

USURPACIÓN Y ESTADO DE NECESIDAD.

Por Lucas Logioco

Presentación:

El actual trabajo tiene su origen en la incógnita, o en el cuestionamiento que surge luego de observar hechos que se reiteran en el tiempo, como los que tomaron notoriedad a finales del año 2010 en las inmediaciones del Parque Indoamericano y en predios del Estado cedidos temporalmente al Club Albariño, en cercanía de la Villa 15, conocida como Ciudad Oculta. Desde entonces se sucedieron distintas tomas y/o usurpaciones con distintos resultados.

La última, o mejor dicho, la última de las mediatizadas, fue la ocurrida en agosto de 2014 en cercanías al barrio Papa Francisco.

Ante estos casos en la que vecinos con emergencia habitacional producen estas tomas y/o usurpaciones, se generan varias preguntas, como por ejemplo, cuál es el rol del Estado, cuál es el rol del derecho en general y en particular cuál es el rol del derecho penal.

Comenzábamos el primer párrafo diciendo cuál es el origen del presente trabajo, en este párrafo la idea es plasmar cuál es el objeto del trabajo.

En este sentido, y sobre todo luego de tomar conocimiento de las disposiciones judiciales que se ordenan en estos casos de tomas/usurpaciones, el objeto planteado es, establecer si el incumplimiento estatal (comunal, provincial y/o nacional) en su obligación de garantizar un derecho, como lo es el proporcionar una vivienda digna a los habitantes, puede ser generadora de un estado de necesidad, en los más vulnerados por esta agresión al derecho a la vivienda, que genera por estos, a su vez, una lesión a un bien jurídico, que puede entenderse de menor jerarquía.

Además veremos si éste estado de necesidad es el requerido por el Derecho Penal para justificar la violación de un bien jurídico de menor cuantía.

En una primera aproximación sostenemos que estamos en una emergencia habitacional, que es generadora del estado de necesidad, así nos encontramos ante una problemática completamente distinta y absolutamente ajena a la competencia penal. Es evidente que

existe una ocupación indebida de espacios públicos (bienes de dominio público) originada en la situación de emergencia habitacional y de extrema pobreza que padecen las personas cuyo desalojo se solicita.

Ahora bien, más allá de entender que dicha problemática excede al Derecho Penal, no podemos dejar de visualizar que los tribunales penales se siguen expidiendo sobre el tema, por lo que entendemos necesario encontrar una solución dentro de la Teoría del Delito.

Ahondaremos en esta cuestión tratando de dilucidar cuáles son las obligaciones estatales en relación con los derechos a la vivienda digna que tienen los habitantes, a su vez veremos también qué es una necesidad, qué es un estado de necesidad, qué conductas realizadas bajo este estado se encuentran amparadas y/o justificadas y cuáles y cuando pueden ser analizadas como una causa de justificación dentro de la teoría del delito.

Obligaciones Estatales

Una primera definición, respecto de la obligación del estado a garantizar una vivienda digna, la encontramos en la Constitución Nacional, en su artículo 14 bis. En rigor de verdad, por este artículo el estado se obliga a otorgar el acceso a una vivienda digna. Pero los deberes estatales no terminan allí, a través del Art. 75, Inc. 22 de nuestra Carta Magna se han incorporado, con rango constitucional, diversos tratados internacionales de Derechos Humanos en los que también se resguarda el derecho en cuestión.

Así, encontramos que en la Convención de los Derechos del Niño se establece, en relación con el derecho a la vivienda, que “1. *Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social...*”. Art. 27

Por otra parte en la mayoría de los casos de tomas de espacios públicos y/o privados, se ha reiterado la situación, que las personas que definitivamente intentan construir sus vivienda son familias numerosas y con varios hijos menores. En estos casos, al no haber el Estado proporcionado una solución habitacional a los menores involucrados, también incumple el inc 3 del mismo art., el cual establece: “*Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas*

para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

En este sentido no se puede dejar de mencionar lo dicho por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el marco de la Observación N° 7, en cuanto a que las pautas interpretativas que deben respetar los Estados en relación a los desalojos forzosos, en el párrafo 1 del artículo 2 obliga a los Estados a utilizar todos los medios necesarios para promover el derecho a una vivienda adecuada.

Dada la naturaleza de los desalojos forzosos, es cierto que la aplicación de la regla contenida en el artículo 2 párrafo 1 antes mencionado se torna prácticamente inviable; por ello el Estado tiene la obligación de no practicar desalojos forzosos, mas aun cuando en la Observación N° 4, el Comité llegó a la conclusión que los desalojos son prima facie incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, norma de rango constitucional según artículo 75 inciso 22.

Reiteramos, el derecho a la vivienda es reconocido por un conjunto de normas de jerarquía constitucional. El Art. 14 bis de la Constitución Nacional protege éste derecho al establecer; *“El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la Ley establecerá...el acceso a una vivienda digna”*. Asimismo, un conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional también protegen el derecho a la vivienda; entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26 que remite a las normas de la Carta de la OEA).

