9. Auflage*, Berlín, De Gruyter, 1997, § 102, p. 729; La Orden Miracle, Ernesto, *op. cit.*, nota 4, p. 14.

<sup>9</sup> Zavala de González, Matilde M., *Responsabilidad por el daño necesario*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 111.

<sup>10</sup> Amézaga, Juan José, *Culpa aquiliana*, Montevideo, Escuela Nacional de Artes y Oficios, 1914, p. 155.

<sup>11</sup> Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, 3a. ed., Montevideo, FCU, 1991, t. XII, p. 118.

presamente a la captación de una voluntad ajena; en el estado, como es evidente, es muy poco factible que eso ocurra.

Como quiera, nunca puede descartarse que la amenaza de omisión de ayuda, aprovechándose del estado de necesidad para exigir una compensación, pueda considerarse violencia, ya que la amenaza de omisión es un medio idóneo para producir temor.<sup>12</sup>

#### IV. Fundamento

En el derecho comparado está bastante difundido el sistema que considera al estado de necesidad como una causa eximente de responsabilidad en la medida en que cualquier hombre normal colocado en la misma situación del autor del daño habría obrado de idéntica forma, lo que se traduce en una exención de responsabilidad por la falta de culpa del autor del daño.<sup>13</sup> Vale decir que aquel que está a punto de sufrir un daño y trata por todos los medios de evitarlo, de alguna manera no está actuando en forma negligente ni imprudente; por el contrario, es razonable que pretenda evitar el daño.<sup>14</sup> Esta postura es inaceptable por cuanto no puede confundirse entre antijuridicidad y culpa, en la medida en que la primera denota un elemento objetivo y la segunda uno subjetivo.<sup>15</sup>

Punto de partida inevitable es evidentemente el análisis del dato normativo. En nuestro país no cabe duda de la fundamentación objetiva de la eximente, consistente en el balance de los intereses, de forma que sobre la constatación de una situación de conflicto entre dos bie-

<sup>12</sup> La Orden Miracle, Ernesto, *op. cit.*, nota 4, p. 142.

<sup>13</sup> Van Ommeslaghe, Pierre, *Droit des obligations*, 3a. ed., Bruselas, PUB, 2000, vol. III, p. 597; Le Tourneau, Philippe, *La responsabilité civile*, 2a. ed., París, Dalloz, 1976, p. 265; Roland, Henri Stark y Boris Boyer, Laurent, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 5a. ed., París, Litec, 1996, p. 143; Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1943, p. 608; Meza Barros, Ramón, *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*, 9a. ed., Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 312. En nuestro país, Amézaga, Juan José, *op. cit.*, nota 10, pp. 161 y 163.

<sup>14</sup> Trazegnies, Fernando, *De la responsabilidad extracontractual*, 5a. ed., Bogotá, Temis, 1999, t. I, p. 133.

<sup>15</sup> Entre otros, puede verse Boffi Boggero, Luis María, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1973, t. II, p. 88.

nes, el ordenamiento debe preferir el mayor, quedando indiferente cuando se trata de bienes de igual importancia. En efecto, el legislador patrio dio preeminencia tanto al *mal mayor*, en la medida en que va de suyo que el de menor valor debe ceder paso al mayor, como *al equivalente*, asumiendo una postura neutral.

Para nosotros, al igual que para gran parte de la doctrina, la elección realizada por el legislador patrio es criticable, porque en caso de leve desproporción o igualdad entre el bien salvado y el sacrificado, se habría sustituido propiamente la necesidad por la sola utilidad.<sup>16</sup>

Dagnino<sup>17</sup> sostiene un punto de vista bastante particular al considerar que el acto necesitado tiene un fin meramente egoísta, en razón de que prescinde de la utilidad general, tutelando exclusivamente al particular frente al mal.

En realidad, como lo destacan Viney y Jourdain,<sup>18</sup> presenciamos un acto socialmente útil que presenta un verdadero provecho social, ya que el interés salvaguardado tiene un valor superior al sacrificado.

Por lo demás, el poderío de la norma jurídica decrece, ya que no puede obligarse al individuo a un comportamiento homérico; esto se debe a que sólo un santo o un héroe harían holocausto de la propia vida para salvar la de un extraño.<sup>19</sup> En la situación de peligro padecida, la norma no puede conservar su eficacia preventiva,<sup>20</sup> lo que se traduce en la falta de interés del estado en salvaguardar alguno de los bienes en conflicto.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Tedeschi, Guido, "Legittima difesa, stato di necessità e compensazione delle colpe", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. XXIX, 1931, p. 742, primera parte; Zavala de González, Matilde M., *op. cit.*, nota 9, p. 44. Obviamente nos referimos al estado de necesidad que refiere una situación de equivalencia de intereses tutelados, ya que allí no debería existir una causa de justificación sino de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta.

<sup>17</sup> Dagnino, Antonio, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milán, Giuffrè, 1983, p. 110.

<sup>18</sup> Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2a. ed., París, LGDJ, 1998, p. 510; Lallement, Paul, *L'état de nécessité en matière civile*, París, PUF, 1922, p. 6; Van Ommeslaghe, Pierre, *op. cit.*, nota 13, p. 597.

<sup>19</sup> Briguglio, Marcello, *El estado de necesidad en el derecho civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1971, p. 30.

<sup>20</sup> Molari, Alfredo, *Profili dello stato di necessità*, Padua, Cedam, 1964, p. 53.

<sup>21</sup> Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, 3a. ed., Bolonia, Zanichelli, 1995, p. 259.

Conviene subrayar también que frente a colisiones de intereses de igual valor, el ordenamiento debe asegurar a ambos titulares igual posibilidad de defensa;<sup>22</sup> además, al daño inmediato y cierto, se prefiere aquel futuro y quizá incierto.<sup>23</sup>

El jurista italiano Troisi<sup>24</sup> afirma que sería incongruente pensar que el legislador atribuye contemporánea y recíprocamente a un sujeto un poder de autotutela en función preventiva (comportamiento necesitado dañoso) y a otro sujeto un inverso poder de autotutela activa o pasiva (en función preventiva o reactiva); sin embargo, como lo hemos afirmado en las líneas precedentes, esto no es así en virtud de que en esta situación la ley no confiere propiamente una autorización a dañar, sino que se mantiene indiferente en el conflicto de intereses.

## V. Naturaleza jurídica

A la luz de las precedentes consideraciones puede señalarse que quien en ejercicio del estado realiza un comportamiento dañoso para los demás no comete un hecho ilícito, sino que actúa con base en una disposición permisiva; *no hay de principio* reacción desfavorable por parte del ordenamiento.

En nuestro país, Peirano Facio<sup>25</sup> afirma que en la actuación a través del hecho necesario se trata de un deber de atender la protección del bien jurídico; el daño se comete en cumplimiento de un deber. Este planteamiento es incorrecto por cuanto el deber se traduce en una situación desventajosa de un sujeto que *debe* tener un determinado comportamiento de tutela para con otro; no hay un interés del sujeto titular, sino un interés ajeno;<sup>26</sup> por otro lado, no explica cómo se podría constreñir a cumplir con su deber.

<sup>22</sup> Molari, Alfredo, *op. cit.*, nota 20, p. 160.

