

**JOSE CEREZO MIR**

**Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza.**

**La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español.**

Con mucho gusto accedo a la invitación de Agustín Fernández Albor a colaborar en un número especial de los “Estudios penales y criminológicos”, que publica periódicamente la Universidad de Santiago de Compostela, bajo su dirección, en recuerdo de nuestro querido amigo y compañero, recientemente fallecido, José Antonio Sainz Cantero. Me unía con José A. Sainz Cantero una sincera y profunda amistad y una común vocación por la investigación y la docencia del Derecho Penal. Nuestra amistad se remonta a la época en que hacíamos oposiciones a cátedras, en la que convivimos en una ocasión en el Colegio Mayor Menéndez Pelayo. En aquellas circunstancias difíciles y a veces dramáticas, en las que se conocía muy bien a las personas, Sainz Cantero puso de manifiesto su nobleza de carácter, su generosidad y su altura de miras. En lo científico discrepamos con frecuencia, desde un principio; formado él en Munich, en la escuela de Mezger, se mantuvo fiel a una teoría jurídica del delito basada en el concepto causal de la acción, mientras que, por mi parte, entusiasmado con las nuevas perspectivas abiertas por Welzel me incliné claramente por la escuela finalista. Sainz Cantero fue un maestro, que deja numerosos discípulos, unos ya catedráticos como Agustín Fernández Albor, Gerardo Landrove Díaz y Lorenzo Morillas Cueva y otros preparados para incorporarse en breve a una cátedra uni-

versitaria. Preocupado no solo por la investigación, sino también por la docencia, publicó tres volúmenes de unas "Lecciones de Derecho Penal", en las que, sin merma de su calidad científica, se preocupaba esencialmente de la formación de sus alumnos. Como contribución al homenaje a mi querido amigo e ilustre compañero envió la mayor parte del capítulo, aún inédito, de mi "Curso de Derecho Penal Español, Parte General", dedicado al estado de necesidad. La primera parte, bajo el título "Noción del estado de necesidad como requisito básico de la eximente del n° 7 del Art. 8° del Código penal español. Estado de necesidad y colisión de deberes" puede verse en el Libro Homenaje a D. Luis Jiménez de Asúa con motivo del decimoquinto aniversario de su fallecimiento, de próxima publicación. El apartado referente al fundamento y naturaleza del estado de necesidad se publicará también, ligeramente resumido y en alemán, en el Libro en memoria de Hilde Kaufmann.

#### CLASES DE ESTADO DE NECESIDAD

En el requisito primero de la eximente de estado de necesidad del n° 7 del art. 8° se exige: "Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar". Quedan comprendidos, pues, en la eximente tanto los supuestos en que el mal causado es menor que el que se trate de evitar, como aquellos en que el mal causado y el que se trate de evitar sean iguales. Suelen distinguirse, por ello, dos clases de estado de necesidad: el estado de necesidad en caso de conflicto de bienes desiguales y en caso de conflicto de bienes iguales (1). Esta terminología tradicional es inexacta,

---

(1) Véase, en este sentido, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, Buenos Aires, Losada, 3ª edic. 1976, pp. 367-8, 395 y ss. y

como señaló Córdoba Roda, pues en la eximente de estado de necesidad, en nuestro Código penal, no se comparan o ponderan bienes jurídicos, sino dos *males* (2). El concepto de mal es un elemento normativo de la eximente de estado de necesidad. Lleva implícita una referencia a las valoraciones del Derecho. No puede considerarse como mal la lesión de un interés no protegido por el Derecho (3). No es preciso que

---

420 y ss.; I. Sánchez Tejerina, *Derecho Penal Español*, I, 3ª ed., Madrid, Reus, 1942, pp. 224 y ss. y 235; Cuello Calón-Camargo, *Derecho Penal*, I. Parte General, vol. 1º, 18 ed., Barcelona, Bosch, 1980, pp. 407-9 y 414; Ferrer Sama, *Comentarios al Código Penal*, I, Murcia, 1946, pp. 200 y ss.; Quintano Ripollés, *Curso de Derecho Penal*, I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 382, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 114, Díaz Palos, *Estado de Necesidad*, separata de la N.E.J., Seix, Barcelona, Bosch, pp. 32-3, 42 y 62 y Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, 9ª edic., Madrid, Dykinson, 1985, pp. 572 y ss.

(2) Véase J. Córdoba Rosa, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Oviedo, 1966, p. 184 y *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, Ariel, 1972, p. 287 y en el mismo sentido, Mir Puig, adiciones a la trad. del *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, de Jescheck, I, Barcelona, Bosch, 1981, p. 507, Problemas de estado de necesidad en el art. 8,7º, C.P., en *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, I, Barcelona, Bosch, 1983, p. 515, *Derecho Penal*, Parte General, P.P.U., Barcelona, 1984, p. 401, J.Mª Silva Sánchez, *Sobre el estado de necesidad en Derecho Penal español*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1982, fasc. 3º, pp. 665-6 y J. Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 248 y ss.

(3) El Tribunal Supremo exige, en jurisprudencia constante para la aplicación de la eximente de estado de necesidad que se dé una colisión de intereses jurídicamente protegidos; véase, por ejemplo, las sentencias de 3 de abril de 1978 (A. 1284), 2 de julio de 1979 (A. 2981), 15 de abril de 1980 (A. 1283), 26 de febrero de 1982 (A. 850), 16 de septiembre de 1982 (A. 4937), 22 de abril de 1983 (A. 2300), 11 de octubre de 1983 (A. 4733) [“a) Un conflicto o colisión de bienes jurídicos, en el sentido de que han de estar protegidos por el ordenamiento legal”], 2 de febrero de 1984 (A. 703) y 28 de abril de 1985 (A. 2102).

se trate de un interés que goce de protección por el Derecho Penal (4), sino que basta con que encuentre reconocimiento o protección en la Constitución o

---

(4) Como creen Gimbernat, en nota al *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, de A. Quintano Ripollés, I. vol. 2º, *Infracciones contra la personalidad*, 2ª ed. puesta al día por E. Gimbernat, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, pp. 964-5; Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch, 1978, pp. 529-30; y Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 295 y ss. Gimbernat invoca en favor de su tesis consideraciones gramaticales y de justicia material. Desde un punto de vista gramatical cree que si el mal causado ha de consistir necesariamente en la lesión de un bien jurídicopenalmente protegido, pues si la acción no fuera típica no se invocaría la aplicación de la exigente, el mismo sentido debe tener la palabra mal cuando en el mismo precepto se la adjetiva de otro modo: el (mal) que se trate de evitar. Desde un punto de vista de justicia material “no parece admisible que se autorice a delinquir, esto es a lesionar un bien importante en cuanto que el legislador lo ha protegido con la sanción más severa del orden jurídico (con la sanción penal), para salvar un bien de escasa trascendencia, un bien para cuya protección no se ha estimado necesario acudir a la ley punitiva”. La argumentación gramatical no es concluyente y las consideraciones de justicia material parecen apoyarse en la tesis —mantenida expresamente por Luzón y Cuerda Riezu— de que si el mal que se trata de evitar consiste en la lesión de un bien no protegido por el Derecho Penal, sería siempre inferior al mal causado. Esto no es cierto, sin embargo; en el delito frustrado, en la tentativa (piénsese especialmente en la tentativa inidónea), en los delitos de peligro concreto o en los de simple actividad, el mal *causado* puede ser menor que el que se trataba de evitar, aunque éste recaiga en un bien jurídico que no goce de protección jurídico-penal. Por otra parte, esto debería afectar, en todo caso, a la ponderación de los males, pero no al concepto de mal. Como dice Silva Sánchez, “una cosa es que el mal no penalmente típico no sea “mal”, en el sentido del art. 8,7º C.p., y otra distinta que en tales casos el mal causado sea siempre mayor que el que se trataba de evitar”; véase Silva Sánchez, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, p. 668. Rechaza también la necesidad de que el interés reciba protección por el Derecho Penal, Córdoba Roda, *Las exigentes incompletas en el Código Penal*, pp. 165-6 y *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 276-7. En las sentencias de 22 de abril de 1983 (A. 2300), en la de 9 de diciembre de 1985 (A. 6008) y en la de 21 de