El instrumento más abarcativo en materia de protección del derecho a la vivienda resulta ser el PIDESC, que en su art. 11 primer párrafo expresa: *“Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel adecuado de vida para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...”*

La garantía de todos los derechos, tiene en contrapartida distintos niveles o tipos de obligaciones estatales: obligaciones de respetar, de proteger y de satisfacer el derecho en cuestión. En base a esto, no puede oponerse la violación absoluta al goce de un derecho social, como es el derecho a la vivienda, en función de la indisponibilidad de recursos económicos.

De hecho, el antecedente mediato a la violación inminente del derecho a la vivienda de las personas, que luego son perseguidas por el derecho penal por violar la propiedad ajena, es el incumplimiento del Estado en su rol de garante, de crear normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes para la protección del goce de este derecho. En otras palabras, el primer incumplimiento en cabeza del Estado, es el disparador y las órdenes de desalojos forzosos, son el resultado del estado de indefensión de los habitantes más vulnerables que se debe proteger.

Violaciones del Derecho a la Vivienda

En los hechos, las ejecuciones de las medidas de restituciones de inmuebles y espacios públicos implican la consumación de un desalojo forzoso.

Esto vulnera el derecho a la vivienda digna establecida en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Según la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de las Naciones Unidas, órgano de aplicación de tratado, los desalojos forzosos fueron definidos como el *“hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos”* (OG N° 7 Párr. 4.) En concordancia con ello, los desalojos forzosos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos.

Según esta Observación General Nro. 7, el desalojo forzado es la última medida que puede adoptar un Estado, luego de haber intentado por todos los medios posibles reubicar a los ocupantes, con el objetivo de no provocar que la gente quede sin techo.

Nunca deberá hacerse de noche, deberá ofrecerse asistencia jurídica y recursos a los ocupantes, y el Estado deberá abstenerse de promoverla (párr. 16).

No hay que perder de vista que se trata en la mayoría de estos casos de la única vivienda que tienen un sin número de familias de la Ciudad, en un contexto de emergencia habitacional declarada por la ley 2472 y art. 1 de la ley 2973 (no vetado).

En ese mismo sentido, el Dr. Zaffaroni expresa “la criminalización alcanza un límite intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto” (Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2000) Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires: Ediar, pag. 123).

Incumplimientos

En la observación general nro 7¹, además de mencionarse algunas pautas que deberían tenerse en cuenta previo a la expulsión, se advirtió que “...los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos”.

No caben dudas en cuanto a que las ejecuciones de las medidas expulsoras han irrogado, irrogan e irrogarán graves consecuencias a los grupos familiares convirtiendo en letra muerta los derechos contemplados en nuestra Constitución Nacional y en los tratados internacionales.

Por ello, toda ejecución de una medida que sea un despojo forzoso, por parte del estado, debe quedar supeditada a que, en su condición de garante del efectivo goce de los derechos reconocidos a todos los habitantes, los organismos gubernamentales brinden una adecuada respuesta en torno a la forma en que habrían de neutralizar el estado de emergencia habitacional en que quedarían las personas que se encuentran, en situación vulnerable, ya sea reubicándolas en lugares que no impliquen un empeoramiento de las condiciones actuales o arbitrando los medios necesarios para dar respuesta a su problemática

¹ Se refiere a la Observación General Nro. 7 “Los Desalojos Forzosos” del Comité DESC, año 1997.

El Dr. Maier ha sostenido que un *“programa, en el sentido de velar por una vivienda suficiente y digna para los habitantes, no es optativo para el gobierno y establece temas de interés superlativo frente a otros programas o necesidades; se trata, cuando menos, de que la Constitución fija ya un orden lexicográfico de prioridades para los gobernantes. Trasladado este razonamiento al subjuice, el fracaso de toda la argumentación epistemológica del recurrente respecto de este punto central y de la imposibilidad de regreso finca, precisamente, en que él no identifica o individualiza los fines políticos prioritarios que atiende el gobierno y cuya atención le impide la atención del involucrado en el caso.”*²