<sup>23</sup> Scaturro, Ignazio, *I casi di collisione giuridica*, Turín, Bocca, 1909, p. 207.

<sup>24</sup> Troisi, Bruno, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Nápoles, Esi, 1988, pp. 83 y 84.

<sup>25</sup> Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1954, pp. 263 y 264.

<sup>26</sup> Frosini, Vittorio, "Dovere", *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, Utet, 1981, vol. VI, p. 303; Guastini, Riccardo, "Dovere giuridico", *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989, vol. XII, p. 4; Betti, Emilio, "Dovere giuridico", *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1965, vol. XIV, p. 57.

En la actualidad, la doctrina ha demostrado con claridad que el ejercicio del estado no es un derecho subjetivo sino una *facultad legítima*,<sup>27</sup> en la medida en que no corresponde una obligación de soportar el mal o sacrificio, ya que la ley asume una actitud de neutralidad; únicamente se está *facultado* para intervenir en los bienes jurídicos de un tercero.<sup>28</sup>

Habida cuenta de una situación de emergencia, no se puede reclamar la inmediata intervención de la defensa pública; es por eso que se está *facultado* para la *autotutela* del derecho amenazado. Así pues, hay una autoprotección del derecho por parte de su titular. Se advierte una defensa directa del interés a través de un comportamiento tendente a la remoción de un estado de hecho lesivo.<sup>29</sup>

En rigor, no hay un derecho de intromisión del sujeto activo sino que, por el contrario, basta con la ausencia de una valoración negativa;<sup>30</sup> no hay un juicio positivo sobre la conducta, un comportamiento deseado, sino que sólo se llega a tolerar.<sup>31</sup>

## VI. Clases de estado

Atento a que los males evitados pueden ser equivalentes, nuestro legislador no distingue entre estado de necesidad justificante y exculpante; en todos los casos opera como una causa de justificación.

Metodológicamente puede distinguirse entre: a) el estado de necesidad defensivo (*Verteidigungnotstand*), que funciona cuando el sujeto,

<sup>27</sup> Amarante, Aparecida, *Excludentes de ilicitude civil*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 125; Zaccaria de Inellas, Gabriel Cesar, *Da exclusão de ilicitude*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001, p. 11; Manzini, Vicenzo, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1949, t. 3, p. 125; Traviesas, Miguel, "La defensa privada", *Revista de Derecho Privado*, año III, núm. 22-23, julio-agosto de 1915, p. 200.

<sup>28</sup> Enneccerus, Ludwig y Nipperdey, Hans Carl, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 3a. ed., Barcelona, Bosch, 1981, t. I, vol. II, segunda parte, § 241, p. 1096.

<sup>29</sup> Dagnino, Antonio, *op. cit.*, nota 17, pp. 67 y 69.

<sup>30</sup> Perron, Walter, "Principios estructurales de la justificación en los derechos penales español y alemán", en varios autores, *Causas de justificación y de atipicidad en el derecho penal*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 79.

<sup>31</sup> Günther, Hans-Ludwig, "La clasificación de las causas de justificación en el derecho penal", en varios autores, *Causas de justificación y de atipicidad en el derecho penal*, *cit.*, nota anterior, p. 52.

en la medida que fuere necesario, destruye una cosa para evitar un peligro que la misma provoca en forma no desproporcionada; así pues, la reacción aparece frente al bien que es fuente del peligro, y b) estado de necesidad agresivo (*Angriffsnotstand*), que opera sacrificando un bien que no intervino en la creación del mal.<sup>32</sup>

## VII. Elementos

La figura en estudio se integra básicamente por un acto necesitado, originado por una situación de necesidad y su respectiva declaración.

### 1. Acto necesitado

El comportamiento del agente como consecuencia de la situación de peligro es conocido como acto necesario. El acto necesitado se traduce en una agresión directa a un bien jurídico ajeno en la medida en que, como dice La Orden,<sup>33</sup> la urgencia tuitiva que constituye la necesidad se debe siempre a una incompatibilidad con el bien que se vulnera.

El hecho necesario es el comportamiento realizado para obviar el peligro de lesión al bien jurídico. Hay que remarcar que no es exigible una necesidad extrema o absoluta, sino “cualquier” necesidad con tal de que aparezca como razonable en la particular contingencia.<sup>34</sup>

La situación de necesidad se caracteriza por la colisión de dos intereses opuestos en razón de que hay dos eventos, ambos dañosos, puestos entre sí en una relación de alternativa fatal: en uno el daño temido dirigido contra el sujeto en peligro, el otro el hecho necesario dirigido contra un tercero inocente y que constituye la única posibilidad de salvación de quien está en peligro.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Al respecto de esta distinción puede verse, por ejemplo, Esser, Josef y Schmidt, Eike, *Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil 2*, 8a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2000, § 25, p. 70.

<sup>33</sup> La Orden Miracle, Ernesto, *op. cit.*, nota 4, p. 22.

<sup>34</sup> Zavala de González, Matilde M., *op. cit.*, nota 9, p. 72.

<sup>35</sup> Rivacoba y Rivacoba Manuel de, *Las causas de justificación*, Buenos Aires, Hamurabi, 1995, pp. 215 y 217; Briguglio, Marcello, *op. cit.*, nota 19, p. 57.

Conviene en este punto llamar la atención respecto a que la necesidad no se limita simplemente a la acción idónea a fin de neutralizar un peligro inminente de sufrir un daño, sino antes bien en la acción útil para impedir la producción que obtiene ese resultado procurando al otro el menor perjuicio;<sup>36</sup> de ello resulta la inevitabilidad de defenderse a través de una agresión menos grave.<sup>37</sup> También se requiere que no haya otro medio que permita sustraerse del mal; no obstante, aunque haya alternativa de otro medio, debe ser practicable y además menos perjudicial.<sup>38</sup>

La conducta necesitada puede consistir en actos positivos o en omisivos que pretendan impedir en todo o en parte que se verifique la lesión al bien jurídico; se trata de una *acción necesaria para neutralizar el peligro*; también es de destacar que el comportamiento necesitado puede ser dirigido contra el autor del hecho dañoso, es decir, se admite el estado de necesidad recíproco.

En la agresión no antijurídica el estado de necesidad no es aplicable en dos casos: cuando el sujeto amenazado por una *res nullius* reaccione al peligro destruyendo la cosa, porque este hecho no constituye daño para nadie, y cuando el agresor actúe en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber.<sup>39</sup>

## 2. Declaración necesitada

La declaración necesitada será aquella manifestación de voluntad provocada por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico puesto en peligro, vulnerando una posición jurídica ajena.

La particularidad de la declaración necesitada se refleja en que carece de un periodo prudente de reflexión en razón de que surge por el advenimiento de una emergencia; es movida por una circunstancia

<sup>36</sup> Grosso, Carlo Federico, *op. cit.*, nota 6, p. 8, de donde surgirá la noción de inevitabilidad del daño; Inzitari, Bruno, "Necessità (Diritto privato)", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1977, vol. XXVII, p. 858.

<sup>37</sup> Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*, 2a. ed., Padua, Cedam, 1988, p. 261.

