

B) EL ESTADO DE NECESIDAD
EN LAS TERCERAS JORNADAS
DE DERECHO CIVIL

Despacho de la Comisión	179
Ponencias por orden de presentación	179
Del doctor Jorge Mosset Iturraspe	179
Del doctor José A. Buteler Cáceres	181
Del doctor Benjamín Pablo Piñón	185
De los doctores César Augusto Abelenda y Lisandro Oscar de la Torre	188
Del doctor Jorge A. Carranza	189
Del doctor Luis Orlando Andorno	197
De los doctores Patricio José Raffo Benegas y Rafael Alejandro Sassot	204
Del doctor Antonio Juan Rinesi	208
Del doctor Roberto H. Brebbia	228
De la doctora María Antonia Leonfanti	233
Nuestra posición	234

**B) EL ESTADO DE NECESIDAD EN LAS TERCERAS
JORNADAS DE DERECHO CIVIL
(Tucumán, 1967)**

Despacho de la Comisión

Las Terceras Jornadas de Derecho Civil recomiendan:

Incorporar al Código Civil una disposición que diga:

“Si alguien se viere constreñido a causar a otro un daño para evitar un mal mayor indebido e inminente y al que hubiere sido extraño, le estará permitido hacerlo en la medida de lo indispensable. En tal situación, siempre que el riesgo no proviniera del mismo bien dañado, el agente, o en su caso el beneficiario, deberá una justa indemnización según las circunstancias del caso.”

Ponencias por orden de presentación

Del doctor Jorge Mosset Iturraspe

1) El “estado de necesidad” puede definirse, de un modo genérico, como conflicto de intereses legítimos, producido sin culpa de las partes, y que sólo puede solucionarse mediante el sacrificio de uno de ellos.

2) En Derecho Civil aparece, fundamentalmente, bajo *tres formas* distintas:

a) Como causal de *justificación en materia de hechos ilícitos*, volviendo lícita la conducta de su autor.

b) Como motivo legítimo de exoneración en orden al cumplimiento de las obligaciones convencionales.

c) Como vicio de la voluntad que concurre a la formación de los actos jurídicos.

3) En el primer caso, como causal de justificación en materia de hechos ilícitos, la conducta de quien daña a la persona o al patrimonio de otro, a más de indispensable, debe estar motivada por un peligro actual, inevitable e inminente.

El daño inferido, cualitativa y cuantitativamente inferior al que se pretende impedir, será indemnizado en una medida cuya fijación se deja a la equitativa apreciación de los jueces.

4) En el segundo caso, como motivo de exoneración en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, la conducta de quien incumple, a más de indispensable, debe estar motivada por una necesidad o penuria extremas.

5) En el tercer caso, como vicio de la voluntad en los actos jurídicos, conduce a la invalidez, siempre que el negocio celebrado sea inequitativo y perjudicial para quien concurrió a realizarlo, por creerlo indispensable y constreñido por una necesidad o penuria extremas, conocidas por la otra parte. Esta figura del estado de necesidad puede subsumirse en el instituto de la lesión objetiva-subjetiva.

6) Es conveniente *incorporar* al Código Civil, en una eventual reforma, de manera expresa, el “estado de necesidad” en las tres figuras recordadas.

Del doctor José A. Buteler Cáceres (Adhieren los doctores E. C. Banchio y Luis Moisset de Espanés).

Consultado el pensamiento de la doctrina actual, los precedentes de la mayoría de los códigos civiles contemporáneos y, asimismo, las previsiones contenidas en los trabajos de revisión integral del Código Civil (anteproyecto de Bibiloni, proyecto de reformas de 1936 y anteproyecto de 1954, elaborado por la Dirección General de Institutos Jurídicos), está justificado, pues, que las Terceras Jornadas de Derecho Civil recomienden la incorporación al Código Civil de disposiciones que legislen sobre lo atinente al “estado de necesidad”.

Los códigos extranjeros y los precedentes nacionales, en general, se pronuncian sobre los dos puntos capitales que plantea la cuestión. *Primero*: Declaran, empleando fórmulas de distinta factura, *la licitud del acto que irrogare daño al patrimonio ajeno*, cuando lo fuere para prevenir un riesgo inminente, de otro modo inevitable, que amenazare al agente o a un tercero. *Segundo*: Reconocen al damnificado el derecho a una indemnización, la que, a tenor de la fórmula que tiende a difundirse, habrá de ser regulada según un criterio de equidad. Inclinaría mis preferencias por la adopción del enfoque metodológico del Código Civil alemán, el que contiene previsiones referidas a situa-

ciones de hecho que cabría distinguir, con arreglo a un estricto criterio técnico. Habría de incorporarse una primera disposición semejante a la del art. 228 del Código alemán, concordante con el anteproyecto de Bibiloni, art. 413 (primera redacción), 361 (segunda redacción); y con el proyecto de reformas de 1936, art. 226. La disposición sugerida, respetada la estructura sistemática del Código Civil, y hasta la numeración de sus artículos, podría incorporarse como un apartado final agregado al art. 1067, el que diría:

“Se reputa lícito el deterioro o destrucción de la cosa ajena, cuando ello fuere indispensable para prevenir un riesgo inminente proveniente de la misma cosa, y de otro modo inevitable, que amenazare al agente o a un tercero, con tal que el daño que se irrogare no estuviere en desproporción con el que se quiso evitar”. “Si el riesgo fuere imputable a culpa del agente o del tercero que se vio amenazado, cada uno responderá, en su caso, por el daño causado”. Diremos que aquí se prevé lo que para parte de la doctrina se da en llamar “acto defensivo” (o estado de necesidad en sentido amplio), cuya licitud se explica por asimilación al caso de la “legítima defensa”. Es así como se lo legisla juntamente con esta figura, y dentro de un Título general denominado *Ejercicio de los Derechos. Autodefensa. Autoayuda* (Código Civil alemán); *Del ejercicio y defensa de los derechos* (anteproyecto de Bibiloni); “*Del ejercicio y prueba de los derechos*” (proyecto de reformas de

1936). Una segunda disposición sería sustancialmente concordante con la del art. 904 del Código Civil alemán; y asimismo con el art. 2392 del anteproyecto de Bibiloni, y el 1476 del Proyecto de reformas de 1936. Habría de ubicársela en el Título dedicado a legislar sobre *La propiedad*, o *De la propiedad de las cosas*, o *Del dominio en general*, o *Del dominio de las cosas y de los modos de adquirirlo*; y figuraría como art. 2512 *bis*, y habría de decir:

“El propietario no podrá impedir que otro use de la cosa cuando lo hiciere constreñido por la necesidad y para evitar un daño inminente incomparable en magnitud con el que haya de causarse. El propietario tendrá derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo estime equitativo”. Aquí se contempla la hipótesis de lo que en doctrina se da en llamar *acto agresivo*, o estado de necesidad. *En sentido estricto*, donde la licitud del acto, invariablemente reconocida en doctrina, tiene su explicación en razón de la considerable desproporción entre los bienes en conflicto. La disposición, clasificada técnicamente, configura una restricción al derecho de dominio, que se la *asimila, por analogía*, a la expropiación de “*urgencia y con carácter de necesidad*”, prevista en el art. 2512 del Cód. Civil.

Ha de agregarse que no pocos códigos, entre los que cuentan el suizo y suizo de las obligaciones, el italiano, el venezolano, el portugués, sancionado en 1966, y entre nosotros, el anteproyecto de 1954, elaborado por la Dirección General de Institutos Jurídicos

cos, *olvidan la distinción* entre “*acto defensivo*” y “*agresivo*”, y adoptan la fórmula única, ya ubicada en el Título dedicado a la “Defensa y ejercicio de los derechos”, ya en el de *Los actos ilícitos*. Tal fórmula única podría tener esta factura:

“Se reputa lícito el acto por el que se irroga daño a alguien, si lo fuere para conjurar un mal inminente, de otro modo inevitable, que amenazare al agente o a un tercero, e incomparable en magnitud con el perjuicio que haya de causarse. El damnificado tendrá derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo estime equitativo”. Esta disposición habría de incorporarse a modo de un apartado final agregado al art. 1067.

Aclaración: Entre los precedentes legislativos extranjeros figura el art. 1447 del Código Civil italiano, el que legisla sobre “*El contrato concluido en estado de peligro*”. El mencionado artículo dispone: “El contrato por el que una de las partes asumiere obligaciones bajo condiciones inicuas, por la necesidad conocida de la otra parte, de salvarse a sí misma o salvar a otros de un peligro actual, de un daño grave a la persona, puede ser rescindido, a instancia de la parte que se hubiere obligado. El juez, al pronunciar la rescisión, puede, según las circunstancias, reconocerle a la otra parte, una compensación equitativa por la obra prestada”.

Dentro de la doctrina italiana, algunos autores entenderían que la previsión precedentemente transcrita contiene un caso de aplicación del *estado de*

necesidad, especialmente legislado en el art. 2045 del mismo Código Civil italiano; otros interpretarían —y ésta es la opinión que compartimos— que el art. 1447 prevé el caso de un contrato leonino, y que la hipótesis contemplada más se asemeja a la figura de la “lesión subjetiva”, que al “estado de necesidad” propiamente dicho. El ejemplo clásico con que la doctrina ilustra la hipótesis es el del *contrato de salvamento*, el cual, por otra parte, está previsto y regulado en su efecto por el art. 1310 de nuestro Código de Comercio.

Del doctor Benjamín Pablo Piñón

a) De conformidad con el art. 953 del Cód. Civil, debe considerarse sin objeto el acto jurídico celebrado abusando del estado de necesidad, ligereza, inexperiencia o ignorancia de una de las partes por considerarse contrario a las buenas costumbres.

b) En caso de una reforma a nuestro Código Civil debe incluirse un artículo que consagre la lesión subjetiva, recomendándose el texto del art. 156 del proyecto de la Comisión Reformadora de 1936.

El estado de necesidad puede ser estudiado dentro de la teoría del acto ilícito a los fines de establecer la responsabilidad por los daños ocasionados por quien obra en ese supuesto, o, dentro de los actos o negocios jurídicos, como una de las formas en que puede darse la lesión subjetiva. Éste es el caso que vamos

a analizar en esta ponencia y limitado al derecho argentino.

Abusar del estado de necesidad es una de las formas en que puede darse la lesión subjetiva no consagrada expresamente por nuestro Código Civil, como uno de los vicios que pueden causar la nulidad total o parcial de los negocios jurídicos.

La doctrina y la jurisprudencia han venido realizando una de las construcciones interpretativas más interesantes y de mayor contenido humano y ético al aplicar el art. 953 del Código Civil.

Superándose el argumento clásico de que la lesión trae inseguridad en los negocios se ha concluido en admitir que, cuando ella otorga a una parte ventajas evidentemente desproporcionadas, por abusar de un estado de necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte, estamos en presencia de un acto que tiene un objeto contrario a la moral y buenas costumbres, o sea cae en el supuesto del art. 953.