En esta misma línea se ha sostenido en distintos fallos posiciones similares en cuanto a las obligaciones del Estado y las condiciones que deben tener las respuestas judiciales. Así, se ha dicho que *“[...] es necesario recordar que, ya desde las primeras oportunidades en que este Tribunal debió analizar pretensiones vinculadas al derecho de acceso a la vivienda, tales decisiones reconocieron que tal derecho ha recibido expresa recepción en nuestro ordenamiento constitucional y legal, en tanto se trata de una de las tantas manifestaciones del derecho a la autonomía personal (“in re” “Victoriano, Silvana y otros c. GCBA s/amparo”, exp. 3265; “Basta, María Isabel c. GCBA s/amparo”, exp. 3282; “Báez, Elsa Esther s/amparo”, exp. 2805; “Silva Mora, Griselda c. GCBA s/amparo”, exp. 2809; entre otros precedentes). El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio” (esta Sala, “Pérez Víctor Gustavo y otros C. GCBA s/Amparo”, expte. 605 del 26/01/01; en sentido concordante, “Benítez, María Romilda y otros c. GCBA. s/ Medida Cautelar” exp. 2069, J. 2, S. 3 del 16/11/01). Para que la libre elección del plan de vida resulte posible, no es suficiente con la sola abstención, sino que requiere una colaboración activa del Estado, esto es, la ejecución de acciones positivas. (...) Este deber de reconocimiento y tutela reviste aún mayor relevancia cuando se trata de los miembros de la sociedad que tienen su ámbito de autonomía reducido por razones de exclusión social. [...] se ha sostenido reiteradamente que el derecho a la vivienda implica, por su naturaleza, un deber de las*

² Maier Julio BJ, en fallo Toloza, Estela Carmen c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4.568, resolución del 09 de agosto de 2.006

*autoridades públicas de garantizar un nivel mínimo de efectiva vigencia. Es que, como ya se expresó, en algunos casos será necesario adoptar medidas que conlleven algún tipo de acción positiva, cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcancen estándares mínimos. De esta forma, cuando un individuo o grupo no puede acceder a una vivienda digna, el Estado tiene en tal caso la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de ese derecho. Este deber tiene vigencia aún en períodos de crisis, en especial cuando se trata de grupos en situación de extrema precariedad.”*³

Ahora bien, todo lo hasta aquí dicho cae en saco roto cuando desde algunos estratos judiciales se sostiene que *“El hecho de que el Estado reconozca el derecho a la vivienda no significa que pueda permitirse la continuidad de una apropiación irregular o injustificada ...”*⁴.

O que *“la construcción de viviendas precarias en la vía pública puede atribuirse el carácter de permanencia, por lo que puede afirmarse con el alcance de esta etapa del proceso que ha implicado un despojo al Estado y a la comunidad de dicho espacio público, con un fin particular como es la instalación de viviendas.*

En consecuencia, no es posible, circunscribir la conducta únicamente a la ocupación indebida, cuando no ha sido descartada, al menos en esta instancia, la posible comisión del delito de usurpación”.⁵

Por ello y más allá de encontrar otras voces al respecto, como cuando se sostiene que *“reconocer un derecho pero negar el medio apropiado para ejercerlo equivale a desconocerlo y, ante tal situación corresponde que el Poder Judicial urja al resto de los poderes constituidos a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo tal derecho”*⁶, nos parece necesario encontrar una solución dentro de las herramientas que

³ Mansilla, María M. c. Ciudad de Buenos Aires, Cámara CAyT de la CABA, Sala I, Fecha 13/10/2006

⁴ Conde Ana María en causa “Ministerio Público- Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en :N.N. Yermal 2635) s/ inf. Art. 181, inc. 3° CP – inconstitucionalidad- TSJ CABA- expte n° 6895/09”

⁵ Causa N° 59095-01-CC/10 “Inc. de apelación en autos NN (Av. Riestra y Portela) s/infr. art. 181 inc. 1 CP”

⁶ CSJN, in re “Mignone, Emilio F.”, resueltos el 9 de abril de 2002, Fallos 325:524

el derecho penal y en particular la teoría del delito pueden ofrecer para evitar la criminalización de las personas desamparadas por el estado.

En esta línea es que sostenemos que el incumplimiento por parte del Estado en su obligación de otorgar un acceso a la vivienda digna, es generadora, en determinadas situaciones, de un estado de necesidad tal, que amerita que las personas pasivas de esta lesión, se vean obligadas a dañar un interés ajeno.

Pero veamos de que hablamos cuando sostenemos la figura del estado de necesidad.

Necesidad

¿Qué es una necesidad?

Para contestar esta pregunta comenzaremos por el principio. Según el diccionario de la de la Real Academia Española, algunas de las acepciones de la palabra necesidad, son: 1. Impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido. 2. f. Aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir. 3. f. Carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida. 5. f. Especial riesgo o peligro que se padece, y en que se necesita pronto auxilio.⁷

Hasta aquí, con lo relatado en cuanto a las obligaciones del estado y las situaciones que su incumplimiento genera, sumado a la definición de necesidad, queda claro a nuestro entender, la relación directa entre estos postulados. Es decir, a mayor incumplimiento estatal, mayor es la necesidad de los habitantes más vulnerables, que además resultan ser los más criminalizados.