en cualquier otro sector del ordenamiento jurídico (5). No puede considerarse, por tanto, como un mal la imposibilidad en que se encuentre el drogadicto de conseguir droga para evitar o combatir el síndrome de abstinencia. El consumo de drogas no constituye delito, pero es una actividad ilícita, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22 de la Ley de 8 de Abril de 1967, de carácter administrativo, que prohíbe su uso cuando no se realice con fines industriales, terapéuticos, científicos o docentes (6); siendo, además, la toxicomanía una categoría de estado peligroso de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 (art. 2º, 7º) (7). No

---

enero de 1986 (A. 163), el Tribunal Supremo declara expresamente que el mal que se trate de evitar "no tiene por qué consistir en un resultado penalmente típico".

(5) Carece de justificación la restricción que introduce Córdoba Roda en el concepto de mal con base en las valoraciones sociales o ético-sociales. Según Córdoba Roda, el mal consiste en el perjuicio para un bien jurídico *merecedor de un juicio desvalorativo ético-social*; véase, Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 165 y ss. y 185 y ss. y *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 276-7 y 287 y ss. a cuyo criterio se adhiere Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, II, *Ley Penal, El Delito (Acción, tipicidad, antijuridicidad)*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1985, p. 355. Silva Sánchez parte para determinar el concepto de mal, de las valoraciones jurídicas, pero da entrada luego a valoraciones sociales, incluso contradictorias con las valoraciones del Derecho, considerando como mal, por ejemplo, el cumplimiento de una pena privativa de libertad o las lesiones de bienes jurídicos producidas en la reacción defensiva, en la legítima defensa; véase Silva Sánchez, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, pp. 668-9 y 674-5.

(6) Véase Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, 9ª ed., Madrid, 1983, pp. 1023-4.

(7) El Tribunal Supremo, que había considerado como un mal los dolores o trastornos producidos por el síndrome de abstinencia en la sentencia de 3 de mayo de 1974 (A. 2079), ha cambiado modernamente de criterio. En la sentencia de 16 de septiembre de 1982 (A. 4937) declara: "porque entrañando el estado de necesidad un con-

puede considerarse tampoco como un mal la lesión o el peligro de un bien jurídico amparados por una causa de justificación (8); por ejemplo, la detención de un presunto delincuente por un agente de policía en los supuestos previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 492), amparada en la causa de justificación del nº 11 del art. 8º, de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (9). El mal causado ha de serlo por una acción típica, es decir comprendida en un tipo de lo injusto, pues de lo contrario no se plantearía el problema de la posible aplicación de la eximente. El mal que se trate de evitar, en cambio, puede derivar, como vimos, de las fuerzas de la naturaleza, del ataque de un animal, de los movimientos corporales de un ser humano que no constituyan una acción, o de una acción humana lícita (10).

---

flicto total y actual o inminente entre bienes jurídicos, teniéndose que sacrificar uno de ellos para preservar otro de igual o superior valor, este último ha de estar jurídicamente protegido, no siendo posible tutelar ni excusar la obtención de lo supérfluo, secundario o mínimo ni, mucho menos, lo que no sólo no está protegido jurídicamente sino que constituye vicio, tara, afición malsana, hábito nefando o apetencia o actividad ilegítima e ilícita, como lo es el consumo de sustancias estupefacientes cuya consecución nunca puede legitimar el sacrificio de otros bienes jurídicos". Véase también, en el mismo sentido, las sentencias de 2 de febrero de 1984 (A. 703) y 18 de abril de 1985 (A. 2102).

(8) De otra opinión, Mir Puig, para el que, el mal equivale a lesión de un bien jurídico; véase, *Problemas de estado de necesidad en el art. 8.º C.P.*, pp. 510 y ss. y *Derecho Penal*, Parte General, pp. 393-4.

(9) Jiménez de Asúa y Antón Oneca exigían ya para la aplicación de la eximente de estado de necesidad que el mal que se trate de evitar no sea un mal ordenado legalmente y ponen como ejemplo el del peligro de detención que amenaza al recluso evadido del establecimiento penitenciario; véase Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 408 y Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, p. 267.

(10) Es incorrecto, por ello, exigir que el mal que amenaza sea ilegítimo o injusto, como hacen Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho*

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 (11). La ponderación de los intereses y por tanto, de los males, debe realizarse con un criterio objetivo, concretamente con arreglo a las valoraciones del Derecho. El concepto de interés es mucho más amplio que el del bien jurídico (12). En la ponderación de intereses hay que tener en cuenta no solo la importancia de los bienes jurídicos en conflicto, sino también si han sido lesionados o puestos únicamente en peligro, la gravedad de su lesión, su reparabilidad o irre-

---

*Penal*, IV, p. 408, Cuello Calón-Camargo, *Derecho Penal*, I. Parte General, vol. 1º, p. 410 y Díaz Palos, *Estado de necesidad*, pp. 41 y 59. Según Cuello Calón, incluso: "El mal que amenaza, que puede ser material o moral, ha de concretarse en una figura de delito"; véase *op. cit.*, p. 413. Carece de fundamento, también, deducir del hecho de que *el mal que amenaza* no es preciso que se derive siquiera de una conducta humana, que deba ser concebido de un modo puramente naturalístico, sin referencia a las valoraciones del Derecho, como hace Rodríguez Mourullo; véase Córdoba Roda-Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 311. Véase también en contra del concepto puramente naturalístico del mal que amenaza, Silva Sánchez, *Sobre el estado de necesidad en Derecho Español*, p. 668 y S. Mir Puig, *Problemas de estado de necesidad en el art. 8.7º C.P.*, pp. 509-10 y *Derecho Penal*, Parte General, p. 392.

(11) Véase, en este sentido, Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, pp. 264-5.

