

## CAPÍTULO IV

### JURISPRUDENCIA

Casación .....	105
Comodato .....	105
Consignación .....	106
Derecho de propiedad .....	106
Derecho laboral .....	107
Embarazo .....	108
Empleo .....	111
Estado: acciones bélicas .....	111
Estado: decretos leyes .....	112
Estado de emergencia .....	113
Homosexualidad .....	114
Legítima defensa .....	115
Locación .....	116
Malversación .....	116
Maniobra impuesta por la necesidad .....	117
Objetividad .....	120
Ocupación clandestina .....	120
Portación de armas .....	121
Prenda .....	122
Requisitos .....	122
Robo famélico .....	127
Salud .....	131
Seguridad personal .....	134
Servidumbre necesaria .....	134

## CAPÍTULO IV

### JURISPRUDENCIA

#### *Casación*

Es cuestión de hecho y en consecuencia irrevivable en principio por vía de la casación extraordinaria, la de establecer si el procesado se encontraba o no en estado de necesidad (SCBA, 24/3/70, LL, 140-837).

#### *Comodato*

No es imputable, por encuadrar el hecho en la prevención 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 (CCrimCap., 28/2/32, JA, 1962-VI-173).

### *Consignación*

Ha obrado en estado de necesidad (art. 34, 3º, Cód. Penal) quien, teniendo que alimentar a su familia, sin trabajo y amenazado de desalojo empeña unos objetos recibidos en consignación para la venta. La actualidad del peligro y la gravedad del daño que ha de evitar, se deben evaluar con criterios relativos... (CCrimCap., Sala V, 1/4/74, LL, 155-173).

### *Derecho de propiedad*

El derecho de propiedad comprende todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de la vida o de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal, por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos, privados o públicos), a condición de que su titular *disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce...* integra el concepto constitucional de *propiedad* (CSJN, JA, 18-817).

La propiedad protege todo el derecho que forma el patrimonio del habitante de la Nación, trátase de derechos reales o personales o de bienes materiales o inmateriales, que todo eso es propiedad a los efectos de la garantía constitucional (CSJN, LL, 135-1463).

### *Derecho laboral*

El estado de necesidad mencionado en la norma 954, Cód. Civil, es aquel estado carencial que puede ser material y espiritual desde que no se cuenta con el mínimo indispensable para atender las necesidades propias y de los suyos.

El derecho del trabajo se funda en la presunción de inferioridad del obrero con respecto a su empleador, por lo que la evidente desproporción entre lo reclamado en la demanda y lo conciliado en el Departamento Provincial del Trabajo hace presumir un aprovechamiento del estado de necesidad del empleado atento el carácter asistencial que el salario reviste para éste, quien en la mayoría de los supuestos sólo cuenta con el mismo para su sustento y el de su familia.

Corresponde hacer lugar al instituto de la lesión subjetiva (art. 954, Cód. Civil) desde el momento que la conciliación hecha ante el Departamento Provincial del Trabajo luego de haber tenido conocimiento efectivo de la demanda, ha sido obtenida explotando su estado de necesidad, provocando de esta forma una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada.

En materia laboral el art. 15 de la ley 20.744 viene a recepcionar el principio de la lesión que la reforma introdujo en la legislación civil, art. 954, en una clara tendencia socializante del derecho privado (JA, 1976/II/138). Con nota de Luis Moisset de Espanés.

Este fallo, muy discutido, ha sido aprobado por

Jorge Carranza en su trabajo *Aplicación del artículo 954 al derecho laboral*.

Presume la necesidad, por su condición de obrero. Los juristas buscan nuevos medios para combatir... los aprovechamientos inicuos. Las normas laborales sólo requieren el quebrantamiento de los elementos objetivos, pues dan por sentado que la parte obrera se encuentra en situación de inferioridad y es víctima de una explotación. Conclusiones legales que no admiten prueba en contrario.

El Derecho Civil, para llegar a la invalidez del acto lesivo, exige probar la desproporción y los elementos subjetivos de la inferioridad de la víctima y el aprovechamiento de la otra parte. Pues la presunción de aprovechamiento sólo invierte la actividad probatoria de este extremo, pero no la excluye. (Cita a Ripert: "Desde el punto de vista jurídico es una clase privilegiada; pero el derecho democrático acepta ese privilegio", p. 327.)

