

APUNTES PARA UNA GENEALOGÍA DEL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

Ian Henríquez Herrera
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

INTRODUCCIÓN:

El presente trabajo no tiene mayor pretensión que exponer algunos materiales que puedan servir para reconstruir una genealogía del estado de necesidad como causal de justificación en el derecho privado. Damos noticia de algunas de las fuentes romanas, canónicas y modernas, como asimismo, de los textos ya codificados. No hay en estas líneas referencias a los glosadores y post glosadores ni a la segunda escolástica o escolástica española, vacío que se configura entonces como un filón para desarrollos futuros. Por otra parte, el estudio de las fuentes ha concatenado con un caso particular, conocido como la «Tabla de Carnéades», cuyo tratamiento, a riesgo de distracción del eje central, nos ha parecido pertinente de todas formas presentar.

I. EL ESTADO DE NECESIDAD EN LAS FUENTES TEXTUALES³²³

Comenzaremos nuestra aproximación al estado de necesidad a través del estudio de las fuentes textuales. En este punto trataremos sobre la presencia de categorías equivalentes en las fuentes romanas y canónicas y sobre un primer grado de abstracción general en las fuentes castellanas.

1. EL ESTADO DE NECESIDAD EN LAS FUENTES ROMANAS: «MAGNA VIS» Y «METUS IUSTUS»

Los juristas romanos no concibieron el estado de necesidad como una causal de justificación autónoma. De hecho, el término *necessitas* carece de sentido técnico, y sólo adjetivado cumple algún tipo de función casuística, por ejemplo en D.4.2.1: *necessitas imposita contraria voluntati* (Ulpiano) [necesidad impuesta contraria a la voluntad]. Con todo, hay dos textos de Ulpiano que, pese a tratar sobre la fuerza mayor (*magna vis*) y el miedo justificado (*metus iustus*), han servido de base casuista para la posterior reflexión sobre el estado de necesidad. Tales son D.9.2.49.1 y D. 47.9.3.7.

³²³ En este apartado, hemos utilizado como referencia principal PEREIRA-MENAUT, Gerardo, *Tópica. Principios de derecho y máximas jurídicas latinas*, Rasche, Madrid, 2010, *passim*.

1.1. D.9.2.49.1: “Lo que se dice acerca de que el daño causado injustamente es perseguido por la ley Aquilia, deberá entenderse en el sentido de que un daño causado injustamente es aquél que junto con el daño cause una injusticia: a no ser que fuese hecho en situación de fuerza mayor, como escribe Celso acerca de aquel que para evitar un incendio en su casa destruyó parcialmente la casa vecina, ya que en tal caso dice Celso que cesa la acción de la ley Aquilia. Pues arrastrado por un miedo justo, para que no se incendiase su casa destruyó aquel parcialmente la casa vecina, y tanto si su casa se incendió como si el fuego fue extinguido antes, opina Celso que cesa la acción de la ley Aquilia”.

1.2. D. 47.9.3.7: En este pasaje Ulpiano expone el mismo caso del incendio de la casa vecina, pero en la solución señala: “pues al hacerlo en la defensa de mi propia hacienda en verdad carezco de dolo”.

Puede advertirse, entonces, a través de estos pasajes la conexión entre la fuerza mayor, el miedo y la necesidad. Sin que de ello podamos extraer una regla sistemática general, el punto es que puede reconocerse una cierta concatenación, que no confusión, entre estas tres categorías. Este punto es importante, por cuanto la funcionalidad específica de cada una de estas categorías es diversa, y a lo menos en ciertos casos, son incompatibles y excluyentes entre sí.

2. EL ESTADO DE NECESIDAD EN LAS FUENTES CANÓNICAS: «*NECESSITAS NON HABET LEGEM*»

La *regulae juris* «*necessitas non habet legem*» (la necesidad no conoce ley) está contenida en el Decreto de Graciano, en *De Consacratione* D1, C11, en específico en la glosa *Expedire* a Ulpiano en D.1.10.1.1. Se atribuye al Papa Felix IV (circa 530). El caso expuesto trata de un cónsul que debe actuar personalmente para manumitir a un esclavo, pero que por circunstancias de hecho no puede hacerlo, de modo tal que resulta lícito que lo haga el segundo cónsul. En este caso, el uso de la palabra *necessitas* cobra un giro, en relación a los usos precedentes, por cuanto no hay una situación de hecho forzosa, sino una razón de justicia de fondo.