(12) Véase, en este sentido, Lenckner, en *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 22 ed. Verlag C.H. Beck, 1985, comentario al art. 34, nº 2 y 22 y ss., *Der rechtfertigende Notstand*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1965, pp. 51 y ss. y 90 y ss., Hirsch, en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, comentario al art. 34, nº 53 y ss. y entre nosotros J.C. Carbonell Mateu, *La Justificación penal*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 47 y 59 y H. Roldán Barbero, *Estado de necesidad y colisión de intereses*, Cuadernos de Política Criminal, nº 20, 1983, pp. 514 y ss.

parabilidad, o el grado del peligro. Hay que tener en cuenta también el desvalor de la acción (13), en la valoración del mal causado y, cuando este sea el caso, en la del mal que se trataba de evitar (que podría derivar, como vimos, de una acción ilícita que no constituya agresión ilegítima, e incluso, en algunos supuestos excepcionales, de una agresión ilegítima, cuando atente contra bienes jurídicos supraindividuales).

La inclusión en la eximente de estado de necesidad de los supuestos en que el mal causado es igual al que se trataba de evitar se produjo en la reforma parcial de nuestro Código penal, de 1944. En el Código penal de 1932, en el requisito primero de la eximente, se exigía: “Que el mal causado sea menor que el que se trata de evitar”. En los Códigos penales de 1848 y 1870 se comprendían también únicamente en la eximente de estado de necesidad los conflictos de intereses desiguales, pero, además, la eximente era sólo aplicable al que “para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena” (14). Su

---

(13) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, pp. 363 y ss. y 401-2.

(14) Según el nº 7 del art. 8º, de los Códigos penales de 1848 y 1870, estaba exento de responsabilidad criminal: “El que para evitar un mal ejecute un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Primera, Realidad del mal que se trata de evitar. Segunda. Que sea mayor que el mal causado para evitarlo. Tercera. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”. En la redacción de la eximente de estado de necesidad en el nº 7 del art. 8º del Código penal de 1848, el legislador se inspiró, al parecer, en un supuesto concreto de estado de necesidad previsto en las Partidas: “Aciendese fuego a las vejadas, en las cibdades, o en las villas, o en los otros lugares, de manera que se apodera atanto en aquella casa que comienza a arder, que lo non pueden amatar, a menos de destruir las casas que son cerca de ella: et por

ámbito era muy reducido, pero aún lo restringió más el Tribunal Supremo al interpretar la palabra daños en su estricto sentido técnico-jurídico, como delito de daños; delito contra la propiedad consistente en la destrucción, deterioro o inutilización de una cosa (art. 557 y ss. del Código penal vigente). Como decía irónicamente Antón Oneca, “se podía, conforme a esta interpretación, derribar el tabique para evitar la propagación de un incendio, pero no sustraer el extintor de incendios del vecino con el mismo fin” (15). Quedaban fuera de la eximente de estado de necesidad, especialmente, los supuestos del llamado hurto famélico o necesario, es decir de la sustracción de alimentos para mitigar el hambre o de vestidos para cubrir la desnudez (16). Esta interpretación de la palabra daños no era obligada, pues podría haberse entendido de un modo más amplio, como sinónima de lesión en la propiedad ajena (17) y estaba, además,

---

ende decimos que si alguno derribase la casa de otro su vecino que estuviese entre aquella que ardiese et la suya, que non cae por ende en pena, nin est tenuto de facer enmienda de tal daño como este. Et esto es porque aquel que derriba la casa por tal razón como esta, non face pro a si tan solamente, mas a toda la cibda o villa; ca podría ser que si el fuego non fuesse assi destajado, que se apoderarie tanto que quemarie toda la villa o grant partida della; onde pues que a buena entención lo face non debe por ende recibir pena” (Partida VII, Ley XII del título XV); véase, en este sentido, H. Roldán Barbero, *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal Español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*, Fundación Juan March, Serie Universitaria, nº 124, Madrid, 1980, pp. 17-18 y *Estado de necesidad y colisión de intereses*, Cuadernos de Política Criminal, nº 20, 1983, pp. 471-2.

(15) Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, p. 264.

(16) Véase sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la eximente de estado de necesidad en el Código Penal de 1870, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 316-7 (nota 61) y 489-490 (con especial referencia al hurto necesario).

(17) Véase, en este sentido, Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte Ge-

en abierta contradicción con la tradición jurídica de nuestro país, en el que, bajo la influencia de los teólogos y juristas de los siglos XVI y XVII, se había reconocido la posibilidad de exención de responsabilidad en los supuestos de hurto famélico o necesario (18). Cerdán de Tallada, en el siglo XVII, nos informa de un supuesto que se dió en la práctica en “que uno en un año que había mucha falta de pan y tenía muchos hijos, salió a un panadero, que volvía el pan del horno y fue preso y la justicia le sacó libre” (19). Esta tradición se había quebrado ya, como señala Roldán, en nuestro primer Código penal, de 1822 (20), por la influencia de la ideología de la Revolución francesa, con su sacralización del derecho a la propiedad priva-

---

neral, p. 264 y Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 487-8, que citan el parecer de varios penalistas de la época (Oliver, Bernaldo de Quirós y P. Jerónimo Montes) de que el hurto famélico podía considerarse incluido en la eximente de estado de necesidad del n.º 7 del art. 8.º del Código penal de 1870.

(18) Véase P. Julián Pereda, *El hurto famélico o necesario*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1964, fasc. 1.º, pp. 5 y ss.; Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 268-9; y Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 465 y 481 y ss.

(19) Cerdán de Tallada, *Recopilación de los privilegios que tienen por derecho los pobres y miserables personas*, 2ª ed., Valencia, 1604, n.º 39 y 40, p. 498 (citado por Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 482).

(20) En cuyo art. 755 se establecía únicamente una atenuante para el hurto necesario: “Sería excepción bastante para que se disminuya de una tercera parte a la mitad de la pena respectiva el delito cometido por primera vez, la necesidad justificada por el reo de alimentarse o vestirse o de alimentar o vestir a su familia en circunstancias calamitosas, en que por medio de un trabajo honesto no hubiese podido adquirir lo necesario”. En la redacción originaria del Código penal de 1848 se incluía una falta de hurto, en el art. 473, en la que se castigaba con la pena de uno a quince días de arresto al “que hallándose necesitado hurtase comestibles con que puedan él y su familia alimentarse dos días a lo más”, falta que fue suprimida en la reforma parcial del Código penal de 1850.

da (21). La ampliación de la eximente de estado de necesidad en la reforma parcial del Código penal de 1932 permitió incluir en ella, sin dificultad, los supuestos del llamado hurto famélico o necesario (22), pues según la nueva redacción del n<sup>o</sup> 7 del art. 8<sup>o</sup> estaba exento de responsabilidad criminal: “El que en estado de necesidad lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero: Que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar...” (23). En la reforma de 1944 se incluyeron, como decíamos, en la eximente los supuestos en que el mal cau-

---

(21) Véase H. Roldán Barbero, *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal Español; crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*, pp. 13-14 y *Estado de necesidad y colisión de intereses*, lug. cit., p. 478.