### *Embarazo*

La violación de un bien jurídico ajeno para salvar un bien propio, mucho más importante, constituye estado de necesidad, situación que se da en el caso de que se trata, desde que la imputada, soltera, cometió delito de estafa en perjuicio de la Caja Nacional de Ahorro Postal, bajo el influjo de un estado de desesperación al que llegó debido a su embarazo a los 18 años de edad, habiendo posteriormente restituido

lo defraudado no causando perjuicio económico alguno y afrontando la responsabilidad de su maternidad (CFed Rosario, Sala B, 8/11/69, *LL*, 134-488).

Con fundado temor de encontrarse en un total desamparo, joven de apenas 18 años de edad, soltera, perteneciente a una familia de sana moral, buenas costumbres y cultura media, que por sus relaciones iniciadas cuando apenas tenía 14 años queda embarazada. En esas condiciones al quinto mes de su estado el joven de quien estaba enamorada, rompe con ella y la abandona. Extracciones acriminadas, efectuadas mediante adulteración de la libreta de la Caja Nacional de Ahorro Postal, cuyo titular era su padre, motivada por la desesperada situación debida a su avanzado embarazo y a su temor obsesivo sobre la segura incomprensión de sus padres que le traería aparejada la expulsión de su hogar paterno con la consiguiente carencia de medios para afrontar su maternidad fuera de su casa, el hombre cuya autoría le era imputable se niega a asumir la responsabilidad y desaparece. No obstante ese cuadro desesperante, esa joven de apenas 18 años que el milagro de un hijo había transformado en mujer, con una valentía e integridad ejemplar, decidió continuar su embarazo, descartando el camino más fácil, pero que es repudiablemente criminal del aborto.

En estas circunstancias su natural y por ende explicable preocupación por lograr medios para esperar a su hijo opera como causal de justificación (art. 34, inc. 3º, Cód. Penal). ¿Es que acaso la violación

de un bien jurídico ajeno para salvar un bien propio, infinitamente más importante. . . no constituye estado de necesidad? ¿Es que acaso la vida humana, la vida de ese hijo que nacería en menos de tres meses, no requería todos los sacrificios posibles por parte de esa madre que a pesar de todo quería que su hijo naciera y para ella *necesitaba medios de subsistencia*? ¿Es que acaso esa joven, con profunda vocación de madre por sobre todas las contrariedades, no obraba cumpliendo su deber de procurar subsistencia a ese hijo. . . que desde la concepción tenía derecho a vivir? Y si para salvar esa vida —ella por lo menos así lo creía— debió realizar actos que significaron en un primer momento un menoscabo a la propiedad ajena, anunciando eso también se reparó, resultan ellos plenamente justificados por el incuestionable mayor valor del bien salvado con relación al sacrificado. (Voto del doctor Girardi, en el fallo anterior.)

Se encuentra cubierta por la causal justificante del art. 34, 3º, Cód. Penal, la mujer que no rindió cuenta de las estampillas que vendiera por valor de \$ 495,20, lo que excedió la cantidad que estaba acostumbrada a retener en concepto de remuneración por su trabajo. Si resulta acreditado que es madre soltera de una criatura de tres años y que cometió los hechos cuando se hallaba aguardando la llegada de otro vástago que después debió entregar a la Dirección General de Minoridad y Familia y con el objeto de atender los gastos que le demandaba la asistencia médica de su hija mayor, imposibilitada de satisfacer por otra

vía, pues sólo ganaba \$ 200 y no pudo emplearse como doméstica a causa de su gravidez (CFed, Sala Penal, 17/9/71, LL, 146-677).

### *Empleo*

Obra en estado de necesidad la mujer de profesión maestra, provisionalmente nombrada, que siendo único sostén de su familia, formada por su anciana madre, su esposo impedido y una hija 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 radiografías— con que debía presentarse (CApel Dolores, 30/7/73, LL, 153-291).

### *Estado: acciones bélicas*

La ley 14.414 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 reconoce la responsabilidad extracontractual del Estado (CFed, Sala Civ. y Com., 25/7/68, LL, 134-1025).

Respecto de la responsabilidad del Estado por *hechos de guerra* hay un derecho a indemnización si

los daños son el resultado de un acto libre y voluntario de la autoridad; pero cuando se trata de hechos forzados impuestos por las circunstancias mismas, como la destrucción de caminos para cubrir una retirada, el incendio o 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 a 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* (CFed, Sala Civ. y Com., 25/7/68, fallo citado).

### *Estado: decretos leyes*

Si bien el derecho objetivo se genera y produce conforme a lo estatuido en otro principio más general, en situaciones 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.

Todo decreto ley configura una institución anómala desde que, emanando del Poder Ejecutivo, tiene la forma de decretos, pero con contenido legislativo.

Siendo la revolución una fuente originaria y no

ordinaria de normas jurídicas, pierde toda relevancia la inconstitucionalidad planteada (CNPaz, Sala VI, 16/3/70, LL, 138-664).