<sup>38</sup> Fueyo Laneri, Fernando, "Estado de necesidad (o el derecho de necesidad) (o el daño necesario)", *Instituciones de derecho civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 407.

<sup>39</sup> Grosso, Carlo Federico, *op. cit.*, nota 6, p. 201.

anormal que apareja la violación de un bien jurídico ajeno. La declaración reconoce una situación de necesidad que viene a ser el antecedente inexcusable del hecho necesario,<sup>40</sup> circunstancia en que ésta opera con reservas.<sup>41</sup>

Por causa de las circunstancias del momento se alerta e incentiva el instinto de conservación del agente, no permitiéndole reflexionar ni resistir. La declaración necesitada debe ser espontánea, responder a una necesidad, a la sazón del peligro, en ocasión de la urgencia.

La voluntad aún es libre en los actos necesitados, ya que el fenómeno de la supresión de la voluntad consciente sólo puede ser causado por la influencia de una fuerza realmente incoercible, ocasionando actos puramente automáticos, sin posibilidad de reacción;<sup>42</sup> en definitiva, hay libertad —restringida por la amenaza— de elección, aunque resulte contradictorio: existe voluntad libre del agente que resulta “forzado” por la necesidad. El apremio no excluye la libertad de acción, ya que si bien la opción es necesaria, hay una facultad de elección que encarna un acto voluntario, y como dice Lallemet,<sup>43</sup> preferir es querer.

Por otra parte, se ha observado que hay individuos que frente a circunstancias muy peligrosas para su vida, conservan la frialdad y ponderación del juicio;<sup>44</sup> por vía consecuencial existe una completa libertad de determinación; no puede dejarse de desconocer que *el agente se erige en el árbitro de la situación*.

Asiste la razón a Brasiello<sup>45</sup> cuando señala que en la invasión de la esfera ajena, en esta decisión de hacer recaer sobre el inocente el da-

<sup>40</sup> Véase, entre otros, Fuego Laneri, Fernando, *op. cit.*, nota 38, p. 402.

<sup>41</sup> Deutsch, Erwin y Ahrens, Hans-Jürgen, *Deliktsrecht*, 4a. ed., Munich, Heymanns, 2002, § 8, p. 51.

<sup>42</sup> La Orden Miracle, Ernesto, *op. cit.*, nota 4, p. 87.

<sup>43</sup> Lallement, Paul, *op. cit.*, nota 18, p. 101. Evidentemente, la exteriorización de la voluntad responde a una reflexión, una deliberación, sin embargo ésta no puede compararse ni equivaler exactamente a la asunción voluntaria y reflexionada de un negocio jurídico cualquiera, ahí su particularidad. Al respecto puede verse Foriers, Paul, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruselas-París, Bruylant-Sirey, 1951, p. 10.

<sup>44</sup> De Cupis, Adriano, *Dei fatti illeciti*, 2a. ed., Bolonia-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1971, p. 44; *El daño*, Barcelona, Bosch, p. 96.

<sup>45</sup> Brasiello, Teucro, *Dei fatti illeciti*, Comentario al Codice Civile, Diretto da D'Amegli, Florencia, Finzi Barbera, 1949, p. 243, lo que lo lleva a concluir —erróneamente a nuestro juicio— sobre la ilicitud de esa elección no coaccionada.

ño, se encuentra la voluntad del agente; el individuo opta entre su sacrificio y el ajeno.<sup>46</sup>

## VIII. Requisitos

Vistos los elementos fundamentales del estado, queda precisar con mayor detalle cuáles son los requisitos operativos necesarios para su producción.

De conformidad con la doctrina mayoritaria, son requisitos del estado de necesidad: *a)* que exista un peligro inminente y cierto; *b)* inevitabilidad y gravedad del daño; *c)* que no se haya provocado por causa propia; *d)* que la conducta del agente sea proporcionada a la magnitud del mal afrontado, y *e)* que no haya obligación profesional de afrontar el mal.

### 1. Peligro inminente y cierto

El peligro es entendido como el estado caracterizado por el temor de verificarse un mal. Esta situación de peligro debe estar identificada por las notas de inminencia y certidumbre para el individuo, ya que de otra forma no habría necesidad. La causa del peligro puede ser cualquiera, ya sea proceder de la naturaleza, de una situación fortuita, etcétera.

El estado reivindica inicialmente una amenaza, la que además de ser actual, es decir estar presente en el momento de la acción o en la cercanía de producirse, requiere la inminencia. Ésta puede ser concebida como el peligro que está próximo a convertirse en evento dañoso; si no se ha transformado en situación dañosa, debe aparecer como objetiva probabilidad, como realmente próxima,<sup>47</sup> no se trata de un riesgo lejano; no obstante, un peligro perdurable (*Dauergefahr*) puede manifestarse en *cualquier momento*. En consecuencia, se requiere un juicio de inminencia relativo a la probable verificación del evento dañoso.

<sup>46</sup> Martínez Carranza, Eduardo, *El estado de necesidad en el derecho civil*, Córdoba, Imprenta Universidad, 1942, p. 55.

<sup>47</sup> Reyes Echandía, Alfonso, *Antijuridicidad*, 4a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 79.

Ha de tenerse en cuenta que el artículo 28 del Código Penal dice que inminente no es lo mismo que actual; ambos son presentes, pero mientras éste significa la amenaza en camino de realizarse, aquél indica el peligro actual que está a punto de transformarse en daño, osea el grado extremo, más avanzado de la actualidad; peligro actual puede ser un peligro presente sin que la realización de la lesión o daño sea próxima; es un peligro estático, ya que la necesidad únicamente requiere que el riesgo subsista, que sea presente cuando la conducta se realice, como puede suceder con la habitualidad o profesionalidad del malhechor.<sup>48</sup>

El peligro es inminente cuando la protección devendría demasiado tarde si no se actúa inmediatamente.<sup>49</sup> Si el peligro tan solo fuese próximo, el sujeto amenazado podría, a fin de evitar el daño, recurrir a otros medios diversos del comportamiento dañoso, de lo cual ha de considerarse este requisito como *extrema ratio*.<sup>50</sup> El riesgo debe estar presente en el instante en que se realiza la conducta reactiva.

No se trata de una mera posibilidad, sino de una probabilidad basada en circunstancias objetivas, una seria y apreciable capacidad de provocar o producir un daño; en todo caso, un respetable grado de posibilidad de ocurrencia de un hecho nocivo.

En igual sentido, debe destacarse que la inminencia debe ser entendida no como un factor meramente cronológico abstraído de todas las circunstancias que rodean la situación; debe estudiarse en función de la real disponibilidad de medios practicables de evitación del mal.<sup>51</sup>

No obstante lo anterior, con el transcurso de la experiencia práctica se observó que la apreciación judicial de la naturaleza de la certidumbre, además de ser *esencialmente objetiva*, debe reunir elementos subjetivos, al no perder de vista que el estado de necesidad es un estado de crisis, y no se puede juzgar con un clima inhumano un tipo de conflicto humano, debiendo considerar razonablemente la personalidad del agente, su inteligencia y sensibilidad.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Grosso, Carlo Federico, *op. cit.*, nota 6, pp. 78-80.

<sup>49</sup> Zaccaria de Inellas, Gabriel Cesar, *op. cit.*, nota 27, p. 5.