(22) Su inclusión en la eximente de estado de necesidad del Código penal de 1928 era más problemática. Según el art. 60: “Tampoco delinque el que para evitar un mal propio o ajeno en la salud, vida, honor, libertad o intereses, ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad o derechos ajenos, si concurren los requisitos siguientes: 1<sup>o</sup> realidad del mal que se trata de evitar, 2<sup>o</sup> que sea mayor que el causado para evitarlo y 3<sup>o</sup> que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. El que hallándose en el caso del párrafo anterior, se hubiere excedido en los límites de la propia salvación o de la ayuda, sólo podrá justificar el exceso por hallarse bajo una excitación excusable o en estado de terror y abatimiento”. Seguía utilizándose la expresión “daño en la propiedad...” y en el art. 65 se incluía, en el catálogo de atenuantes por la condición del infractor, la de: “3<sup>a</sup> Obrar el agente impulsado por el hambre, la miseria, o la dificultad notoria de ganarse el sustento necesario para él o para los suyos”. Considera incluíble el hurto necesario en la eximente de estado de necesidad del Código Penal de 1928, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 491; de otra opinión, H. Roldán Barbero, *Estado de necesidad y colisión de intereses*, lug. cit., p. 480.

(23) Los requisitos segundo y tercero eran idénticos a los del Código penal vigente: “Segundo: Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto. Tercero: Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

sado sea igual al que se trataba de evitar, cuyo ejemplo más característico es el del conflicto insalvable entre dos vidas humanas: la lucha de dos náufragos por una tabla que puede salvar únicamente a uno de ellos (la tabla de Carneades), el matar a una persona para poder alimentarse el resto de los náufragos o de personas perdidas en el desierto o en las montañas, la muerte de alguna persona producida por los que intentan salir de un local de espectáculos, discoteca o local comercial en llamas para salvar su vida, etc. (24).

En la reforma del Código penal de 1944, siguiendo la pauta del Código penal de 1928 (25), se introduce en la eximente de estado de necesidad una referencia expresa a los supuestos en que el sujeto trata de evitar un mal ajeno, es decir al llamado auxilio necesario (26). Este se diferencia del estado de necesidad propio, en el que el mal amenaza al mismo sujeto que realiza la acción necesaria. Nuestro Código reconoce con gran amplitud la eficacia eximente de la respon-

---

(24) Véase una relación de famosos casos históricos en Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 379 y ss. 451 y ss. y 457 y ss.

(25) Véase la nota 22.

(26) Que estaba comprendido, sin duda, en la fórmula de la eximente de estado de necesidad de los Códigos penales de 1848 y 1870 (véase nota 14), pero que no estaba incluido en la eximente de estado de necesidad en el Código penal de 1932, en la que se declaraba exento de responsabilidad criminal únicamente al que "en estado de necesidad lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber" siempre que se dieran los requisitos exigidos en el nº 7 del art. 8º. Véase, en este sentido, Rodríguez Muñoz, notas a su traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de Mezger, II, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1949, pp. 198 y ss., Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, pp. 568 y 576. De otra opinión Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 397 y ss., que cita algunas sentencias del Tribunal Supremo en que aplicó la eximente de estado de necesidad en supuestos de auxilio necesario cuando se trataba de evitar un mal a la familia (sentencias de 26 de marzo de 1936 y 22 de octubre de 1941) o a los parientes próximos (sentencia de 8 de junio de 1943).

sabilidad criminal en los supuestos de auxilio necesario, pues no establece restricción alguna según la naturaleza del bien jurídico en peligro (puede tratarse de cualquier bien jurídico cuyo portador sea un individuo, la sociedad o el Estado), según que el mal causado fuera menor o igual que el que se trataba de evitar, o según la índole de las personas que presten el auxilio (27).

Es posible que el sujeto trate de evitar un mal que le amenaza no sólo a él, sino al mismo tiempo a otra persona. Son los supuestos de la llamada comunidad de peligro. Un naufrago mata a otro para poder alimentarse él y el resto de los compañeros de naufragio, para no morir de hambre. El capitán del buque ordena que se eche la carga al mar para evitar el hundimiento del navío.

#### FUNDAMENTO Y NATURALEZA

Hasta la inclusión, en la eximente del nº 7 del art. 8º de los supuestos en que el mal causado es igual al que se trataba de evitar, en la reforma parcial del Código penal de 1944 la opinión dominante consideraba

---

(27) Por la ley de 21 de Abril de 1949 se dió a la eximente de estado de necesidad en el Código de Justicia Militar, de 1945 (art. 185, nº 7) la misma redacción que en el nº 7 del art. 8º del Código penal común de 1944. Su redacción originaria coincidía con la del nº 7 del art. 8º del Código Penal común de 1870, lo cual resultaba incomprensible pues como decía Antón Oneca "si en algún sector se reclamaba la mayor amplitud era en lo militar, para exculpar las violencias ocasionadas por la guerra o el ejercicio de la fuerza pública"; véase Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, p. 264. En el art. 21 del Código Penal militar, aprobado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, se dispone que: "Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal". Únicamente se establece una regulación específica para la eximente de obediencia debida.

que el estado de necesidad era una causa de justificación basada en el principio del interés preponderante (28). Era preciso hasta entonces, para la apreciación de la eximente, que el mal causado fuera menor al que se trataba de evitar. Con la inclusión en la misma de los supuestos de conflicto de intereses iguales, Antón Oneca y Rodríguez Muñoz creyeron hallarse ante la disyuntiva de concebir la totalidad de la eximente como una simple causa de inculpabilidad o de estimar, a pesar de la unidad formal del precepto, que en él se alojaban una causa de justificación y una causa de inculpabilidad (29). Antón Oneca y Rodríguez Muñoz rechazaron la posibilidad de concebir la totalidad de la eximente como una simple causa de inculpabilidad. “Sin embargo nos resistimos a creer”, decía Antón Oneca, “que todo delito necesario sea simplemente inculpable: si para salvar al próximo a ahogarse nos apoderamos de la barca ajena o para reanimar al semiasfijado lo introducimos en casa ajena contra la voluntad del propietario en busca de calor y de ropas, no se debe admitir la legítima defensa contra nuestra conducta benéfica” (30). Antón Oneca y Rodríguez Muñoz se inclinaron, por ello, a considerar que el estado de necesidad,

---

(28) Véase, por ejemplo, P. Jerónimo Montes, *Derecho penal español*, Parte General, I. Madrid, 1917, pp. 455 y ss.; Cuello Calón, *Derecho Penal*, I. Parte General, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1935, pp. 371 y ss.; Castejón, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, Reus, 1931, p. 123; Rodríguez Muñoz, notas a su trad. del *Tratado de Derecho Penal*, de Ed. Mezger, I, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 378-9; I. Sánchez Tejerina, *Derecho Penal Español*, I. 3ª ed., Madrid, Reus, 1942, p. 235; y Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 358.

(29) Véase Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 266 y 271-2 y Rodríguez Muñoz, notas a su trad. del *Tratado de Derecho Penal*, de Ed. Mezger, I, Madrid, 1955, pp. 450-1.

(30) Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, p. 266.

en caso de conflicto de intereses desiguales, cuando el mal causado fuera menor que el que se trataba de evitar, es una causa de justificación basada en el principio del interés preponderante y en cambio, el estado de necesidad en caso de conflicto entre intereses iguales sería una simple causa de inculpabilidad (31). Este criterio halló una acogida muy favorable y constituye aún hoy la opinión dominante en nuestro país (32). El fundamento de la exclusión de la culpabilidad en los supuestos de conflicto de intereses iguales se halla, según la opinión de nuestros penalistas, en la no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma. Algunos autores formularon reservas o críticas a la excesiva amplitud de la eximente en los supuestos de auxilio necesario, en el caso de

---

(31) Antón Oneca, exigía para apreciar la causa de justificación que el mal que se trataba de evitar fuera grave y notoriamente superior al causado; véase *op. cit.*, pp. 266 y 271. Rodríguez Muñoz apunta la posibilidad de incluir en la causa de inculpabilidad algunos otros supuestos, además de los conflictos de intereses iguales, pero no precisa cuáles puedan ser; véase notas a su traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de Ed. Mezger, I, Madrid, 1955, p. 451.