Estado de necesidad

Podemos definir el estado de necesidad como aquél, en el que no existe otro remedio más que la vulneración del interés jurídicamente protegido de un tercero ante una situación de peligro actual de los intereses propios, así mismo, tutelados por el Derecho. Son, pues, dos notas las que caracterizan el estado de necesidad:

⁷ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura

- a) Colisión de bienes jurídicamente protegidos.
- b) Inevitabilidad del mal ocasionado

En cuanto a su fundamento, y trascendiendo el estado de necesidad del ámbito puramente penal, no es de extrañar que se hayan formulado numerosas teorías. Así las que hablan de decaimiento de la Ley Positiva ante la Natural, la que la basan en el instinto de conservación, etc.

En tanto, para el derecho penal, es necesario para acreditar el estado necesidad, que se verifiquen determinadas condiciones.

El estado de necesidad supondrá, en primer lugar, una situación de peligro actual para el bien jurídico propio o ajeno, es decir una situación en la que aparezca como no absolutamente improbable la lesión de un bien jurídico. Pero esto no es suficiente. Para que pueda hablarse de un estado necesidad es preciso que la provocación sea inminente, salvo cuando con el transcurso del tiempo no se pueda aportar solución al conflicto.

Por tanto, dice José Cerezo Mir, se puede definir el estado de necesidad como “la situación de peligro de un bien jurídico, propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir la lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra personas o sin infringir un deber.”⁸

Agrega el autor madrileño, que “estos requisitos deben concurrir de un modo objetivo, pero para apreciar la concurrencia de algunos de ellos, concretamente la existencia de un peligro concreto de un bien jurídico, de si el mal era inminente (o si, en caso de no serlo, no cabía esperar con el transcurso del tiempo una solución del conflicto) y si era inevitable por otro procedimiento menos perjudicial, el juez debe realizar un juicio *ex ante*, colocándose en el lugar del sujeto activo, y en el momento en que este se disponía a realizar la acción típica.”⁹

⁸ Cerezo Mir José; Derecho Penal Parte General, Ed: BdF, Buenos Aires, 2008.-

⁹ Cerezo Mir José; Ob Cit.

El estado de necesidad es un supuesto excepcional que requiere la existencia de un mal grave que amenace a una persona con un concreto peligro actual o inminente; erigiéndose como único medio para neutralizarlo la lesión de un derecho ajeno.¹⁰

Estado de necesidad en la Teoría del Delito.

Cuando una persona ejerce un acto ilícito o realiza un acto lícito, puede que no siempre lo esté realizando libremente, sino que es posible que esté apremiada por urgentes necesidades de proteger su vida, la de los suyos, o sus bienes más preciados. Tal es el caso del ladrón que roba para comer, o quien sustrae un medicamento de alto precio y sumamente necesario para su salud o la algún familiar cercano, o de quien contrae una obligación con otro, comprometiéndose a abonar altísimos intereses.

La mayoría de la doctrina y la legislación no considera punible el acto antijurídico cometido bajo esas circunstancias. Aunque para que pueda considerarse de ese modo, “no basta con invocar situaciones genéricas como ser el estado de pobreza o la dificultad para ganarse el sustento”¹¹

Los casos, entonces deben ser de tal entidad, que convaliden el apartamiento momentáneo del Derecho Penal.

Ante el acto concreto y los casos de usurpaciones que estamos estudiando, es necesario analizar si, frente a la acción prohibida, se requiere que el sujeto omita su conducta. Frente a una norma prohibitiva se requiere que el actuar del sujeto lesione la norma lo menos posible. Con lo cual se ha dicho que “se puede establecer que el denominador común de todas las causales de justificación es la necesidad”¹². Según Roxin en el estado de necesidad el principio base es de ponderación de bienes y el de autonomía de la personalidad.

¹⁰ Romero Villanueva, Horacio J; Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria Anotados con Jurisprudencia, Tercera edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, 2008; pág:127.

¹¹ C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ta, 27/3/1990 causa “Medina”

¹² Donna, Edgardo Alberto; ob cit

En tanto, Zaffaroni junto a Slokar y Alagia, sostienen en relación al estado de necesidad que estamos planteando, que “la situación de necesidad puede provenir de propias funciones fisiológicas como hambre, sed, movimiento, reposo, evacuación, etc, incluso si tienen su origen en una enfermedad, como puede ser un síndrome de adicción”¹³.

Cabe observar, sostienen los doctrinarios penalistas, que si estas necesidades fisiológicas alcanzan un extremo de tolerancia que supera la capacidad de control de sujeto, desplaza el estado de necesidad por un supuesto de ausencia de acto por fuerza física irresistible proveniente del propio organismo.

El hambre o la miseria, continúan, pueden crear situaciones de necesidad, pero no necesariamente lo son. El código se refiere a la misma como atenuante, o sea cuando no ha llegado a ser una situación de necesidad, en el art. 41. Pero, si se dan los extremos del art. 34, inc. 3º, que como ya hemos visto, en el presente caso se dan de sobremanera, será entonces una necesidad justificante.

La norma penal, en este caso la defensa de la propiedad privada o estatal, sólo se aplica incondicionalmente en los casos de normalidad. La norma se aplica en casos normales. El mismo Estado ha sacrificado, en situaciones especiales, la propiedad privada de los ciudadanos.

