

CAPÍTULO II

EFFECTOS E INDEMNIZACIÓN

I. Condiciones de vida	39
II. Concepto de “bienes ajenos”	44
III. Teoría referente al uso común de los bienes	45
IV. Los efectos en distintas situaciones	49
V. Indemnización	90

CAPÍTULO II

EFFECTOS E INDEMNIZACIÓN

Ya dijimos en los prolegómenos que el área de actuación del derecho de necesidad es vastísimo. Por ende, actúa en diversos planos que no sólo muestra la teoría, sino sobre todo la casuística, como puede verse en el capítulo dedicado a la jurisprudencia del país.

Los efectos están siempre vinculados al “nivel de vida”.

I. Condiciones de vida

Tal como lo sugieren las Naciones Unidas en su informe dado a conocer en el año 1954, sobre medición internacional del *nivel de vida*, William Sewell define “nivel de vida” como un conjunto de bienes y servicios que una familia o grupo de personas consume en determinados períodos²².

²² Instituto Nac. de Tecnología Agropecuaria, Seminario de Economía doméstica en extensión agrícola; 14-18 marzo 1960, p. 19.

La subdivisión del nivel de vida es útil dentro de los fines que persigue su estudio. Existen diversos tipos de clasificaciones, como, por ejemplo, los propuestos por la FAC, la OIT o el comité de expertos en la materia de la ONU, encontrándose entre los más generalizados los siguientes: salud, alimentación, nutrición, educación, condiciones de trabajo, vivienda, esparcimiento, vestido, transporte.

El nivel de vida refleja la forma como se vive. Las estadísticas internacionales, nacionales, provinciales y municipales, que nos dan datos concretos acerca del nivel de vida, nos inducen a realizar planificaciones y programaciones a distintos niveles y presionan en el sentido de mancomunarse todos en la responsabilidad y solidaridad hacia los más necesitados.

Se han registrado desde hace diez años avances muy significativos; sobre todo cabe destacar (y es lo que da más seguridad a la acción) la participación de la comunidad en los planeamientos y programaciones, y lo que es más, el desarrollo de los recursos humanos y la movilización de los recursos comunitarios.

Pero la orientación del ser humano al cambio social y la adaptación, el mejoramiento progresivo de las condiciones de vida de la gente, se hace sumamente difícil cuando los recursos económicos, culturales y sociales no existen, porque no hay en el lugar fuente de recurso alguno y los ejecutores de programas se ven imposibilitados de realizar grandes pro-

gresos por falta de todo medio económico y auxiliar humano en condiciones de capacitar. De ahí también que en los países menos desarrollados y en los lugares más pobres, la distribución del ingreso encuentra siempre mayor dificultad para lograrse.

El contenido de los planes para mejorar las condiciones de vida y elevar el nivel en su acepción más amplia en los lugares más necesitados, debe estar provisto de una estrecha coordinación por parte del Estado, las instituciones privadas y la comunidad.

Las necesidades de desarrollo de la clase más necesitada no se satisfacen con programas globales y en masa, ni con mejorar una de las subdivisiones del nivel de vida: la una encuadra en la otra y se integran a la vez. En todos los países en vías de desarrollo se sufre de desocupación, de desplazamientos masivos de las poblaciones en busca de nuevos horizontes, de desnutrición de los niños —uno de los factores que dan la más alta tasa de mortalidad—, de incapacidad escolar, de falta de cultura y educación, y de actividades sociales de desarrollo integral para niños y adolescentes.

Donde más notorio es el bajo nivel de vida, es en las llamadas “villas de emergencia”: los moradores se han detenido en las afueras de la ciudad con la intención de tomar el pulso, medir las dificultades y ventajas, es decir, las posibilidades que tienen sus fuerzas actuales para asimilar el caudal de bienes que la urbe mecanizada y tecnificada había proyectado sobre su fantasía y que se había agrandado durante la

dura migración, superando todas las indecisiones, las fatigas y faltas de recursos. Su intención no había sido quedarse en la periferia de la ciudad, pero las dificultades que opone la vida urbana es una valla más decisiva que una muralla de piedra. Los muros medievales, chinos o berlineses, son de material: se los puede esquivar o destruir; pero la gran barrera que ofrece la sociedad actual es invisible como una vidriera que parece dejar los objetos al alcance de la mano, pero imposibilita el acceso ilegal.

Esa barrera es la cultura. En esa proximidad, hay una distancia de años, tal vez de generaciones. El tiempo ya es necesario para asimilar una cultura. La pobre gente sabría usar de alguna manera todas las creaciones humanas, pero no es capaz de producir las, ni se da cuenta cabal de los caminos que hay que seguir para lograrlo, ni las leyes que rigen la vida social. Viven al margen de la ciudad, no tanto porque desconozcan las leyes vigentes a las que poco a poco se van integrando cuando anotan a sus hijos en el registro civil, cuando hacen el servicio militar, cuando protestan por una indemnización; sino porque se les escapa el mecanismo casi invisible, totalmente informal, que regula toda la vida de la ciudad: no han captado el efecto de los elementos normativos de las clases sociales.

Los estudios realizados (investigaciones, estadísticas, testigos privilegiados, o por vivir en el lugar) desde la base; las planificaciones y programas a nivel grupal y con equipos interdisciplinarios; la asistenta

social de tiempo completo, la coordinación de los recursos económicos y humanos, serían algunos de los medios más eficaces para lograr el desarrollo y mejorar el nivel de vida.

A propósito, conviene recordar que el art. 32 de la ley 16.956, dispone que compete al Ministerio de Bienestar Social lo inherente a la promoción de la familia y de los recursos humanos con la asistencia a los estados de necesidad individuales y colectivos.

Un documento de las Naciones Unidas expresa ²³: “La demostración más palpable de la tendencia de los gobiernos a preocuparse cada vez más del bienestar social de las colectividades nacionales, quizá se encuentre en las modificaciones introducidas recientemente en las constituciones de diversos Estados. Desde principios de 1945, por lo menos 45 países lo han aprobado. En casi todas las constituciones sancionadas o reformadas desde ese entonces figuran disposiciones en que se estipulan obligaciones esenciales del Estado en las cuestiones relacionadas con el bienestar social”. Sigue en nota el elenco de los 45 países. Actualmente podemos recordar nuestro art. 14 bis de la Constitución Nacional y la vigente en la provincia de Santa Fe (1962), especialmente el art. 8º: *“Incumbe al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la igualdad y la libertad de los individuos, impidan el libre*

²³ Naciones Unidas, *Estudio internacional de los programas de desarrollo social*, Nueva York, 1955.

desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la vida económica y social de la comunidad”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948) contiene en el art. XVI una referencia expresa al derecho a la seguridad social disponiendo que: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

Y la Declaración universal de los derechos del hombre, también de 1948, reza: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (art. 25-1).

II. Concepto de “bienes ajenos”

Haremos una especial mención de los bienes ajenos, respecto de los cuales no sólo abunda la jurisprudencia, sino que se detiene la doctrina en forma

relevante, lo cual nos permitirá la elaboración de una propedéutica referente al uso común de los bienes, sostenida por la doctrina social católica y no siempre receptada por los juristas al tratar este aspecto del derecho de necesidad.

III. Teoría referente al uso común de los bienes

a) *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino* (2.2., q. 66, a. 7). El texto íntegro se transcribe en el Apéndice, punto A, dedicado a la documental eclesiástica.

Lo esencial para el tema lo reproducimos aquí: “Por otra parte, en caso de necesidad todas las cosas son comunes; y por lo tanto, no constituye pecado el que uno tome la cosa de otro, porque la necesidad la hace común”.

“*Quod in necessitate sunt omnia communia... propter necessitatem sibi factam communem*”. Y continúa: “Lo que es de derecho humano, no puede derogar el derecho natural. Ahora bien, según el orden natural instituido por la divina providencia, las cosas inferiores están ordenadas a la satisfacción de las necesidades de los hombres. Por consiguiente, su división y apropiación, que procede del derecho humano, no ha de impedir que con esas mismas cosas se atienda la necesidad del hombre. Por esta razón los bienes superfluos son debidos por derecho natural... si la necesidad es tan evidente y urgente que

resulte manifiesta la precisión de socorrer la inminente necesidad con aquello que se tenga, como cuando amenaza peligro a la persona y no puede ser socorrida de otro modo: entonces cualquiera puede lícitamente satisfacer su necesidad con las cosas ajenas sustrayéndolas ya manifiesta, ya ocultamente. Y esto no tiene propiamente razón de hurto ni de rapiña”.

Esta doctrina está reiteradamente acogida, como veremos, por nuestra jurisprudencia en la casuística que puede consultarse en lo referente al robo famélico.

En el sentido moral, ya que no jurídico, Santo Tomás agrega (2.2, q. 32, a. 5): “. . . es de precepto dar limosna al que está en necesidad extrema”.