(32) Véase Cuello Calón-Camargo, *Derecho Penal*, I. Parte General, vol. 1º, pp. 407 y ss.; Ferrer Sama, *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 200 y ss.; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 359, 368 y ss. y 394; Díaz Palos, *Estado de necesidad*, pp. 32 y ss.; Sainz Cantero, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho Penal*, Universidad de Granada, 1963, pp. 122 y ss. y *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, II, pp. 352 y ss. y III, *Culpabilidad, Punibilidad, Formas de aparición*, Barcelona, Bosch, 1985, pp. 106-7; J. Bustos, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, pp. 246-7 y 405-6; y las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1965 (A. 4018), 15 de junio de 1971 (A. 2877), 6 de julio de 1971 (A. 3443), 5 de febrero de 1974 (A. 380), 24 de septiembre de 1974 (A. 3404), 5 de octubre de 1974 (A. 3910), 26 de noviembre de 1975 (A. 4591), 26 de octubre de 1979 (A. 3753), 21 de junio de 1982 (A. 3564), 22 de abril de 1983 (A. 2300), 11 de octubre de 1983 (A. 4733), 25 de noviembre de 1985 (A. 5472), 9 de diciembre de 1985 (A. 6008), y 21 de enero de 1986 (A. 163).

conflicto de intereses iguales (33). Antón Oneca propuso una interpretación restrictiva de la causa de inculpabilidad en estos supuestos: “únicamente cuando entre el auxiliador y el auxiliado exista una compenetración tal que obligue a aquél a sentir las necesidades ajenas como propias es posible el auxilio necesario. Lo cual ocurrirá entre los más próximos parientes o, muy excepcionalmente, entre personas vinculadas por equivalente afecto” (34).

La opinión dominante considera que no es un obstáculo a la concepción del estado de necesidad como una causa de justificación, cuando el mal causado fuera menor que el que se trataba de evitar, lo dispuesto en la regla 2ª del art. 20, en relación con la responsabilidad civil en los supuestos de aplicación de la eximente nº 7 del art. 8º. En este precepto se dispone que la responsabilidad civil recaerá en las personas en cuyo favor se haya precavido el mal. Esta responsabilidad no es, pues, consecuencia de una acción ilícita, sino del principio de gestión de negocios ajenos o del enriquecimiento injusto (35).

De la opinión dominante en la Ciencia del Derecho Penal española sobre la naturaleza jurídica de la eximente de estado de necesidad discrepa Gimbernat. Este considera que el estado de necesidad, tanto en

---

(33) Véase, en este sentido, Ferrer Sama, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 202; Cuello Calón-Camargo, *Derecho Penal*, I. Parte General, vol. 1º, p. 414; y Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 395 y ss.

(34) Véase Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, p. 272, a cuyo criterio se adhieren Cuello Calón-Camargo, *Derecho Penal*, I. Parte General, vol. 1º, p. 415 y Díaz Palos, *Estado de necesidad*, pp. 55-6.

(35) Véase, en este sentido, Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, p. 266; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 374-5; Díaz Palos, *Estado de necesidad*, pp. 69 y ss.; y Sáinz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, II, pp. 352-3.

los supuestos de conflicto de bienes desiguales como de conflicto de bienes iguales, tiene la naturaleza de una causa de justificación (36). Frente a la teoría de la diferenciación (37) mantiene, pues, una teoría unitaria. Considera Gimbernat que en la antijuridicidad el Derecho decide lo que quiere prohibir frente a todos, de un modo general, mientras que en la culpabilidad el Derecho tiene que renunciar a la pena por su falta de eficacia intimidante, inhibitoria, frente a ciertos grupos de personas. Aquí no se trata de una cuestión de querer sino de poder. En el estado de necesidad, según Gimbernat, del mismo modo que en la legítima defensa, estamos ante acciones que el De-

---

(36) Véase E. Gimbernat, *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, en *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., Cívitas, Madrid, 1981, pp. 155 y ss. y especialmente pp. 162 y ss. (Gimbernat publicó este trabajo por primera vez en lengua alemana en el *Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1974, pp. 485 y ss.) *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Universidad Complutense, Madrid, 1979, pp. 62-3, y prólogo al libro de A. Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 13 y ss. Se han adherido a la tesis de Gimbernat sus discípulos D. M. Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch, 1978, pp. 243 y ss. y A. Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, pp. 288, 299 y ss. y especialmente 311 y ss.

(37) La teoría española de la diferenciación, sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad, no coincide con la teoría alemana del mismo nombre. En el Derecho alemán se atribuye la naturaleza de causa de justificación a la eximente del art. 228 del Código civil aunque el mal causado puede ser mayor que el que se trataba de evitar. En la eximente de estado de necesidad, como causa de inculpabilidad, del art. 35 del Código penal alemán, el mal causado puede ser mayor que el que se trataba de evitar. Para impedir una lesión corporal, por ejemplo, es posible privar de la vida a otra persona; véase, a este respecto, Lenckner, en *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, comentario al art. 35 p. 477 (nº 33), Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 3ª ed., Carl Heymanns Verlag, 1981, p. 181, nº 609 y Hirsch, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10ª ed., comentario al art. 35, nº 62-3.

recho no quiere prohibir, aunque podría hacerlo, pues la pena podría desplegar una eficacia inhibitoria. No es este el caso, en cambio, de la exclusión de la pena para los inimputables o en el error de prohibición invencible. En estos supuestos la pena no podría desplegar una eficacia intimidante. Aquí el Derecho no castiga porque no quiere, sino porque no puede (38). El criterio de distinción entre antijuridicidad y culpabilidad y, por tanto, entre causas de justificación y causas de inculpabilidad, según que la pena posea o no eficacia inhibitoria no me parece convincente (39). Tanto en la legítima defensa, como en el estado de necesidad, si bien en general es cierto que la pena podría desplegar una eficacia inhibitoria, hay supuestos en que ello no es así, o resulta problemático que así sea: piénsese en los supuestos de agresión ilegítima contra la vida o la integridad corporal, en la legítima defensa y en los casos de conflicto entre dos vidas humanas o entre la integridad corporal de dos personas, en el estado de necesidad (40). Gimbernat reconoce que esto es así, pero considera que hay que atenerse a lo que sucede en la mayor parte de los casos a la hora de determinar la naturaleza jurídica de

---

(38) Véase E. Gimbernat, *El Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, pp. 162 y ss.

(39) Prescindiendo de que, como señala Küper, la prohibición de todas las conductas amparadas en las causas de justificación rebasaría el marco de una prevención útil y justa; véase W. Küper, *Der entschuldigende Notstand- Ein Rechtfertigungsgrund?*, Bemerkungen zur kriminalpolitischen "Einheitstheorie" Gimbernat Ordeigs, J.Z., 1983, p. 92 y la réplica de Gimbernat en el prólogo al libro de Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, pp. 14-6.