Sobre la base de esta *regulae* se resolvían los casos de hurto famélico, que se aplicaba a *cibaria, vestum vel pecus*, esto es a alimentos, vestido o

animales (para comérselos), como asimismo al caso del hurto de leña para calentarse. Si bien es cierto, la regla amparaba al hombre que robaba el pan para alimentarse, no ocurría lo mismo con aquel que mataba al panadero para quedarse con el alimento. Tampoco tornaba lícito el ejercicio de la prostitución, aunque fuera con objeto de obtener alimento. Como puede advertirse, la necesidad no anulaba del todo la exigencia de licitud del acto. Otro aforismo derivado de la misma regla es: *necessitas non tollit ius, sed suspendit* (la necesidad no anula el derecho, sino que lo deja en suspenso).

El estado de necesidad, entonces, sólo resulta operativo respecto de la lesión de bienes materiales, y en este caso podría afectar la antijuridicidad, por cuanto los bienes, en su origen, tienen un destino universal, de modo tal que no hay siquiera hurto respecto de aquello indispensable de lo que se carece³²⁴. Por cierto, el pensamiento liberal dominante en los siglos siguientes oscureció estas razones, confinando la aplicación del estado de necesidad a la mera imputación subjetiva.

Ahora bien, dado que es lícito actuar por estado de necesidad, en el contexto antedicho, en tanto causal de justificación no puede operar conjuntamente como causal de exculpación. En efecto, no cabe imputación en donde no hay ilícito.

Por otra parte, debe tenerse en consideración que el estado de necesidad surge como categoría casuista, y no con pretensión sistemática de abstracción general.

3. EL ESTADO DE NECESIDAD EN LAS FUENTES CASTELLANAS

Hasta donde hemos podido revisar, el texto más directamente pertinente es Partida 7.15.3, que trata sobre ante quién y a quiénes puede ser demandada la enmienda del daño:

“Emendar & pechar deue el daño aquel que lo fizo a aquel que lo rescibio. E esto le puede ser demandado quier lo ouiesse fecho por sus manos. O viniese por su culpa o fuese fecho por su mandado o por su consejo. Fueras ende si aquel que fizo el daño fuese loco o desmemoriado o menor de diez años & medio. O si alguno lo ouiesse fecho anparando a ssey mesmo o a sus cosas. Ca

³²⁴ Dice GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, en *El anillo de Giges. Una introducción a la tradición central de la ética*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 2005, p. 140: “el hurto es la sustracción de una cosa ajena, y en caso de necesidad los bienes son comunes, de modo que el hambriento no se está apoderando de algo ajeno”.

estonçe no podría ser demandada emienda del daño que desta guisa fiziese”.

La frase que aquí nos importa es “o si alguno lo hubiese hecho [el daño] amparándose a sí mismo o a sus cosas”. En estos casos, el agente del daño no puede ser demandado. Es, a las claras, una hipótesis general de estado de necesidad.

II. EL ESTADO DE NECESIDAD EN LAS FUENTES DOCTRINALES

En este apartado trataremos sobre diversos textos que dan cuenta de que una situación de hecho pueda imperar una conducta. Expondremos, también, una de las deformaciones tempranas del estado de necesidad, identificando y explicando las causas de tal deformación.

1. LOS TEXTOS LITERARIOS

Publilio Siro, escritor moralista del siglo I a.C., en Sent. N-23 contiene la siguiente máxima: «*necessitas dat legem, non ipsa accipit*» (la necesidad impone la ley, no la acepta). Tito Livio, muerto a principios de la era Cristiana, señala en un pasaje de *Ab urbe condita libri*, normalmente conocida como las *Décadas*, (9.4.16): «*et pareatur necessitati, Quam ne di quidem superant*» (y se someten a la necesidad, a la cual ni siquiera los dioses vencen). En ambos casos, subyace la idea de que una situación de hecho impone, de modo necesario, una determinada conducta, y por ende no hay posibilidad de libertad alguna³²⁵.