La libertad de contratar, al decir de Bibiloni, tiene su límite en el mencionado artículo. Si bien ello es hoy generalmente aceptado, debemos recordar que con marcada dificultad se abrió paso en la jurisprudencia. Los varias veces recordados fallos del entonces juez de primera instancia doctor Guillermo A. Borda (*JA*, 1953-I-338; *LL*, 72-487) señalaron uno de los puntos de partida de la jurisprudencia actual, que significó el triunfo de la doctrina que acoge la lesión subjetiva.

En los mencionados fallos se consagra una afir-

mación de significativa trascendencia al sentarse que una manifiesta o grosera desproporción en las prestaciones de un contrato bilateral presupone un caso de lesión subjetiva. Sabida es la dificultad que resulta de la obligación de probar ese estado de necesidad, problema que se solucionaría con la presunción mencionada, aunque dejando la posibilidad de admitir la lesión objetiva repudiada en la nota al art. 943 (nota que carece de valor normativo).

La conclusión que admite la lesión subjetiva, de hondo contenido moral y social, a la que nos adherimos, tiene sobrados fundamentos en nuestro derecho. Cuando la desproporción en las contraprestaciones tiene su origen en un abuso del derecho, estamos en presencia de un acto de objeto inmoral (art. 953) y por lo tanto es “antifuncional” al decir de Spota, que lo torna total o parcialmente nulo o anulable (Spota, *Tratado*, t. I, vol. 3, p. 353 y ss.; JA, 1961-V-83, secc. doctrina).

El negocio ofensivo a la moral por su objeto lo deja huérfano de toda protección legal, pues las leyes, como normas sociales obligatorias, no deben prestar eficacia a actos, precisamente, antisociales.

Creemos que esa ineficacia debe ser en la medida “en que la lesión a la regla moral se ha producido”, o sea admitiéndose la nulidad parcial (art. 1039) y reduciéndose, por ejemplo, los intereses usuarios, precios o retribuciones excesivas, cláusulas penales exorbitantes, etcétera. Sólo cuando ello no fuere posible, la nulidad sería total (Spota, ob. cit.).

No obstante pensar que se encuentra implícitamente admitida, creemos oportuno reproducir la recomendación de los maestros Salvat y Lafaille cuando consideraron indispensable consagrar un precepto expreso en nuestro Código Civil sobre los casos en que se abusa de un estado de necesidad, ligereza o inexperiencia de una parte, pues de lo contrario quedaría sometido al criterio judicial y, por lo tanto, a la posibilidad de soluciones diversas (observaciones y actas de la Comisión Reformadora, t. I, p. 253).

La Comisión Reformadora acogió en su art. 156 del proyecto la doctrina del art. 138 del BGB alemán, que consideramos conveniente sancionar en una eventual reforma a nuestro Código Civil.

El Código Civil argentino habrá seguido así la senda de las modernas legislaciones, como el Código Federal de las Obligaciones suizo, el polaco, el chino, el libanés, entre otros, o la de normas especiales como ocurre en España e Inglaterra, separándose de la concepción francesa meramente objetivista.

De los doctores César Augusto Abelenda y Lisandro Oscar de la Torre.

El estado de necesidad entendido como “aquella situación de inminente peligro debido a circunstancias casuales y externas en que pueda encontrarse una persona que contrae un compromiso”, esto es, como la coacción resultante del medio exterior o fuerzas naturales extrañas a la actividad del hombre, o violencia objetiva, es excluyente de la voluntad jurídica

sana, supuesto fáctico previsto por el Código Civil para que los hechos humanos generen los efectos propios de los actos jurídicos y adquieran su total validez.

El acto jurídico gestado en estado de necesidad es anulable, porque quien actúa en situación de inminente peligro, no tiene el imperio de sí, "que expresa la posibilidad de elección entre varios motivos para determinarse por el conveniente", lo que en suma implica carencia de libertad. Pero, ante la posibilidad de que el acto necesario pueda celebrarse con otra persona de buena fe, se hace indispensable, vinculando el estado de necesidad al instituto de la *lesión* como en el Código Civil alemán, limitar la posibilidad de anulación a los supuestos en que se origine un grave perjuicio para el necesitado y un beneficio o lucro excesivo para la otra parte, que, conociendo ese estado, se aprovechó de la situación. La nulidad del acto realizado en estado de necesidad podrá ser declarada judicialmente a petición de parte, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias del caso.

La anulación del acto no podrá ser opuesta a terceros de buena fe.

Del doctor Jorge A. Carranza

I. El estado de necesidad es la situación fáctica en cuya virtud el agente está facultado para influir sobre una cosa ajena en cuanto ello sea necesario para evitar un daño mayor que le amenaza.

Se trata, en consecuencia, de una típica colisión de facultades jurídicas que se produce en una deter-

minada circunstancia azarosa, con motivo de la cual se autoriza el ejercicio excesivo de un derecho subjetivo y la intrusión en la esfera de interés ajeno, a fin de hacer ceder el menor valor frente al más ponderable.

II. Se ha discutido arduamente la filiación jurídica del acto obrado en estado de necesidad. Hay quien remite su identidad a la de los actos ilícitos —posición de Buteler—, en el entendimiento de que el ejercicio del derecho, más allá de los límites normales, al irrogar un daño intencional al titular del bien perjudicado, configura una típica conducta ilegítima, porque el autor no ha tenido derecho para actuar como lo ha hecho.

En la antípoda se ubican los que consideran legítimo el obrar del agente en estado de necesidad, en razón de promediar causas excluyentes de la antijuridicidad que obligan a un tratamiento benévolo por parte de la ley, encargada de distribuir las cargas indemnizatorias de los daños ocasionados. Es la doctrina que entre nosotros sostienen Acuña Anzorena, Martínez Carranza y Spota, para quien el acto necesitado no es un acto ilícito, sino uno legítimo, aunque excesivo.

Con Zitelmann pensamos que si bien la conducta del agente es invasora de la esfera ajena y produce un daño —aspectos que objetivamente parecen hacer desembocar la figura en la ilicitud—, no es menos cierto que promedian circunstancias extraordinarias que obligan a autorizar, como socialmente valiosa, la con-

ducta necesitada, instituyéndose una causa de exclusión de la antijuridicidad mediante la ponderación de los valores en juego, aceptada por la legislación a través de la estimativa jurídica. Se trata, en menos palabras, de un caso en el que —en alguna medida— debe ceder la impronta económico-liberal que preside la doctrina de la indemnización de daños en beneficio de una solución solidarista.

III. Entre nosotros, donde no existe en sede civil previsión legislativa alguna que regule la materia, los tratadistas y la jurisprudencia ubican su desarrollo de manera dispar.

Hay ocasiones en que se considera el estado de necesidad como un vicio de la voluntad impediendo de la eficacia del acto jurídico, en razón de una suerte de “violencia objetiva” (Llambías), frente a la cual se darían todos los extremos para obtener la anulación del acto obrado bajo los efectos de esa particular “vis” compulsiva. Así se expide también Santoro Passarelli, en la doctrina italiana.

Otros optan por considerar el estado de necesidad dentro del recinto de la responsabilidad extracontractual, como lo hacen De Gasperi - Morello, siendo de notar que esta tendencia contiene una modalidad que es aquella por la que nos inclinamos: el estado de necesidad es un capítulo de la responsabilidad civil que debe ser objeto de una especial consideración dentro de la temática de las consecuencias del ejercicio de los derechos, ya que es menester autorizar el acto necesitado y, al mismo tiempo, regular las con-

secuencias dañosas, que no son imputables a culpa o dolo del agente.

El sitio adecuado para el tratamiento del estado de necesidad se halla, en consecuencia, dentro de la parte general del Derecho Civil, en el capítulo del ejercicio de los derechos subjetivos y sus efectos, ya que se trata de un caso en el que la realización del poder moral de obrar que aquél importa encuentra obstáculos anormales o extraordinarios y el plexo normativo debe proveer a quien obra la facultad de ayudarse por sí mismo para llevar a cabo la finalidad estimable que valoriza su derecho. Tales procedimientos no son otros que la legítima defensa y el estado de necesidad, en sentido *civiliter*, frente a los cuales cede el principio en cuya virtud el agente sólo puede ejecutar su derecho a través del Estado.

IV. Es sabido que el Código Penal argentino define al estado de necesidad como *causal de justificación*, en su art. 34, inc. 3º. Se trata de una justificante de la acción obrada, y no de una causa excluyente de pena o excusa absolutoria, porque el acto es considerado legítimo y su autor es tenido por "cooperador con el orden jurídico".

Si el Derecho Penal estima benévolamente la conducta de quien produce un daño, sacrificando un bien para salvar otro digno de protección, hasta relevarla como una conducta legítima, y el derecho vigente es una unidad normativa real que sólo se divide en ramas diversas a los fines de su estudio, siendo solamente el derecho positivo el que decide sobre la juridicidad o

antijuridicidad de la conducta, no cabe dudar que la laguna legislativa que acusa el Derecho Civil argentino, en orden a la exoneración de responsabilidad del agente que causa daño en estado de necesidad, debe ser cubierta con la definición de la figura como una modalidad de la autodefensa en el ejercicio de los derechos.

Así podría resolverse el problema de ciertas hipótesis de daños que, de otra manera, quedan al margen de reparación ante la absolución en sede penal, y el sistema se cerraría con beneficio para la sociedad, ya que se autoriza la intrusión en órbita ajena en ciertos casos socialmente valiosos, pero con la condigna reparación del bien dañado como resultado de autodefensa.

V. Dos son las situaciones genéricas que pueden presentarse: la de la legítima defensa y la del estado de necesidad (*sensu stricto*). La primera acaece cuando la cosa ajena provoca un estado de peligro que obliga a su deterioro o destrucción; la segunda sobreviene cuando, sin ser la cosa ajena la productora del peligro, debe el agente intervenir sobre ella para evitar un daño mayor.

En ambos casos se actúa sobre la cosa ajena, pero, mientras en la legítima defensa no está el autor obligado a indemnizar el daño, salvo que él sea el causante del peligro (228, BGB), en el estado de necesidad (904, BGB) hay derecho por parte del afectado a la indemnización del daño ocasionado.

El matiz diferencial entre la legítima defensa —a

la que la doctrina alemana llama “acción directa defensiva”— y el estado de necesidad —al que designa como acción directa “ofensiva”— reside en la circunstancia de que, en el primer caso, *existe una agresión* por parte de aquello que es de propiedad ajena, y *el agente se limita a defenderse*, causando un daño al deteriorarla o destruirla; mientras que en el estado de necesidad *hay una intervención privada* del agente en situación de peligro actual. Ello lo obliga a reparar el perjuicio, ya que ha optado por salvar lo propio o satisfacer su interés haciendo padecer lo ajeno.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia son ricas en ejemplos de ambas hipótesis de autodefensa, pero algunos casos permitirán mostrar, de una manera gráfica, la razón del deslinde. El propietario de una casa, separada de otra que se incendia por una construcción precaria, está autorizado para destruir ésta a fin de hacer cesar el peligro. Igual ocurriría en el caso de incendio de un bosque y en el de realización de contra-fuegos en predio ajeno. Lebmann recuerda los casos de edificios que amenazan destruir a los linderos; animales rabiosos que agreden al agente y, como casos de intervención privada, los de robo o hurto famélico; el *furtum usus* de vehículos para prestar ayuda o asistencia al necesitado; el lanzamiento de lastre, que causa daño, desde una aeronave en peligro; etcétera.