Y agrega, acentuando la nota moral: En determinado momento (este que estudiamos) se peca mortalmente si se omite dar limosna . . . cuando hay clara y evidente necesidad, y de momento no hay otro que lo socorra (2.2, q. 32, a. 6) . . . se debe dar limosna aun de lo necesario . . . en la necesidad extrema de persona privada o en necesidad grande de la República.

Estos textos sobreabundan de doctrina que no es menester explicitar, máxime cuando nuestros tribunales, quizá sin conocerla, han seguido sus pasos, justificando en los supuestos de necesidad extrema el hurto famélico.

Sin embargo, para ser honestos, completaremos este texto con otro, a fin de dar el pensamiento íntegro del ilustre pensador, luz de la Edad Media, que nos alcanza.

En caso de extrema necesidad, todas las cosas

son comunes. De ahí que le sea permitido a quien padece tal necesidad tomar lo ajeno para su sustentación si no encuentra quien quiera dárselo. Y por lo mismo, el depositario de cosa ajena puede con ella dar limosna y aun robarla si no puede de otra manera socorrer al que sufre la indigencia. Con todo, si puede hacérselo sin peligro, debe auxiliar la extrema necesidad del paciente con la anuencia voluntaria del dueño (2.2, q. 32, a. 7).

Hasta aquí, la teoría tomista, acogida por la doctrina social eclesiástica, sobre los bienes en orden al derecho de necesidad.

b) *Concilio Vaticano II*. La Constitución pastoral *Gaudium et spes* (La Iglesia en el mundo actual) ratifica aún más la doctrina tomista señalada. Cábe-me recordar que la *Gaudium et spes* lleva la fecha del 7 de diciembre de 1965: es decir que es actual, y universal.

En el nº 69, se expresa sobre nuestro tema: “Dios ha destinado la tierra y cuanto ella contiene para uso de todos los hombres y pueblos. En consecuencia, los bienes creados deben llegar equitativamente a todos los hombres y pueblos bajo la égida de la justicia y con la compañía de la caridad. Sean las que sean las formas de la propiedad, adaptadas a las instituciones legítimas de los pueblos, según las circunstancias diversas y variables, jamás debe perderse de vista este destino universal de los bienes. Por tanto, el hombre, al usarlos, no debe tener las cosas exteriores que legítimamente posee como exclusivamente suyas, sino

como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente, sino también a los demás (conforme Santo Tomás; León XIII, *Rerum novarum*; Pío XII, Alocución del 1/6/1941 y Mensaje navideño de 1954). Por lo demás, el derecho a poseer una parte de bienes suficientes para sí mismos y sus familias es un derecho que a todos corresponde.

Es éste el sentir de los Padres y Doctores de la Iglesia, quienes enseñaron que los hombres están obligados a ayudar a los pobres, y por cierto no sólo con los bienes superfluos”.

Después de este extenso fundamento aparece el texto primordial para nuestro tema, que aclara una vez más el pensamiento oficial de la Iglesia sobre el mismo: “Quien se halla en situación de necesidad extrema tiene derecho (*ius habet*) a tomar de la riqueza ajena lo necesario para sí”.

Evidentemente, la Iglesia no ha retrocedido con referencia a la posición medieval del Aquinate, porque la recalca aún con mayor fuerza en nuestro siglo, por un documento oficial como son los textos del Concilio. Y así se afirma que el necesitado tiene derecho a tomar la riqueza ajena para salir del aprieto. Rubricando con gesto eclesiástico nuestra excelente jurisprudencia, que reseñamos en el respectivo capítulo.

Y por si esto fuera poco tenemos al mismo Jesucristo, que en el Evangelio de San Marcos (2, 25-26) contestó (como si terciara en nuestro tema): “¿Es que nunca habéis leído cómo David, cuando tuvo

necesidad y sintieron hambre él y los suyos, entró en la casa de Dios, en tiempos del Pontífice Abiatar (Ajimelek) y comió los panes ofrecidos a Dios, los que sólo a los sacerdotes es lícito comer, y los repartió también entre sus compañeros?”

Estamos en buena compañía en cuanto a la doctrina eclesiástica sobre el derecho de necesidad en el supuesto de hambre. No hay ningún problema. Pasan los siglos y se afianza la solución favorable al respectivo derecho de necesidad.

IV. Los efectos en distintas situaciones

1. *Penetración en los bienes. Robo famélico.* El mal titulado “robo famélico” es el efecto más clásico dentro del tema, que le ha dado notoriedad incluso en la novela. Todos recordamos la trascendencia de una obra literaria: *Los miserables*, de Victor Hugo, de fama mundial.

Son muy expresivos los textos eclesiásticos que rigen la materia, que como todo este tema, no se circunscribe sólo a la temática jurídica en sus diversas áreas, sino que ante todo provoca desde siglos a la ética, que ha dado una respuesta categórica, desde Santo Tomás de Aquino hasta el Concilio Vaticano II en la constitución *Gaudium et spes*.

Una vez aceptados los supuestos que consideramos como requisitos básicos del derecho de necesidad, fluyen las conclusiones; pero conviene señalar

con anticipación que éstas implican una limitación al derecho de propiedad. Y éste es el problema fundamental para los juristas, que en general están imbuidos de un criterio más bien individualista de este derecho de tesitura férrea en los códigos como el nuestro, dulcificado un tanto después de la reforma.

Londoño, en su excelente obra *Libertad y propiedad*, plantea correctamente el problema cuando se refiere a los límites vitales del derecho de propiedad²⁴.

La propiedad y el derecho a la vida. Si es de derecho natural la propiedad de los bienes necesarios, es deber del hombre buscarlos donde se encuentren.

La extrema necesidad obliga al hombre a penetrar en órbitas de derecho distintas, pero que frente a la jerarquía de valores están situadas en estadios inferiores al derecho a la vida. Por eso, en este caso el derecho de propiedad sufre una limitación absoluta en forma que el necesitado puede tomar los bienes ajenos sin que por eso viole derecho alguno. . . (siempre que la necesidad tenga las connotaciones de la extrema).

El que se encuentre en estado de extrema necesidad no sólo tiene derecho a tomar los bienes superfluos de los demás, sino también aquellos que, siendo necesarios en general para conservar un estado de vida, no son absolutamente indispensables dentro de cierto tiempo.

²⁴ Londoño, Carlos M., ob. cit., p. 66.

Al respecto dice Pacheco Gómez ²⁵, en *Política y economía cristiana*, que el derecho del propietario está limitado por la necesidad del prójimo. Éste es uno de los aspectos —continúa Londoño— más desconocidos y de mayor alcance social. . . . Eso se traduce en el deber de socorro que es preciso tener para con el prójimo y confiere a éste el derecho para exigirlo.

El principio de la comunidad de uso se desprende lógicamente de la naturaleza misma de la propiedad según lo define Santo Tomás, quien enseñó que la suprema justificación de la propiedad privada consistía en que ésta era el método más ventajoso de asegurar a la comunidad los beneficios de las riquezas materiales. El dueño tiene un derecho sobre los bienes que posee, pero al mismo tiempo debe recordar que está basado ante todo en el uso adecuado que haga de su fortuna.

Entre los teólogos medievales era un lugar común que cualquier forma que asumiese la propiedad privada nunca podía ser desligada de los deberes sociales y tendría que justificarse a sí misma con las ventajas que procurase a la comunidad. . . . Ésta era una ley ética que la autoridad correspondiente podía obligar a cumplir ²⁶.

Habría que hacer una distinción entre propiedad

²⁵ Pacheco Gómez, Máximo, *Política, economía y cristianismo*, Santiago, Pacífico, 1947, p. 106.

²⁶ Bruehl, Carlos, *La reconstrucción social según el plan de S. S. Pío XI*, Bs. As., Poblet, 1943, p. 112.

y uso. A este fin cabe citar la documentación eclesiástica de nuestra época.

Juan XXIII, de relevante memoria, en 1961, en *Mater et magistra*, se refiere al radiomensaje de Pío XII en Pentecostés de 1941: "Por lo que se refiere al uso de los bienes materiales, nuestro predecesor afirma que el derecho a usar de los bienes para su sustento tiene prioridad frente a cualquier otro derecho de contenido económico y por esto también frente al derecho de propiedad. Ciertamente, añade nuestro predecesor, también el derecho de propiedad sobre los bienes es de derecho natural; sin embargo, según el orden objetivo establecido por Dios, el derecho de propiedad está dispuesto de tal manera, que no puede constituir obstáculo para que sea satisfecha la inderogable exigencia de que los bienes, creados por Dios para todos los hombres, afluyan equitativamente a todos, según los principios de la justicia y de la caridad".

Como se expresa muy bien José Luis Gutiérrez García²⁷, en *La concepción cristiana del orden social*: "El derecho natural de propiedad incorporado a un ordenamiento jurídico es un derecho natural secundario, ya que en esta materia de la distribución de los bienes el derecho natural primario es el que tienen todos los hombres y los pueblos al uso de los bienes temporales. El derecho positivo de propiedad es un

²⁷ Gutiérrez García, José L., *La concepción cristiana del orden social*, Madrid, 1972.

derecho natural inferior al derecho natural general al uso de los bienes”. Confirmado por la *Gaudium et spes* cuando proclama: “Sin duda el orden natural requiere también la propiedad y libre comercio mutuo de bienes e igualmente la función reguladora del poder público... Todo esto, sin embargo, queda subordinado al fin natural de los bienes y no podría hacerse independiente del derecho primario y fundamental que a todos concede el uso, sino más bien ayudar a hacer posible la realización de éste en conformidad con su fin”.