2. LOS PASAJES DE LA ÉTICA A NICÓMACO DE ARISTÓTELES

Aristóteles no se plantea expresamente el problema del estado de necesidad. Sin perjuicio de ello, con ocasión de la voluntariedad de los actos, trata el caso del navegante que a causa de una tormenta y ante peligro de naufragio toma la decisión de tirar mercancías por la borda (1110a). El Estagirita sostiene la voluntariedad del acto, aunque sólo de modo indirecto. Este pasaje es importante, por cuanto estas distinciones entre voluntario e involuntario fueron, de algún modo, recogidas con posterioridad por Tomás de Aquino en el desarrollo de la doctrina de los actos humanos³²⁶, únicos susceptibles de ser predicados de libres y por ende imputables.

³²⁵ Similar ocurre con un pasaje de Fausto de Goethe (2 parte, acto 1, verso 5.800): “*Gesetz ist mächtig, mächtiger ist die Not*” (La ley es poderosa, más poderosa es la necesidad).

³²⁶ STh, II, prima secundae, q. VI.

3. LAS REFERENCIAS DE TOMÁS DE AQUINO

Tomás de Aquino trata sobre la *necessitas* en la Suma Teológica, en distintas cuestiones de la segunda parte. Así, refiere que la necesidad puede ser motivo para beneficiar a los extraños antes que a los próximos (II.II, q.31.3 ad 3); causa para dar limosna con cosas ajenas (II.II, q. 32.7 ad 3); razón para restituir a alguien distinto de quien algo se tomó (II.II, q.62.5 ad 4); como fundamento para permitir una prudente disimulación de la verdad sin llegar a la mentira (II.II. q. 110.3 ad 4). En la cuestión 66 art., de II.II, señala la licitud de tomar bienes en principio ajenos, en caso de necesidad. A la base de esta argumentación está el destino universal de los bienes y la subordinación de las cosas a las necesidades del hombre³²⁷.

En la *prima secundae*, con ocasión del acto involuntario, Tomás de Aquino pregunta si acaso el miedo causa involuntario por sí mismo (q. 6 art. 6). Señala el Aquinate:

“Así lo que se hace por miedo es voluntario, en cuanto se hace aquí y ahora, es decir, en cuanto en el caso presente es preservativo de mayor mal, que se temía; al modo que el hecho de arrojar al mar las mercancías se hace voluntario durante la tempestad a causa del temor al peligro”.

Este es el mismo caso tratado por el Estagirita, citado en el apartado anterior. Ahora bien, la nota de Manuel Mendía a la traducción de Hilario Abad de Aparicio (Madrid, 1881), añade:

“El miedo, por grave que sea, nunca excusa totalmente de culpa en lo intrínsecamente malo; y sólo atenúa o disminuye la culpabilidad, debiendo mirarse únicamente como circunstancia atenuante, en razón a que, coartando algo la libertad, se hace bajo su presión lo que sin ella no se haría”.

Estas distinciones merecen especial atención. El acto necesario, en tanto legítimo, podría obrarse sin miedo alguno.

³²⁷ Las citas de este párrafo las hemos tomado de LA ORDEN MIRACLE, ERNESTO, *El estado de necesidad en el derecho privado*, Establecimiento Tipográfico de José Antonio Jiménez, Murcia, 1933, pp. 41-42.

4. LA DEFORMACIÓN DE LA TABLA DE CARNÉADES Y SU INEFICACIA ARGUMENTATIVA.

4.1. LA ELABORACIÓN DEL CASO COMO UN EJERCICIO RETÓRICO

En sede penal ha gozado de gran popularidad, sobre todo a partir del siglo XVIII, un caso conocido como la Tabla de Carnéades. Lo curioso de la situación es que Carnéades, retórico que vivió entre los siglos III y II a.C. y quien no dejó textos, planteó el caso sólo con afán polémico y de ejercicio retórico. De hecho, la intención declarada del caso es un intento por refutar la idea misma de bondad y de justicia, equiparándolas a la necesidad. En la versión recogida por Lactancio (*circa* 245 d.C) en las *Instituciones divinas*, dice Carnéades:

“[C]onsiguientemente, que no existe justicia alguna y que, si existe, consiste en la mayor necesidad, ya que, al preocuparse por el bienestar de los demás, los justos se perjudican a sí mismos” (Lib. V.16.3)³²⁸.