VI. Teniendo en cuenta que la actuación privada es excepcional, debe encarecerse la reunión de los extremos que justifican la juridicidad de la acción en legítima defensa y en estado de necesidad. Tales

presupuestos deben ser, esquemáticamente considerados, los siguientes:

1) *Una situación de necesidad* resultante de un peligro actual que amenaza a un bien jurídico del agente o de un tercero. El riesgo debe ser inminente e inevitable por otros medios.

2) *Menoscabo o destrucción de la cosa ajena*, porque sin la existencia de un daño no habría por qué poner en juego la mecánica de la reparación. Se incluye la mera intervención sobre la cosa, cuando esa intervención ha sido generadora de riesgos o ha significado daño por privación del uso.

3) *Que exista proporcionalidad entre el daño que amenaza y el que se causa*, es decir que el daño irrogado debe ser menor que el evitado.

4) *Que no haya culpa del agente en la producción del estado de necesidad*, en caso de legítima defensa, porque entonces la causalidad de la situación de necesidad es imputable al agente, obligándole a responder por su hecho antijurídico.

VII. Tanto en la hipótesis de legítima defensa (si hubo culpa del agente en la provocación del peligro), cuanto en la de estado de necesidad, la intervención ocasiona deterioro o destrucción de bienes ajenos, los que son sacrificados para evitar las consecuencias dañosas de un riesgo cierto.

En ambas situaciones la conducta del agente es lícita, no obstante lo cual razones de equidad y solidaridad social imponen la conveniencia de indemnizar

al titular de los bienes perjudicados, a costa —necesariamente— de aquel que produce el daño cumpliendo una función socialmente estimable.

No se trata de la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa, porque no hay aumento condigno del patrimonio del agente, ni la consecuencia económica de la responsabilidad delictual o cuasidelictual, porque la juridicidad del acto necesitado exime de sanción, sino que se trata de una distribución equivalente de las cargas y riesgos, entre quien se ve obligado a actuar en estado de necesidad y aquel que padece un daño en razón del acto. La equidad, en consecuencia, es la explicación final de la indemnización.

VIII. De lo hasta aquí dicho y a diferencia de la manera en que se encuentra legislada la materia en el derecho alemán, en el derecho italiano y en el que se proyectara en la Argentina, se hace recomendable elaborar una o dos normas jurídicas, a cuyo través se contemplen las dos hipótesis de autodefensa, para incluirlos en el capítulo referente al ejercicio de los derechos, como ocurre en el novísimo Código Civil de Portugal, que entrara en vigencia el 1º de junio de 1967, cuyo Libro Primero define el abuso del derecho, la colisión de derechos y —en lo que atañe a nuestro asunto— la acción directa, la legítima defensa y el estado de necesidad.

La norma o normas a proyectarse podrían seguir esta formulación:

“El que deteriorare o destruyere una cosa ajena,

cuando fuere necesario para evitar un peligro inminente que de ella proweniere, sobre la persona o bienes propios o de terceros, ejercerá una acción lícita. Si el autor ha causado el peligro, estará obligado a indemnizar daños y perjuicios.”

“El que para evitar un peligro actual y el perjuicio que de él proviniere, superior al que el agente causa, está autorizado para intervenir sobre la propiedad ajena, cuando esa intervención fuere necesaria para conseguir aquel efecto. El propietario de la cosa podrá pedir la reparación del daño sufrido.”

“El juez determinará equitativamente el importe de la reparación debida por aquel que produce el menoscabo en los bienes de otro, en estado de necesidad.”

Del doctor Luis Orlando Andorno

Ponencia de lege ferenda:

Convendría proponer la inclusión en el Código Civil, como figura autónoma, del daño causado en el llamado estado de necesidad, con los siguientes requisitos:

I) Ausencia de culpa en el agente causante del evento dañoso.

II) Existencia de peligro actual, inminente e inevitable.

III) Única conducta razonablemente exigible al agente en la emergencia.

IV) Proporción cualitativa y cuantitativa entre el bien sacrificado y el salvaguardado.

V) Fijación *equitativa* por los jueces del *quantum* resarcitorio, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

Fundamentos:

I) Frente a la anunciada reforma del Código Civil y ante la conveniencia de introducción de nuevas instituciones, considero acertada la elección del tema del rubro en estas Terceras Jornadas de Derecho Civil, propuesto por los Institutos de las Universidades de Buenos Aires y El Salvador.

El llamado estado de necesidad es una institución de antigua data y así tenemos que en el derecho romano se sostuvo que la “necesidad no tiene ley” (*necessitas non habet legem*). En las Partidas se incluyen disposiciones que liberaban de la obligación de indemnizar a la persona que dañaba la cosa de otro para defender su integridad física o sus bienes.

Si bien el Código Civil francés no incluye al estado de necesidad como figura autónoma, lo cierto es que el art. 1112 habla de temor a un mal “considerable y presente” al caracterizar la violencia.

Pero indudablemente que entre los distintos códigos que legislan sobre el estado de necesidad: Código Federal suizo de las Obligaciones (art. 52); Código Civil suizo (art. 701); Código Civil del Brasil: “No constituyen actos ilícitos... el deterioro o la destrucción de la cosa ajena, a fin de evitar un peligro inminente... El acto será legítimo solamente cuando las circunstancias lo hicieren absolutamente necesario”

(art. 160); Código Civil del Japón (art. 698); Código Civil de Portugal (art. 2396); Código Civil italiano de 1942 (arts. 1148 al 1452); Código Civil del Perú; es el Código Civil alemán uno de los más completos y cuyos lineamientos podrían ser tenidos en cuenta para la reforma de nuestra legislación de fondo. Y así se tiene que el art. 228 de éste dispone que: "El que deteriore o destruya la cosa de otro para evitar un peligro inminente propio o ajeno y resultante de esta cosa, no obrará ilegalmente cuando el deterioro o la destrucción sean necesarios para evitar el peligro y el daño no sea desproporcionado con éste. Si el autor ha causado el peligro, estará obligado a indemnizar daños y perjuicios".

Sólo se exige en este caso que el daño probable no sea desproporcionadamente menor que el daño causado al propietario.

El estado de necesidad es tal, que hace cesar el derecho a la legítima defensa del bien propio sobre el cual la parte amenazada ejerce su influencia para alejar el peligro.

Por su parte el art. 904 del Código Civil alemán prescribe: "El propietario de una cosa no estará autorizado para prohibir que un tercero intervenga en ella cuando esta intervención sea necesaria para evitar un peligro actual, y el perjuicio de que el tercero esté amenazado sea muy superior al que se infiera al propietario. Éste podrá pedir la reparación del daño sufrido".

Como ejemplo típico puede citarse la destrucción

de la casa intermedia entre la que está ardiendo y la mía.

II) Que luego de esta somera referencia a la legislación comparada, se hace menester considerar a esta institución en el derecho argentino. A este respecto, cabe señalar que nuestro Código Civil no incluye al estado de necesidad como figura autónoma; pero dicho cuerpo legal contiene más de una disposición que en el fondo no serían sino aplicaciones del mismo, como por ejemplo los arts. 911, 2227, 2269, 2470 y 3068, por no citar sino algunos. En el Cód. de Comercio argentino podrían citarse como ejemplos los arts. 1274 a 1277; 1291 y 1303 a 1310; en tanto que el art. 34, inc. 3º, Cód. Penal, considera no punible al que *“causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”*.

El estado de necesidad fue expresamente incluido en los proyectos de reformas del Código Civil argentino. Y así Bibiloni, en el Título I, “Del ejercicio y defensa de los derechos”, preceptuó: “El que deteriora o destruye una cosa ajena para apartar de sí o de otro el peligro con que ella amenaza, ejecuta un acto lícito, cuando el deterioro o la destrucción son exigidos para evitar el peligro, y el perjuicio no está fuera de proporción con él. . .”. Más adelante expresa que “en el mismo caso de necesidad y urgencia, un particular puede ejercer una acción en la cosa de otro, y su propietario no podrá impedirla, si el daño de que el tercero está amenazado es muy grande en relación del que pueda causar por su acción. . .” (art. 2392).

Por su parte el proyecto de la Comisión Reformadora 1936 dice: “no son ilícitos los actos impuestos por la propia defensa” (art. 225), enumerando entre dichos actos al “deterioro o destrucción de cosa ajena cuando sea necesario para evitar al agente u otro el peligro que con ella amenace, siempre que el daño producido no esté fuera de proporción con aquél...” (art. 226).

“El propietario no podrá impedir a otro el uso de la cosa, cuando le fuere indispensable a éste para evitar un peligro actual, incomparablemente mayor que el daño que sufre con ella. El perjuicio deberá serle indemnizado”, art. 1476. Es similar al 904 del Código Civil alemán.

III) En rigor de verdad, no obstante que el estado de necesidad, dentro del Derecho Civil, puede tener incidencia en materia de daños y perjuicios y en el aspecto contractual nuestros tratadistas han considerado generalmente el estado de necesidad referido a este último aspecto, esto es, en relación a la validez de los contratos concluidos en tal situación, y tanto Salvat (*Tratado de Derecho Civil*, vol. V, t. I, p. 46, n^o 80) como Lafaille (*Obligaciones*, t. VI, vol. I, p. 187) sostienen que el acto necesario los convierte en anulables y exonera al agente del cumplimiento de la obligación pactada.

Sin embargo, entiendo con Valiente Noailles que el estado de necesidad debe ser considerado como limitación al dominio, en cuanto realmente implica en ciertas circunstancias una restricción al mismo y que

le afecta en su carácter de absoluto, que Vélez Sársfield le atribuyera además, juntamente con los rasgos de perpetuo y exclusivo (*El estado de necesidad como limitación al dominio*, LL, t. 104, p. 879). Podrían estar incluidos en esta situación la destrucción de la finca que separa a la nuestra de la que se está incendiando; la destrucción de la pared medianera para salvar un cuadro valioso, la embestida a una finca para salvar al peatón imprudente, etcétera.

IV) En orden a la caracterización de la institución en estudio, resulta conveniente recordar la definición de Enneccerus referida al Cód. Civil alemán: "Es la situación de violencia en la cual se está facultado para influir sobre una cosa ajena en tanto en cuanto sea necesario para evitar un daño que amenaza" (*Tratado*, Parte general, t. II, p. 541).

Con Cardini puede decirse que actúa lícitamente quien, para preservarse a sí mismo o a otra persona de un daño grave e inminente, de otro modo inevitable, realiza los actos conducentes para conjurar el peligro, incluso lesionando un derecho o infringiendo un deber que colisiona con el que el agente intentó salvaguardar, siempre que este "estado" no provenga de una conducta intencional o culpable del agente, que éste no tenga el deber legal de soportarlo, que no exista desproporción entre lo sacrificado y salvaguardado y también en aquellos supuestos en que su conducta haya sido la única razonablemente exigible en la emergencia.