<sup>50</sup> Briguglio, Marcello, *op. cit.*, nota 19, p. 34.

<sup>51</sup> Barrera Tapias, Carlos Darío y Santos Ballesteros, Jorge, *El daño justificado*, Santa Fe de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1994, p. 50.

<sup>52</sup> Foirers, Paul, *op. cit.*, nota 43, p. 333.

Si el daño potencial ya se tornó efectivo, igualmente se torna ineludible el actuar del agente para evitar la continuación o el alargamiento del daño; empero, si la lesión ya se consumó íntegramente, no hay más estado.

## 2. Inevitabilidad y gravedad del daño

Hay que guardarse de la imprecisión bastante generalizada relativa a considerar al daño como consecuencia del estado de necesidad. Esto no es así, ya que el daño no es el efecto que la norma conecta al supuesto de hecho; éste es un elemento esencial integrante del comportamiento necesario, en ausencia del cual la figura es incompleta; se trata, pues, de la producción del evento como elemento integrante del supuesto de hecho previsto en la norma, y no como el efecto que la ley atribuye a tal supuesto de hecho;<sup>53</sup> *el daño forma parte de la figura*.

La inevitabilidad no puede sino referirse al daño y no al peligro, ya que a través del comportamiento lesivo el sujeto quiere evitar no ya el peligro, sino el probable evento dañoso que de él deriva.<sup>54</sup>

La “fatalidad” del daño consiste en la imposibilidad de evitar el hecho dañoso, a no ser mediante la realización de un acto pernicioso para otros. Un perjuicio es causado en estado de necesidad cuando resulta de un acto indispensable para evitar un daño del cual es imposible que su autor o tercero sea preservado de otro modo.

Sólo se legitima el acto necesitado cuando las circunstancias lo tornen absolutamente necesario no excediendo los límites de lo indispensable para remover el peligro. Es decir, se requiere que no se disponga de otro medio idóneo para contrarrestar eficazmente el peligro que el que se utilizó. En rigor se exige que la conducta del individuo sea razonable y constituya la única escapatoria.

El requisito de la inevitabilidad desaparece si el hecho realizado para alejar el peligro podía considerarse necesario pero no indispensable, cosa que sucede, por ejemplo, cuando el agente hubiera podi-

<sup>53</sup> Briguglio, Marcello, *op. cit.*, nota 19, p. 8.

<sup>54</sup> Troisi, Bruno, *op. cit.*, nota 24, p. 26.

do conseguir de igual modo su finalidad ocasionando un daño de menor cuantía.<sup>55</sup>

Es lugar común la afirmación de que la inevitabilidad del daño debe examinarse con un criterio objetivo; sin embargo, esto no puede desconocer que el juez, al evaluar la conducta del individuo, debe tomar en cuenta las circunstancias concretas que rodearon al hecho en el momento en que se verificó; su juicio debe forjarse ubicado *ex ante* a la producción del daño para mejor comprender la situación. En línea similar se pronuncia Foriers,<sup>56</sup> al decir que la irresistibilidad debe ser considerada conforme al estado del alma del agente y no simplemente a los ojos del juez.

Es de advertir que la gravedad también se refiere al daño y no al peligro; esto se debe a que en la noción misma de peligro está insita la posibilidad de verificarse el daño, de forma que la causal impeditiva es operativa aunque la intensidad del peligro sea limitada, con tal que la posibilidad de ocurrencia del daño sea grave.<sup>57</sup>

El daño es grave cuando de ocurrir compromete la supervivencia misma del derecho amenazado. De esta manera, el riesgo de daño ha de ser ontológicamente eficaz para amedrentar el ánimo de la víctima.<sup>58</sup>

Ahora bien, este requisito no se refiere a la irreparabilidad, antes bien al sentido de la seriedad e importancia del mal que amenaza.<sup>59</sup>

De otro lado, el mismo peligro puede ser grande para el pobre y pequeño para el rico, o variar su dimensión en función de la utilidad subjetiva; quizá es más valioso el perro indispensable para el trabajo de un obrero que uno de lujo, o el ordinario que sirve de lazarillo a un ciego que el de raza de una dama de sociedad.<sup>60</sup> En la apreciación de la mayor o menor intensidad del daño es razonable que se atienda también a la situación concreta y no solamente a la valoración objetiva, es decir, a la totalidad de las circunstancias.

<sup>55</sup> Briguglio, Marcello, *op. cit.*, nota 19, p. 38.

<sup>56</sup> Foriers, Paul, *op. cit.*, nota 43, p. 31.

<sup>57</sup> Briguglio, Marcello, *op. cit.*, nota 19, p. 46.

<sup>58</sup> Cancino Restrepo, Fernando, "El estado de necesidad en derecho privado", *Universitas, Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas*, núm. 54, junio de 1978, p. 230.

<sup>59</sup> Scaturro, Ignazio, *op. cit.*, nota 23, p. 209; véase, también, Amarante, Aparecida, *op. cit.*, nota 27, p. 131.

<sup>60</sup> Zavala de González, Matilde M., *op. cit.*, nota 9, p. 41; Dagnino, Antonio, *op. cit.*, nota 17, p. 109.

El menoscabo debe comprenderse como una lesión a un interés esencial del objeto o sujeto tutelado, de manera que un bien de jerarquía puede estar amenazado por un daño insustancial, supuesto en que no se justifica la lesión leve de otro bien ajeno.

En último término, conviene señalar que la defensa puede ser de sí mismo o de un tercero. La conducta del agente siempre busca evitarse a sí mismo o a otros la ocurrencia de un mal grave, por lo que no es de exigir que el peligro amenace al propio actor, ya que éste puede intervenir en defensa de intereses de otro. No obstante, en nuestro derecho positivo la titularidad del derecho amenazado debe pertenecer al autor del daño necesitado o a alguno de los parientes que menciona el inciso 2 del artículo 26 del Código Penal por intermedio de la remisión consignada en el artículo 27.

### 3. *Que no haya sido provocado por el agente*

Va de suyo que el peligro no debe haber sido provocado voluntariamente por el individuo. De manera que la causa del peligro puede ser de cualquier tipo, salvo la voluntad del agente.

A la luz de este requisito, la doctrina se ha dividido fundamentalmente en dos tendencias. Para la primera esta exigencia se refiere indistintamente al dolo o la culpa; para la segunda sólo comprende el actuar doloso.

Corresponde previamente descartar que la frase “que éste no haya sido provocado por su conducta” signifique que se exija que el sujeto haya hecho todo lo posible para impedir que aquél surja, ya que le impondría deberes demasiados gravosos como la prevención y *la reparación de la culpa de otro*.<sup>61</sup>

Dentro de la tesis más recibida se sostiene que los hechos culposos son también obra propia del agente que con su imprudencia o negligencia ha ocasionado el peligro;<sup>62</sup> tanto las conductas culposas como

<sup>61</sup> Briguglio, Marcello, *op. cit.*, nota 19, p. 37.