### *Estado de emergencia*

Encuadra en la causal 34, inc. 3º, Cód. Penal, estado de necesidad, el “delito” cometido por los encausados que procedieron a sacrificar y faenar una vaca hallada dentro de un palmar, repartiéndose la carne, si resulta de autos que 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 eminente al que los autores fueron extraños.

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

Para que el estado de necesidad funcione como causal de justificación, la ley quiere que no provenga de culpa o negligencia de los agentes.

Cualquiera que sea el fundamento jurídico del estado de necesidad, es evidente que ninguna peligrosidad ofrece quien llega a delinquir impulsado por factores imperiosos y ajenos a su voluntad.

Es inútil reprimir un acto por ilícito que fuere cuando la amenaza penal no puede estar presente en

quien se encuentra en trance de sufrir un grave daño en su persona.

La causal de justificación de estado de necesidad 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.

La situación por la que está pasando la provincia (Formosa) que fuera declarada en estado de emergencia por decreto 144/63<sup>62</sup>, dada la sequía imperante y el estado de abandono de las escasas parcelas que trabajan los procesados, y de los hijos menores de uno de ellos, son circunstancias que en la duda deben ser consideradas por el proveyente, ante la afligente situación que se invoca para ampararse en la causal de justificación (véase nota de Miguel Ángel Passi Lanza) (1ª Inst. Crim. Formosa, firme, 8/11/63, LL, 118-2).

### *Homosexualidad*

Quien con motivo de sus anormales inclinaciones que le llevaron a exhibir permanentemente en público

<sup>62</sup> Decr. 144/63 de la provincia de Formosa (del 4 de noviembre): "Art. 3º — Declárase el estado de emergencia en la provincia, con motivo de la extraordinaria sequía que está causando un verdadero desastre en la población y en las principales fuentes de riquezas al punto de que éstas se encuentran en un estado verdaderamente lamentable.

"Art. 2º — Llámase a la solidaridad de todos los habitantes con el propósito de aliviar la gravísima situación creada."

apariencias de mujer, adultera una libreta cívica insertándole su propia fotografía en la que aparece con ropas femeninas, no se encuentra cubierto por la causal: art. 34, inc. 3º (JA, 29-1975-18).

### *Legítima defensa*

No existe legítima defensa cuando el imputado no se propuso conjurar un estado de verdadera y apremiante necesidad (SCBA, 17/7/62, AS, 962-II-500).

Para que exista el estado de peligro o de necesidad que justifique la legítima defensa ha de mediar una agresión injusta, ajena a la voluntad del reo (SCBA, 1/2/63, AS, 963-I-10).

Es verdad que el que se coloca voluntariamente en situación de peligro no puede, en principio, ampararse luego con la eximente de legítima defensa, ya que el *estado de necesidad*, que está en la base de la misma, debe ser ajeno a la voluntad del imputado; pero ello es así siempre y cuando la exposición del peligro no esté justificada por las circunstancias (SCBA, 27/7/65, JA, 1965-V-433).

No puede hablarse de exceso en los límites de la legítima defensa si no se ha obrado en un verdadero o indispensable *estado de necesidad* de defenderse (CPen Tucumán, 19/10/64, JA, 1965-III-411).

### *Locación*

La ley 18.880, art. 29, dispone la compensación económica al locatario por *estado de necesidad* del propietario (plazo 90 días) (CNPaz, Sala VI, 11/8/72, LL, 147, fallo 587-S).

Aquí la necesidad es amplia. . . Ver artículos anteriores de la ley; es el fallo que usa las palabras “estado de necesidad del propietario”, no la ley.

Es elemental que para que el sujeto afectado por un estado de necesidad —que lo lleva a elegir entre los bienes o intereses jurídicamente tutelados en colisión, actúe con legitimidad para que el orden social admita como válida su actitud— que el hecho generador del mismo, así como la situación creada tienen que ser *extraños a la voluntad del agente*, es decir que tiene que haber *accidentalidad* en el evento y no ser producto del propio hacer del sujeto necesitado.

Se trata de un desahucio del bien arrendado; la arrendadora plantea la imposible pérdida, de que el inmueble se arriende; sólo después de haber realizado la locación recuerda la limitación que a su pedido se escribió en la escritura (que el departamento estaba destinado a vivienda de la hija). Su obrar sucesivo es lo que produjo la situación de necesitada. . . (CNac EspCiv. y Com., Sala V, 5/3/76, JA, 1976-III-430).