En algunos casos, dice Donna, el bien jurídico renuncia a la protección normativa o retrocede ante la presión que ejercen sobre él intereses más importantes en el caso concreto. El bien que deja de ser merecedor de protección atrae la norma hacia si y con ello la norma retrocede: ella ya no exige seguir protegiendo al bien jurídico, ni tampoco mantener el juicio de desvalor para el caso de ataque a éste. El tipo deja entonces de tener el indicio de antijuridicidad que cargaba y pasa a ser una forma hueca; como consecuencia la acción es lícita.¹⁴

Respecto de la inminencia, a la que nos refiriéramos en los primeros párrafos del presente trabajo, se sostiene que “el mal puede hallarse en curso o bien puede haber un peligro de producción del mismo, que debe ser inminente. En cuanto al peligro en sí mismo, este debe ser real, porque de no serlo, el autor incurriría en un error de

¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia A, Slokar A; Derecho Penal Parte General, Ed: EDIAR, Buenos Aires 2005, Pag: 633

¹⁴ Donna, Edgardo Alberto; Teoría del delito y de la pena, Ed: Astrea, Tomo II pág: 129

prohibición. En cuanto a la inminencia del mal, son válidas las mismas reglas, debiendo reiterarse lo señalado respecto de la legítima defensa: la inminencia es independiente de todo criterio cronológico; es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto. También debe considerarse inminente el mal que tiene continuidad por su reiteración muy frecuente, (es el caso en estudio) como inundación que se produce cada vez que llueve en zona de alta precipitación.¹⁵

Elementos

Para un mejor entendimiento, respecto de los requisitos necesarios para plantear el estado de necesidad, en situaciones de “tomas”, vamos a analizar un caso en concreto. En particular veremos lo expuesto por la Dra. Capolupo de Durañona en el fallo Piloni, en dónde la magistrada establece, claramente cuáles son los elementos constitutivos del estado de necesidad.

Según supone la integrante de la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, el estado de necesidad justificante requiere: a) Un elemento subjetivo, que radica en la finalidad de evitar un mal mayor. b) La ley refiere el concepto "mal" en el evitado y en el causado; ambos tienen de común que se trata de conceptos amplios, comprensivos de todo tipo de lesión a intereses reconocidos por el derecho, siendo "el mal causado" típico, lo que no es exigencia del "mal evitado". La amplitud del concepto permite comprender la colisión de deberes, pues éstos suponen un bien que él debe proteger. A su vez, el bien jurídico lesionado necesariamente debe ser ajeno, pero el salvado puede ser propio o ajeno; el mal evitado debe ser mayor y si se trata de bienes iguales se trata de una cuestión de apreciación circunstancial, según el grado de bienes y la naturaleza de los intereses jurídicamente protegidos. c) Inminencia: es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto que, además, así lo comprende. d) Inevitabilidad del mal por otro medio: se deriva del requisito de que se trate de una situación de necesidad, aunque no lo requiera la ley expresamente. No se requiere que se haya evitado efectivamente el mal mayor, pero es requisito que el mal causado sea normalmente un medio adecuado para evitarlo, lo que debe valorarse en cada caso concreto. e) En

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia A, Slokar A; Ob cit

relación al mal debe considerarse la jerarquía del bien jurídico, la intensidad de la afectación o peligro, el grado de proximidad del peligro del mal que se evita o se quiere evitar y la intensidad de la afectación considerando las circunstancias personales de los respectivos titulares.¹⁶

En síntesis, hasta aquí, podríamos decir que el Derecho moderno sigue la Teoría Objetiva de la Colisión de Bienes o Derechos de BERNER que permite asentar jurídicamente, de modo correcto, el estado de necesidad. Así, y siguiendo el principio del interés preponderante, en que se basa esta eximente, se afirma que, cuando exista colisión entre bienes o derechos desiguales el Estado debe proteger el derecho superior o más valioso; por tanto, el que sacrifica un derecho inferior para salvar otro de mayor importancia, no será castigado. Si los derechos en conflicto son iguales no puede hablarse de justificación, sino sólo de inculpabilidad ya que lo que fundamenta aquí la irresponsabilidad del agente es la inexigibilidad de conducta distinta. Así, existen dos clases de estado de necesidad.

De todos modos, y respecto de la colisión de bienes, nos explayaremos en el punto siguiente.

Ponderación de bienes o de intereses.

Algunas voces sostienen que el bien salvado debe ser de mayor jerarquía que el sacrificado, de lo contrario faltará el efecto justificante.