Para reforzar retóricamente, entonces, su afirmación general, Carnéades pone el ejemplo, que hasta hoy se conoce como *la tabla de Carnéades*. El caso, en apretada síntesis, es el siguiente: un naufrago, para evitar morir ahogado, despoja a otro más débil de la tabla en la cual éste flotaba, provocándole la muerte. Carnéades afirma que sería necio quien no obrare así. La versión de Lactancio, por la cual se conserva el relato, es la siguiente:

“El ser bueno consiste en no matar a nadie y en no tocar lo ajeno. ¿Qué hará un hombre bueno si se encuentra casualmente en un naufragio y alguien, más débil que él, está agarrado a una tabla? ¿No va a echar de la tabla a ése, para subirse él mismo y salvarse con la ayuda de ella, máxime cuando no hay ningún testigo en medio del mar? Si es listo, lo hará, ya que, si no lo hace, morirá; pero, si prefiere morir antes que atacar al otro, será sin duda bueno, pero también necio, ya que no mira por su vida y sí por la ajena” (Lib.V.16.10).

Es claro el tenor provocativo del ejemplo puesto por Carnéades, a través del cual “quería dar a entender que aquel que es justo y bueno es necio, y que aquel que es listo es malvado” (Lib.V.16.8). De modo tal que, a la hora de analizar el caso, debe considerarse su verdadero contexto: un

³²⁸ LACTANCIO, *Instituciones divinas*, trad. de E. Sánchez Salor, Editorial Gredos, Madrid, 1990.

ejercicio meramente retórico para refutar la misma noción de bien y de justicia. Es decir, salvo cinismo, no hay que tomárselo muy en serio.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, conviene notar que el caso incurre en una petición de principios: sólo se puede estimar razonable la conducta de quien mata a otro para asirse de la tabla y salvarse, si previamente se ha concedido que es lícito matar a otro para salvar la propia vida. Sin embargo, esta razón no sólo es contraria al sentido común, sino que es contraria, asimismo, a la tradición del pensamiento en la que el caso se inserta. Es contraria al sentido común, porque en el imaginario colectivo, recogido en una bastante universal tradición literaria y plástica, exaltamos la figura de aquel que prefiere perder la propia vida que quitársela injustamente a otro. Es la diferencia simbólica entre los arquetipos del héroe y del canalla. Es contraria a la tradición del pensamiento en la que el caso se inserta, puesto que dicha tradición parte de la base de la existencia de ciertos bienes humanos básicos cuya protección no admite excepción. Dicha tradición está recogida ya en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles y tiene correlato hasta el día de hoy en, por ejemplo, la proscripción de la tortura, la interdicción de la condena a un inocente, o en la noción misma de derechos fundamentales.

4.2. LA REFUTACIÓN TEMPRANA DE CICERÓN

Cicerón (106 a.C) es más o menos contemporáneo a Carnéades. En *De officiis* XXIII, Cicerón trata de diversos casos referidos a un naufragio. En uno de ellos se advierten semejanzas con el de la tabla de Carnéades, aunque no es citado. El autor romano cita el sexto libro de Hecatón, *Sobre los deberes*. La hipótesis de hecho es ligeramente diversa. Cicerón se pregunta respecto de lo que deben hacer dos personas si están asidas a la misma tabla. La respuesta es sorprendente: debe cederla uno al otro y si no hay acuerdo, que la suerte decida. El texto señala:

“Se pregunta [Hecatón] después: ‘en un peligro de naufragio, y teniendo que sacrificar una porción de la carga, ¿qué es lo que se debe arrojar al mar, un caballo de precio o un esclavo de poco valor?’ En este caso el interés material demanda que se adopte el segundo partido; la humanidad, el primero. En un naufragio un hombre vulgar se ase de una tabla, ¿puede quitársela un sabio? Dice que no, porque sería una injusticia [...] Y si dos personas de la misma valía se han asido a la misma tabla, ¿se la arrancarán mutuamente, o la habrá de ceder el uno al otro? Sí; debe quedar en manos de aquel cuya vida importe más, ya para él, ya para el Estado. Y ¿si las circunstancias son iguales para ambos? En este

caso, que eviten toda discusión; que la suerte decida y que el otro se someta a ello”³²⁹.