(40) Sobre la considerable disminución, y, en su caso, exclusión de la eficacia intimidante de la pena en los supuestos comprendidos en la eximente de estado de necesidad como causa de inculpabilidad, véase Küper, *op. cit.*, pp. 93-94.

una eximente (41). Lo consecuente sería, sin embargo, atribuir a cada una de dichas eximentes una doble naturaleza; en los casos en que la pena tuviera eficacia intimidante o inhibitoria sería una causa de justificación y en los casos en que la pena estuviera privada de dicha eficacia sería una mera causa de inculpabilidad. Por otra parte, no está excluida, por completo, la eficacia intimidante o inhibitoria de la pena en algunos inimputables (en algunos enajenados, personas que se hallen en situación de trastorno mental transitorio, en los menores de dieciseis años o en algunas personas que por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tengan alterada gravemente la conciencia de la realidad, comprendidos en las eximentes de los n<sup>os</sup>. 1, 2, 3 y 4 del art. 8<sup>o</sup>) (42) y en cuanto al error de prohibición invencible, cabría esgrimir en favor del principio del *error iuris nocet*, de la irrelevancia del error de prohibición, consideraciones de prevención general. La aplicación de una pena en los supuestos de error de prohibición invencible podría servir de acicate para examinar, en cada caso, con mayor cuidado, la licitud o ilicitud de la conducta (43).

---

(41) Véase Gimbernat, prólogo al libro de A. Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, p. 23, nota 26.

(42) Véase mi artículo, Culpabilidad y pena, incluido en mi libro, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 183-4 y los autores allí citados. En la 2<sup>a</sup> ed. de su libro, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1982, p. 90, nota 120 y pp. 96 y ss., Mir Puig, mantiene el criterio de que los inimputables pueden ser en algunos casos y en alguna medida susceptibles de intimidación por la pena. Véase también, en este sentido, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, *Sobre el concepto de Derecho Penal*, Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 137.

(43) Véase mi artículo, Culpabilidad y pena, incluido en mi libro, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, pp. 182-3 y los autores allí citados.

Por otra parte, de estimarse que la conducta del que actúa en estado de necesidad, en caso de conflicto de intereses iguales, es lícita no cabría frente a ella la legítima defensa. Gimbernat considera que ello conduce a resultados más justos, pues la legítima defensa, al suponer una reacción frente a una agresión ilegítima, no está sujeta al requisito de la proporcionalidad. Frente a la acción del que actúa en estado de necesidad, en caso de conflicto de bienes iguales, cabe invocar, en cambio, según Gimbernat, a su vez, el estado de necesidad. Ello conduce, según él, a resultados más justos, pues en el estado de necesidad sí que rige el principio de la proporcionalidad y el mal causado no puede ser mayor que el que se trataba de evitar. El naufrago asido a la famosa tabla de Carneades no puede invocar la legítima defensa frente al que quiere quitársela, pero sí el estado de necesidad. Ello les coloca en un plano de igualdad y supone, por tanto, una solución más justa (44). Esto no es cierto, sin embargo, pues al esti-

---

(44) Véase Gimbernat, *El Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, pp. 168 y ss. Luzón Peña sugiere, en cambio, de lege ferenda, la creación de una eximente de estado de necesidad defensivo, que permitiera la causación de un mal algo mayor que el que se trate de evitar cuando la acción necesaria recaiga sobre la persona o cosa de la que proceda el peligro. Como dice Luzón Peña: "se trataría de generalizar la idea que, para el caso concreto de los peligros causados por animales o cosas subyace en el art. 228 del B.G.B. (Código civil) alemán". Véase Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, pp. 249-250 (nota 438). En su reciente trabajo, *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, en *Comentarios a la legislación penal*, V, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1985, pp. 269-270 propone incluso Luzón la aplicación ya de una causa de justificación supralegal de estado de necesidad defensivo, por analogía a las causas de justificación de legítima defensa y estado de necesidad. Prescindiendo, de momento, de la cuestión de la oportunidad de la introducción de esta nueva figura de estado de necesidad en nuestro Derecho (véase, a este respecto, nota 94) la propuesta de Luzón pone claramente de manifiesto la insuficiencia de la solución

mar que la acción de ambos es lícita, el Derecho se inhibiría de resolver el conflicto y la solución del mismo quedaría confiada a la ley del más fuerte (45). La solución que propone Gimbernat, implica, además, admitir la posibilidad de invocar la eximente de estado de necesidad frente al que actúa amparado por una causa de justificación. Sería posible, con arreglo a este criterio, invocar, por ejemplo, el estado de necesidad frente al que actúa en legítima defensa. Gimbernat intenta salvar esta dificultad diciendo que todas las restantes causas de justificación (legítima defensa, obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, etc.) implican una valoración positiva de las conductas amparadas en ellas, mientras que el estado de necesidad en caso de conflictos de bienes iguales no implica una valoración positiva de la conducta. Esta es lícita, conforme a Derecho, pero no está valorada positivamente por el ordenamiento jurídico (46). Valoración posi-

---

que rechaza la posibilidad de legítima defensa frente a la acción del que actúa en estado de necesidad, en caso de conflicto de intereses iguales, o dicho de otro modo, la inadmisibilidad de la limitación que supone, en la reacción frente a la acción necesaria, en este caso, la exigencia de proporcionalidad, es decir de que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

(45) Véase también, en este sentido, Küper, *op. cit.*, pp. 94-5. La objeción es válida también frente a la tesis de Carbonell, según el cual el estado de necesidad en caso de conflicto de bienes iguales es causa de justificación únicamente cuando no existe una previa distribución de los bienes que pudiera verse alterada por la acción necesaria; cita el ejemplo de la tabla de Carneades cuando los dos naufragos se asen coetáneamente a ella; véase J. Carbonell Mateu, *La justificación penal*, Madrid, Edersa, 1982, p. 60.

(46) Este es, según Gimbernat, el contenido de verdad de la teoría de la neutralidad, que rechaza, según la cual, las acciones realizadas en estado de necesidad, en caso de conflicto entre bienes iguales, no son lícitas ni ilícitas, sino jurídicamente neutrales, indiferentes al Derecho, o meramente no prohibidas, sustentada en Alemania modernamente por

va que sí se da, en cambio, en el estado de necesidad en caso de conflicto de bienes desiguales cuando el mal causado es menor que el que se trate de evitar. Cabe invocar, por ello, el estado de necesidad frente al estado de necesidad en los supuestos de conflicto entre bienes iguales, pero no en los de conflicto de bienes desiguales. Esta distinción entre las causas de justificación carece, a mi juicio, de fundamento. En las causas de justificación (preceptos permisivos) el Derecho autoriza, permite, cuando se dan ciertas circunstancias, la realización de la conducta típica (47) y si ello es así, es porque en dichas circunstancias la valora positivamente. Si una conducta está amparada por una causa de justificación, si es lícita, es porque el Derecho la valora positivamente. No cabría invocar,