### *Malversación*

Hay estado de necesidad en la malversación reiterada de caudales públicos si el procesado sustrajo

los fondos para atender con facultativo y medicamentos a su hijito afectado de toxicosis y ante la imposibilidad de contar de otra forma con los medios necesarios para ello. (C3ªCrim La Plata, Sala I, 23/10/59, LL, 98-84.)

### *Maniobra impuesta por la necesidad*

Para que produzca la exención de responsabilidad por el acto incriminado en estado de necesidad, el mismo 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.

Se le cruzó de manera totalmente imprevisible una menor que lo obligó a girar el volante para no arrollarla, ante la presencia de dos autos estacionados en la calzada opuesta a la que circulaba y que la menor no permitió esquivarla, intentó efectuar un trompo para tratar de salvar simultáneamente de atropellar a la imprudente menor y a los autos estacionados, pero a punto de lograrlo su automóvil tocó a uno de los que estaban estacionados y a raíz de ello volcó a la par de éste. La distancia a que se cruzó la menor hizo imposible el uso de frenos: no obstante la velocidad de 30 km por hora y su buen estado, lo que corrobora los tests de frenado. . . Que la responsabi-

lidad no es imputable sino a los padres o encargados de la menor que fue la causa de la colisión.

Que la maniobra realizada, lejos de ser torpe o imprudente... da un típico caso de exención de responsabilidad de los conocidos como producidos en estado de necesidad (Trib. Colegiado SFe, 17/2/67, *Juris*, 32-105).

Ninguna duda en cuanto a la preeminencia del valor escogido, desde que una vida humana está por encima de los bienes materiales... por lo que el daño ocasionado, cualquiera haya sido su magnitud, no pudo nunca superar el que se hubiera producido en caso inverso... desestima la demanda con costas. (Pero sin que ello importe privar a las partes de su legítimo derecho de accionar por la vía y modo que corresponda en procura de las reparaciones que puedan caberles por los perjuicios experimentados en razón del evento que motiva esta causa.)

Si el brusco viraje que originó el choque del vehículo contra el árbol fue impuesto por el chofer para evitar atropellar a un menor que cruzó la calle en forma imprevista, y también para evitar la posibilidad de que el ómnibus volcara y hubiera desgracias de mayor importancia para los pasajeros, la *irresponsabilidad* de la empresa propietaria del mismo debe admitirse en razón del *estado de necesidad* que invoca (CCiv2ªCap., 5/4/37. Voto del doctor Salvat, *LL*, 9-573).

Al *voto de Salvat, minoritario*, se adhiere Tezanos Pintos, confirmando la sentencia de primera ins-

tancia que justifica el estado de necesidad de la maniobra y declara irresponsable del daño a la empresa propietaria del coche.

*Voto mayoritario de Cámara:* “El pasajero lesionado a consecuencia del choque de un ómnibus contra un árbol, tiene acción para reclamar del propietario del vehículo la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, aunque el hecho se haya producido a raíz de un brusco viraje impuesto por el chofer para evitar arrollar a un menor que cruzaba la calle de improviso” (doctores Senillosa y Lagos).

*El estado de necesidad* en que se habría visto el conductor de la autobomba está claro: para evitar un mal mayor —embestir inmediatamente al Fiat con personas en su interior que circulaba delante—, desvió el vehículo yendo a chocar lateralmente al furgón que sin nadie estaba parado contra la vereda (CNCiv, Sala B, 30/10/68, LL, 134-950).

Remite este fallo al publicado en LL, 122-403, de esa misma Sala: “. . . el estado de necesidad o la propia ley legitiman el acto que resulta dañoso, *quitándole su ilicitud*, ya que no juegan las normas sobre hechos ilícitos, el *resarcimiento se impone por virtud de otros principios*, ya sea la *equidad* y también *de la solidaridad social* (y a veces del enriquecimiento sin causa)”.

Es asimilable a la legítima defensa la doble maniobra efectuada por el motociclista que marcha por su mano, para evitar el ómnibus que avanza en in-

fracción y se enfrenta con aquél (C1<sup>a</sup>CivCom SJuan, 7/4/65, JSJ, 965-I-87).

### *Objetividad*

El estado de necesidad no radica en el temor causado por el peligro que perturba el juicio, sino que fundamenta su justificación en la *objetividad* del hecho. La actualidad e inminencia del mal que se trata de evitar, exactamente lo mismo que el supuesto de legítima defensa, es lo que da la base de la situación. Tiene valor justificable en cuanto responde a una determinada *objetividad* (C3<sup>a</sup>CivCom La Plata, Sala III, 24/5/50, JA, 1950-IV-425).