Ello significa, pues, que para la configuración del

llamado “estado de necesidad” en el Derecho Civil, sería menester la existencia de los siguientes requisitos: *a*) que haya ausencia de culpa en el autor del daño; *b*) que el agente no pueda por otro medio eludir el peligro que le amenaza; *c*) que exista un peligro inevitable e inminente; *d*) que el daño ocasionado sea cualitativa y cuantitativamente inferior al perjuicio que se quiere evitar, y *e*) obligación del resarcimiento del daño causado.

En cuanto a la naturaleza jurídica del acto de necesidad, comparto el criterio de Acuña Anzorena, de considerar al mismo como un *acto lícito*, ya que comporta el ejercicio de una facultad legítima, sometida a las condiciones enumeradas precedentemente. Y en lo tocante al fundamento de la obligación de resarcir por parte de quien ha causado el daño, entre las distintas teorías esbozadas, me parece más razonable la que descansa en el principio de *equidad*, que establece la obligación de distribuir los daños entre el agente y la víctima, teniendo en cuenta la mayor o menor culpabilidad de aquél, dejando librado al prudente arbitrio judicial la determinación del *quantum* del resarcimiento.

Por todo ello se hace menester incluir en el Cód. Civil el llamado estado de necesidad como institución autónoma con las características señaladas en la presente ponencia *de lege ferenda* a tratarse en estas Terceras Jornadas de Derecho Civil.

De los doctores Patricio José Raffo Benegas y Rafael Alejandro Sassot.

1) Consideramos conveniente legislar expresamente el estado de necesidad en nuestro Cód. Civil, para poner fin a la discrepancia que sobre su naturaleza y efectos se observa en la doctrina cuando analiza la cuestión con relación al derecho positivo vigente.

2) Con respecto al derecho positivo vigente, consideramos que:

a) El acto realizado en estado de necesidad es involuntario por carecer de libertad, de acuerdo con el principio general del art. 900 del Cód. Civil.

La estrechísima alternativa de causar un daño o sufrir otro mayor, como únicas posibilidades, excluye la libertad del agente, que en circunstancias normales *no querría* la realización del daño. Podrá haber cierta dosis de voluntad en sentido psicológico, en cuanto el agente podría optar siempre por sufrir el daño, pero el derecho no exige tal tipo de conducta heroica, y por ello en el caso de la violencia moral, en el cual quien la padece también podría optar por sufrir el daño, permite la anulación del acto por considerar viciado el consentimiento (art. 937, Cód. Civil). El hecho de que la privación de libertad no provenga de una persona (arts. 936 y 937) no puede llevar al intérprete a considerar como voluntario un hecho al que obviamente le falta la libertad a que se refiere el art. 900.

b) El daño causado en estado de necesidad debe

indemnizarse de conformidad con el art. 907 del Cód. Civil.

La reparación forzosamente ha de ser integral. El daño causado debe ser menor que el que se evita. El daño que se evita, es el que da la medida del enriquecimiento del agente, quien, si bien no aumenta su patrimonio, lo mantiene incólume frente al peligro, lo cual es un modo de enriquecerse. Este enriquecimiento marca el límite de la responsabilidad del agente, y asegura que la reparación deba necesariamente ser integral, pues, por hipótesis, el daño causado será siempre menor.

c) El daño causado por un tercero en interés de otro debe regirse por las reglas del empleo útil.

d) El estado de necesidad debe considerarse presupuesto indispensable para que pueda configurarse la lesión subjetiva.

3) Desde el punto de vista de la reforma del Cód. Civil consideramos que:

a) Aunque lo verdaderamente científico sea una reforma total del Código Civil, no puede ignorarse que por lo menos hasta el presente, la actividad reformadora ha sido siempre fragmentaria y parcial. En este caso sugeriríamos agregar al art. 922 el supuesto del estado de necesidad, redactándolo de la siguiente manera: "Los actos serán reputados practicados sin intención cuando fueren hechos por ignorancia o error; y *sin libertad* aquellos que se ejecutaren por fuerza, intimidación o *en estado de necesidad*".

b) De encararse una reforma integral, sugeriríamos lo siguiente:

Primero: Como vicio de los actos jurídicos, pensamos que el estado de necesidad es presupuesto esencial y único de la lesión subjetiva. No parece prudente equiparar la grave situación emergente del estado de necesidad con el caso genérico de la desgracia, ligereza o inexperiencia, hipótesis demasiado vagas, que abrirían una amplia brecha en la seguridad que debe rodear siempre al acto jurídico, y que no merecen ser contempladas específicamente en este lugar.

La ligereza caería dentro del concepto de culpa que define el art. 512 del Cód. Civil, y la protección de la inexperiencia, se encuentra adecuadamente contemplada dentro del régimen general sobre capacidad.

La concurrencia del estado de necesidad y simultáneamente de una notable desproporción entre las prestaciones, son recaudos suficientes para que proceda la anulación del acto jurídico realizado en tales condiciones, sin que sea indispensable entrar en la difícil tarea de indagar si el aprovechamiento de las circunstancias por parte del cocontratante ha sido o no intencional.

Por consiguiente, propondríamos como texto el art. 161 del Anteproyecto de 1954.

Segundo: Como causa de responsabilidad por los daños causados a terceros en estado de necesidad.

a) En este terreno, nos parece conveniente distinguir, por un lado, la hipótesis de la legítima defen-

sa genérica que enfrenta una agresión humana, y separadamente, la de defensa frente al peligro derivado de una cosa (arts. 227 y 228 del Cód. Civil alemán).

b) En cuanto al acto necesario “agresivo” (como lo califica una parte de la doctrina), nos parece apropiada la norma del art. 238 del anteproyecto de 1954, aunque creemos preferible establecer lisa y llanamente que el daño causado deberá siempre ser indemnizado, en vez de otorgar al juez la facultad de determinar la procedencia y cuantía de la indemnización.

No parece adecuado ubicar esta norma entre las relativas al dominio, como lo hace el art. 904 del Cód. Civil alemán, seguido por Bibiloni en el art. 2392 de su anteproyecto, por el proyecto de 1936, art. 1476, etcétera.

En el derecho alemán, del contexto del art. 904 del BGB, la doctrina deduce, a nuestro juicio con excesivo rigor lógico, que por ser lícito el acto necesario, es ilícita cualquier defensa que pueda intentar el propietario de los bienes que se sacrifican. Teniendo en cuenta que en muchos casos, éste puede ignorar de buena fe el estado de necesidad que padece quien le causa el daño, creemos preferible dejar librada al criterio del juez la medida de su responsabilidad.

En suma, proponemos los siguientes artículos:

I: “No son ilícitos los actos impuestos por la defensa propia del agente, o de su cónyuge, o de sus descendientes o ascendientes.

Se reputarán tales los actos exigidos razonable-

mente para repeler, por sí o por otro, un ataque actual e injusto contra la persona o los bienes.

Cuando no concurren los requisitos expresados, el agente será responsable, salvo error excusable”.

II: “Quien deteriore o destruya una cosa ajena para evitar un peligro inminente que ella le amenace a él o a otro, no obra ilegítimamente, si el deterioro o la destrucción es necesaria para evitar el peligro y el daño no sea desproporcionado en relación al peligro. Si el que obra ha creado el peligro, estará obligado a la reparación de daños”.

III: “Tampoco será ilícita la destrucción total o parcial de una cosa ajena realizada indispensablemente para apartar de sí o de otro un peligro inminente, si el perjuicio evitado fuese notablemente mayor que el daño proveniente de la destrucción. El perjuicio causado deberá ser indemnizado”.

IV: “El juez determinará, de acuerdo con las circunstancias del caso, la medida de la responsabilidad de quien, ignorando sin culpa el estado de necesidad del agente, resistiese su acción”.

Del doctor Antonio Juan Rinesi

El estado de necesidad en los contratos. Consideraciones generales

En principio, el concepto generalizado de que el estado de necesidad consiste en una situación de peligro para un bien jurídico (o derecho), que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico,

no satisface plenamente para la instalación del instituto en las obligaciones convencionales, como justificante del no cumplimiento o la rescisión de las mismas. Esto y el hecho de su cercanía a otros institutos fácilmente confundibles, importarán a la investigación que pretendemos, una metodología que nos pondrá frente a la legítima defensa, o a la acción coacta, o el caso fortuito, o la fuerza mayor. Ello permitirá ubicar convenientemente el estado de necesidad dentro de la responsabilidad contractual.

De la legítima defensa, para nuestro estudio sólo interesa distinguir que ésta es una reacción, mientras que el estado de necesidad es una acción.

En cuanto a la violencia, es bien nítida la separación, aparte de que la ley penal trata cada una de ellas por separado (art. 34, incs. 2º y 3º).

Caso fortuito y fuerza mayor

Para el propósito de nuestro estudio es de singular importancia delimitar estos supuestos, del de estado de necesidad.

Difiere el caso fortuito del estado de necesidad —expresa Noailles—, si bien en ambas situaciones el sujeto es constreñido por los hechos, en que aquél es inevitable aun siendo previsto (art. 514, Cód. Civil) y no da alternativa alguna al afectado, lo que es completamente opuesto a éste, donde hay una disyuntiva: aceptar la destrucción de lo propio, o dañar lo ajeno con ánimo de evitar lo primero; ha de revestir el caso fortuito un carácter extraordinario, pues estas circuns-

tancias deben presentarse como anormales. Debe exceder de los límites de la previsión común y asumir excepcional importancia.

Se reservan para el caso fortuito los hechos de la naturaleza, quedando para la fuerza mayor los que proceden de la autoridad. Sin embargo, Colin y Capitant estiman que el carácter externo que singulariza el caso fortuito (procedente de fuerzas físicas) es común a las dos hipótesis; pero denominan fuerza mayor al hecho realmente irresistible, dejando el primero para los supuestos en que está en juego la situación personal del obligado.

Para Exner, en cambio, la fuerza mayor consiste en hechos externos de terceros, o los acontecimientos imprevistos y extraordinarios y notorios cuya causa es ajena a la actividad del deudor, extraña a la explotación industrial o comercial del deudor; y que el caso fortuito consiste en los sucesos imprevistos cuya causa radica en la misma explotación. En uno sería la exterioridad (fuerza mayor), en el otro sería interno (no exteriores, no comunes, y no notorios o públicos: caso fortuito). Ejemplo de los primeros: las tempestades, inundaciones, un incendio originado fuera de la fábrica, que se propaga a ésta. Ejemplo de los segundos: la inundación que se debe a la crecida normal de un río, el desperfecto de la locomotora que se descarrila. Por último, es necesario que existan dos condiciones para que se exima de responsabilidad al deudor: la cualitativa, o sea que el hecho sea ajeno, externo a la voluntad del deudor, y la cuantitativa, o

sea excepcional, extraordinario, no corriente o normal dentro de los riesgos de la actividad, empresa o industria.