Pablo VI, en su *Populorum progressio*²⁸, recuerda la admonición del Génesis: “Llenad la tierra y sometedla” (Gén. 1, 28), y agrega: “La Biblia, desde sus primeras páginas, nos enseña que la creación entera es para el hombre, quien tiene que aplicar su esfuerzo inteligente para valorizarla y mediante su trabajo, perfeccionarla, por decirlo así, poniéndola a su servicio. Si la tierra está hecha para procurar a cada uno los medios de subsistencia y los instrumentos de su progreso, todo hombre tiene derecho a encontrar en ella lo que necesita. El reciente Concilio lo ha recordado: ‘Dios ha destinado la tierra y todo lo que en ella se contiene, para uso de todos los hombres, y de todos los pueblos, de modo que los bienes creados deben llegar a todos en forma justa’... Todos los demás derechos, comprendidos en ellos los de pro-

²⁸ Pablo VI, *Populorum progressio*, en “Ocho grandes mensajes”, Madrid, Católica, p. 319, nos 22-23.

riedad y comercio libre, a ello están subordinados: no deben estorbar, antes al contrario, facilitar su realización, y es un deber social grave y urgente hacerlos volver a su finalidad primera.”

Y en el nº 23, siguiente, haciendo suya una frase de San Juan, recalca: “Si alguien posee bienes de este mundo y viendo a su hermano en necesidad le cierra las entrañas, ¿cómo es posible que resida en él el amor de Dios?”

Sabido es con qué firmeza los Padres de la Iglesia han precisado cuál debe ser la actitud de los que poseen, respecto de los que se encuentran en necesidad: “No es parte de tus bienes —así dice San Ambrosio— lo que tú le das; lo que le das le pertenece, porque lo que ha sido dado para el uso de todos, tú te lo apropias. La tierra ha sido dada para todo el mundo” . . . Es decir —afirma el Papa Paulo VI hoy— que “la propiedad privada no constituye para nadie un derecho incondicional y absoluto. No hay ninguna razón para reservarse en uso exclusivo lo que supera a la propia necesidad cuando a los demás les falta lo necesario. En una palabra —sintetiza, y mi pluma tiembla al transcribirlo—, el derecho de propiedad no debe jamás ejercerse con detrimento de la utilidad común, según la doctrina tradicional de los Padres de la Iglesia y de los grandes teólogos. Si se llegase a conflicto entre los derechos privados adquiridos y las exigencias comunitarias primordiales, toca a los poderes públicos procurar una solución”.

Confirmando esta misma tesis de Welty²⁹, en su *Catecismo social*, se plantea, conforme a esas premisas, nuestro caso: ¿Qué se debe y se puede hacer en los casos de extrema necesidad? Cada uno debe ayudar a la persona necesitada. Si nadie le presta auxilio, ¿es lícito a quien se encuentre en extrema necesidad tomar para sí lo absolutamente indispensable? Recordando que León XIII en la *Rerum novarum* (19, 362) afirmó "...los casos de verdadera y extrema necesidad constituyen obligaciones de justicia", el moralista mentado agrega que la moral católica ha sostenido siempre estos dos principios:

a) Es un deber estricto, no sólo de caridad, sino también de justicia, ayudar al prójimo que se halla en extrema necesidad. La pérdida de bienes que se siga en consecuencia, debe soportarse aun con el peligro de que no pueda ser reparada.

b) En el caso de que nadie quiera o pueda prestar ayuda al indigente, está él mismo autorizado a procurársela por su mano. Puede "abierta u ocultamente" (Santo Tomás de Aquino, II, 66, 7) tomar lo que necesite, sin que ello constituya propiamente hurto o robo. No es una sustracción injusta de un bien ajeno. El fundamento de este deber y del derecho correspondiente es el hecho de que la vida humana está incomparablemente por encima de los bienes materiales y que éstos no pueden per-

²⁹ Welty, Eberhard, *Catecismo social*, Barcelona, Herder, 1963, t. III, p. 26.

der jamás su finalidad primera, impuesta por Dios, de estar al servicio de todos los hombres, y el “comunismo negativo” —dice el autor— manifiesta sus exigencias. El dueño no puede alegar su derecho de dominio, pues en tales casos sus deberes hacia el prójimo prevalecen sobre su derecho.

Este texto de Welty que subrayo con mi entero beneplácito, me lleva de la mano para traer a colación las citas de mayor importancia, desde Santo Tomás hasta S.S. Paulo VI, para mencionar algunas fuentes más caracterizadas.

En efecto, Santo Tomás en la *Suma* (2.2, q. 32, a. 6) declara que se debe dar limosna aun de lo necesario en la necesidad extrema (agregando [en 2.2, q. 32, a. 3] que en determinado momento se peca mortalmente si se deja de dar al que muestra clara y evidente necesidad —extrema— y no hay otro que lo socorra) y proclama el principio fundamental que citan todos los autores sobre nuestro tema fundamental (2.2, q. 32, a. 7):

“En caso de extrema necesidad todas las cosas son comunes. De ahí que le sea permitido a quien padece tal necesidad tomar lo ajeno para su sustento si no encuentra quien quiera dárselo. Y por lo mismo el depositario de cosa ajena puede con ella dar limosna y aun robarla si no puede de otra manera socorrer al que sufre indigencia (extrema necesidad). Con todo, si puede hacerlo sin peligro, debe auxiliar la extrema necesidad del paciente con anuencia del dueño”.

Pero este texto, con ser importante, no es el fundamental, ni por cierto esporádico. Precisamos el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, en forma aun más precisa si cabe, en la misma obra (2.2, q. 66, a. 7) que encierra el núcleo de nuestro sentir: “En caso de necesidad, *todas las cosas son comunes* y por lo tanto no constituye pecado (ilicitud) el que uno tome una cosa de otro, porque la necesidad la hace común (*propter necessitatem sibi factam communem*)”.

Agrega: “Lo que es de derecho humano no puede derogar el derecho natural. . . Ahora bien, según el orden natural instituido por la Divina Providencia, las cosas inferiores están ordenadas a la satisfacción de las necesidades de los hombres. Por consiguiente, su división y apropiación que procede del derecho humano, no ha de impedir que con esa misma cosa se atienda a la necesidad (extrema) del hombre. Por esta razón, los bienes superfluos que algunas personas poseen *se deben por derecho natural* al sostenimiento de los pobres: por lo cual, San Ambrosio dice y el decreto XLVII lo consigna también: ‘De los hambrientos es el pan que tú guardas; de los desnudos la ropa que tú almacenas; y es la redención y liberación de los desgraciados el dinero que tú escondes en la tierra’. Mas, puesto que son muchos los indigentes y no se puede socorrer a todos con la misma cosa, se deja al arbitrio de cada uno la distribución de las cosas propias para socorrer a los que padecen necesidad”.

Sin embargo, y éste es el texto que nos interesa para nuestro tema, si la necesidad es tan *evidente y urgente* que resulte manifiesta la urgencia de socorrer la inminente necesidad con aquello que se tenga cuando amenaza peligro a la persona, y no puede ser socorrida de otro modo, entonces puede cualquiera lícitamente satisfacer su necesidad con las cosas ajenas, sustrayéndolas ya manifiesta, ya ocultamente. Y esto no tiene propiamente razón de hurto ni de rapiña. Sigue diciendo: “Al usar de la cosa ajena ocultamente sustraída en caso de extrema necesidad, hace nuestro lo que tomamos para sustentar nuestra propia vida... En el caso de una necesidad semejante también puede uno tomar clandestinamente la cosa ajena para socorrer al prójimo (en estado de necesidad extrema)”. (*In extrema necessitate omnia sunt communia id est communicanda.*)

Algún lector desprevenido dirá: lenguaje del siglo xiii, que no corresponde al siglo xx. Pues bien; el Concilio Vaticano II (7/12/1965) en su constitución pastoral *Gaudium et spes* (“La Iglesia en el mundo actual”), que como es notorio fue dirigida a todo el mundo y no sólo a los creyentes, afirma en el n^o 69 el mismo postulado que venimos reseñando, y que por cierto se remonta a los primeros tiempos del cristianismo: “Dios ha destinado la tierra y cuanto en ella contiene para uso de todos los hombres y pueblos. En consecuencia, los bienes creados deben llegar a todos en forma equitativa bajo la égida de la justicia y de la caridad. Sean las que sean las formas de la

propiedad, adaptadas a las instituciones legítimas de los pueblos, según las circunstancias diversas y variables, jamás debe perderse de vista este destino universal de los bienes. Por tanto, el hombre, al usarlos, no debe tener las cosas exteriores que legítimamente posee como exclusivamente suyas, sino también como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente, sino también a los demás”³⁰.