### *Ocupación clandestina*

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 los 20 días y quince 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 (CCrim Cap., 21/10/47, LL, 5-569).

En la ocupación clandestina (art. 181, inc. 1<sup>o</sup>, Cód. Penal) cabe *desechar* la eximente de responsabi-

lidad prevista en el art. 34, inc. 3º (*estado de necesidad*), si no existió un trance angustioso como para colocar al inculpatado en la necesidad de lesionar el interés legítimo ajeno como único medio de evitar un mal mayor. No es admisible si la conducta observada obedeció a razones de *comodidad* y no de *necesidad* (CApel Azul, Sala Penal, 24/11/66, LL, 125-366. Voto de la mayoría).

*Voto del doctor Maceira* (minoría): Debe ser acogida en su integridad la defensa del *estado de necesidad* en la *ocupación clandestina de un inmueble* si en la alternativa en que las circunstancias colocaron al inculpatado la decisión adoptada no puede merecer el reparo legal que se pretende. En el caso, el mal causado con la introducción en la finca fue de menor magnitud que el mal evitado, inminente y actual, *no evitable sino lesionando el derecho ajeno*.

### *Portación de armas*

Valorada la emergencia creada por quienes amenazaron injustamente al imputado —de tenencia ilícita de arma calificada como de guerra— y la situación personal de aquél, cabe considerarlo exento de todo reproche de culpabilidad si por haber obrado bajo la presión de un justificado temor de sufrir un mal grave que pudo concretarse en cualquier momento, no cabía habérselo exigido una conducta distinta y en consecuencia justo es considerarlo al amparo de lo preceptuado en el inc. 3º del art. 34.

La ley lo clasifica en estado de necesidad en el art. 34, inc. 3º (CFed, Sala Penal, 6/12/63, *LL*, 114-590).

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 1ª inst.) (CFed, Sala Penal, 6/12/63, *LL*, 114-590).

### *Prenda*

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 (CCrim Cap., 3/11/61, *LL*, 107-157).

### *Requisitos*

La ley penal nunca requiere de los hombres acciones heroicas, superiores a una conducta media (SCBA, 17/4/59, *AS*, 950-I-436).

El estado de necesidad está configurado por la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico que solamente puede salvarse mediante la

violación de otro bien jurídico; sin embargo, es requisito necesario para su aplicación como causa de justificación que el mismo no haya sido provocado por la propia conducta del necesitado, es decir, que éste no haya dado origen por su culpa a dicha situación de peligro, por lo que no puede aceptarse tal eximente por parte del conductor de un vehículo policial que embistió a otro" (CNCiv, Sala C, 25/8/75, JA, 1976-I-32).

El estado de necesidad en la comisión de un delito se justifica si se acreditan las tres condiciones que hacen no punible tal comisión: *a*) mayor gravedad del mal que se quiso evitar con el causado; *b*) inminencia de aquel mal, y *c*) que el sujeto activo sea ajeno al mal evitado (CCrim Cap., 3/11/61, LL, 107-157).

Para que concurra el estado de necesidad es necesario: I. Que el acto producido sea inevitable para reparar el daño que se espera si no se lo realiza. II. Que el mal que se quiere evitar no sea imputable al agente. III. Que el agente no tenga obligación profesional de afrontar el peligro. IV. Que el mal que se quiera evitar sea inminente e impostergable.

De ahí que no se dé en el supuesto de quien hurta o defrauda reiteradamente en razón del escaso salario ganado (CFed Paraná, 4/11/49, LL, 57-667).

Para admitir el estado de necesidad como causal de justificación —art. 34, inc. 3º, Cód. Penal—, o sea causa excluyente de la antijuridicidad, se requiere una situación de peligro actual de los intereses protegidos

por el derecho, en el que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro también jurídicamente protegido (CCivCom 3ª La Plata, Sala II, 24/5/50, *LL*, 61-465; CApel Rosario, 31/7/57, *LL*, 93-577; SCBA, 8/9/57, AS, 957-IV-423; CFed Cap, Sala Penal, 29/4/58, *LL*, 94-313; *íd.*, 10/11/61, *LL*, 106-561; *íd.*, 24/11/61, *LL*, 106-569; CCrim Cap, 3/6/59, *LL*, 96-230; *íd.*, 23/4/63, *LL*, 110-324).

Para que el estado de necesidad (art. 34, inc. 3º, Cód. Penal) pueda declararse, es preciso, antes que nada, que el mal mayor que se quiere evitar, sea inminente y actual (CFed La Plata, 19/2/43, *LL*, 29-639; SCBA, 2/7/43, *LL*, 31-468; CFed Córdoba, 3/7/46, *LL*, 44-779, y nota de Rafael García Zavalía; SCBA, 22/7/48, *LL*, 53-344).