Con prescindencia de la estima especial de la Patria y del Estado en el pensamiento ciceroniano, en lo que a nuestro punto importa es claro que la solución propuesta por Carnéades ni siquiera asoma como posibilidad en Cicerón. Tampoco en Hecatón, quien en el caso análogo, ya ni siquiera del más fuerte sino del más sabio, considera una injusticia el despojo de la tabla a otro para salvar la propia vida.

El origen del caso como mero ejercicio retórico, y sus refutaciones tempranas por Hecatón, Cicerón y Lactancio, pueden explicar su ausencia en la literatura de los quince siglos siguientes. El caso vuelve a reaparecer en los autores iusnaturalistas.

4.3. LA TRANSICIÓN DEL CASO DESDE EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA HACIA LA MODERNIDAD

A) EL CASO EN *DE IURE NATURAE ET GENTIUM* DE PUFENDORF

Pufendorf trata en especial sobre el estado de necesidad en *De iure naturae et Gentium* (1672), en el libro II, capítulo VI, distinguiendo entre la necesidad propiamente tal o derecho de necesidad (*de jure necessitatis*) y aquellas situaciones que no operan como causal de excusa, pero que pueden eximir de la pena o fundamentar un perdón (*el favore necessitatis*)³³⁰. No obstante ello, es en el capítulo III del mismo libro II (parágrafo 11, al final), donde trata específicamente sobre los casos planteados por Carnéades, y en particular, sobre el de la tabla. El contexto es si la naturaleza es capaz de distinguir lo correcto de lo incorrecto. Pufendorf estima que la naturaleza racional sí puede hacerlo. En este análisis Pufendorf trae a colación la disputa de Lactancio con Carnéades, y no le asigna mayor importancia al caso de la tabla y a los otros ejemplos análogos del retórico. Es más, considera que puede ser fácilmente rebatido, que no amerita un mayor examen, y que cualquier consecuencia que pudiera extraerse, bajo ningún respecto puede ser establecida como regla común de proceder.

Es interesante notar que la obra de Pufendorf parece contener el primer intento de sistematización del estado de necesidad, en el capítulo VI del libro II, según se dijo, y que la tabla de Carnéades no figura en él, sino en otro apartado diverso (capítulo III). Es decir, la situación de la tábula no

³²⁹ CICERÓN, *Los deberes*, trad. de Agustín Blánquez, Editorial Iberia, Barcelona, 1962.

³³⁰ Hemos utilizado la versión inglesa de Basil KENNET, *Of the law of nature and nations. Eight books*, The Lawbook Exchange Ltd., Clark, New Jersey, 2005.

aparece contemplada en esta sistematización como un caso de estado de necesidad.

B) EL CASO EN LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES DE KANT

Kant en *La Metafísica de las Costumbres* (circa 1796), a propósito del derecho equívoco, es decir aquel que no es susceptible de coacción, trata sobre la equidad y sobre el derecho de necesidad, y con ocasión de este último refiere el caso de la tabla de Carnéades, y señala:

“Por tanto, el acto de salvar la propia vida por medio de la violencia no ha de juzgarse como irreprochable (*inculpabile*), sino sólo como no punible (*impunibile*) y, por una asombrosa confusión de los jurisprudencistas, esta impunidad *subjetiva* se tiene por objetiva (conforme a la ley).

El apotegma del derecho de necesidad reza así: ‘La necesidad carece de ley (*necessitas non habet legem*)’; y, con todo, no puede haber necesidad alguna que haga legal lo que en sí es injusto” (236)³³¹.

Según puede advertirse, Kant está inserto en la tradición de que hay ciertas cosas que son injustas o ilícitas *per se*, respecto de las cuales, entonces, la necesidad no puede operar como una justificación. Por otra parte, cabe recordar que para el pensamiento kantiano expuesto en la misma obra, es propio del derecho la capacidad de coacción. Entonces, para el filósofo alemán no puede haber pena en caso de necesidad, puesto que la amenaza de coacción nunca será mayor que la amenaza del mal que origina el estado de necesidad. Pero el propio autor advierte sobre una indispensable distinción: la impunidad no implica licitud.