<sup>62</sup> Maiorca, Carlo, *I fondamenti della responsabilità*, Milán, Giuffrè, 1990, p. 408; Busto Lago, José Manuel, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 398; Troisi, Bruno, *op. cit.*, nota 24, p. 27; Coviello, Leonardo, *op. cit.*, nota 5, p. 3; Manzini, Vincenzo, *op. cit.*, nota 27, t. III, pp. 137 y 139: “quien provoca a un loco, aunque con el fin de burla, da causa voluntaria

dolosas son atribuibles a quien las realiza, por lo que entraría en la inteligencia de la norma incluso la producción culposa del peligro. La expresión legal es entendida en un sentido amplio, incluyéndose en ella todos los casos en que el factor voluntario se limita a la sola conducta.

En una corriente doctrinaria con bastante predicamento se afirma que la culpa no excluye el estado de necesidad, ya que el peligro no responde a su voluntad.<sup>63</sup>

Según nuestro sentir, debe acordarse a un *peligro accidental*, lo que excluye la culpa: *no debe existir atisbo de juicio de reprochabilidad*. Debe ser una situación en la cual se cae o se llega sin culpabilidad, no imputable al necesitado, extraña a él, fortuita.<sup>64</sup>

Por lo pronto, no se puede menos que pensar que si el legislador hubiese querido efectivamente referirse con exclusividad a los casos en que el sujeto actúa movido por la intención principal de determinar el peligro, habría recurrido a expresiones como “dolosamente” o “intencionalmente”<sup>65</sup> y no a una fórmula tan genérica. En definitiva, el límite de la no voluntaria causación del peligro responde a ser el único instrumento eficaz para reducir al mínimo la verificación de una situación de conflicto.<sup>66</sup>

Distinto es el caso que se plantea cuando quien ha ocasionado por obra propia el peligro es salvado por un tercero. De hecho, es indiferente que el favorecido por la conducta del tercero haya o no dado causa al peligro, en la medida en que la ley nada dice respecto a la persona a quien se salva, por lo que debe juzgarse que la limitación no se refiere a él.

Por último, resta el supuesto que se presenta cuando el agente que ha ocasionado dolosamente un hecho del cual se deriva una situación

al peligro”. En nuestro país véase Cairoli Martínez, Milton, *Curso de derecho penal uruguayo*, 2a. ed., Montevideo, FCU, 1990, t. I, p. 243; Bayardo Bengoa, Fernando, *Derecho penal uruguayo*, 3a. ed., Montevideo, FCU, 1975, t. I, p. 210.

<sup>63</sup> Zaccaria de Inellas, Gabriel Cesar, *op. cit.*, nota 27, p. 7. Al respecto véase Brasuello, Teucro, *I limiti della responsabilità per danni*, Milán, Giuffrè, 1956, p. 260.

<sup>64</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, “Las causas de justificación”, en varios autores, *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, p. 82.

<sup>65</sup> Briguglio, Marcello, *op. cit.*, nota 19, p. 41.

<sup>66</sup> Molari, Alfredo, *op. cit.*, nota 20, p. 71.

de peligro se arrepiente, y para evitar su consumación o efectos más graves realiza una conducta que lesiona a un tercero. Imaginemos que Pedro voluntariamente lesiona a Juan, y al percatarse de que morirá si no se le presta auxilio médico inmediatamente se apodera del único medio de transporte que encuentra cerca, en él conduce al herido a una clínica y logra salvarlo de esa manera. La cuestión jurídica que el caso plantea es la de si debe o no reconocérsele estado de necesidad a Pedro por el hurto perpetrado; él queda fuera de la previsión legal, ya que la situación de peligro es simplemente secuela de un hecho dañoso imputable al actor. Si bien es verdad que Pedro lesionó a Juan, no es dicha lesión en sí misma considerada la que constituye el peligro inminente, sino la posibilidad ulterior de que el herido muera;<sup>67</sup> por lo demás, como se dice, la solución contraria, o sea la imputación de responsabilidad, supondría auspiciar en casos como este la muerte del lesionado.

#### 4. Proporcionalidad

La proporción significa justa medida. Para Bayardo Bengoa,<sup>68</sup> el requisito se refiere a una valoración de los bienes en conflicto. Sin embargo, se trata de la comparación de males<sup>69</sup> y no de un juicio de proporcionalidad entre el valor de los bienes contrapuestos. Así, se debe aludir al mal y no al bien en peligro, pues según la exigencia legal, la comparación debe practicarse entre los males en juego, concepto no siempre coincidente con el de los bienes correspondientes;<sup>70</sup> en rigor hay una contraposición entre el hecho necesario (mal evitado) y el derecho ajeno violentado (mal infringido).

No debe considerarse el valor a comparar en abstracto, sino referido a la situación concreta, especialmente a los males en juego; el juicio de

<sup>67</sup> Reyes Echandía, Alfonso, *op. cit.*, nota 47, p. 83; en términos similares puede consultarse Manzini, Vicenzo, *op. cit.*, nota 27, p. 142.

<sup>68</sup> Bayardo Bengoa, Fernando, *op. cit.*, nota 62, p. 208.

<sup>69</sup> Deutsch, Erwin y Ahrens, Hans-Jürgen, *op. cit.*, nota 41, § 28, p. 188; Savatier, René, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, París, LGDJ, 1939, t. I, p. 125; Amarante, Aparecida, *op. cit.*, nota 27, p. 135.

<sup>70</sup> Zavala de González, Matilde M., *op. cit.*, nota 9, p. 12.

equivalencia no puede ser realizado de una manera inmóvil, responder a una entidad estática, excluyendo todos los otros elementos significativos que contribuyeron a caracterizar la situación concreta.<sup>71</sup>

Al producirse una legítima neutralización del peligro, en última instancia la comparación se realizará entre el daño causado y el bien salvado (o mal evitado). Sobre esta base, lo realmente importante es el merecimiento de protección de un bien frente al mal concreto en una determinada situación social.<sup>72</sup>

La comparación de los “bienes” debe realizarse con un criterio de razonabilidad, tomando como patrón la diligencia de un buen padre de familia, y es evidente que entre el resguardo contra un daño irreparable sobre un bien de menor valor económico afectando otro relativamente de mayor valor, la salvación del primero no tiene mucha discusión.

Esta ponderación que establece el principio de proporcionalidad no supone un cálculo matemático, sobre todo cuando se trata de la vida, que es un valor absoluto; así, por ejemplo, el turista que sube a una montaña atado a otras cuatro personas y que en situación de necesidad corta la cuerda para salvarse, haciendo que se precipiten los otros cuatro al abismo, actúa en estado de necesidad aun cuando su conducta provoca la muerte de cuatro para salvar la propia.<sup>73</sup> Cuando se trate de evitar un mal patrimonial, el mal causado debe ser necesariamente menor por exigencia legal (artículo 27 del Código Penal).

Se dice que aplicando a rajatabla el principio de proporcionalidad se vería que mientras sería irresponsable el poderoso que para salvar su palacio destruyere la choza del obrero, sería responsable el que para salvar su única y pobre morada destruyere una parte de los palacios del rico.<sup>74</sup> El sujeto ubicado en el estado de necesidad no comparará el valor objetivo de los bienes o cosas que podrían resultar deteriorados si opta en uno u otro sentido, sino que debe atender a la vivencia subjetiva del mal en cada una de las posibles víctimas, contándose en-

<sup>71</sup> Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *op. cit.*, nota 21, p. 263.