Con cierta sencillez conceptual se ha determinado que el caso fortuito sería el que no ha podido preverse, y la fuerza mayor el que, previsto, no ha podido evitarse.

El Código Civil asimila en sus efectos ambas situaciones. A pesar que algunos doctrinarios opinan que el distingo es inútil, porque tanto uno como otro tienen los mismos efectos, la importancia de la conceptualización particular es sumamente útil para la adecuación al caso concreto, y tórnase por ende, científica. Para precisar esta idea, señalemos que, frente a una situación producida por un hecho, deberá exigirse para su completa asimilación que sea extraordinario, no distinguiéndose a cuál de los dos supuestos corresponde la exigencia. Si en cambio se hacen distinciones, solamente sería privativa del caso fortuito. Se ha decidido que no configura caso fortuito o fuerza mayor la explosión del neumático de un automotor, ya que tal hecho sólo puede ocurrir por el desgaste o falla del material.

Evidentemente, en la situación de considerarlo como caso fortuito, es correcto el criterio; pero tal vez no lo sería si se lo analiza como causa de fuerza mayor.

Quedan descartadas de estas figuras, y con posibilidad de subsumirlas al estado de necesidad, todas las situaciones no generalizadas, no extraordinarias, previsibles y evitables.

Violencia moral

Expresa Chichizola en un meditado trabajo que “La teoría que pretende equiparar el estado de necesidad a la violencia moral carece de base sólida”. El primero es una causa de justificación, mientras que el otro vicia la voluntad. El estado de necesidad, en su acepción estricta, no funciona en nuestro régimen legal como vicio del negocio jurídico.

En la violencia moral el hecho es objetivamente ilícito, en cambio en el estado de necesidad es objetivamente lícito, porque se trata de una causa de justificación.

Compartimos la observación de Chichizola de que el estado de necesidad puede provenir también de la acción u omisión de una persona. Basta para comprobarlo este ejemplo —expresa—: Un sujeto desarmando es atacado por un individuo con un cuchillo y, ante la necesidad imperiosa de defender su vida en inminente peligro, se apodera de un arma ajena para repeler la agresión o de una bicicleta de un tercero para poder huir. En ambas hipótesis no estamos en presencia de una acción impuesta por el agresor (vis compulsiva), sino de una situación de estado de necesidad provocada por un hecho del hombre.

Con la violencia física la separación es bien nítida, porque ésta tiene por efecto desplazar la acción, haciendo autor de la infracción al autor del acto violento. Por ello no nos detenemos a analizarla.

Lesión subjetiva

Al encarar este concepto de la lesión subjetiva para determinar las semejanzas o diferencias con el instituto de nuestro estudio, nos ubicamos en el art. 953 del Cód. Civil. Este precepto, de muy rico contenido, ha permitido numerosas e importantes elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales, entre ellas la que admite la invalidez del contrato cuando una de las partes, aprovechando la inexperiencia, ligereza o necesidad de la otra, obtiene a sus expensas ventajas groseramente desproporcionadas.

Cabe destacar que en los contratos bilaterales, la contraprestación de cada parte es el equivalente de la prestación a su cargo, pero para determinar esa equivalencia es decisiva su propia valoración.

La escala en que se mide la equivalencia presupuesta es subjetiva y distinta para cada contratante. No es esencial que ambas prestaciones, valoradas objetivamente, sean recíprocamente equivalentes. Únicamente lo es que cada parte esté dispuesta a recibir y entregar una contraprestación, un equivalente, y que la voluntad contractual concordante de ambas tenga por objeto el intercambio de prestaciones, cada una de las cuales sea, a juicio de ellas, equivalente a la otra.

La ausencia del *iustum contrapensum* no es causa de nulidad de la convención, si no lesiona la regla moral contenida en el art. 953 del Cód. Civil.

La ponencia acerca de la lesión subjetiva aprobada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho

Civil, dice así: “Podrá demandarse la nulidad o modificación de todo acto jurídico bilateral oneroso, del cual alguien, aprovechando la necesidad, premura o inexperiencia extremas de otro, se hizo prometer u otorgar, para sí o a un tercero, ventajas patrimoniales, en evidente desproporción de protección”. Sin embargo —Cardini acota—, no tiene nada que ver el instituto de la lesión con el estado de necesidad; son institutos autónomos. En el estado de necesidad actúa lícitamente quien para preservarse a sí mismo o a otra persona de un grave e inminente daño, realiza los actos conducentes de otro modo inevitables, para purgar el peligro, incluso lesionando un derecho e infringiendo un deber que colisiona con el que el agente intentó salvaguardar. En los verdaderos supuestos de estado de necesidad se trata de actos voluntarios, lícitos, que nada tienen que ver con la lesión tal como aparece en la doctrina de los autores modernos. La lesión se resiente, además, de la falla de tener que valerse de un texto normativo que se refiere al objeto del acto jurídico, siendo así que la lesión subjetiva exige poner en primer término el acento sobre el sujeto, víctima del acto lesivo. Esto y el hecho de que el equivalente de las prestaciones debe valorarse subjetivamente, diferencia notablemente del estado de necesidad, donde la valoración de lo salvaguardado y lo sacrificado es de índole objetiva.

Facticidad del estado de necesidad en el régimen contractual

Salvat denomina contrato necesario al celebrado en estado de necesidad. Se refiere a los contratos concluidos por personas que se encontraban en situación de optar entre dos males: la elección en estas condiciones es forzada, en cuanto es inevitable, pero no por la *vis coacta*.

Ya dijimos que en el estado de necesidad el acto es esencialmente voluntario, libre, y que presupone la voluntaria elección, por la parte necesitada, del bien que pretende salvaguardar en detrimento del que resuelve sacrificar.

Nos adherimos al criterio de no encontrar situaciones de necesidad en el art. 1310 del Cód. de Comercio. El salario de salvamento es un supuesto típico de la lesión subjetiva, ya que el acto es válido al desaparecer el peligro. El depósito necesario explicado en el art. 2227 es una de las formas típicas del contrato necesario, pero no del contrato realizado en estado de necesidad.

Existen diferencias entre el contrato necesario y el realizado en estado de necesidad, porque el primero produce obligaciones que deben ser cumplidas por las partes. En el segundo se justifica su incumplimiento.

En el contrato necesario las consecuencias del pacto son normales. Cada parte se encuentra obligada a las prestaciones que atañen al objeto del negocio. Es necesario, en razón de su perfeccionamiento, o consumación. Se prescinde de la manifestación

expresa de voluntad en consideración al evento dañoso que lo rodea, y para esa sola coyuntura es necesario porque obliga una vez realizado. Ante la situación de grave peligro que amenaza a una de las partes, el derecho considera que el contrato es viable, y que produce todos los efectos normales del tipo correspondiente.

Contrato celebrado en estado de necesidad es el que se lleva a cabo cuando una de las partes requiere una prestación a la otra o acepta la que ésta le propone, bajo el temor o la amenaza de un daño inminente y grave y con el fin de escapar al mismo.

Es preciso, se dice, que la inminencia del peligro, cuyas consecuencias se pretende evitar, hayan llevado al contratante a obligarse a una prestación manifiestamente desproporcionada con la asumida por el contrario (elemento objetivo).

El Cód. Civil alemán anula los contratos celebrados en estado de necesidad, por considerarlos contrarios a las buenas costumbres (art. 138). Entendemos que es equivocado hacer depender el estado de necesidad de la lesión subjetiva, porque como expresáramos, son institutos autónomos. Luego volveremos sobre ello.

De igual equívoco adolece el proyecto de reforma del Cód. Civil inspirado en el art. 138 del Cód. Civil alemán y 21 del Cód. Federal suizo. Expresa la enmienda: "Es nulo, como contrario a las buenas costumbres, el acto jurídico por el cual, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, alguien se hiciera prometer o dar para sí o para un tercero, a

cambio de una prestación, ventajas de orden patrimonial evidentemente desproporcionadas. Se involucra el estado de necesidad como subespecie de la lesión subjetiva.

El Código Civil italiano, en los arts. 1447 y 1448, legisla por separado los contratos concluidos en estado de necesidad y por lesión, otorgando la acción de rescisión. En el primero de los mencionados artículos trata del estado de necesidad, exigiendo, a los fines de la rescisión, que la amenaza debe ser dirigida contra la persona (del contrayente o de un tercero), no siendo en cambio suficiente la amenaza contra la cosa.

El art. 1447 del Código italiano, al expresar que “El contrato mediante el cual una parte ha asumido obligaciones con condiciones inicuas, por la necesidad, conocida por la otra parte, de salvarse a sí misma o a otras del peligro actual de un grave daño a la persona, puede ser rescindido a pedido de la parte que se ha obligado”, determina a nuestro modo de entender el contrato celebrado en estado de necesidad rescindible, en contraposición al contrato necesario, que produce sus efectos normales (depósito necesario, art. 2227 del Cód. Civil).

La referida norma legal (estado de necesidad por peligro) podría dar lugar a alguna dificultad en cuanto a su diferenciación con el art. 1448, porque aquí se toma en consideración al que es inducido a contratar aprovechándose de su estado de aprieto; pero es aclarado convenientemente por Messineo (que utiliza la expresión “estado de necesidad” cuando analiza el art.

1448, pero lo es en contraposición al estado de peligro, como conceptúa la doctrina italiana al estado de necesidad), quien después de decir que el estado de necesidad ha de entenderse como una situación que disminuye la libertad de elección y que induce al sujeto a concluir el contrato, encuentra que la diferencia es neta entre el estado de aprieto y el estado de necesidad (estado de peligro), porque aquélla alude a una situación económica patrimonial del sujeto que no procede confundirse con el estado de peligro. Agrega que tampoco conceptualmente es lo mismo la iniquidad de las condiciones contractuales, de que trata el art. 1447, y la desproporción entre las prestaciones (art. 1448).

La segunda parte del art. 1447, Código italiano, que faculta al juez a otorgar una compensación equitativa a la otra parte por las prestaciones realizadas, no es más que la indemnización por la prestación efectuada. Una vez pronunciada la rescisión, la parte se encuentra con que ha efectuado una prestación sin causa. Correspondiendo al resorte de la responsabilidad extracontractual, la acción es autónoma.

La fórmula usada para indicar el estado de necesidad del art. 1447, es similar a la usada en los arts. 2045 del Cód. Civil y 54 del Cód. Penal, al prever la responsabilidad civil atenuada en el primero y la irresponsabilidad penal en el segundo. No se dan, sin embargo, estas dos condiciones limitadoras: que el sujeto sea extraño al proceso causal del estado de necesidad y que no se pueda evitar el peligro por otro medio que no sea la aceptación de obligaciones contrarias a la equidad.

Se ha querido negar en nuestra doctrina la presencia del estado de necesidad, basándose en la disposición del art. 2269, que trata del comodato. En ella, contrariamente a lo que sucede en el estado de necesidad, no se eximiría de responsabilidad al comodatario, por perecimiento de la cosa ajena. Se trata —se dice— de una responsabilidad fundada en la naturaleza y en la índole particular del contrato.