La determinación de la mayor jerarquía es problemática. En primer término se formuló el principio de la ponderación de bienes, según el cual debía estarse a la comparación de la jerarquía de los bienes jurídicos en colisión (por ejemplo: vida y propiedad; propiedad e integridad corporal; honor y libertad; etcétera). Contra este principio se sostiene que limita la ponderación de bienes jurídicos considerados como si fueran una necesidad estática, aunque el conflicto que caracteriza un estado de necesidad está determinado por numerosos otros factores. Por tanto, se ha propuesto un punto de vista

¹⁶ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV en causa n° 1864, “Piloni, Gustavo Adolfo s/ recurso de casación, voto de la Dra. Capólupo de Durañona del 6/11/00.

más amplio: el principio de la ponderación de intereses, cuya misión sería la de permitir considerar la totalidad de las circunstancias relevantes para la situación.

En concreto, es posible afirmar que, partiendo del estado de necesidad como un conflicto de intereses y no sólo como un conflicto de bienes jurídicos, la ponderación de los bienes en juego requiere tomar en cuenta otros factores que rodean al conflicto de bienes.¹⁷

Este principio de la ponderación de intereses no ofrece dificultades respecto del texto del Código Penal que hace referencia a la comparación entre el mal evitado y el mal causado.

“La ponderación de los males supone la ponderación de los intereses lesionados y los que el sujeto quería salvaguardar. Hay que distinguir, por ello, dos clases de estado de necesidad, según se trate de un conflicto de intereses desiguales o de intereses iguales. La ponderación de los intereses y por tanto de los males debe realizarse con un criterio objetivo, concretamente con las valoraciones del Derecho. El concepto de interés es más amplio. En la ponderación de intereses hay que tener en cuenta no sólo la importancia de los bienes jurídicos en conflicto, sino también si han sido lesionados o puesto únicamente en peligro, la gravedad de su lesión, su reparabilidad o irreparabilidad, o el grado de peligro. Hay que tener en cuenta también el desvalor de acción en la valoración del mal causado y, cuando éste sea el caso en la del mal que se trata de evitar.”¹⁸

Respecto de la entidad de los bienes afectados, la doctrina germana distingue, según el bien jurídico lesionado y protegido, dos situaciones. Si el bien lesionado es de valor menor que el protegido (por ejemplo, alguien huyendo de un delincuente invade una propiedad ajena para esconderse) ni siquiera habría acto ilícito. Si ambos bienes están en estado de igualdad en sus valores, el hecho se reputa antijurídico, pero se exime de responsabilidad a su autor.

¹⁷ Bacigalupo Enrique; Derecho Penal Parte General, 2da edición, Ed: Hammurabi, Buenos Aires 1999, pág. 378.

¹⁸ Cerezo Mir, José; Ob. Cit; pág: 574

El artículo 86 del C. Penal argentino contempla un caso de estado de necesidad al eximir de pena al médico diplomado que efectúe un aborto, consintiéndolo la mujer encinta, si el motivo fue salvaguardar la vida o la salud de la madre y no había otros medios de lograrlo.

En el Código Penal español se contempla específicamente el estado de necesidad, como eximente de responsabilidad criminal en el artículo 20.5, exigiéndose la concurrencia de ciertos requisitos: Que no se cause un mal peor que el que se pretende evitar; que no haya sido provocado el estado de necesidad por el mismo que lo invoca; que no exista obligación de sacrificarse por el oficio o cargo que el necesitado detenta; que lo domine un miedo insuperable; que obre ejerciendo un derecho, oficio o cargo o en cumplimiento de un deber.

El autor del hecho sólo estaría obligado a reparar el daño en la medida del enriquecimiento obtenido por el principio del enriquecimiento sin causa. Como vicio de la voluntad en los actos lícitos, el estado de necesidad, origina el dilema de saber si un acto jurídico es válido en estas circunstancias. Los antiguos romanos entendían que sí, como cuando por ejemplo alguien prometiera abonar un precio a un tercero para que lo rescatara del enemigo. Esta idea pasó al derecho francés hasta que la Corte de Casación francesa en 1887, anuló un contrato por el cual se había convenido un precio muy alto por el salvataje de un buque en riesgo de naufragio. Se consideró en este caso que había abuso del estado de necesidad de la víctima, para obligarla a pagar por su salvación un precio excesivo.

En Argentina, el artículo 900 del Código Civil consagraba como eximente de responsabilidad, al excluirla, cuando el acto fuera realizado sin discernimiento, intención y libertad. El nuevo artículo 954, luego de la ley 17.711, consagra expresamente el estado de necesidad para anular el acto.

En el derecho penal argentino no se especifica que bienes pueden ser salvables, por necesidad.