<sup>72</sup> Rivacoba y Rivacoba Manuel de, *op. cit.*, nota 35, p. 223.

<sup>73</sup> Langón Cuñaro, Miguel, *Curso de derecho penal y procesal penal*, Montevideo, Del Foro, 2003, p. 301.

<sup>74</sup> La Orden Miracle, Ernesto, *op. cit.*, nota 4, p. 64.

tre ellas, según el conocimiento que tenga de las circunstancias personales y materiales de los involucrados.<sup>75</sup> De esta forma, no siempre el daño a la persona es más valioso que al patrimonio, si se piensa por ejemplo en la destrucción de un complejo industrial comparado con un leve golpe.<sup>76</sup>

La ponderación de los bienes debe efectuarse no de una forma mecánica, no siempre salvaguardando el de mayor valor económico, sino observando la situación total y su posible afectación a la vida de la persona, y en definitiva puede suceder que el de menor valor es el más importante que el que en rigor tiene mayor valor como bien jurídico tutelado.

Asiste la razón a Mosset Iturraspe<sup>77</sup> cuando señala que la conducta del necesitado se debe valorar no con el ánimo del juzgador fuera del peligro, sino con el ánimo del necesitado envuelto en él.

##### 5. No debe existir una obligación de afrontar el mal

Quien comete el acto necesitado a fin de salvarse del peligro no debe estar vinculado por una obligación funcional de afrontar el peligro, como sucede con el médico de guardia que no puede dejar de atender al paciente so pretexto de contagiarse o el bombero que no puede anteponer su condición a la posible salvación de los habitantes del edificio. Sin embargo, no se mantiene la obligación si aparece evidente la no-idoneidad de la conducta para evitar el daño, ya que no se aspira a un sacrificio estéril.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Barrera Tapias, Carlos Darío y Santos Ballesteros, Jorge, *op. cit.*, nota 51, p. 52. Así destaca que si para evitar la destrucción de un granero que alimenta a una población, como consecuencia de la avenida de un río, una persona tiene la alternativa de desviar las aguas hacia la casa de un labriego que vive en ella y se alimenta con los cultivos que su fundo le proporciona, o hacia la residencia de verano de un terrateniente, quien sólo la ocupa para algunas semanas al año, deberá preferir la destrucción de la propiedad veraniega, pues si el bien es objetivamente más costoso, jurídica y socialmente es mayor el daño que se provocaría con la destrucción de la propiedad del campesino o del granero comunal.

<sup>76</sup> Grosso, Carlo Federico, *op. cit.*, nota 6, p. 187.

<sup>77</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. IV: *Las eximentes*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 108.

<sup>78</sup> Zavala de González, Matilde M., *op. cit.*, nota 9, p. 29.

## IX. Licitud

Actualmente no se discute la licitud del acto necesitado; no obstante, ello no siempre fue así.

En efecto, hasta mediados del siglo pasado se consideraba con vehemencia que nunca es lícito dañar a un inocente, de lo que se desprende la idea de la ilicitud del estado de necesidad.

La antijuridicidad de la ofensa no corresponde a ningún embate previo, lo que demuestra la concurrencia de todos los caracteres del ilícito civil. La Orden<sup>79</sup> nos dice que se trata de un ataque injustificado que no responde a ninguna agresión anterior; lleva un estigma de ilicitud, de forma que todas las apreciaciones que sobre él se hagan *a posteriori*, serán motivos atendibles que expliquen su inimputabilidad o excusen su castigo, pero no podrán ser verdaderas causas de justificación porque el acto llevó desde un principio la dirección antijurídica, y ésta es una mancha de origen que puede cubrirse pero no lavarse; por último destaca que por más que en el derecho penal el acto no se considere delito, esto se debe a que en esa materia se trata de infracciones que turban la tranquilidad pública, supuesto que no sucede con el estado de necesidad; por el contrario, en el derecho privado su función es tutelar y reconocer derechos subjetivos, no puede dejar sin reparación a la víctima.

Para Brunetti<sup>80</sup> el acto no puede ser racionalmente justo (lícito) porque no se reacciona contra una injusta agresión cuando el peligro proviene de una cosa sin culpa de alguno; no es lícito infligir una disminución a una persona inocente.

Dicho esto, cabe señalar que la tesis que considera que pagar una suma de dinero puede ser índice de ilicitud, se encuentra ya absolutamente superada y en las antípodas del conocimiento científico.

<sup>79</sup> La Orden Miracle, Ernesto, *op. cit.*, nota 4, pp. 69, 73 y 74; Brasiello, Teucro, *I limiti della responsabilità per danni*, *cit.*, nota 63, pp. 263, 269 y 271, por la determinación libre de la voluntad, con el propósito deliberado de preferir salvar del derecho de uno a costa del daño del otro.

<sup>80</sup> Brunetti, Antonio, "Contributo allo studio del risarcimento del danno prodotto nello stato di necessità", *Il Filangieri*, año XXVIII, 1903, pp. 676 y 677.

Ahora bien, es cierto que existe una verdadera voluntad infringidora del derecho ajeno, pero esto no alcanza para considerar ilícita la conducta, siempre que esté debidamente justificada. Es preciso por tanto puntualizar que no hay ilicitud, ya que *no está en crisis la juridicidad*,<sup>81</sup> porque o bien la conducta responde a una utilidad social (prevalencia), o demuestra la neutralidad (equivalencia) exigida por el ordenamiento. Bien miradas las cosas, la dimensión antijurídica del hecho (*Rechtswidrigkeitsdimension*)<sup>82</sup> no se manifiesta.

Es interesante mencionar que no se obra tanto contra el otro sujeto, sino que se defiende de una situación natural de peligro,<sup>83</sup> de ahí que se produzca la declaración de juridicidad de la conducta del agente y por ende su irresponsabilidad frente al resultado.<sup>84</sup>

Hace notar Coviello<sup>85</sup> que a finales del siglo XIX se consideraba al estado de necesidad como un acto ilícito, más que por convicción dogmática para lograr, sin discusión, obtener alguna indemnización.

## X. Efectos del estado de necesidad

Conviene observar desde ahora que la necesidad *sólo justifica lo necesario*, de manera que no excusa el desplazamiento de la incidencia definitiva del daño.<sup>86</sup>

Cabe destacar que la indemnización es una cosa esencialmente diferente del resarcimiento; es, en cierto sentido, el precio que se paga por obtener una ventaja o por evitarse una desventaja,<sup>87</sup> es decir que se trata de pagar un precio por una utilidad (de evitarse el mal).

El discurso sobre la indemnización es completamente diverso al del resarcimiento: la diferencia se basa en el presupuesto de la responsabilidad, esto es, la ilicitud. En la indemnización no existe antijuridicidad.

<sup>81</sup> Ghersi, Carlos Alberto *et al.*, *Teoría general de la reparación de daños*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 97.

<sup>82</sup> Esser, Josef y Schmidt, Eike, *op. cit.*, nota 32, § 30, p. 168.

<sup>83</sup> Martínez Carranza, Eduardo, *op. cit.*, nota 46, p. 51.