La severidad de la ley, que no exime de responsabilidad en este supuesto, tiene para nosotros su razón en la particular naturaleza del contrato y no en la inexistencia del estado de necesidad.

La responsabilidad del comodatario se extiende entonces cuando estando ambas cosas, la propia y la ajena, expuestas a perderse, opta por conservar la suya y deja parecer la otra. Es un caso de extensión de la responsabilidad, por acto necesario; pero no de negación del estado de necesidad. El hecho de no eximirse de responsabilidad al autor, no modifica la situación necesaria: es una excepción expresamente declarada por la ley al caso particular. Por lo general el estado de necesidad es una eximente de responsabilidad o de incumplimiento, pero ello no obsta para que la ley, como en el caso que apuntamos, declare lo contrario, fundándose en motivos superiores (excepción al principio general).

La situación que legitima la acción de rescisión en el derecho italiano consiste en que el hecho motivo determinante de la conclusión del contrato sea la asunción de una obligación para salvarse a sí mismo o a otra

persona de un peligro actual grave, y que este estado sea conocido por la contraparte.

Las hipótesis tomadas en consideración por el codificador italiano para el contrato concluido en estado de necesidad, que se basan en que la amenaza debe ser dirigida contra la persona del contrayente o del tercero no siendo suficiente la amenaza a las cosas, nos hace pensar que la “imposibilidad de ejecución” por extinción de la prestación materia de la obligación derivada de un hecho necesario (obligaciones de hacer o no hacer), no puede ser justificada por el estado de necesidad ante la expresa regla del art. 513 de nuestro Cód. Civil, que únicamente exonera de responsabilidad por incumplimiento los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. Debemos descartar la “imposibilidad de ejecución” por estado de necesidad como justificante de la situación de peligro que atraviesa el obligado, impidiendo su cumplimiento, a pesar de los términos muy generales en que está concebido el art. 888.

Supuestos de nuestro derecho

Autoriza a suponer que nuestro Código puede recepcionar normativamente el estado de necesidad lo dispuesto por el art. 937, que expresa: “Habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos”. La persona afectada obra bajo el temor de que se cumplan las amenazas. Si las mismas

proviene de un agente, estamos en presencia de la *vis coacta*, que vicia la voluntad del contratante, pero si el temor o miedo es producido por un acontecimiento dañoso, que llegue a crear temor o estado de peligro, que induzca a la parte a contratar, no puede admitirse como supuesto originado en la violencia moral. Es el caso típico del contrato celebrado en estado de necesidad; estado producido por la inminencia de un mal grave, que induce al agente a contratar por temor en su persona, libertad, honra, bienes o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos (art. 937 *in fine*). El temor o miedo producido por un acontecimiento dañoso, llega a crear un verdadero estado de peligro, que induce al afectado a contratar. No proviniendo directamente del hombre, nos encontraríamos ante un contrato celebrado por necesidad.

Nos explica De Gásperi que la violencia puede producirse: 1º) en el círculo contractual, cuando es obra del acreedor, enderezada a arrancar el consentimiento del deudor; 2º) fuera del círculo contractual, cuando es obra de un tercero o resultado de un estado accidental de necesidad.

Nuestro Código anula el acto o contrato realizado bajo fuerza o intimidación (art. 941). Nada importa, pues, quién sea el autor de la violencia o intimidación, lo que interesa es el fin perseguido por el autor de ella, arrebatarse el consentimiento. Sin embargo, en el supuesto, ya señalado, proveniente de un estado de necesidad, expresa De Gásperi, el acreedor no ha pretendido arrancar el consentimiento de otro.

Encontramos errónea la caracterización del estado de necesidad en un fallo que dice: "El estado de necesidad, en su acepción estricta, no funciona en nuestro régimen legal como vicio del negocio jurídico, a menos que las circunstancias exteriores sean tan duras y apremiantes, que importen la privación de la libertad del agente". Evidentemente no es un vicio de la voluntad. El criterio del fallo lo asimila a la violencia física del art. 936, sideralmente diferente del instituto que nos ocupa. Se llega a exigir que haya privación de la libertad.

En cambio la falta de suficiente libertad, por la violencia objetiva derivada de la coacción resultante de las circunstancias exteriores, es cercana a la correcta ubicación del problema, pero lo que interesa en el estado necesitado es el temor al peligro del mal inminente, que no vicia la voluntad del agente (puede optar entre realizar o no el acto); a lo sumo le quita cierta espontaneidad.

Betti encuentra en el estado de necesidad una alternativa, pues la voluntad debe elegir entre el riesgo de ser lastimado un interés esencial suyo y el seguir un comportamiento de protección que en sí puede ser lícito o bien lesivo de intereses ajenos.

La violencia moral determina, mediante coacción, la voluntad de quien la sufre, por lo cual, en nuestro derecho, la violencia moral es la que se ejerce sobre la misma voluntad. El temor y no la intimidación es lo que puede determinar la voluntad negocial de la parte que lo sufre. La violencia moral

puede proceder de la contraparte o de un tercero; pero si el temor (amenaza) no proviene de la contraparte o de un tercero, la situación que origina no puede ser tenida técnicamente por vicio de la voluntad, solución que armoniza con los conceptos expuestos en el presente trabajo.

Configuración. Requisitos

Se debe partir de la base que el estado de necesidad no debe ser creado voluntariamente, ni puede ser evitado de otro modo. La esencia del estado de necesidad consiste en un conflicto de intereses jurídicamente protegidos; pero, a diferencia de lo que ocurre en materia extracontractual, el agente es inducido a contratar para proteger su interés esencial en peligro. De ello surgiría otro de los requisitos configurantes del estado de necesidad en los contratos: que sea conocido por la otra parte contratante.

Hemos consignado que el acto necesario es voluntario, libre, y que presupone la voluntaria elección por la parte necesitada. Si bien es inducida a contratar, única posibilidad admitida por nuestro derecho, en virtud del temor o amenaza de sufrir un mal inminente, dicho temor no vicia su voluntad por no ejercerse la *vis coacta* y le deja posibilidad de optar. Es claro, como dice Messineo, que ha de entenderse como una situación que disminuye la libertad de elección.

El daño, como ya lo hemos expresado, no debe provenir directamente del hombre. Esto no significa

que no puede producirse por hechos del hombre. Lo que se quiere decir con ello, y así lo entendemos, es que el hecho o acto humano no tenga por finalidad intencional provocar el temor del mal inminente. El propietario de una acequia que abre las compuertas para regar por primera vez su fundo e inunda sin proponérselo un campo vecino obligando al ocupante de la finca contigua a contratar en condiciones inicuas para salvar a su familia de las aguas; o quien para llegar al poblado más cercano, para atender a su familia enferma que quedó prácticamente abandonada en medio de una zona desértica por haberse descompuesto el vehículo que otro conducía y que lo transportaba a él y su familia, debe contratar un nuevo transporte en condiciones inicuas; son situaciones provocadas por el hecho del hombre, pero que no tenía la finalidad de producir el temor del mal inminente.

A los fines de la evaluación de la actualidad del peligro no tiene importancia que el daño deba producirse en un momento más o menos próximo; lo que interesa es que para evitarlo sea necesaria una conducta actual.

Por mal inminente debe entenderse, como resulta de la misma palabra, un mal por realizarse en un porvenir más o menos próximo. Debe ser grave, es decir, un mal que haya causado perjuicios de cierta importancia o que pudiera causarlos. La gravedad es algo completamente relativo, que dependerá también de las circunstancias y de las personas.

El mal, por otra parte, puede consistir ya sea en un ataque contra la persona considerada en sí misma, es decir, en su integridad física, ya contra su libertad, honra o bienes.

El acto necesario es considerado lícito. Su fundamento reside en que ante la imposibilidad de que puedan coexistir dos intereses legítimos, el derecho opta por admitir la conservación del interés superior aun a costa del inferior.

Es también esencial que el mal que amenaza sea mayor que el que se ocasiona; que el peligro no haya sido probocado por el agente; que el sujeto no esté jurídicamente obligado a afrontar el peligro. Es casi unánime la opinión de los autores en el sentido de estimar lícito el sacrificio del interés menos valioso para salvar el interés jurídico preponderante. Constituye por ende una verdadera causa de justificación, en las condiciones apuntadas.

El contrato realizado con las características descritas es anulable (art. 941 del Cód. Civil). Salvat la ubica dentro de los vicios del consentimiento (art. 1157 del Cód. Civil). Por eso no está muy convencido acerca de la anulabilidad de los contratos realizados en ocasión de un peligro.

El conocimiento que la otra parte contratante tenga del estado de necesidad, no modifica los efectos consagrados en el art. 941 del Cód. Civil. Muy al contrario es de su resorte que la otra parte conozca la necesidad de la contratante, para la adecuada ubicación del instituto, dentro de los efectos del con-

trato. En cambio, ante el desconocimiento que una de las partes tenga del estado de necesidad de la otra contrayente, no creemos viable su aplicación en los contratos, y sólo podrá su vigencia afectar la responsabilidad extracontractual. Además, es del caso señalar que las reglas contenidas en los arts. 942 y 943 se refieren exclusivamente a las obligaciones extracontractuales, con motivo de la fuerza o intimidación extensivas al hecho necesario.

La anulación del contrato debe ser pedida o denunciada por la parte afectada por el estado de necesidad (art. 1049). No teniendo comienzos de ejecución el contrato, éste queda rescindido por consecuencias de la anulación, y en adelante no podrá exigirse su cumplimiento (art. 1050). Habiendo tenido comienzo de ejecución, deberán las partes restituirse mutuamente lo percibido o recibido. Si la parte necesitada hubiere entregado suma de dinero o cosa productiva de frutos, se le deberá restituir con los intereses o frutos desde el día que hiciere el pago (art. 1054). Habiendo la contraparte realizado el servicio o la prestación, tendrá derecho a reclamar indemnización probando los perjuicios sobrevinientes (responsabilidad extracontractual).

Institucionalización del estado de necesidad

No hallamos reparos de gravitación para adscribir el estado de necesidad dentro de nuestro ordenamiento positivo, con referencia a los contratos, de acuerdo con la regla del art. 937 del Cód. Civil. Así

lo afirmamos en los acápites anteriores. Lo que se exige es el cumplimiento de los requisitos constitutivos de la figura en cuestión.

Sobre este tema es conveniente volver a mencionar la circunstancia de que la necesidad sea conocida por la otra parte, como plano introductor del estado necesario en las obligaciones convencionales. Sobre todo ante la carencia de una norma legal que la imponga.