El estado de necesidad requiere que el mal que se trata de evitar sea *injusto*, que no surja con la conducta *intencional* del sujeto, debiendo serle *extraño* (SC Tucumán, 21/10/39, *LL*, 16-786).

El supuesto que contempla la segunda parte del inc. 2º, art. 34, Cód. Penal, se diferencia del estado de necesidad a que se refiere el inciso siguiente en que en el primero la situación de necesidad proviene de una acción humana, de una *amenaza*, mientras que en el estado de necesidad se trata de una *situación* natural, física, de peligro para un bien jurídicamente protegido (CApelCrim Rosario, 13/4/37, *LL*, 6-483).

La legítima defensa es fundamentalmente un caso de *estado de necesidad* que se da cuando existe la

posibilidad inminente de que un sujeto pierda un bien sin estar jurídicamente obligado a soportar esa pérdida (SCBA, 28/6/60, *LL*, 98-798).

En el estado de necesidad se contempla: la actualidad o inminencia del mal que amenaza, la injusticia del mal o el peligro que se trata de evitar; la imposibilidad de impedirlo por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno; que tal estado no surja con la conducta intencional del agente (SC Tucumán, 14/10/34, *LL*, 17- 856)<sup>63</sup>.

Es evidente que no basta invocar las necesidades económicas para encuadrar la conducta en el art. 34, inc. 3º, del Cód. Penal, y en consecuencia eximirse de pena. La doctrina y jurisprudencia han sintetizado los estrictos elementos de la figura; pero es suficiente tener en cuenta que nuestra ley exige algo más que la misma miseria o dificultad para ganar el sustento propio necesario —inexistente en autos—, pues sólo constituye algún atenuante genérico (art. 41, inc. 2º) (CFed Cap, Sala Penal, 12/5/70, *LL*, 142-574, fallo 26.095-S).

El juzgador ha de valorar, no sólo la personalidad del encausado en sus elementos caracterológicos y de su ambiente, sino también su situación económica como determinante del delito.

Quien actúa motivado por su miseria, por sus dificultades económicas —sin llegar al estado de nece-

<sup>63</sup> Publicado con nota del doctor Jiménez de Asúa.

sidad, como causa de justificación—, merece un reproche menor que aquel codicioso o sicario que obra motivado por el afán de riqueza fácil y de lujo.

El estado de necesidad requiere fundamentalmente la existencia real, actual e inminente de un mal que amenaza al agente de un inmediato y concreto peligro que pueda lesionar a un bien jurídico protegido que pertenece al necesitado y que coloca a éste en el trance angustioso e inexorable de impedir su producción (CCrim Cap, 14/7/64, JA, 1964-V-48).

A los efectos de la causal de inimputabilidad del art. 34, inc. 3º, Cód. Penal, debe distinguirse entre la necesidad emergente de la indolencia o poca inclinación al trabajo, y la que sufre quien pone empeño necesario para evitar la miseria y principalmente cuando la necesidad surge por razones imprevistas o falta de espíritu de ahorro del interesado. Existe cierta analogía o paralelismo entre el estado de necesidad y el de legítima defensa (CCrim 3ª La Plata, Sala I, 28/10/58, LL, 98-84).

La causal de justificación del art. 34, inc. 3º, debe manejarse con criterio restrictivo (CCrim 3ª La Plata, Sala I, 28/10/58, citada).

El estado de necesidad requiere fundamentalmente la existencia real, actual e inminente, de un mal que amenace al autor con un inmediato y concreto peligro que puede lesionar a un bien jurídico protegido que pertenezca al necesitado y le coloque en el

trance angustioso e inexorable de impedir su producción (JA, 29-1975-111).

La duda es computable en favor del imputado a los efectos de la consideración del estado de necesidad (JA, 28-1975, secc. síntesis).

### *Robo famélico*

No son excluyentes la exención de pena por estado de necesidad, art. 34, inc. 3º, Cód. Penal, y la atenuante genérica del inc. 2º, art. 41, Cód. Penal. En el primero *se justifica* a quien lesiona el derecho ajeno para librarse o librar a los suyos de un mal inminente actual, y en el segundo la situación de indigencia que no llega a aquel extremo.

La miseria absoluta desincrimina el hurto famélico sin que sea necesario el requisito del hambre o inanición para configurar el estado de necesidad.