En cambio en algunos derechos penales europeos, la extensión del estado de necesidad aparece limitada por tres vías diferentes:

- a) limitando los bienes jurídicos salvables en estado de necesidad (art. 54, Cód. Penal italiano; 2045, Cód. Civil italiano: “peligro actual de grave daño a la persona”; art. 34 Cód. Penal suizo: “vida, cuerpo, libertad, honor, patrimonio”)
- b) exigiendo una desproporción cualificada entre el bien jurídico salvado y el sacrificado (§ 34, Cód. Penal Alemán: “el interés protegido supera esencialmente al dañado”; art. 34 Cód. Penal portugués: “sensible superioridad del interés a salvaguardar en relación al interés sacrificado”).
- c) Estableciendo una cierta exigencia de proporcionalidad de los medios utilizados para salvar el bien jurídico (§ 34, Cód. Penal alemán: “en tanto el hecho sea un medio adecuado”; Cód. Penal francés: “salvo si existe desproporción entre los medios empleados y la gravedad de la amenaza”)

Diferenciación

Su diferencia de la legítima defensa, que es otra situación que responde a un principio general y genérico de necesidad, es clara: en ella existe una agresión ilegítima determinante de la pugna de intereses, mientras que en el estado de necesidad la colisión de intereses proviene de una situación de hecho sin que exista ilicitud inicial.

Conclusión

En los casos que estamos tratando, diríamos siguiendo el orden establecido por la Dra. Capolupo de Durañona en el fallo Piloni que: a) el elemento subjetivo de tener como fin evitar un mal mayor, está dado por la intención que tienen las personas que se encuentran sometidas a este tipo de procesos, ya que en general lo que se ha demostrado es que su accionar es al solo hecho de conseguir las condiciones mínimas de vivienda.

En cuanto al punto b) y la necesidad de que el mal evitado fuese de mayor jerarquía que el bien jurídico protegido, no quedan dudas de que estamos hablando de derechos universales, de un conjunto, de una colectividad, de varias personas, contra el derecho a la propiedad, privada o en algunos casos hasta estatal.

Respecto de la inminencia a la que se refiere en el punto c) diremos que no sólo, el mal sufrido era inminente sino que además ya lo venían sufriendo desde un largo tiempo. En este punto el anterior Procurador General de la Nación ha sabido decir que como en el presente “un peligro permanente es una situación que trascurren durante un largo

período y en cualquier momento puede desembocar en un daño, por lo que en ese caso la justificación por estado de necesidad no decae aún en supuestos en que habría que negar la defensa necesaria porque no existe una agresión actual.”¹⁹

En cuanto al punto “d”, a la inevitabilidad del mal por otro medio, se sabe que no existe soluciones definitivas a los problemas de vivienda, por parte del estado. En ningún caso a las personas implicadas en usurpaciones o tomas mediáticas, el Estado les ha garantizado el ejercicio de su derecho a una vivienda digna.

Por último, en el punto e) se hace un resumen de lo hasta aquí expuesto, es decir se requiere, que sean consideradas todas las cuestiones de los casos, que como bien están a la vista, no encajan sino en una situación desesperante, a la que en su gran mayoría han sido empujados por el actuar, o por la omisión del Estado en asegurar sus derechos, primeramente (en sentido cronológico) vulnerados, y con una jerarquía claramente superior al afectado con la actividad que aquí se juzga.

Se ha dicho también que “es opinión dominante que las causas de justificación se encuentran en todo el ordenamiento jurídico, siendo por tanto indiferente que la realización del comportamiento típico, esté autorizado por una norma de derecho penal o de otra rama del derecho”²⁰

En este caso, encontramos que los derechos vulnerados de quienes resultan imputados en las causas que se siguen por usurpación en este tipo de tomas, no se encuentran protegidos por el Derecho Penal Argentino, pero si por normativas de mayor jerarquía, como lo es la Constitución Nacional, y los Tratados Internaciones incorporados a esta.

Volvamos al estudio de la cuestión Penal.

La norma, penal, en este caso la defensa de la propiedad privada, sólo se aplica incondicionalmente en los casos de normalidad. La norma se aplica en casos normales. El mismo Estado ha sacrificado, en situaciones especiales, la propiedad privada de los ciudadanos.

En algunos casos, dice Donna, el bien jurídico renuncia a la protección normativa o retrocede ante la presión que ejercen sobre él intereses más importantes en el caso concreto. El bien que deja de ser merecedor de protección atrae la norma hacia si y con ello la norma retrocede: ella ya no exige seguir protegiendo al bien jurídico, ni tampoco

¹⁹ Righi Esteban; Antijuridicidad y Justificación; Ed: Lumiere, Bs As 2002, Pag: 115

²⁰ Righi Esteban; Ob Cit , Pag:29.

mantener el juicio de desvalor para el caso de ataque a éste. El tipo deja entonces de tener el indicio de antijuridicidad que cargaba y pasa a ser una forma hueca; como consecuencia la acción es lícita.²¹

Ante el acto concreto es necesario analizar si frente a la acción prohibida, se requiere que el sujeto omita su conducta

Frente a una norma prohibitiva se requiere que el actuar del sujeto lesione la norma lo menos posible. Con lo cual sigue diciendo el ex juez de cámara, “se puede establecer que el denominador común de todas las causales de justificación es la necesidad”²².