Quien contrata por necesidad, sufre, por así decirlo, una situación que lo induce a contratar provocando una conducta en el agente de limitadas posibilidades. Dentro de la responsabilidad extracontractual recaería, en virtud del art. 1109 del Cód. Civil, la obligación de indemnizar en el autor del hecho que provocó el estado de necesidad. Si el hecho es conocido por una de las partes contratantes, participa con el tercero la responsabilidad de indemnizar (art. 942, Cód. Civil); pero si no la conoce, la ley lo exime (art. 943, Cód. Civil). Inversamente de lo que ocurre en la culpa extracontractual, el estado de necesidad debe ser conocido por el contratante beneficiado, para que pueda ser anulada la convención. El principio consagrado en el art. 1049 del Cód. Civil lo confirma. Por ello afirmamos que la situación de necesidad debe ser conocida por la otra parte.

Quien contrata con el necesitado conociendo esa circunstancia, traslada a la convención el estado de necesidad, de tal manera que, sin viciar el consentimiento, el acuerdo que se concreta se realiza asentán-

dose en el estado de necesidad que afecta a una de las partes. Decimos que sin viciar el consentimiento, porque quien verdaderamente influye en la decisión del necesitado es su necesidad, que lo hace optar entre perder un bien por salvar otro de mayor valimiento. El que conoce, entonces, la necesidad del otro contratante, con sólo mantener su oferta, que no sería excesiva en circunstancias corrientes, torna inicuas las condiciones, cuando el otro contratante acepta en virtud del estado de peligro o necesidad que lo afecta. Es aquí donde se da el supuesto de anulabilidad del contrato por haberse convenido en estado de necesidad.

Del doctor Roberto H. Brebbia

I. *Concepto.* Es la situación en que se encuentra una persona cuando, *ante un mal inminente y grave*, para salvarse a sí misma o a sus bienes, o para salvar la persona o bienes de otro, realiza un acto perjudicial para sus derechos o para los derechos de terceros. Toma el nombre de *acto necesario* el acto realizado en ese estado.

Influencia del estado de necesidad. En el campo del Derecho Civil esta situación puede proyectarse de diversas maneras según los distintos supuestos en los que juegue el estado de necesidad:

A) Sobre la *responsabilidad civil* a raíz de los perjuicios ocasionados a sí mismo o a terceros por el acto necesario.

B) Sobre los *efectos de los actos jurídicos* producidos por el acto necesario.

C) Sobre la *capacidad civil*, ampliando la órbita de atribuciones de los sujetos incapaces en ciertos supuestos previstos por la norma.

II. *Efectos sobre el campo de la responsabilidad civil*

1. El hecho necesario *debe considerarse legítimo* siempre que el interés sacrificado por el acto sea inferior al valor del bien protegido. En caso de no ser así, o sea si el bien es de valor igual o superior, habría culpa en el agente, y por tanto, el hecho debe ser calificado de ilícito, de conformidad con lo que dispone el art. 1067 del Cód. Civil. Tampoco el estado de necesidad debe haber sido originado por culpa del agente, por cuanto, en este caso, al agente le son imputables las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles de su acción (art. 901 y ss., Cód. Civil) y, por tanto, debe responder de las resultas del estado de necesidad por él creado.

En resumen, para que el hecho realizado en estado de necesidad sea legítimo, deben concurrir los siguientes requisitos:

a) que se haya obrado ante la amenaza de un mal grave e inminente;

b) que se sacrifique un bien de importancia menor del que se pretende salvar;

c) que no haya mediado culpa original en el agente.

2. *¿Quién responde por el daño causado?*

En principio debe responder la persona titular de los bienes protegidos por el hecho necesario. Esta obligación de resarcir encuentra su fundamento en el enriquecimiento sin causa o en la teoría de la gestión de negocios.

El agente del acto necesario responde subsidiariamente, vale decir, está obligado a reparar el perjuicio ocasionado si el perjuicio no ha sido reparado por el que provocó por su culpa el estado de necesidad o por aquel que se ha aprovechado del acto necesario (cuando ha sido realizado para salvar las personas o bienes de terceros).

3. Pueden presentarse *diversos supuestos* al estudiar los efectos del acto necesitado en materia de la responsabilidad civil:

a) *Perjuicio ocasionado a otra persona para salvarse a sí mismo.* En este caso, el damnificado podrá ir contra el agente del daño, que es al mismo tiempo el beneficiario de la acción.

b) *Perjuicio causado a otra persona para evitar un daño mayor a esa misma persona.* No hay aquí responsabilidad, por cuanto la condición del damnificado se confunde con la del beneficiario. El art. 911 del Cód. Civil constituye un ejemplo de este supuesto al autorizar la intrusión en la esfera jurídica de otra

persona para obligarla a la abstención de un hecho cuando puede ser perjudicial para el que lo ejecuta, si ésta obrare contra el deber prescripto por las leyes y no pueda tener lugar oportunamente la intervención de la autoridad pública.

c) *Perjuicio ocasionado a un tercero en beneficio de otra persona o de la comunidad en general.* No hay duda de que el tercero beneficiario del acto necesario debe indemnizar el daño ocasionado al titular del bien sacrificado. La dificultad se presenta cuando no hay un beneficiario concreto, sino que recibe ventajas de tal acto la sociedad en general. Creemos que en este caso el Estado, como depositario del interés general, deberá responder ante el tercero perjudicado.

d) *Perjuicio ocasionado a sí mismo para evitar un daño a otro (acto de abnegación).* La persona beneficiada por el acto debe responder por los daños y perjuicios sufridos por su salvador a raíz del acto de abnegación. Por supuesto, si el estado de necesidad ha sido originado por culpa de otra persona, ésta deberá responder por los perjuicios ocasionados por el acto de abnegación al agente, apareciendo como subsidiaria la responsabilidad del titular de los bienes salvados.

III. *Sobre los efectos de los actos jurídicos*

El estado de necesidad constituye uno de los supuestos de aplicación de la teoría de la *lesión subjetiva* cuando una persona se ha aprovechado de esa circunstancia para imponer un acto jurídico a otra

sujeta al estado de necesidad, ocasionándole un grave perjuicio en razón de la gran desproporción existente entre la prestación dada y la recibida.

De acuerdo con los términos de esta teoría, el damnificado tendría derecho a obtener un reajuste en las prestaciones, que suprimiera la grave desproporción resultante del acto en su aspecto originario.

Sin embargo, la teoría de la lesión subjetiva no agota la incidencia que puede tener el estado de necesidad sobre la validez y eficacia de los actos jurídicos. Puede ocurrir que se haya realizado un contrato del que resulte un grave perjuicio para una de las partes que estaba sujeta a un estado de penuria extrema, *sin que la otra parte haya explotado dicho estado*, y que, por lo tanto, no se dé el supuesto para que pueda invocarse la lesión. ¿El acto realizado en estas condiciones es válido? Opinamos, con gran parte de la doctrina, que si la coacción externa reúne los requisitos que exige el art. 937 del Cód. Civil, aunque la fuerza nazca de las circunstancias exteriores y no de un tercero, el acto es anulable por falta de libertad.

IV. En ciertos supuestos previstos especialmente por la norma, el estado de necesidad tiene por efecto ampliar el círculo de la capacidad de los sujetos, como ocurre en el legislado por el art. 284 del Cód. Civil, que permite a los hijos de familia adultos, ausentes de la casa paterna con licencia paterna, o en país extranjero o en lugares remotos dentro de la República, contraer deudas con autorización judicial para sus alimentos u otras necesidades urgentes.

Ponencia: Se hace necesario incorporar un texto legal que establezca: “No constituye acto ilícito el daño que se ocasiona a otro para salvar bienes propios o de un tercero amenazados por un mal inminente y grave, siempre que el daño ocasionado sea de menor importancia que el valor de los bienes salvados.

El *beneficiario* del acto deberá responder al damnificado por los daños y perjuicios ocasionados. El juez fijará la reparación en forma equitativa, atendiendo a las circunstancias del caso. La responsabilidad del agente sólo es subsidiaria”.

De la doctora María Antonia Leonfanti

Prosiguiendo el diálogo sobre las interesantes ponencias que aparecen en páginas precedentes —diálogo fecundo para la ciencia del derecho—, expondré mi pensamiento sobre el aspecto “fáctico” del tema. Según expresión de Peirano Facio, este problema del estado de necesidad tiene grandes dificultades, al punto de que Starck expresa que es “el problema más difícil y peor resuelto de toda la materia de la responsabilidad”.

Entendemos que convendría señalar las siguientes premisas:

1º) El estado de necesidad es un *factum* básico, liminar, asumido por variedad de normas: de allí la disparidad de efectos. Pero, como presupuesto de hecho, siempre aparece como una situación de “riesgo inminente para los derechos fundamentales del sujeto de derechos (persona humana o colectividad)”.

2º) La ley civil debe proteger al ejercicio del acto necesitado, como un derecho ⁶⁹.

3º) El daño que eventualmente produzca podría ser indemnizado equitativamente por el juez.

Conclusión:

a) El *estado de necesidad* es una situación fáctica liminar, que exime de ilicitud, exonera del cumplimiento de una obligación y *enerva el nacimiento del acto jurídico necesitado*.

b) El juez *podrá arbitrar equitativamente* los medios para reconducir a justicia el acto necesitado. Y, en su caso, ordenar una adecuada indemnización de daños.

Nuestra posición

1. *Definición.* Acto necesitado es el acto voluntario lícito que objetiva y subjetivamente es indispensable para evitar un mal indebido e inminente al que se ha sido extraño, y que en razón de ello para alcanzar un mayor bien jurídico el derecho regula con un régimen excepcional.

a) *Acto necesitado:* La necesidad tiene en el derecho una función amplísima, y a este título impregna todas las instituciones, por lo cual el calificativo de "necesario" se aplica a cosas, gastos, relaciones, apti-

⁶⁹ Conf. C. Ferrini, ídem. Santo Tomás, para quien en estado de necesidad todos los bienes son comunes.

tudes, etcétera (Pallard, *L'exception de nécessité en droit civil*).

Para indicar la especie utilizamos la expresión "acto necesitado" propio de la doctrina italiana (Bri-guglio, *Lo stato di necessità nel diritto civile*; Barassi, *La teoría generale delle obbligazioni*, 1166), ya que la de "acto necesario", generalmente utilizada por la doctrina argentina con alguna excepción (Acuña Anzo-rena, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, p. 133: "acto de necesidad"; ídem Rezzónico, en *Estudios de las obligaciones*, p. 195; Jorge A. Carranza, en ponencia sobre el tema I: "acto necesitado"; O. Cardini, *LL*, 104, p. 140: acto o hecho necesitado o necesario), tiene una connotación más genérica y comprende casos extraños a la hipótesis *sub examen* (así la del art. 546, Cód. Civil).

Aquí sólo consideramos el problema del estado de necesidad, pero dentro de sus límites entendemos que se trata de un tema que debe abordarse tanto en la teoría de lo ilícito (incluido el incumplimiento de las obligaciones) como en la de los negocios jurídicos. En definitiva, tanto los actos ilícitos como los lícitos (y entre ellos los negocios jurídicos) presentan como factores comunes todos los que integran la noción genérica de lo voluntario.

b) *Voluntario*: La situación de necesidad no destruye la voluntad. No sólo no es una causa de in-imputabilidad, sino que ni siquiera puede decirse que lo sea de inculpabilidad como quiere cierta corriente penalista, e incluso civilista para los actos ilícitos, ni

puede ser mirada como un vicio de la voluntad en los negocios jurídicos.