---

H. Mayer, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Kohlhammer, 1953, pp. 189 y ss., *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Kohlhammer, 1967, pp. 92-3 y 133 y Arthur Kaufmann, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, *Festschrift f.R. Maurach*, Verlag C.F. Müller Karlsruhe, 1972, pp. 327 y ss. Véase Gimbernat, *El Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, pp. 166 y ss. Como señalé en mi *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, Introducción, Teoría jurídica del delito / 1, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, p. 403, si pertenecen al tipo todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva no podrán existir acciones típicas jurídicamente neutrales, indiferentes para el Derecho o meramente no prohibidas. En contra de la teoría de la neutralidad o del ámbito libre de regulación jurídica, véase, especialmente, H.J. Hirsch, *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, *Festschrift f.P. Bockelmann zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1979, pp. 89 y ss. y entre nosotros, A. Cuerdo Riezu, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 158 y ss. La teoría de la neutralidad fue mantenida en un principio, en nuestro país, por Jiménez de Asúa (véase adiciones a la traducción del *Programa del Curso de Derecho Criminal*, de F. Carrara, I, 2ª ed., Madrid, Reus, 1925, pp. 431 y 436 y *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 332, 358 y 370) y se advierte su influencia en Cuello Calón-Camargo, *Derecho Penal I*. Parte General, vol. 1º, pp. 408-9.

(47) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1, p. 403.

pues, el estado de necesidad frente al estado de necesidad, en los supuestos de conflicto entre bienes iguales, si la eximente tuviera también en esos casos la naturaleza de una causa de justificación (48).

Considera Gimbernat que la teoría diferenciadora lleva a consecuencias inadmisibles en los supuestos de conflicto de bienes iguales, en materia de participación y de error. Los partícipes deben ser sancionados con pena, pues la acción del autor es simplemente inculpable y, por tanto, ilícita (49) y el error sobre las circunstancias que sirven de base al estado de necesidad debería ser irrelevante como lo es la creencia errónea del autor sobre su inculpabilidad (50). La argumentación no me parece convincente, pues la punición de los partícipes es posible y justa, siempre que no se dé *en ellos también* una exclusión de la culpabilidad. En nuestro Código no existe una regulación del error sobre las causas de inculpabilidad, pero, a mi juicio, debe aplicarse, por analogía (analogía in bonam partem), la regulación del error de prohibición en el art. 6<sup>o</sup> bis a) párrafo 3<sup>o</sup>. Ello no supondría in-

---

(48) Tampoco resulta convincente el intento de Cuerda Riezu de hacer viable dicha posibilidad. Según Cuerda Riezu, en el estado de necesidad, en caso de conflicto de bienes iguales, el Derecho otorga al sujeto una facultad (o un deber) de lesionar el bien jurídico de otra persona, pero a dicha facultad (o deber) no corresponde un deber de tolerancia por parte de la persona sobre la que recae la acción necesaria, que puede invocar también la misma facultad; véase Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, pp. 311 y ss. Si el estado de necesidad en caso de conflicto de bienes iguales, fuese una causa de justificación, la conducta sería lícita y la lesión del bien jurídico de la persona afectada por la acción necesaria no sería un mal; véase supra, pp. 56-61.

(49) Véase Gimbernat, *El estado de necesidad: un problema de anti-juridicidad*, p. 160.

(50) Véase Gimbernat, *El estado de necesidad: un problema de anti-juridicidad*, pp. 161-2 y 165-6.

consecuencia alguna para la teoría de la diferenciación (51), pues la creencia errónea, con error *invencible* en la concurrencia de las circunstancias que sirven de base a una causa de inculpabilidad excluye la culpabilidad, es decir la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica y si es *vencible* la disminuye (52). Únicamente el error sobre la capacidad de culpabilidad, es decir la creencia errónea en la concurrencia de una causa de inimputabilidad (enajenación mental, trastorno mental transitorio, menor edad, etc.) debe ser, lógicamente, irrelevante, pues no afecta realmente a la capacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito de la conducta u obrar conforme a ese conocimiento (53).

Roldán rechaza también la concepción del estado de necesidad, en caso de conflicto entre bienes iguales, como causa de inculpabilidad, en el Código penal español. El estado de necesidad, en nuestro Código, es para él en todo caso una causa de justificación.

---

(51) Como supone Gimbernat (lug. cit.) y Roldán Barbero, *Estado de necesidad y colisión de intereses*, Cuadernos de Política Criminal, nº 20, 1983, p. 545.

(52) Véase, a este respecto, Küper, *op. cit.*, p. 94. Para la exclusión de la culpabilidad en los supuestos de creencia errónea, con error *invencible*, en la concurrencia de las circunstancias que sirven de base a una causa de inculpabilidad, es indiferente, a mi juicio, que el sujeto fuese aún susceptible, en algunos casos, en alguna medida de motivación por la norma, del mismo modo que cuando concurren realmente los supuestos de la causa de inculpabilidad. Cuando la capacidad de motivación por la norma, o de obrar conforme a Derecho, está considerablemente disminuía el ordenamiento jurídico no puede formular un juicio de reproche. Por otra parte, la exclusión de la culpabilidad en los supuestos de error vencible carecería de fundamento, del mismo modo que en el error de prohibición vencible. No me parece convincente, por ello, la réplica de Gimbernat a las objeciones de Küper en este punto; véase Gimbernat, prólogo al libro de A. Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 24 y ss.

(53) Véase, en este sentido, Küper, *op. cit.*, p. 94.

Considera que la fundamentación de la supuesta causa de inculpabilidad en la idea de la no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma es insostenible. En la eximente de estado de necesidad en caso de conflicto de bienes iguales se admite el auxilio necesario, es decir la intervención de terceros, sin limitación alguna. El mal que se trata de evitar puede afectar no sólo a la vida, la integridad corporal o la libertad, sino a cualquier bien jurídico, incluso los de carácter patrimonial. La idea de la exigibilidad, basada en el impulso de la propia conservación, no puede fundamentar la exención de responsabilidad en todos los supuestos de conflicto de bienes iguales (54). Al ser para Roldán la acción realizada en estado de necesidad, en caso de conflicto de bienes iguales, lícita, considera que frente a ella no cabe la legítima defensa, sino el estado de necesidad, la conducta de los partícipes es siempre impune y el error sobre las circunstancias que sirven de base a la eximente sería un error de prohibición (55).

A la crítica de Roldán cabe objetar que si resulta insatisfactoria la exclusión de la culpabilidad en todos los supuestos de conflicto de bienes iguales, más inaceptable resulta aún la exclusión de la antijuridicidad. La conducta realizada en estado de necesidad, en caso de conflicto de bienes iguales, sería lícita, conforme a Derecho. En los supuestos de auxilio ne-

---

(54) En su trabajo, *Estado de necesidad y colisión de intereses* (p. 525) Roldán considera, incluso, que la idea de la no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma está vinculada a la concepción del estado de necesidad como un conflicto de bienes y no de intereses.