Según Roxin en el estado de necesidad el principio base es de ponderación de bienes y el de autonomía de la personalidad.

En tanto, Zaffaroni junto a Slokar y Alagia, sostienen en relación al estado de necesidad que estamos planteando que “la situación de necesidad puede provenir de propias funciones fisiológicas como hambre, sed, movimiento, reposo, evacuación, etc, incluso si tienen su origen en una enfermedad, como puede ser un síndrome de adicción”²³.

Cabe observar, sostienen los doctrinarios penalistas, que si estas necesidades fisiológicas alcanzan un extremo de tolerancia que supera la capacidad de control de sujeto, desplaza el estado de necesidad por un supuesto de ausencia de acto por fuerza física irresistible proveniente del propio organismo.

El hambre o la miseria, continúan, pueden crear situaciones de necesidad, pero no necesariamente lo son. El código se refiere a la misma como atenuante, o sea cuando no ha llegado a ser una situación de necesidad, en el art. 41. Pero, si se dan los extremos del art. 34, inc. 3º, que como ya hemos visto, en el presente caso se dan de sobremanera, será entonces una necesidad justificante.

Respecto de la inminencia, a la que nos refiriéramos en párrafos anteriores, suponen que “el mal puede hallarse en curso o bien puede haber un peligro de producción del mismo, que debe ser inminente. En cuanto al peligro en sí mismo, este debe ser real, porque de no serlo, el autor incurriría en un error de prohibición. En cuanto a la inminencia del mal, son válidas las mismas reglas, debiendo reiterarse lo señalado respecto de la legítima defensa: la inminencia es independiente de todo criterio cronológico; es

²¹ Donna, Edgardo Alberto; Teoría del delito y de la pena, Ed: Astrea, Tomo II pág: 129

²² Donna, Edgardo Alberto; ob cit

²³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia A, Slokar A; Derecho Penal Parte General, Ed: EDIAR, Buenos Aires 2005, Pag: 633

inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto. También debe considerarse inminente el mal que tiene continuidad por su reiteración muy frecuente, (es el caso en estudio) como inundación que se produce cada vez que llueve en zona de alta precipitación.²⁴

Un punto importante para justificar la violación a una normativa penal, es la ponderación que debe hacerse respecto de esa norma avasallada en relación con la que el avasallador intentaba proteger.

Es claro que el código argentino no indica como criterio la ponderación abstracta de bienes jurídicos, sino que requiere una ponderación concreta de males.

Si un bien jurídico es la relación de disponibilidad del titular con un ente, mal jurídico es la afectación de esa relación. Pero no todos los males jurídicos son iguales, aun cuando se traten de conductas que correspondan al mismo tipo. El art. 41 del código penal reconoce expresamente que hay grados de males cuando se refiere a la extensión del daño y del peligro causado.

Esta disposición no puede referirse a las diferencias típicas, pues violaría la prohibición de doble desvaloración, sino a la distinta intensidad de afectación entre dos acciones igualmente típicas.

De allí que no sea razonable aceptar en la dogmática nacional el criterio de la ponderación de bienes en sentido formal.

Resulta cierto que la ley no puede establecer una escala absoluta al respecto, pero la complejidad no es de tal entidad que impida enunciar algunos criterios generales, dejando en una total nebulosa la delimitación. Como criterios generales, en principio, bien pueden señalarse los siguientes; a) la jerarquía del bien jurídico, b) la intensidad de la afectación, sea por lesión o por peligro, c) el grado de proximidad del peligro del mal que se evita o se puede evitar, d) la intensidad de la afectación en consideración a las circunstancias personales en los respectivos titulares.²⁵

La jurisprudencia también ha tenido en cuenta los argumentos aquí planteados. Por caso la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, ha dicho que el estado de necesidad sólo juega como eximente cuando

²⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia A, Slokar A; Ob cit

²⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia A, Slokar A; Ob cit

es invocado por quien se encuentra en una situación angustiosa, de peligro inmediato y de la cual no puede salir sino a costa de sacrificar un bien extraño.²⁶

A esta altura, con todo lo relatado, resulta por lo menos, reiterativo y hasta de una obviedad sin sentido, seguir refiriéndonos al estado angustiante en que se encontraban y aún se encuentran quienes están siendo perseguidos, justamente por tratar de menguar esa angustia generada, y esto no hay que olvidarse, por el Estado al no garantizar los derechos universales que le corresponden.

A la desatención del Estado, se suma en estos casos, lo inaccesible por cuestiones de mercado, el poder socavar tal angustian sin otro remedio que el de vulnerar un bien ajeno. Así, sostener el estado de necesidad que excluya la antijuridicidad, sobreviene como la mejor solución posibles a los casos de estudios.

²⁶ C.N.Crim. y Correc. Sala VII. Causa 18.741 ANDREOTTI, Hugo A. 31/05/02 Publicado en Bol. Int. de Jurisp. N° 2/2002, pág. 130.