“Por lo demás —continúa la Encíclica— el derecho a poseer una parte de bienes suficiente para sí mismo y para sus familias, es un derecho que a todos corresponde. Es éste el sentir de los Padres y de los doctores de la Iglesia, quienes enseñaron que los hombres están obligados a ayudar a los pobres y por cierto no sólo con los bienes superfluos.”

“Quien se halla en situación de necesidad extrema tiene derecho (*ius habet*) a tomar de la riqueza ajena lo necesario para sí y los suyos...”

La propiedad, como las demás formas de dominio privado sobre los bienes exteriores, contribuye a la expresión de la persona y le ofrece ocasión de ejercer su función responsable en la sociedad y en la economía. Por ello es muy importante fomentar el acceso de todos los individuos o comunidades a algún dominio sobre los bienes externos.

La propiedad privada o un cierto dominio sobre

³⁰ Cfr. Santo Tomás, 2.2, q. 32, a. 5, ad. 2, y 2.2, q. 66, a. 7; León XIII, *Rerum novarum*; Pío XII, alocución del 1º junio 1941 y mensaje navideño de 1954.

los bienes externos asegura a cada cual una zona absolutamente necesaria para la autonomía personal y familiar y debe considerarse ampliación de la libertad humana.

Consúltese sobre este tópico, ya que sobreabunda otra transcripción después de la autoridad del Concilio, a Antonio Royo Marín O.P.³¹ en su *Teología moral para seglares*, cuya publicación, en 1973, aborda el tema con el mismo criterio.

La voz oficial de la Iglesia dirigida al mundo en la *Populorum progressio* extiende este aspecto de la penetración de los bienes por el necesitado a los pueblos y comunidades que se hallen en extrema necesidad: “Hoy día nadie puede ignorarlo, en continentes enteros son innumerables los hombres y mujeres torturados por el hambre, son innumerables los niños tan subalimentados, que un buen número de ellos muere en la tierna edad...”

Y a todo ello le atribuye respecto del necesitado el calificativo, en *Gaudium et spes*, de derecho: *ius habet*. Es la voz más poderosa y más avanzada que se levantó en nuestra temática. El resultado es en escala mundial, como subraya Rodríguez³², ya que hay organismos especializados de las Naciones Unidas a

³¹ Royo Marín, Antonio, *Teología moral para seglares*, Madrid, Católica, 1973, I, Moral fundamental y especial.

³² Rodríguez, Federico, *Régimen de propiedad*, en “Comentarios a la constitución *Gaudium et spes* sobre la Iglesia en el mundo de hoy”, Madrid, Católica, 1968, t. 276, secc. VII, comentarios al 67-72, p. 517, en especial 544-546.

tal efecto, habiéndose arbitrado un fondo común internacional. En la Encíclica mencionada (nº 51) se dijo: “Nos, pedimos en Bombay³³, la constitución de un gran fondo mundial alimentado con la parte de los gastos militares, a fin de ayudar a los más desheredados... que sería a la vez símbolo e instrumento”.

Los organismos de las Naciones Unidas cumplen esa misión a nivel mundial cuando desastres naturales o catástrofes de cualquier índole azotan a los países. La ONU cumple una misión de importancia en el envío de socorros: alimentos, ropas y viviendas; reconstrucción de los destrozos causados por las riadas, terremotos, etcétera. Parte de esa asistencia la aportan directamente la ONU y sus organismos Unicef, la oficina del Alto Comisionado para refugiados, y el programa mundial de alimentos. La ONU se encarga también de la coordinación y distribución de los donativos internacionales. La mayor operación de esta naturaleza (*ius habet*) fue realizada en 1971 después de la guerra entre la India y el Pakistán.

A propósito de este tema recordamos, en confirmación de nuestra tesis del derecho que tiene el extremadamente necesitado a la ayuda, la Declaración universal de los derechos del hombre de 1948, cuyo art. 25 *in fine* dice: “Tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de los medios de subsistencia, por circunstancias independientes de

³³ Pablo VI, Mensaje al mundo entregado a los periodistas el 4 de diciembre de 1964, *Populorum progressio*.

su voluntad". Y la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá, 1948, dispone en el art. XVI: "Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que proveniente de cualquier causa ajena a su voluntad, la imposibilita física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia, *ius habet*".

Este derecho del necesitado, cuando éste asume la categoría de región o pueblo, se ha hecho carne en instituciones y gobiernos. Sirvan dos ejemplos actuales: Carter y CARCLO.

El diario *La Nación* publicó en 1977³⁴: "Washington, 5 (AP). El presidente J. Carter proclamó hoy el estado de desastre en nueve condados del Estado de Nueva York, contiguos a la ciudad de Buffalo, calificando de 'extremo y severo' el impacto paralizante de la nieve y el frío en esa región. Esto es algo que se hace en raras ocasiones, sólo en circunstancias excepcionales, declaró al firmar la resolución. Subrayó que ya se había declarado el 'estado de emergencia' en la zona, pero recalcó que esta proclamación —del estado de desastre— provee asistencia federal de mucho mayor alcance. Mientras la declaración de emergencia implica que el gobierno federal entregará personal y equipo a la región, la declaración de 'desastre' presupone la concesión de asistencia federal de des-

³⁴ Diario *La Nación*, Bs. As., 6-2-77, p. 1.

empleo a los trabajadores independientes y a los migratorios: créditos de bajo interés a los dueños de los negocios y viviendas familiares, así como bonos alimenticios de emergencia.

”La mitad oriental del país fue puesta a prueba la semana pasada con tormentas de nieve y temperaturas frías que convirtieron la actividad cotidiana en una lucha por la subsistencia y llevaron a un estado de severa precariedad las provisiones.”

En *La Capital*, de Rosario, del 6 de febrero de ese mismo año³⁵, se lee: “En otro orden de cosas, las perjudiciales implicancias derivadas de la crecida vienen creando una seria situación a los productores de ganado que han sido analizadas por la Confederación de Asociaciones Rurales del Centro y Litoral Oeste (CARCLO). Esta entidad agraria, en un comunicado señala ‘que los ganaderos de la costa e islas aledañas tienen que pagar en concepto de pastaje quinientos y mil quinientos pesos mensuales por animal’. A raíz de ello CARCLO formula un llamado de atención a los dueños de tierras altas a fin de que moderen sus pretensiones”.

Siempre en relación con el efecto del derecho de necesidad, que es la penetración en los bienes, entresacamos del capítulo sobre jurisprudencia de este trabajo, algunos casos que son señeros:

a) Un fallo de primera instancia, firme, de Formosa, del 8/11/1963³⁶, resuelve: “La afligente situa-

³⁵ Diario *La Capital*, Rosario, 6-2-77, p. 1.

³⁶ *LL*, t. 118, p. 2.

ción por la que está pasando Formosa, que fuera declarada en estado de emergencia por decreto 144/63 (ADLA, XXIII-C, 2334), dada la sequía imperante y el estado de abandono de las escasas parcelas que trabajaban los procesados... son circunstancias que deben ser consideradas por el proveyente ante la afligente situación que se invoca para ampararse en la causal de justificación”.

Encuadra dicha causal en el art. 34, inc. 3º, del Cód. Penal —estado de necesidad—: el “delito” cometido por los encausados que procedieron a sacrificar y faenar una res hallada dentro de un palmar, repartiéndose la carne si, como resulta de autos, se encontraban en afligente situación económica con hijos menores de corta edad, a quienes no tenían nada que dar de comer; no pudiendo evitar a juicio del juzgador, y por otros medios (ya no tenían crédito) ese mal inminente al que los autores fueron extraños.

Los amplios términos de la causal de justificación permiten comprender en tan sabia norma situaciones de extrema miseria, cuando el agente obra impulsado por las tristes consecuencias que la indigencia acarrea.

“La causal de justificación puede ser aplicable, dada la forma en que nuestra ley está concebida, cuando el mal que se evita causando un mal menor, puede ser tal para el mismo sujeto que actúa o para un tercero...”

b) Extractamos de un fallo de la Cámara Cri-

minal de Santa Fe, Sala 1ª, del 18/10/1973³⁷, que alude a un supuesto de hambre familiar: “El estado de necesidad no es una hipótesis de inimputabilidad, sino una causal de justificación”. Añade el fallo que “aun cuando la miseria no es una causa de inimputabilidad, ni de eximente de pena, sino una de las circunstancias que el sentenciante debe valorar para graduar la pena (art. 41, Cód. Penal). Sin embargo, no se excluye en absoluto la posibilidad de que aparezcan supuestos excepcionales que caigan en la causal de justificación del estado de necesidad”.

El voto dice: “El imputado obró apremiado por la necesidad de proveer alimento a su familia compuesta de padre y 9 hermanos, la mayoría de corta edad. Hacía 15 días que no comían carne y el día del hecho sólo habían ingerido una taza de mate, como los anteriores.