<sup>84</sup> Barrera Tapias, Carlos Darío y Santos Ballesteros, Jorge, *op. cit.*, nota 51, p. 13.

<sup>85</sup> Coviello, Leonardo, *op. cit.*, nota 5, p. 11.

<sup>86</sup> Savatier, René, *op. cit.*, nota 69, pp. 127 y 129.

<sup>87</sup> Maiorca, Carlo, *op. cit.*, nota 62, p. 462.

Aquí la indemnización está separada del *an respondeatur*, falta el título justificante de la responsabilidad, que tan solo responde a la reparación de un daño injusto. No se trata de que la menor entidad de la suma finalmente “debida” venga explicada por la menor gravedad del ilícito realizado, de manera de configurarse en una circunstancia atenuante del ilícito civil.<sup>88</sup>

La indemnización no puede ser catalogada como una sanción por la presencia de un ilícito civil, sino como una forma de extirpar el daño injusto que el sujeto no tiene el deber de experimentar.

Varias han sido las fundamentaciones ensayadas en cuanto a la eficacia del estado.

De acuerdo con una doctrina, el límite de la licitud (y por tanto resarcibilidad) del acto necesitado se encuentra en el criterio de la proporcionalidad, entendiendo que cuando para la conservación de un interés mayor se sacrifica, en los límites estrictos de la necesidad, un interés menor, el acto es lícito en la medida en que se contempla el interés general, o sea, no se responde de los daños causados cuando el acto necesitado fue lícito, es decir cuando se produjo un mal menor que el evitado, pero sí se responde cuando se trata de bienes iguales o se sacrifique un bien mayor.<sup>89</sup> Esta posición es insostenible en nuestro país, atento a que la normativa vernácula no distingue entre ambas situaciones.

El ilustre Demogue<sup>90</sup> considera que se adeuda una indemnización en la medida en que se trata de una verdadera expropiación por utilidad privada en vista de la protección del bien más importante. Esta formulación se descarta de plano en razón de que la expropiación privada debería estar prevista expresamente como la realizada por utilidad pública; además, cuando se interviene en favor de un tercero podría darse una *delegación* de la expropiación?<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Tal como lo pretende Barbero, Domenico, *Sistema del derecho privado IV*, Buenos Aires, Ejea, 1967, p. 743.

<sup>89</sup> Coviello, Leonardo, *op. cit.*, nota 5, p. 4.

<sup>90</sup> Demogue, René, *Traité des obligations en general*, París, Rousseau, 1923, t. III, § 240, p. 398.

<sup>91</sup> La expropiación sólo es permitida a los ojos de la ley, además no explica la situación que se presenta frente a terceros. Acuña Anzorena, Arturo, “El estado de necesidad como eximente de la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. XXXVII, 1939, p. 37; Amarante, Aparecida, *op. cit.*, nota 27, p. 148.

En nuestro país, Peirano Facio<sup>92</sup> consideró con base en la analogía con el ilícito civil el carácter indemnizable del daño padecido.

Sin embargo, consideramos que no puede aplicarse la analogía como lo pretende Peirano Facio, puesto que no hay identidad de razón en virtud de que el resarcimiento responde de ordinario a la existencia de ilicitud. Es preciso destacar, como lo hace Betti,<sup>93</sup> que el razonamiento analógico para ser utilizable debe ofrecer una garantía de certeza, lo que va a estar dado por la “racionalidad” entendida por el común fundamento, idéntico motivo o relación de semejanza que deberán presentar el caso regulado y el no previsto.<sup>94</sup> Por ello el profesor compatriota Malherbe<sup>95</sup> decía que en la analogía debe darse la igualdad de dos relaciones de cualidad, situación no presente en el caso examinado, ya que no se detecta la fórmula “*Ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*”.

Desde otro punto de vista, para Acuña Anzorena<sup>96</sup> la obligación de indemnización descansa en el principio de equidad.

En virtud del silencio normativo, la equidad no puede admitirse que valga como fuente autónoma del deber de reparar el daño.<sup>97</sup>

Zavala de González<sup>98</sup> ensaya una fundamentación basada en el interés prevalente en razón de que existiendo una oposición de intereses, el inferior debe ceder ante el superior; la responsabilidad resultante radica en un principio en el interés que se tiene en la salvaguardia del bien amenazado por el peligro. Esta postura no se adecua al derecho

<sup>92</sup> Peirano Facio, Jorge, *op. cit.*, nota 25, p. 267. Ésta es también la posición de Ordoqui, Gustavo, “Obligación de compensar los daños causados por conductas lícitas”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. IX, p. 253.

<sup>93</sup> Betti, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 1971, pp. 165 y 168.

<sup>94</sup> Ruiz-Giménez, Joaquín, *La concepción institucional del derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, p. 283.

<sup>95</sup> Malherbe, H., *La analogía en la ciencia del derecho*, Montevideo, FCU, 1998, p. 19.

<sup>96</sup> Acuña Anzorena, Arturo, *op. cit.*, nota 91, p. 38; Amézaga, Juan José, *op. cit.*, nota 10, p. 166.

<sup>97</sup> Busto Lago, José Manuel, “La indemnización por los daños causados en estado de necesidad”, *Revista de Derecho Privado*, junio de 1997, p. 476.

<sup>98</sup> Zavala de González, Matilde M., *op. cit.*, nota 9, pp. 153 y 154; Fueyo Laneri, Fernando, *op. cit.*, nota 38, p. 413.

patrio en virtud de que ante la equivalencia de males, no puede determinarse un interés preponderante protegido.

Una cosa es que el *daño causado en estado de necesidad es irresarcible* y otra muy distinta es que a *nadie le está autorizado enriquecerse injustamente a costa de otro*.

La necesaria correlación entre la ventaja conseguida y la desventaja evitada induce a retener que el criterio de imputación es el enriquecimiento sin causa.<sup>99</sup>

No se trata, como dice La Orden, de remedios heroicos,<sup>100</sup> sino que se produce un efectivo enriquecimiento porque el sacrificio procuró la conservación del bien amenazado. El “resarcimiento” que recibe el sujeto que ha soportado el estado se corresponde, como dicen los juristas alemanes Deutsch-Ahrens,<sup>101</sup> a una pretensión por sacrificio (*Aufopferungsanspruch*). Por otro aspecto, sería dejar a la víctima sin una compensación; se plasma para evitar, como dice Englard,<sup>102</sup> que el *summum ius* sea realmente un *summa iniuria*; justo es que esta salvación pague un precio.<sup>103</sup>

A nuestro modo de ver las cosas, la situación entre los participantes después del acto necesitado se caracteriza por un supuesto típico de enriquecimiento sin causa. El beneficiado (puede ser o no el dañador) ha logrado una utilidad real, en cuanto *ha evitado un peligro que le gravaba*.

Con todo, esta solución no ha estado exenta de críticas. Así se ha dicho que entre el enriquecimiento del necesitado y el empobrecimiento de la víctima hay una justa causa (el acto necesario); no se trataría de un efecto inesperado de la actividad del agente.<sup>104</sup> Ahora

<sup>99</sup> Criterio seguido por Chironi, G. P., *La culpa en el derecho civil moderno*, Madrid, Reus, 1906, t. II, pp. 494 y 564; Savatier, René, “L’etat de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle”, *Études en droit civil a la mémoire de Henri Capitant*, París, Dalloz, 1939, p. 747. En nuestro país, Gamarra, Jorge, *op. cit.*, nota 11, t. XIX, p. 224.