C) LA TRANSFORMACIÓN DEL CASO EN GENTZ Y SU INFLUJO POSTERIOR

Friedrich Gentz, un discípulo temprano de Kant, publicó en 1793 un trabajo crítico respecto de puntos específicos del pensamiento de su maestro³³². Dicha disputa no concierne a nuestro tema, pero sí es pertinente en cuanto Gentz trata también sobre la tabla de Carnéades. El

³³¹ KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Connil Sancho, Tecnos, Madrid, 2008.

³³² *Nachtrag zu dem Raisonement des Hrn Professor Kant über das Verhältniss zwischen Theorie und Praxis*, publicado en *Berlinische Monatsschrift*, v. 22, 1793, pp. 518 ss. La referencia está tomada de HRUSCHKA, Joachim, “Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant”, en *ADPCP*, LVII, 2006, p. 6.

contexto es la reflexión jurídico-política sobre la legitimidad de las revoluciones. Con ocasión de ello, señala Gentz:

“La diversidad de las circunstancias en las que se hallan los pueblos que se rebelan produce también una diversidad en las causas que exculpan la acción contraria al ordenamiento jurídico. Así, la decisión de arrojar al mar a un enemigo que tras un naufragio se halla en una delgada tabla, cuando es inevitable que uno mismo se ahogue, nunca puede llegar a justificarse, pero en cambio (porque aun en la más extrema necesidad es propio del heroísmo guiarse por el mero concepto del deber) sí puede encontrar exculpación [...]. Ello es así porque lo que la humanidad perdona nunca puede ser la regla en un sistema de derechos”.

Como puede observarse, en Gentz el caso sufre una mutación de hecho relevante: quien flota sobre la tabla es un enemigo. Esa circunstancia es pertinente para la valoración de las conductas que pueden seguirse. Con todo, aun así Gentz mantiene la misma conclusión de la línea de pensamiento que le precede: arrojar a otro de la tabla para salvarse uno mismo no es una conducta que pueda justificarse. Cosa distinta es que pueda perdonarse.

Según Hruschka, Gentz podría ser uno de los primeros autores en aplicar al caso de la tabla de Carnéades la teoría desarrollada en el siglo XVII sobre causas de justificación y causas de exculpación³³³. Sin embargo, pareciera más bien que Gentz alude a impunidad, en tanto exclusión de pena o sanción, y no a exculpación, en tanto ausencia de imputabilidad.

III. EL ESTADO DE NECESIDAD EN LA CODIFICACIÓN

1. EN LA CODIFICACIÓN CIVIL

Conviene recordar que el estado de necesidad se va configurando como un criterio de solución casuista, ajeno a toda pretensión de sistematización abstracta. Esto es importante, por cuanto el análisis circunstanciado del caso, con sus especificidades y particularidades, es lo que permite efectuar las sutiles distinciones relevantes para la valoración del acto humano.

Dicho lo anterior, el hecho es que el estado de necesidad no aparece ni en las codificaciones tempranas, como el ABGB, ni en ninguna de las

³³³ HRUSCHKA, Joachim, “Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant”, en *ADPCP*, LVII, 2006, p. 17.

codificaciones decimonónicas. Es el BGB de 1900 el primer código que, en dos párrafos distintos, le incluye³³⁴. Durante el curso del siglo XX, los códigos civiles de Italia (1942)³³⁵, Portugal (1967)³³⁶, Bolivia (1975)³³⁷ y el Código suizo de las obligaciones (1911)³³⁸, y en el siglo XXI el Código Civil de Brasil (2002)³³⁹ también incorporaron reglas expresas referidas al estado de necesidad. Todos ellos son reflejo de la doctrina secular, respecto de que es posible afectar bienes materiales como medio para la salvación de bienes de mayor valía.