”Para comer con sus hermanos y su padre, salió con intención de cazar algún animal silvestre. Prueba de ello es que salió a la faena con una gomera y un cortaplumas. Después de tres horas de inútil búsqueda viene a encontrarse con una majada de chivos. Pensando en la gran necesidad que estaban pasando sus hermanitos fue como se decidió a correrlos y tomó el que pudo, al que mató y carneó con el cortaplumas. Sobreabunda acotar la precariedad absoluta en que sobrevive el núcleo familiar, todos enfermos de anemia y oxiuriasis, etcétera. Especialmente cobra in-

³⁷ *Juris*, t. 43, p. 150.

terés la información aprobada por uno de sus patrones; el aludido corroboró que el ajusticiable y su padre que mantienen el hogar, ganan en conjunto aproximadamente 200 pesos mensuales". "Las palabras huelgan —dice el camarista—, el silencio es más elocuente. Pienso que el hecho cometido es uno de los supuestos que caen en la causal de justificación (art. 34, inc. 3º, del Cód. Penal), porque si bien carneó la chiva, lo hizo para evitar un mal mayor inminente al que fue extraño, cuya explicación resulta obvia después del relato de la pequeña historia."

c) Nos interesa reseñar ahora, entre otros que transcribimos en el capítulo sobre jurisprudencia, este caso que es típico de penetración en los bienes para salvar la salud. Fue resuelto por la Cámara Federal de La Plata el 5/12/1947³⁸: "La conducta del procesado de sustraer una bolsa de carbón —que entonces era muy escaso— en el hospital donde trabajaba, para salvar la vida de su hijita enferma, que necesitaba por prescripción médica, calor continuado (era invierno y vivían en un rancho) encuadra en la eximente de responsabilidad prevista en el art. 34, inc. 3º, Código Penal".

d) Otro caso fue resuelto por la Cámara de Apelaciones de Dolores, el 30/7/1973³⁹, en que se dijo: "Obra en estado de necesidad la mujer de profesión maestra, provisoriamente nombrada, que siendo único

³⁸ LL, t. 49, p. 855; JA, 948-I-327.

³⁹ LL, t. 153, p. 291.

sostén de su familia, formada por su anciana madre, su esposo impedido, y una hijita menor, no ha percibido el sueldo de los tres últimos meses y ‘delinque’ (hurta) con el fin de poder viajar a la sede de la repartición del Ministerio de Educación, donde ha sido citada perentoriamente para nombrarla con carácter de titular, y para sufragar los gastos —análisis y radiografía— con que había de presentarse”.

e) La Cámara Nacional en lo Criminal resolvió con fecha 3/11/1961 ⁴⁰ que “se justifica el estado de necesidad que en el caso resta punibilidad al empeño como libre, de una cosa sujeta a prenda, si el obrero —trabajador y honesto— con familia a su cargo, se encontraba sin trabajo y enfermo”.

f) También se ha resuelto que “no es imputable por encuadrar el hecho en la previsión del art. 34, inc. 3º, Cód. Penal, quien, encontrándose privado de medios económicos, absolutamente indispensables, vendió una cosa que tenía en comodato, para hacer frente a gastos derivados de una grave enfermedad, padecida por un familiar”.

2. *Violación de domicilio.* Ante todo cabe mencionar la expresa excepción en favor del estado de necesidad y referente al delito de violación de domicilio que contiene el art. 162, Cód. Penal: “*Las disposiciones de los artículos anteriores (violación de domicilio) no se aplicarán al que entrare en los sitios*

⁴⁰ LL, t. 107, p. 157.

expresados para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia”.

La Cámara en lo Criminal y Correccional dijo en fallo del 21/10/1947: “Siendo la integridad personal un bien jurídico de más alta dignidad y jerarquía que el de la propiedad, queda justificada por la necesidad la conducta de doce familias compuestas por cuarenta y cinco personas, entre ellas veintiún menores, cuyas edades oscilan entre 20 días y 15 años, que desalojados de un inquilinato, sin alojamiento y sin posibilidades de hallarlo de inmediato, violentan la puerta de entrada de una casa deshabitada, en pésimo estado de conservación, instalándose en ella”.

3. *En el área obligacional.* Es interesante plantear la justificación del incumplimiento de deberes, por hallarse el obligado en estado de necesidad. Expresemos con Rezzónico⁴¹: como regla general cabe decir que el estado de necesidad no es causal justificativa del incumplimiento de las obligaciones civiles. El deudor no puede liberarse de su obligación alegando la necesidad.

Pero es evidente que quien está obligado a cumplir dos deberes que colisionan ante el estado de necesidad, el deber apremiante es el que debe cumplirse, en detrimento del otro, aun cuando normal-

⁴¹ Rezzónico, J. M., *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Bs. As., Ciencias Económicas, 1958, p. 117.

mente sea de categoría superior. Queda “suspendido”, diría Márquez.

Lesión subjetiva. El instituto independiente de la lesión subjetiva es un supuesto de estado de necesidad que se estudia *per se*. No obstante, el art. 954 del Cód. Civil dispone: “*También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto, y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción, cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al constatar la demanda*”.

La lesión tiene un régimen especial. Nos remitimos a la obra de Luis Moisset de Espanés *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil*⁴². Hay consenso unánime entre los juristas, de tratar este insti-

⁴² Moisset de Espanés, Luis, *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1976.

tuto independientemente del estado de necesidad, aun cuando se reconoce que es una de sus especies.

4. *Irresponsabilidad por maniobras necesarias en el tránsito.* Es éste un interesante capítulo del tema sobre *daños*, y no todos están contestes en la irresponsabilidad de ellos en cuanto al reembolso de los perjuicios.

Pero evidentemente que en materia penal la maniobra impuesta por la necesidad está justificada por el art. 34, 3º, del Cód. Penal.

Hay al respecto un excelente caso de jurisprudencia del Tribunal Colegiado de Santa Fe, del 18 de febrero de 1967⁴³ al respecto:

“Para que produzca la exención de responsabilidad por el acto incriminado en estado de necesidad debe reunir los siguientes requisitos: que el acto de necesidad no se haya producido por culpa del agente; que no se pueda evitar o alejar el riesgo de ninguna otra manera que no sea causando perjuicio; que ese riesgo sea por eso, inevitable, inminente y actual, y por fin que el daño inferido sea menor que el que se pretende eludir.

”Que la maniobra realizada, lejos de ser torpe e imprudente... da un típico caso de exención de la responsabilidad de los conocidos como producidos en estado de necesidad. Los requisitos exigidos surgen claramente de autos”.

⁴³ *Juris*, t. 32, p. 105.

5. *Justificación de la portación de armas de guerra.* Se justifica el uso de armas de guerra por un estado de necesidad. Así se establece en un interesante supuesto jurisprudencial resuelto por la Cámara Federal, Sala Penal, el 6/12/1963⁴⁴. La ley lo encuadra en estado de necesidad (art. 34, inc. 3º, Cód. Penal). Cabe conceptuar justificada por un *estado de necesidad* y de legítima defensa la conducta de quien, amenazado de sufrir graves males por delinquentes de indudable peligrosidad, opta por llevar consigo para su defensa un arma calificada como de guerra, sin haber recabado previamente la pertinente autorización policial, temeroso de provocar con ello represalias (doctrina de primera instancia).

6. *Servidumbre de paso: heredad enclavada.* El art. 3068 del Cód. Civil, dispone: “*El propietario, usufructuario o usuario de una heredad destituida de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otras heredades, tiene derecho para imponer a éstas la servidumbre de tránsito, satisfaciendo el valor del terreno necesario para ella, y resarciendo todo otro perjuicio*”. Y el art. 3069, añade: “*Se consideran heredades cerradas por las heredades vecinas, no sólo las que están privadas de toda salida a la vía pública, sino también las que no tienen una salida suficiente para su explotación*”. Finalmente, el art. 3077 estatuye: “*El que para edificar o reparar su casa tenga necesidad indispensable de hacer pasar sus*

⁴⁴ LL, t. 114, p. 590.

obreros por la del vecino, puede obligar a éste a sufrirlo con la condición de satisfacerle cualquier perjuicio que se le cause”.

Es interesante señalar que el Código francés, que es la fuente del art. 3068 —art. 682—, ha sido modificado por la ley 67-1253 del 30 de diciembre de 1967, en la siguiente forma: “Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n’a sur la voie publique aucune issue ou qu’une issue insuffisante soit pour l’exploitation agricole, industrielle ou commerciale de sa propriété, soit pour la réalisation d’opérations de construction ou de lotissement, est fondé à réclamer sur les fonds de ses voisins un passage suffisant pour assurer la desserte complète de ses fonds à charge d’une indemnité proportionnée au dommage qu’il peut occasionner”.

La jurisprudencia francesa (D. 1973, 501) ha establecido que la indemnización es sólo proporcional al daño causado y no al provecho procurado al fundo enclavado (Civ. 3ª, 16 avr. 1973).