<sup>100</sup> La Orden Miracle, Ernesto, *op. cit.*, nota 4, p. 108.

<sup>101</sup> Deutsch, Erwin y Ahrens, Hans-Jürgen, *op. cit.*, nota 41, § 28, p. 188; Fikentscher, Wolfgang, *op. cit.*, nota 8, § 113, p. 818; Esser, Josef y Schmidt, Eike, *op. cit.*, nota 32, § 30, p. 168.

<sup>102</sup> Englard, Izhak, *The Philosophy of Tort Law*, Aldershot, Dartmouth, 1993, p. 57.

<sup>103</sup> Tedeschi, Guido, *op. cit.*, nota 16, p. 741.

<sup>104</sup> Al respecto de estas consideraciones puede verse Lallement, Paul, *op. cit.*, nota 18, pp. 193 y 200; Vaz Serra, Adriano y Páez da Silva, “Causas justificativas do facto danoso”, *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 85, abril de 1959, p. 29.

bien, el autor del hecho necesitado está justificado en cuanto a la comisión misma del acto, lo que no se extiende a la indemnización de la víctima.<sup>105</sup> Por ello, por más justificado que esté el acto, no autoriza a dejar definitivamente el peso del daño a cargo de la persona elegida por el agente.<sup>106</sup>

En términos análogos, Zavala de González<sup>107</sup> señala que el estado justifica el hecho dañoso, pero no puede justificar lo que nada tiene de necesario ni de justo: mantener en el tercero perjudicado la incidencia definitiva del daño. Así pues, el tercero no debe sufrir las consecuencias del estado que afecta al agente, no hay justificación moral ni jurídica para que se traslade el costo y haga soportar el peso económico de un azar que sólo corresponde al agente.<sup>108</sup> De lo expuesto, cabe concluir que la justificación repercute tan sólo en la ejecución de la conducta, pero no excluye que en última instancia se produzca una compensación en el patrimonio del damnificado.

Una interrogante a develar es sobre en qué persona recae la obligación de proceder a la indemnización: quien realizó el hecho dañoso o quien ha percibido el beneficio. Atento a la doctrina del enriquecimiento injusto (sin causa) no responde el agente sino el beneficiado por el mismo.

La definitiva obligación de indemnizar debe recaer no sobre el agente sino sobre la persona en cuya defensa fue causado en la medida que es ésta la beneficiada;<sup>109</sup> debe correr por cuenta de quien sacó provecho del acto.

Otro tema es el *quantum* de la indemnización, el que debe fijarse por debajo de la entidad del daño efectivamente causado, ya que la suma entregada responde a un criterio ajeno a las pautas de la responsabilidad civil. Se “responde” en la medida del enriquecimiento;<sup>110</sup> el

<sup>105</sup> Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice, *op. cit.*, nota 18, p. 513; Martínez Carranza, Eduardo, *op. cit.*, nota 46, pp. 24 y 112.

<sup>106</sup> Savatier, René, *op. cit.*, nota 69, p. 747; véase, también, Viganò, Francesco, *op. cit.*, nota 2, p. 69.

<sup>107</sup> Zavala de González, Matilde M., *op. cit.*, nota 9, p. 156.

<sup>108</sup> Trazegnies, Fernando, *op. cit.*, nota 14, p. 132.

<sup>109</sup> Vaz Serra, Adriano y Páez da Silva, *op. cit.*, nota 104, p. 31.

<sup>110</sup> Busto Lago, José M., *La antijuridicidad del daño resarcible, cit.*, nota 62, p. 411.

beneficiado está obligado a indemnizar al perjudicado en el tope del enriquecimiento, o como dice Savatier,<sup>111</sup> en el límite del mal evitado.

Una cuestión en principio dudosa se presenta con relación a la situación que se despliega cuando el dañador no es el beneficiado, sino un pariente. No se detecta que el agente deba responder para con el perjudicado; esta responsabilidad sería una responsabilidad objetiva y para más por acto legítimo, lo que desorbita gravemente las reglas generales.<sup>112</sup> Como vemos, no corresponde la obligación a quien se ha guiado por un principio de altruismo.<sup>113</sup> De esta forma, si el beneficiario no puede pagar la indemnización quedará el perjudicado sin indemnización alguna, puesto que no es justo que responda el autor del hecho. Imponer responsabilidad al autor necesario que obró en interés de otro equivaldría a sancionar a quien, cooperando con el orden jurídico al intentar evitar un mal y exponiéndose a veces él mismo a un peligro, trasgredió el tan remanido pero egoísta y disolvente principio de “no te metas”.<sup>114</sup>

En caso de pluralidad de beneficiados, responderán proporcionalmente como lo menciona el artículo 1331 y no solidariamente.

Cuando el dañador es un tercero (pariente en nuestro país) podría considerarse que existe una gestión de negocios ajenos;<sup>115</sup> y si bien es cierto que el gestor puede realizar también actos puramente materiales, no cabe la figura. En el estado no puede considerarse “gestor” al damnificado, ya que éste no se sacrifica espontáneamente por la salvación de otro, sino que, por el contrario, sufre el acto necesario a pesar suyo.<sup>116</sup>

<sup>111</sup> Savatier, René, *op. cit.*, nota 69, p. 752.

<sup>112</sup> Vaz Serra, Adriano y Páez da Silva, *op. cit.*, nota 104, p. 34.

<sup>113</sup> Farina, Juan M., “Estado de necesidad (en el derecho civil)”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. X, p. 948.

<sup>114</sup> Zavala de González, Matilde M., *op. cit.*, nota 9, p. 167.

<sup>115</sup> Esta es la solución adoptada por el Código Civil japonés, artículo 698: “Perjuicio inminente. Si la gestión de negocios tuviere por fin evitar un perjuicio inminente sobre la persona, la fama o el patrimonio del dueño, el gestor sólo responderá de su actuación por los daños y perjuicios causados con dolo o culpa grave”. He consultado la versión editada por Marcial Pons, 2000. Véase, también, Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, Bogotá, Temis, 1999, t. III, pp. 215 y 216.

<sup>116</sup> Zavala de González, Matilde M., *op. cit.*, nota 9, p. 141.

## XI. La omisión necesitada

Se trata de saber si puede declararse exento de responsabilidad a aquel que, obligado por contrato a determinada prestación, falta a ella porque su cumplimiento le expondría a grave daño o peligro. El *vinculum juris* que constituye la obligación solamente puede caducar ante una imposibilidad de hecho o de derecho.<sup>117</sup> La dificultad que se presenta no tiene fuerza para eximir el cumplimiento de la obligación. El estado no influye sobre la posibilidad de la prestación; por consiguiente, no es apta para producir la liberación del deudor.

Esta doctrina partiría de un presupuesto equivocado de considerar que la posibilidad de incumplimiento de la obligación por su excesiva onerosidad constituye un derecho superior al del acreedor de que se cumpla el contrato.

<sup>117</sup> La Orden Miracle, Ernesto, *op. cit.*, nota 4, p. 185.