2. EN LA CODIFICACIÓN COMERCIAL

Aquí ocurre un fenómeno diverso y bastante notable. La codificación comercial recogió íntegra la tesis del estado de necesidad en su vertiente clásica con ocasión de las averías del derecho marítimo. De hecho, el Código de Comercio chileno vigente la contiene en los artículos 1087 y ss. Otro tanto ocurrió con los códigos de comercio decimonónicos, como

³³⁴ § 228. Estado de necesidad. Quien daña o destruye una cosa ajena para evitar un peligro inminente para sí o para otro no actúa de forma contraria a derecho si la lesión o destrucción es necesaria para evitar el peligro y el daño guarda proporcionalidad con el peligro. Si quien actúa ha causado negligentemente el peligro está obligado al resarcimiento del daño. § 904. El propietario de una cosa no está autorizado a prohibir la intromisión de otro sobre la cosa, si la intromisión es necesaria para evitar un peligro y el daño inminente es desproporcionadamente mayor que el daño causado al propietario por la intromisión. El propietario puede reclamar el resarcimiento de los daños causados.

³³⁵ Art. 2045 *Stato di necessita. Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare se o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona (1447), e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato ne era altrimenti evitabile (Cod. Pen. 54), al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura e rimessa all'equo apprezzamento del giudice (att. 194).*

³³⁶ Art. 339. 1. Es lícita la acción que destruye o daña una cosa ajena con el fin de evitar el peligro actual de un daño manifiestamente superior respecto del agente o de un tercero. 2. El autor de la destrucción o daño está, con todo, obligado a indemnizar a la víctima por el perjuicio sufrido, si el peligro fue provocado exclusivamente por culpa suya; en cualquier caso, el tribunal puede fijar una indemnización equitativa, condenando no sólo al agente sino a cuantos se aprovecharon del acto o bien contribuyeron a la producción del estado de necesidad.

³³⁷ Art. 986. (Estado de necesidad). I. Quien por salvar un derecho propio o ajeno de un peligro actual no provocado por él y no evitable de otra manera, ocasiona a otro un daño para impedir otro mayor, sólo debe indemnizar al perjudicado en proporción al beneficio que personalmente ha obtenido. II. La misma obligación debe el tercero en favor de quien ha precavido el mal.

³³⁸ Art. 52 (...) 2. *A person who damages the property of another in order to protect himself or another person against imminent damage or danger must pay damages at the court's discretion.*

³³⁹ Art. 188. *Não constituem atos ilícitos: (...) II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.* El código brasileño de 1916 contenía una norma similar, pero que limitaba el estado de necesidad a la afectación de bienes materiales (art. 160).

el francés y portugués y también con las Ordenanzas de Bilbao. El antecedente remite a la Lex Rhodia de iactu, a su vez recepcionada en D.14.2.1-10. El caso inicial de este título es:

“Paulo. Sentencias, libro II: Dispónese en la ley Rhodia, que si para aliviar una nave se hizo alijo de las mercancías se resarza a contribución de todos el daño que en beneficio de todos se causó”.

Como se advierte, el caso en cuestión remite al pasaje de la Ética a Nicómaco ya citado, recogido también en la Suma Teológica.

CONCLUSIONES

El estado de necesidad opera como causal de justificación en casos en los cuales el destino universal de los bienes priva de ilicitud la conducta del agente.

El estado de necesidad no opera como causal de exculpación. Lo que privaría de la posibilidad de imputar el acto no es el estado de necesidad, sino su consecuencia subjetiva: el miedo o la fuerza irresistible.

Con todo, el contexto adecuado y necesario para el análisis es la existencia de bienes humanos básicos inexceptionables. La dignidad humana tiene este carácter. Nunca un ser humano puede ser tratado como mero medio, ni aun para la salvación de otro. Por ende, el estado de necesidad no puede operar ni como causal de justificación ni de exculpación cuando hay afectación de bienes humanos básicos.

El presente trabajo analiza las reformas y consecuencias jurídicas introducidas por la ley nº 20.680 al código civil y otros cuerpos legales en materia de cuidado personal. Muestra como esta normativa es solo un engranaje de varias y sucesivas reformas - cambios lentos y muy esperados socialmente - en materia de familia que han empezado a entender esta institución como una entidad más dinámica proscribiendo regulaciones vetustas y desfasadas concordándolas más a la realidad social imperante estribándose a través de los principios de igualdad, de interés superior del menor y de la protección de la familia, entre otros. Estudiaremos el mecanismo del cuidado personal a propósito de su regulación y las innovaciones que incorpora y la integración del principio de corresponsabilidad.