Segovia, al comentar su art. 3070, que corresponde a nuestro art. 3068, hace un magistral estudio, creyendo errado el Código chileno y muy conforme con el francés, que sólo paga el daño irrogado por el paso y no el valor del terreno; porque expresa, con razón, que si es propio el terreno, ya no habrá servidumbre. Y, dentro de nuestro tema, arguye que “si el tránsito se autoriza en razón de una absoluta necesidad, la servidumbre basta para satisfacerla y la enajenación de una pequeña zona de terreno sería tan

innecesaria para el dueño del fundo cerrado como perjudicialísima al fundo de que se la cercena. En contra Freitas (art. 4297).

7. *Amputaciones necesarias.* Éste es un tema muy importante, al que dedicamos hace años especial atención. Daremos a conocer los resultados de ella.

Ante todo el tema cabe perfectamente dentro del *acto impuesto por la necesidad*, esta vez por exigencias terapéuticas que deban ser absolutamente necesarias, respecto del mismo sujeto.

Esta hipótesis comprende aspectos de *deontología médica*. Sólo en caso de extrema necesidad puede el médico optar por realizar amputaciones frente a un mal mayor del mismo paciente.

En Nuremberg se calificaron de ilícitas y condenables las amputaciones por necesidad científica, es decir, el problema de las ofensivas biológicas contra la persona o el supuesto de experimentación humana en medicina ⁴⁵.

Me limitaré no obstante a señalar la problemática más relevante en esta área, ya que no me compete terciar en el debate: la esterilización (la histerectomía); experiencias sobre la naturaleza humana; el principio de la totalidad. Así, por ejemplo: *a*) excisión de órganos enfermos; *b*) incisiones quirúrgicas; *c*) transfusiones de sangre; *d*) cirugía plástica; *e*)

⁴⁵ Buisson y otros, *La experimentación humana en medicina*, Madrid-Bs. As., Stvdivm, 1953; Biot, René, *Ofensivas biológicas contra la persona*, Bs. As., Descée de Brouwer, 1951; Fadden, Charles, *Ética y medicina*, Madrid, Stvdivm, 1956.

exceso de miembros; *f*) la operación Voronoff; *g*) lobotomía prefrontal; *h*) trasplante de córnea; *i*) banco de huesos; *j*) apendicectomía *ad libitum*; *k*) amigdalectomía *ad libitum*; *l*) injertos de ovario.

En punto a la esterilización distinguimos la terapéutica y la eugénica. La esterilización terapéutica: *a*) histerectomía y operación cesárea; *b*) histerectomía y carcinoma; *c*) histerectomía y tumores fibroides; *d*) histerectomía y el derrame anormal de sangre en el útero; *e*) esterilización por ligadura de las trompas; *f*) ooforectomía en el carcinoma del pecho; *g*) orquidectomía en el carcinoma de próstata.

La esterilización eugénica: *a*) demencia precoz; *b*) deficiencia mental; *c*) epilepsia.

La Iglesia se opone a la esterilización eugénica. Todo ser humano tiene derecho a la integridad corporal. Sólo es factible en caso de necesidad extrema del mismo sujeto, como mal menor. Esto está dentro de nuestra temática. El derecho de necesidad justifica la penetración en los bienes propios y ajenos, referentes al cuerpo humano, siempre que lo sea en beneficio de la "totalidad". De ahí la posibilidad de la ética médica, de *ordenar mutilaciones* cuando lo exija la salud total del paciente.

8. *Necesidad de órganos ajenos.* Tiene en cambio amplia cabida en nuestro tema la necesidad de órganos ajenos, en cuanto al trasplante de órganos ajenos que la ciencia médica y algunas legislaciones han contemplado en especial, referente a la *córnea* de ojos; al *riñón* y también al *corazón*, en este caso de

cadáveres, siempre con las condiciones debidas. Dígase lo mismo de los *tejidos*.

Para esto se establecen bancos de córneas (provincia de Buenos Aires), reglamentados por decr. 6518/69, con disposiciones técnicas; formularios para el donante, revocable en cualquier momento. Preceptos técnicos, edad media del donante, etcétera ⁴⁶.

Lo mismo acaece respecto del banco de tejidos, ley 17.041, con disposiciones sobre la extracción de tejidos de los cadáveres.

Con respecto a la hemoterapia, ya es costumbre requerir sangre, a los que ingresan a un hospital, de un dador sano, a fin de proveer al banco de sangre, para las respectivas transfusiones de los necesitados. Véase, para la Municipalidad de Buenos Aires, el decr. 1309/73 ⁴⁷.

Todos estos efectos del derecho de necesidad, vinculados a la medicina, merecerían un tratado aparte, que quizá lo hagamos. Véase la excelente obra española, al respecto, de Antonio Borrell Maciá ⁴⁸.

Pero siempre rige el principio básico de la totalidad. Pío XI, en su encíclica *Casti connubii*, expresa claramente este principio: "Por lo demás, la doctrina cristiana, y consta con certeza por la luz natural de la razón, que los mismos hombres privados no tienen

⁴⁶ ADLA, XXIX-C, p. 3300.

⁴⁷ Boletín Municipal, 9-4-1973.

⁴⁸ Borrell Maciá, Antonio, *La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Barcelona, Bosch, 1954.

otro dominio en los miembros de sus cuerpos que el que pertenece a sus fines naturales, y no pueden consiguientemente destruirlos, mutilarlos o por cualquier otro medio inutilizarlos para dichas naturales funciones a no ser cuando no se pueda proveer de otra manera al bien de todo el cuerpo”.

El art. 419 del Cód. Penal español impone la pena de reclusión menor al que de propósito ejecute cualquier mutilación.

El art. 5º del Cód. Civil italiano expresa: “Los actos de disposición del propio cuerpo son vedados cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean en otra forma contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres”. Por tanto, en todos estos supuestos legales, está permitido lo contrario, es decir en el supuesto de estado de necesidad extrema para el paciente y en beneficio de la totalidad.

En materia de trasplante de corazón, que adquirió con el doctor Barnard tanta publicidad, algunos moralistas han hecho serias reservas al principio llamado de la “muerte clínica” suficiente para que no sea “homicidio” un trasplante de corazón, ya que requiere “células vivas”. Me remito a este respecto al “urticante” estudio de Carlos Zárate titulado: *La muerte y el derecho*⁴⁹, que plantea el crítico interrogante, rechazando la hipótesis requerida para la operación: la llamada “muerte clínica”.

⁴⁹ Zárate, Carlos, *La muerte y el derecho*, en rev. “Criterio”, nº 1746, 26-8-1976; ver también JA, doct. 1969, p. 10.

De todos modos, para nuestro tema, el derecho de necesidad y sus efectos, sin perjuicio de abordar intensivamente este asunto en un trabajo ulterior, baste la afirmación "hipotética" de que en estado de necesidad, en bien de la totalidad, se puede exigir la mutilación del propio cuerpo; y aun el trasplante de órganos humanos, siempre de acuerdo con la ética médica.

9. *El problema del aborto terapéutico.* En verdad, está fuera de nuestra temática, por cuanto, en el supuesto de colisión de derechos iguales, dijimos que excluiríamos su tratamiento. Pero es la premisa mayor la que se cuestiona: la naturaleza del feto. Hemos sostenido —con Vélez Sársfield y el Código argentino—, que el comienzo de la existencia de la persona humana se da en la concepción. Por tanto, siendo absoluto el principio del respeto a la vida humana, no puede sufrir en este caso una excepción. El feto es sujeto, tiene derecho a la vida. Pero en el supuesto de aborto terapéutico, puede darse el caso de una operación cuyo fin directo sea la extirpación necesaria del cáncer o tumor y como segundo efecto —indirecto— se seguiría la muerte del feto. Lo que en ética se expresa: el doble fin de la acción⁵⁰.

El aborto está, en nuestro país, reprimido por la

⁵⁰ Fadden, Charles, *Ética y medicina*, Madrid, Stvdilm, 1956, p. 138: "Por aborto indirecto entendemos el caso en que se efectúa cualquier tratamiento u operación médica con miras a una finalidad por entero distinta del aborto, pero que incidental y secundariamente ocasiona la expulsión del feto".

ley penal (art. 85, Cód. Penal); pero dicha ley no considera punible el aborto terapéutico, al que hicimos referencia cuando hablamos de la ley del doble efecto o fin de una acción. El art. 86, inc. 1º, no reprime el aborto practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o salud de la madre, si este peligro no puede ser evitado por otros medios. Se daría nuevamente el enfrentamiento de dos vidas, ya que admitimos la existencia como ser humano del feto.

En principio, éticamente no es viable, salvo el supuesto del doble efecto aludido.

En cambio, merece nuestro repudio total el art. 86, inc. 2º, del Cód. Penal, que considera no punible el aborto si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, con el consentimiento de su representante legal. Pío XII rechazó expresamente —29 de octubre de 1951— el aborto directo: “la vida de un inocente es intangible. . . No hay autoridad médica, eugénica o social que pueda exhibir un título jurídico válido para una disposición deliberada directa sobre una vida humana”. Suscribimos y acatamos esta disposición⁵¹.

Reiteramos el principio de nuestros prolegómenos.