El hurto de cinco gallinas y su venta inmediata para solventar el alimento y medicación de tres pequeños hijos abandonados por la madre, cometido en época de escasez de trabajo y en un pueblo falto de instituciones de beneficencia, está exento de responsabilidad penal sin que pueda pretender se recurriera al auxilio de vecinos que no reemplaza a la protección estatal del art. 37, inc. 1º, de la Constitución Nacional de proveer de ocupación a quien la necesite (Juzgado del Crimen, 1ª Nom, SFe, 9/3/55, *Juris*, 6-344).

El estado de necesidad no es una hipótesis de inimputabilidad, sino una causa de justificación.

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 del 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 imputado obró apremiado por la necesidad de proveer alimentos a su familia, compuesta de padre y nueve 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 que se decidió a correrlos y tomó el que pudo, al que mató y carneó con el cortaplumas.

Sobreabunda acotar la precariedad absoluta en que supervive el núcleo familiar, todos enfermos de anemia, oxiuriasis, etcétera. Especialmente cobra interés la información aprobada por uno de sus patrones: el aludido corroboró que el ajusticiable y su padre que mantienen el hogar ganan en conjunto aproxima-

damente 200 pesos mensuales. Las palabras huelgan, el silencio es más elocuente. Pienso que el hecho cometido por R. N. es uno de los supuestos excepcionales que caen en la causal de justificación, art. 34, inc. 3º, Cód. Penal, porque si bien carneó una chiva, lo hizo para evitar un mal mayor inminente, al que fue extraño, cuya explicación resulta obvia después del relato de la pequeña historia (CCrim SFe, Sala I, 18/10/73, *Juris*, 43-150).

El estado de necesidad que exime de responsabilidad en el hurto famélico no encuadra en la previsión del inc. 2º del art. 34, sino en el 3º (ST Entre Ríos, 28/3/47, *LL*, 48-880).

Corresponde absolver a la procesada por defraudación a la Administración Pública (Caja Nac. Ahorro Postal) si la prueba existente demuestra que su conducta se debió al abandono en que la dejó el padre de su hijito, al resultado inútil de sus esfuerzos para hacer frente a sus necesidades, a las dificultades para trabajar como doméstica precisamente por tener un hijo y a la particular situación en que vivía. Bajo tales circunstancias resulta de aplicación lo dispuesto por el inc. 3º del art. 34 del Cód. Penal, que prevé la justificante legal del *estado de necesidad* (CFed, Sala Penal, 1/7/69, *LL*, 137-138).

No son punibles los trabajadores de una cuadrilla que, operando en zonas alejadas, habrían hurtado ganado para comer porque no conseguían carne del

pueblo, ni que se la vendieran en las estancias vecinas (CFed Comodoro Rivadavia, 22/4/52, LL, 66-726).

Corresponde admitir la eximente de estado de necesidad si los procesados se apoderaron de dos ovejas para comer ellos y sus familiares a causa de que se hallaban sin trabajo debido a una huelga general que duró 23 días, determinada por causas legítimas, siendo su único medio de vida el trabajo personal y habiéndoseles suspendido el crédito del proveedor comerciante con motivo de la falta de trabajo (1ª inst. CivComCrim La Paz, E. Ríos, firme, 27/11/46, JA, 1946-IV-659).

No comete hurto la persona que se apodera de unos libros de una biblioteca pública sin el propósito de hacerse dueño de ellos, confirmando por su actitud de revelar al agente de policía que lo interroga en la vía pública sobre su identidad, que tenía los libros envueltos, que los había sacado de la biblioteca y que había llevado a cabo su acción *con el propósito de ser detenido para obtener así dónde comer y dormir* (CApel Mercedes, 6/9/46, JA, 1946-IV-471).

Es de aplicación el art. 34, inc. 3º, Cód. Penal, si se trata de un menor de 15 años que ha cometido varios hurtos de escaso valor, después de varios días que no comían él ni los dos hermanitos que quedaron a su cuidado por la muerte del padre; acreditándose además que intentó buscar trabajo sin obtenerlo (ST ERíos, 14/8/40, JA, 72-818).

Si el procesado hurta un lanar para dar de comer a su familia, sin agotar las vías lícitas para obtener

lo que luego procuró delinquiendo, no se da la eximente prevista por el art. 34, inc. 3º (TS SCruz, 25/11/66, *BJSC*, II-220).

No es cualquier situación de apremio la que se requiere para la concurrencia del estado de necesidad como circunstancia de inimputabilidad, sino aquella excepcional que no ofrezca otra alternativa que el delito como medio para evitar un mal actual e inminente. Existe tentativa de hurto de parte de quienes hieren un cerdo para llevárselo y proceden a degollarlo, pero lo abandonan ante la posterior aparición del propietario (CCrim La Pampa, 11/12/69, *LL*, 140-779, fallo 24.771-S).