No creemos que el estado de necesidad en los negocios jurídicos dé lugar a un caso de violencia. Si la afirmación fuera cierta, tendría que ser también para los actos ilícitos en los que la violencia destruiría la culpabilidad.

La teoría encontraría serios obstáculos en materia tanto penal como civil. En cuanto a la primera, porque no existiría entonces diferencia entre dos aspectos mantenidos como distintos en los incisos 2º y 3º del art. 34 del Cód. Penal; en cuanto a la segunda, porque implicaría una extensión no autorizada por el texto del art. 937 del Cód. Civil, que supone "injustas amenazas". No se descarta, desde luego, que la amenaza pueda ser injusta y llevar a un contrato violentado cuando hay un deber de asistencia como en el caso del art. 108 del Cód. Penal, pero éstas son situaciones excepcionales que no cubren toda el área de los problemas que plantea el estado de necesidad.

Pero si la bondad de una teoría debe juzgarse también por sus consecuencias prácticas, adviértase a cuáles de ellas conduce la *sub examen*.

1) *Personalidad de los efectos en materia penal* (art. 48) y en lo ilícito civil (art. 1081). Aun más, no se advierte cómo el socorro necesitado podría ser contemplado con un régimen de excepción, pues cuando se trata de salvar de un peligro un bien ajeno, mal podría decirse que el agente obra violentado, pues la situación necesitada no se dirige contra él.

II) *Posibilidad de legítima defensa* (art. 34, inc. 6º, Cód. Penal; arts. 2470 y 1071, Cód. Civil).

III) *Personalidad en materia de negocios jurídicos* (v. gr., hipótesis del art. 715, Cód. Civil). Anulabilidad por la sola circunstancia de la violencia, sin tener en cuenta el aprovechamiento de ella por la otra parte (doctrina del art. 943, Cód. Civil).

c) *Lícito*: Aun circunscribiendo el tema a la teoría de lo ilícito penal y civil, no creemos que el acto necesitado sea ilícito.

Se sostiene esto último por una muy autorizada doctrina que parte de la base de lo objetivamente ilícito en materia penal, suprimiéndose únicamente la punibilidad. De allí se concluye, en cuanto a los efectos de la cosa juzgada, que una absolución en sede penal no impide una condenación en sede civil.

Se presentan dificultades análogas a las señaladas para la tesis anterior. El acto necesitado constituiría una agresión ilegítima que autorizaría la legítima defensa, y si alguien lo realiza para salvar un bien ajeno (socorro necesitado) su generosidad cae sobre él, y lo más noble de la actividad humana se deja sin protección, pues obligado el agente a indemnizar ya que actuó ilícitamente, no podría invocar el enriquecimiento del patrimonio ajeno que se fundaría en su propia torpeza (doctrina del art. 795, Cód. Civil).

Pensamos, por el contrario, que el estado de necesidad, al igual que la legítima defensa, constituyen causas de justificación en sede penal, y que declarado

lícito el acto por la norma permisiva, ese carácter se traslada al campo civilista.

La afirmación es también válida para el tema en la formación de los actos jurídicos. El necesitado, contratando, realiza un acto lícito, sin que la nulidad del acto lo sujete a responsabilidad *ex delicto* (se ha hablado también de “contrato ilícito”: Seletti, *Stato di necessità e violenza morale*, en “Riv. Diritto Commerciale”, XVIII, p. 522 y ss.).

d) *Objetiva y subjetivamente indispensable*: Lo de “indispensable” es exigido por los párrafos 228 y 904 del BGB, y no es extraño ni a nuestra doctrina penalista ni a las concepciones civilistas (compárese con idéntica expresión en los arts. 2627 y 3077, Cód. Civil; F. Legón, *Tratado de los Derechos Reales*, VII, p. 342, lo limita a supuestos de culpa; Seletti, *Sullo stato di necessità in diritto civile*, en “Riv. di Diritto Commerciale”, II, p. 697).

Se trata, en definitiva, de una adecuación racional (Núñez, *Derecho Penal*, I, p. 329), que debe ser no sólo objetiva, sino también subjetiva (según la enérgica expresión del Cód. Penal: “*por evitar*”).

Una sola de estas condiciones no es suficiente. El agente que obra ignorando la existencia de la situación de necesidad no puede invocar las normas sobre la materia; aun más, tratándose de un contrato será preciso que el no necesitado se encuentre también en esa actitud subjetiva que constituirá la nota del aprovechamiento de la circunstancia objetiva.

e) *Para evitar*: No creemos preciso que de hecho sea evitado. No se juzga el acto por el resultado, sino por el que debía alcanzarse.

f) *Un mal indebido*: No hacemos aquí distinciones sobre el tipo de mal, pues a diferencia de lo que acontece en otras legislaciones, no creemos que en la nuestra deba circunscribirse el tema a los derechos de la personalidad.

Exigimos sí el requisito de lo indebido, del mismo modo que para la legítima defensa se requiere una agresión ilegítima. Tal la tesis de los penalistas (Núñez, R. C., *Derecho Penal*, I, p. 335; Soler, S., *Derecho Penal*, I, p. 424).

Es esta característica la que restringe notablemente el campo de acción de la figura en el incumplimiento contractual, pues en múltiples hipótesis el deudor deberá asumir el daño sin que le sea lícito desviar los efectos hacia la prestación. Si el estado de necesidad justifica una irrupción en la esfera jurídica ajena, esa justificante parece que exige un tratamiento más riguroso cuando se trata de bienes en cierto sentido confiados a la custodia del necesitado, o dependientes de su acción, máxime cuando es el beneficiado por un contrato gratuito como en la hipótesis del art. 2269, Cód. Civil.

g) *Inminente*: Lo de "inminente" surge del Cód. Penal, y se concilia con lo que para la violencia estatuye el art. 937, Cód. Civil.

Este último texto exige también que el mal sea

“grave”. No tomamos en cuenta este requisito, no por el afán de separar conceptualmente el estado de necesidad de la violencia, sino por estimar que su admisión rompería el principio de interpretación armónica del derecho.

El Código Penal no exige que el mal que amenaza sea “grave”, sino “mayor”, nota del interés superior a la que luego nos referiremos.

h) Al que se ha sido extraño: La situación de necesidad no debe haber sido dolosamente provocada. No bastaría en cambio la simple culpa para excluirla (Núñez, R. C., *Derecho Penal*, I, p. 334; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 391). Tal requisito se refiere al agente del acto necesitado (Núñez, ob. cit., p. 335).

i) Para alcanzar un mayor bien jurídico: Aparece aquí la nota aludida del interés preponderante. Utilizamos este giro en lugar del de “mal mayor” para abarcar en él la situación del negocio necesitado.

j) El derecho regula con un régimen excepcional: De no existir el estado de necesidad el acto produciría determinados efectos. Frente a él el derecho prescindir de los efectos normales y prescribe consecuencias excepcionales.

2. *Regulación en el Código Civil:* De lege lata, entendemos que el instituto tiene cabida en nuestro derecho, porque el concepto unitario de lo ilícito resplandece a través de los arts. 1066 y 1071, sin que constituya obstáculo el art. 1107, porque si el incum-

plimiento más grave, que es el que degenera en delito criminal, está justificado, *a fortiori* debe estarlo el menos grave. En cuanto a las situaciones relativas al negocio necesitado, hallan solución a través del art. 953, Cód. Civil.

Sin embargo, esto no pasa de ser una construcción, y el cuadro que presenta nuestra doctrina demuestra que está lejos de ser pacífico. Por ello es conveniente que en una futura reforma se prevea expresamente el instituto.

Hasta tanto se llegue a la reforma integral, sugerimos los agregados que enunciamos a continuación.

3. *En los actos ilícitos:* Agregar como segundo párrafo del art. 1066: “No actúa ilícitamente el que causa un mal indispensable para evitar otro mayor, indebido e inminente, al que ha sido extraño. Cuando el riesgo no provino del bien mismo que se dañó, habrá lugar a una indemnización en la misma medida que para los casos de expropiación por utilidad pública; si fue ocasionado por imprudencia, el responsable indemnizará las consecuencias de su culpa”.

Entre ésta, y la ponencia del doctor Buteler existen las siguientes diferencias:

a) No propiciamos un agregado al art. 1067, Cód. Civil, porque éste se refiere a las condiciones de punibilidad del acto ilícito. Creemos que la ubicación correcta es en el art. 1066, porque es el que trata de la antijuridicidad civil.

b) Distinguimos así el estado de necesidad defensivo del agresivo, pero los englobamos en el mismo texto, ya que en definitiva frente a ambos puede predicarse la licitud del acto, como lo señala Staudinger en sus *Kommentare* (notas en párr. 228). La diferencia de tratamiento sólo aparece en las consecuencias.

c) Para el estado de necesidad agresivo, postulamos la exigencia de una indemnización. Coincidimos con la fundamentación de la ponencia del doctor Buteler, pero precisamente por ello no creemos que sea cuestión de una indemnización equitativa por el juez. Creemos que el sistema preconizado se ajusta mejor a los cánones constitucionales y al sistema del art. 2627.

d) En cuanto al estado de necesidad defensivo, recogemos la sugerencia de la ponencia del doctor Buteler, porque si la culpa no excluye la justificación del acto, es fundamento suficiente para una obligación de indemnizar.

No se responderá por las consecuencias del acto necesitado, pero sí por las de la conducta imprudente que precedió al acto. Esto tiene importancia, atendiendo a lo prescripto por los arts. 901 y siguientes.

4. *En el incumplimiento de las obligaciones:* Pensamos que el instituto funciona también en la especie. (Sobre las dificultades que puede plantear la interpretación del art. 2269: Seletti, *Sullo stato di necessità in diritto privato*, "Riv. Diritto Commerciale",

XI, p. 702 y ss.) Y proponemos como texto un agregado como segundo párrafo del art. 888 del Cód. Civil en los siguientes términos:

“Cuando la imposibilidad fuere causada por el deudor para evitar un mal mayor, indebido e inminente, al que ha sido extraño, habrá lugar a indemnización en la forma y en los casos que se prescriben para el estado de necesidad en los actos ilícitos. En todo lo demás se aplicarán las reglas relativas al caso fortuito.”

En todo lo demás: v. gr. si el deudor ya estuviera constituido en mora, o si hubiera cargado con los casos fortuitos.

5. *En la formación de los actos:* Creemos que aunque el estado de necesidad tiene también relevancia en este aspecto y pudiera ser objeto de un texto congruente con los anteriores, inspirado en el art. 1447 italiano, no es necesaria una previsión específica, siendo preferible subsumir la figura, como es la opinión que se manifiesta dominante en las ponencias presentadas, dentro de la figura de la lesión subjetiva. En este sentido correspondería un agregado al art. 953, Cód. Civil, con la lectura del art. 156 del proyecto de reformas.