⁵¹ Fadden, ob. cit., quien en p. 137, “El aborto directo”, cita a Pío XII, 29-10-51; El Derecho Canónico, canon 2350, castiga el aborto directo con la excomunión automática. En la misma obra, p. 157, al tratar del “aborto terapéutico”, agrega: “Por el contrario es siempre lícito el parto prematuro cuando el dictamen del médico indique que este procedimiento procede en el mayor interés de la madre y del hijo”.

En estos dos últimos supuestos puede darse la situación de necesidad en la hipótesis de bienes iguales —dos vidas—, que hemos descartado como problemática del derecho de necesidad, que sólo cabe en el caso de bienes desiguales: la vida es un absoluto.

10. *Ajenidad del bien. Suicidio.* Todos los códigos se refieren a bienes “ajenos”, porque el daño a un bien propio, evidentemente, no es delito, pero como hemos enfocado el tema en forma amplia: éticamente, ¿puede darse el estado de necesidad referente al suicidio? En principio, habría que rechazarlo: nadie es dueño de su vida. Pero se cuestiona, dentro de la ideología, o de valores morales superiores a la vida misma, planteándose de antiguo el problema de saber si es lícito el suicidio por estado de necesidad para evitar un mal éticamente mayor, como la pérdida de una castidad consagrada: el caso que cita San Agustín, en la *Ciudad de Dios*, de las vírgenes que se arrojaron al río por no perder su castidad. San Agustín lo resuelve negativamente⁵².

También se refiere San Agustín al caso de Lucrecia que se mató por haber sido forzada. “Celebran y ensalzan los antiguos —dice— con repetidas alabanzas a Lucrecia, ilustre romana por su honestidad y haber padecido la afrenta de haber sido violada por el hijo del rey Tarquino el Soberbio. Lo padeció por . . . temor a la vergüenza . . . como era mujer romana ilustre por su sangre y ambiciosa de honores . . . quiso

⁵² San Agustín, *La ciudad de Dios*, Lib. I, cap. XXVI.

poner a los ojos de los hombres para que aquella pena con la que se castigó, fuera testigo de su voluntad". San Agustín no justifica la acción⁵³.

Aunque afirmamos nosotros que es el primer caso y no el segundo el que conviene a nuestro tema.

Por cierto, es también el caso de Catón, "que por no rendirse prefirió matarse a sí mismo". Tampoco lo acepta San Agustín, afirmando: "los cristianos deben guardarse de cometer este pecado"⁵⁴.

El mismo autor, finalmente, se pregunta si por evitar el pecado se puede asumir una muerte voluntaria, y contesta negativamente: "...si pudiera haber una causa justa para hacerlo voluntariamente, no habría otra más arreglada que ésta, y supuesto que ésta no lo es, luego ninguna hay para cometer un delito tan execrable"⁵⁵.

Sobre este tópico del suicidio se ha ocupado en la literatura actual, entre otras, la obra de Graham Green *Living Room*, pieza de teatro en la cual parece que el autor quisiera justificar el suicidio, en una situación de necesidad moral.

En contra, un decreto de Graciano⁵⁶, que reza: "No nos compete buscar la muerte, sino aceptarla gustosamente cuando nos es infligida por otro. Por eso en las persecuciones no es lícito perecer por pro-

⁵³ San Agustín, *La ciudad de Dios*, Lib. I, cap. XIX.

⁵⁴ San Agustín, *La ciudad de Dios*, Lib. II, cap. XXIV.

⁵⁵ San Agustín, *La ciudad de Dios*, Lib. I, cap. XXVII.

⁵⁶ *Decretum Gratiani*, Causa XXIII, q. 5, c. 11.

pia mano (fuera del caso en que la castidad peligra), sino poner el cuello bajo el agresor”.

El art. 83 del Cód. Penal argentino expresa: “*Se-
rá reprimido con prisión de uno a cuatro años el que
instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo,
si el suicidio se hubiese tentado o consumado*”.

El proyecto Tejedor había erigido el suicidio en delito, imponiéndole como pena la anulación de las disposiciones de última voluntad del suicida.

El Derecho Canónico priva al suicida de sepultura eclesiástica y honras fúnebres (canon 1240, 3º).

11. *Derecho de necesidad ideológica.* En primer término siempre se trata del estado de necesidad frente a los bienes (clásico tema del robo famélico). Conviene abordarlo también desde el punto de vista de la ideología, agrupando en este término, objetivamente, desde la fe que engendró el martirio, hasta el arrojito militar en su múltiple problemática.

En el aspecto amplio de nuestro tema, se da la posibilidad del conflicto “situación de necesidad” en relación al mismo sujeto que se ve constreñido a optar entre abdicar de su ideología o morir.

Así, el art. 702 del Cód. de Justicia Militar (ley 14.029) dispone: “*El militar que en combate . . . vuelva la espalda y huya . . . podrá ser muerto en el mismo instante para castigo y ejemplo de los demás*”.

Un supuesto de arrojito militar fue el de Numancia, ciudad de la antigua España, que, sitiada por las legiones romanas al mando de Escipión, prefirió ser destruida antes que rendirse. Los sobrevivientes de

la lucha, se dieron muerte por el fuego, el hierro o el veneno, para no entregarse al vencedor (133 a. C.).

Comprendemos, como derecho de necesidad ideológica, el aspecto histórico de todos los ideólogos del mundo, incluso nuestros próceres, en su presupuesto revolucionario: quizá un Dorrego y un Lavalle. Pero dejamos el tema a los historiadores, porque no es de nuestra competencia.

Un ejemplo de ideología religiosa, que engendra el derecho de necesidad, fue el de los siete Macabeos y su madre: morir antes que faltar a la ley bíblica. Lo refiere la Sagrada Biblia en el Libro Segundo de los Macabeos, 7, 1-41, con rasgos patéticos y muy significativos para mi tema: "Sucedió que siete hermanos apresados a una con su madre eran forzados por el Rey, flagelados con azotes y nervios de buey a probar carne de puerco. Uno de ellos, hablando en nombre de los demás, decía... 'Estamos dispuestos a morir antes que violar las leyes de nuestros padres...'. Por último, después de los hijos murió la madre" (Biblia de Jerusalén, ps. 586-7).

Otro es el caso de Tomás Moro, estadista, historiador y teólogo inglés. Fue canciller de Enrique VIII, con quien se enemistó, y por negarse a abjurar del catolicismo, al que estaba fielmente consagrado, fue acusado de alta traición por el mismo Rey, juzgado, condenado a muerte y decapitado: optó por la muerte antes que abdicar de su fe. La Iglesia lo canonizó el 19 de mayo de 1935.

Después de veinte siglos de cristianismo y en un

país de cultura cristiana, comprendemos el derecho de necesidad que guió a Cristo, frente al Sanedrín y a Pilatos, que determinó su muerte, “voluntariamente aceptada” desde Getsemaní⁵⁷. “El Sumo Sacerdote le dijo: ‘Te conjuro a que nos digas si tú eres el Cristo, el Hijo de Dios’. Jesús le responde: ‘Pues sí, lo soy’. Ellos contestaron: ‘Es reo de muerte’”⁵⁸. Optó por la muerte, antes que renegar de la misión del Padre. Ante Pilatos: “¿Eres tú el rey de los judíos?” “Pues sí, lo soy...” Jesús ya no respondió absolutamente nada; de forma que Pilatos quedó maravillado⁵⁹, y entregó a Jesús, después de mandarlo azotar, para que lo crucificaran. Optó por la muerte, antes que rechazar las profecías, que lo habían anunciado.

12. *Derecho comercial y de la navegación.* En distintas disposiciones de los títulos XI a XIV del Libro II del Código de Comercio —derogadas por la ley 20.094, de la Navegación— se legislaba sobre el viejo tema del derecho de necesidad al considerar los casos de abordaje y naufragio.

Disponía el art. 1305 del Cód. de Comercio: “*Los casos de salvamento son: Si se recuperan o salvan un buque o efectos encontrados sin dirección en alta mar, o en las playas o costas;*

”Si se salvan efectos de un buque encallado, que se encuentra en tal estado de peligro, que no puede

⁵⁷ Misal Comunidad, t. II, p. 568.

⁵⁸ Mateo, XXVI, 63-65.

⁵⁹ Mateo, XXVI, 11-26.

ser considerado como lugar seguro para los efectos, ni como asilo para los individuos de la tripulación;

”Si se sacan efectos de un buque que se ha roto efectivamente;

”Si hallándose un buque en peligro inminente o no presentando ya seguridad, es abandonado por la tripulación. . .”

Sobre todo en la última parte del art. 1305 se da un suspenso de derecho de necesidad: el abandono que hace la tripulación de un buque en peligro.

Y es utilísimo para el tema el art. 1310 del mismo Código, que prevenía sobre la “lesión por necesidad”: *“Toda convención, transacción o promesa sobre salario de asistencia o salvamento, será nula si es hecha en altar mar, o al tiempo del varamiento con el capitán u otro oficial, ya sea respecto del buque, ya de los efectos que se hallaren en peligro. Terminado el riesgo, es lícito hacer transacciones y arreglos amigables. . .”*. Sobre salario de salvamento, ver los arts. 1303 a 1310. También es interesante recordar por analogía el supuesto de “arribadas forzosas”.