### *Salud*

La conducta del procesado al sustraer una bolsa de carbón para salvar la vida de su hija enferma, que necesitaba calor por prescripción médica, encuadra en la eximente de responsabilidad prevista (art. 34, inc. 3º, Cód. Penal) (CFed La Plata, 5/12/47, *LL*, 49-855).

La conducta del imputado encuadra en la causal de justificación del art. 34, inc. 3º, Cód. Penal, si intentó cometer el robo determinado por la irresistible gravitación del estado de necesidad de disponer de dinero para evitar el peligro inminente del grave daño en la salud de su mujer y de su hijo, que podía derivar de la interrupción del tratamiento médico

imprescindible para la delicada dolencia que padecía, es admisible que pudo considerar el mal menor causado, único camino al que debiera recurrir después de haber recurrido angustiosamente a todos los demás sin resultado alguno (CCrim Cap, 18/4/72, LL, 1975-A-794, fallo 32.217-S).

Se encuentra amparada por una causal justificante que priva de antijuridicidad a la acción en los términos del art. 34, inc. 3º, del Cód. Penal, la mujer que hurta un pedazo de carne porque no tiene medio para adquirirlo y *con el fin de que lo coma una hija pequeña que por indicación médica debe ingerir ese tipo de alimento* (CCrim Cap, Sala V, 21/7/67, LL, 129-26).

Adelanto que estoy de acuerdo con el sentenciador en que se plantea en la especie un verdadero caso de estado de necesidad causal de justificación. *No es necesario llegar al extremo del hurto cometido por un hambriento para no morir de inanición*, para aceptar esta causa excluyente de la antijuridicidad prevista en el art. 34, inc. 3º: es suficiente que el robo reúna los caracteres de un estado real de necesidad y quien, como en el caso de autos, roba un pedazo de carne porque no tiene medios para adquirirlo y con el fin de que lo coma una hija pequeña enferma, ha obrado bajo la presión de una fuerza irresistible, debiendo elegir entre dos males: robar el alimento, mal menor causado impidiendo se agrave la enfermedad de su hija, mal mayor evitado; y es obvio que esta hipótesis

encaja correctamente como estado de necesidad y por ende sus efectos son totalmente eximentes (voto del doctor Ovidio Fernández Alonso, al que adhieren Ernesto Ure y Jaime Prats Cardona, confirmando sentencia del *a quo*).

Comete hurto famélico que encuadra en la causa de justificación del art. 34, inc. 3º, del Cód. Penal, la conducta del obrero de un frigorífico casado con cuatro hijos que debía atender las necesidades de su hogar con \$ 35.000 m/n mensuales (año 1971) si su mujer enfermó de un mal que requería urgente atención; si la sacó del hospital en que estaba, por incoercible aprensión de la paciente, para hacerla ingresar en una clínica privada de la que era socio; si necesitaba \$ 10.000 m/n a tal efecto y si la suma que sustrajo de la empresa donde trabajaba fue esa cantidad y ni un solo peso más (CCrim Cap, Sala I, 20/8/71, LL, 144-143).

No cabe la eximente de responsabilidad penal prevista, art. 34, inc. 3º, Código Penal —estado de necesidad—, si no obstante encontrarse el sujeto ante apremios económicos y angustias de orden moral —derivados de enfermedades de miembros de su familia—, pudo recurrir a otros medios lícitos para solucionar la situación y no a la falsificación reiterada de documentos privados en concurso ideal con malversación también reiterada, de caudales públicos (CFed, Sala Penal, 10/11/66, LL, 125-289).

### *Seguridad personal*

La defensa de la vida es una ley de la naturaleza. . . , porque la ley social no puede exigir que el hombre haga el sacrificio de su seguridad personal (SC Tucumán, 21/12/50, LL, 62-639).

### *Servidumbre necesaria*

El sentido de la eximente del art. 34, inc. 3º, del Cód. Penal es el mismo que contempla el art. 954 del Código Civil, con el que concuerda en parte el 3068 de este cuerpo legal, pues si bien el propietario de una heredad destituida de toda comunicación con el camino público por interposición de otras heredades, tiene derecho para imponer a éstas la *servidumbre de tránsito* satisfaciendo el valor del terreno necesario para ello y resarcido todo perjuicio, ese derecho está subordinado a la existencia de la "vis mayor" o el requisito de demandarlo por las vías legales, según lo preceptúa el art. 2468 de la ley civil (voto de Demaría Massey) (SCBA, 27/7/46, LL, 53-344).