Y el art. 1274: *“Cuando un buque entra por necesidad en algún puerto o lugar distinto de los determinados en el viaje estipulado, se dice que hace arribada forzosa. Son justas causas de arribada:*

- 1) La falta de víveres o de aguada.*
- 2) Cualquier accidente en la tripulación, carga o buque que inhabilite a éste para continuar la navegación.*
- 3) El temor fundado de enemigos o piratas.”*

Para nuestro enfoque del precitado derecho de necesidad (que es la arribada forzosa), se tuvo en cuenta por exclusión, el art. 1275 del mismo Cód. de Comercio: “*En los casos previstos en el artículo precedente, no se tendrá por legítima la arribada:*”

1) *Si la falta de víveres o de aguada proviniese de no haberse hecho el aprovisionamiento necesario para el viaje, según uso y costumbres de los navegantes, o de haberse perdido o corrompido por mala colocación o descuido, o porque el capitán hubiese vendido alguna parte de los víveres o aguada.*

2) *Si la innavegabilidad del buque procediese de no haberlo reparado, pertrechado o dispuesto competentemente para el viaje, o de mal arrumaje de la carga;*

3) *Si el temor de enemigos o piratas no hubiere sido fundado en hechos positivos que no dejen lugar a dudas.”*

13. *Depósito necesario.* Un supuesto de derecho de necesidad se da también en uno de los tipos de depósito necesario. Dice el art. 2227 del Cód. Civil: “*Será depósito necesario el que fuese ocasionado por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos, o por otros acontecimientos de fuerza mayor, que sometan a las personas a una imperiosa necesidad. . .*”

14. *En relación al Estado.* Puede citarse como un supuesto de derecho de necesidad, aceptado por un interesante fallo, la necesidad del Estado de dictar decretos leyes para que continúe el régimen jurídico

en la Nación. Lo citamos por creer que es de suma importancia: se trata del fallo dictado por la Cámara Nacional de Paz, Sala VI, del 16/3/1970⁶⁰. “Si bien el derecho objetivo se genera y produce conforme a lo estatuido en otro principio más general, por acciones anormales se crea una nueva forma con independencia del orden jurídico preexistente y ello es debido a que el principio de la continuidad del Estado pone en el caso a los gobiernos de legislar, y el estado de necesidad crea o da origen a la ley (decreto)”. El pronunciamiento añade que “todo decreto ley configura una institución anómala desde que emanado del P.E., tiene la forma de decreto, pero con contenido legislativo”. Y finaliza: “. . . siendo la revolución una fuente originaria y no ordinaria de normas jurídicas, pierde toda relevancia la inconstitucionalidad planteada”. (Se cita a Kelsen y Bielsa, t. I, p. 92, 3ª edición.) Voto: Carlos Molina Portela; firman con él Juan C. Abelleira y Carlos Ortiz.

15. *Acciones bélicas del Estado. Sus consecuencias dañosas.* La jurisprudencia rechaza la acción por reparación, sosteniendo que los daños de acciones bélicas, ley 14.414, no implican la responsabilidad extracontractual del Estado.

Ello no obsta a que el supuesto mentado sea un *derecho de necesidad del Estado*: cuando causa daños en acciones bélicas o contrarrevolucionarias. En el fallo de la Cámara Federal, Sala Civil y Comercial, del

⁶⁰ LL, t. 138, p. 664.

25/7/1968⁶¹, se tiende a reparar en justicia y equidad y con espíritu de solidaridad social, situaciones especiales, otorgando subsidios, indemnizando daños sufridos por particulares a consecuencia de acciones bélicas, mas no se reconoce la responsabilidad extracontractual del Estado.

En cuanto a la responsabilidad del Estado por hechos de guerra hay un derecho a indemnización si los daños son resultado de un acto libre y voluntario de la autoridad; pero cuando se trate de hechos inevitables impuestos por las circunstancias mismas, como, por ejemplo, la destrucción de caminos para cubrir una retirada, el incendio o la destrucción de edificios ocasionados por el fuego de las tropas, quedan comprendidos dentro del concepto de fuerza mayor.

Lo ocurrido en Buenos Aires el 16 de junio de 1955, en que actuaron los comandos y se sometió la Casa Rosada a un bombardeo que duró varias horas, obligó a las fuerzas armadas a intervenir en la forma exclusiva que el intento revolucionario lo requería, explica la retención policial y... obligaron a que se diera preferencia a la atención de los acontecimientos de orden bélico: el evento fue inevitable.

El comentario de este fallo daría lugar a un libro entero. Me limitaré a expresar que mi tesis referente a la indemnización en materia del daño producido por el derecho de necesidad, en principio es negativa, como lo dispone el Código japonés; ello no obsta a

⁶¹ LL, t. 134, p. 1125.

que se indemnice sobre la base de la equidad. En el fondo, aunque no muy bien explicitado, es la tesis que sostiene el fallo al aplicar la ley 14.414.

Pero la sentencia evidencia que el Estado, en una lucha antirrevolucionaria, se encuentra ante el derecho de necesidad.

16. *En derecho militar* (sin perjuicio del caso anterior). Se dan varios supuestos, decíamos en el preámbulo que transcribimos: el acto del jefe militar que ordena a un pelotón una acción que fracasará, en razón de táctica militar. No nos extenderemos en este punto.

El art. 524 del Código de Justicia Militar soslaya el tema en forma tangencial: *“Queda exento de responsabilidad penal el militar que en los casos del art. 702 (abuso de autoridad) obrase en legítima defensa, o tuviere necesariamente que recurrir a los medios determinados por dicho artículo para reprimir delitos flagrantes de traición, rebelión, motín, vías de hecho contra el superior, irrespetuosidad, insubordinación o cobardía”*.

17. *En la vida religiosa*. La Iglesia sustenta, según dijimos, que: *“Necessitas facit licitum quod alias de iure non est licitum actumque alias improbissimum probabilem reddit”*. Así, el Derecho Canónico excusa: ayunos cuaresmales; relaciones con el excomulgado; ruptura del descanso dominical; depósito de muebles en la Iglesia; perjurio, ante el estado

de necesidad (que en este caso no me animo a llamar expresamente, derecho).

Ponemos un ejemplo límite dentro del Derecho Canónico: en principio está prohibida la cremación de cadáveres, según expresa disposición del canon 1203, párr. 1º. Los cuerpos de los fieles difuntos han de sepultarse, reprobada su cremación (párr. 2º). Si alguien mandare en cualquier forma que su cuerpo sea cremado, es ilícito cumplir su voluntad; y si se le hubiera declarado en algún contrato, o testamento, téngasela por no expresada.

Sin embargo, se exceptúa en tiempo de guerra o peste. Pero la Sagrada Congregación del Santo Oficio, en 1964, ratificando la doctrina, exceptuó en algunos supuestos que nos interesan para el tema: motivos de higiene, de economía o de otra índole, ya de orden público, ya de orden privado, en cuyo caso permite levantar la admonición. Entiendo que el estado de necesidad propiamente dicho permite ese que podríamos denominar “daño” al cadáver. Siempre que no sea en odio a la Iglesia.

18. *Derecho de necesidad pasiva.* Terminada la anterior enumeración meramente enunciativa, recuerdo que hay un derecho de necesidad pasivo, es decir, un derecho al auxilio debido: lo establece así el art. 108 del Cód. Penal, que expresa: “Será reprimido con multa de cien a quinientos pesos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el

auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal, o no diere aviso inmediatamente a la autoridad". Con este derecho de necesidad que podríamos calificar de pasivo, termino el elenco de efectos de este instituto.

V. Indemnización

En la categoría de efectos aparece el problema de la indemnización por el daño inferido. Después de los trabajos recientes de Orgaz y Llambías a los que nos remitimos, aparecen dos posturas divergentes *de lege lata*.

Mientras Orgaz manifiesta que según la legislación civil hay una laguna respecto de este instituto, y por tanto no respondería el necesitado por el daño causado, Llambías hace una sutil interpretación del art. 907, reformado, del Código Civil y acepta la indemnización equitativa del daño acarreado por el acto necesitado.

Para llegar a esta solución establece Llambías una premisa con la que no concordamos: la del acto necesitado "involuntario". Por cierto que es una interpretación realmente magistral, extensiva, del art. 907, que antes de la reforma ya simplemente insinuara Jiménez de Asúa. Pero la dificultad radica en que consideramos "voluntario" el acto impuesto por la necesidad.

Sin embargo, entendemos que en definitiva es el juez, por equidad, sin alusión al 907, quien puede

exonerar o condenar al pago de la indemnización a cargo de quien se benefició del acto necesario. Por cierto, cuando aparece la culpa, retorna el régimen normal de la responsabilidad civil.

En materia de bienes, repetimos, puesto que el necesitado “tiene derecho” sobre los bienes, en principio no debe reparar, ya que esos bienes se tornan comunes.