(55) Véase H. Roldán Barbero, *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal Español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*, pp. 34 y ss. y *Estado de necesidad y colisión de intereses*, pp. 509 y ss.

cesario, cualquier persona estaría facultada para intervenir y arrogarse el papel de árbitro, siendo su conducta lícita y sin poderse invocar frente a ella, por tanto, la legítima defensa (56). Tampoco podría invocarse, por las razones antes esgrimidas frente a la tesis de Gimbernat, el estado de necesidad. Los partícipes serían en todo caso impunes. Sólo mediante una interpretación restrictiva de la eximente de estado de necesidad, en caso de conflicto de intereses iguales, con base en el concepto de culpabilidad es posible llegar, como veremos, a resultados satisfactorios.

Mir Puig se aparta también de la opinión dominante, aunque admite la existencia de un estado de necesidad justificante y de un estado de necesidad exculpante. Considera que la eximente de estado de necesidad, del nº 7 del art. 8º del Código penal español, es una causa de justificación y que los supuestos de estado de necesidad exculpante deben considerarse incluidos en la eximente de miedo insuperable del nº 10 del art. 8º (57) y cuando esto no sea posible debe apreciarse una eximente por analogía (58). La eximente del nº 7 del art. 8º, según él, no puede comprender el estado de necesidad justificante y el exculpante, pues se establece en ella un tratamiento

---

(56) Véase también, en este sentido, J. Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, p. 245.

(57) Según el nº 10 del art. 8º está exento de responsabilidad criminal: "El que obra impulsado por un miedo insuperable de un mal igual o mayor".

(58) Véase Mir Puig, adiciones a la trad. del *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, de Jescheck, I, pp. 505 y ss., *Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7º, C.P.* en *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, I, pp. 505 y ss. y *Derecho Penal*, Parte General, pp. 389-90 y 401-2, a cuya tesis se adhiere Silva Sánchez, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, p. 664.

único y por otra parte, la amplitud con que admite el auxilio necesario, la falta de limitación de los bienes tutelados a los de carácter personalísimo y la exigencia de una comparación objetiva de los males, resultan sólo adecuados para la regulación del estado de necesidad como causa de justificación (59). Mir Puig insiste en que lo que hay que comparar, en la eximente de estado de necesidad, no son los bienes en conflicto, sino los *males*, el causado y el que se trataba de evitar. Cuando los bienes sean iguales, el mal causado será no obstante, mayor, casi siempre, pues la acción típica realizada implica una perturbación del orden jurídico y cuando sea individual el bien lesionado, supondrá asimismo una injerencia anormal en la esfera del sujeto pasivo. Sólo cuando el mal que se trate de evitar fuera una conducta penalmente típica e implique, por tanto, también una perturbación del orden jurídico, podrán ser los males iguales. No bastará, por tanto, para la aplicación del estado de necesidad, como causa de justificación, que los bienes sean iguales, ni que el bien que se trataba de salvar fuera algo superior que el lesionado, pues la diferencia entre los bienes se vería compensada en este caso, normalmente, por la perturbación del orden jurídico. Será preciso que el bien salvado sea esencialmente superior al bien lesionado (60).

Es cierto, como recuerda Mir Puig, que lo que hay que comparar en nuestro Código penal, en la eximente de estado de necesidad del n<sup>o</sup> 7 del art. 8<sup>o</sup>, no son

---

(59) Véase adiciones a la trad. del *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, de Jescheck, I, pp. 505-6, *Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7<sup>o</sup> C.P.*, p. 506 y *Derecho Penal*, Parte General, p. 389.

(60) Véase adiciones a la trad. del *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, de Jescheck, I, pp. 507-8, *Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7<sup>o</sup>, C.P.*, pp. 506 y ss. y 515 y ss. y *Derecho Penal*, Parte General, pp. 389-390 y 401-2.

los bienes jurídicos salvado y lesionado, sino dos males, el causado y el que se trataba de evitar. Lo que resulta objetable es que en la ponderación de los males incluya, Mir Puig, la perturbación del orden jurídico, pues ésta estará condicionada en su existencia y medida por el resultado de la ponderación de intereses (61). Si el mal causado es menor que el que se trata de evitar, la conducta estará de acuerdo con los fines del ordenamiento jurídico. Sólo se habrá producido una perturbación del orden jurídico cuando el mal causado sea mayor o igual que el que se trataba de evitar y en este último caso la perturbación del orden jurídico se verá compensada por su mantenimiento al evitar un mal de la misma gravedad (62). Por otra parte, en la ponderación de intereses no hay que tener en cuenta únicamente el valor de los bienes y la injerencia anormal en la esfera del lesionado, sino también si los bienes han sido lesionados o puestos únicamente en peligro, la gravedad de la lesión o del peligro, si la lesión es o no irreparable, así como, en su caso, el desvalor de la acción. En definitiva, Mir Puig considera que el estado de necesidad es causa de justificación cuando el *mal* causado es menor que el que se trataba de evitar y cuando ambos *males* sean iguales. Cuando el *mal* causado sea mayor que el que se trate de evitar la conducta no está comprendida en la eximente de estado de necesidad del n<sup>o</sup> 7 del

---

(61) Véase Hirsch, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10<sup>a</sup> ed., comentario al art. 34 n<sup>o</sup> 69, que rechaza la opinión contraria de Lenckner, en *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, comentario al art. 34, p. 457 (n<sup>o</sup> 22) y 462 (n<sup>o</sup> 40), *Der rechtfertigende Notstand*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1965, pp. 113-4, 123 y ss. y G. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1983, p. 351, n<sup>o</sup> 31.

(62) Véase, en este sentido, J. Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, p. 250.

art. 8º, pero tampoco podrá incluirse en la de miedo insuperable del nº 10 del mismo artículo, como sugiere Mir Puig, pues en ella se exime de responsabilidad únicamente al que obra impulsado por miedo insuperable *de un mal igual o mayor*. Según la opinión dominante, la valoración de los males en la eximente de miedo insuperable ha de llevarse a cabo, como en la de estado de necesidad, con arreglo a un criterio objetivo, sin atenerse a la valoración del sujeto (63). Mir Puig también considera que la valoración ha de llevarse a cabo, en ambos casos, con arreglo a un criterio objetivo, pero cree posible una diferenciación: “mientras que en el estado de necesidad justificante debe preguntarse si el mal es igual o mayor al hombre medio situado en posición imparcial ante los bienes en conflicto, en el miedo insuperable la pregunta debe dirigirse al hombre medio colocado en la situación del autor. Aquí hay que preguntar: ¿qué mal consideraría mayor el hombre medio que se viese amenazado como el autor?: Así, mientras que entre la vida y la integridad física el hombre medio imparcial debe estimar de mayor valor la primera, puede considerar más grave para él perder una extremidad que el mal que también para él debe representar el dar muerte a un semejante”. Según Mir Puig, “para que el hombre medio imaginario (imagen normativa) pueda perder su imparcialidad, es preciso que el mal que le amenace ponga en peligro alguno de sus bienes personalísimos, como la vida, la integridad física...”. “De ahí que el estado de necesidad exculpante que puede cobijarse en la eximente de miedo insuperable del art. 8º, 10 haya de reducirse a los casos en que se

---

(63) Véase, supra, pp. 59-61 y por lo que respecta a la eximente de miedo insuperable, mi artículo Culpabilidad y pena, incluido en mi libro, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 193.

hallan en peligro bienes personalísimos” (64). El criterio de distinción que propone Mir Puig entre la valoración de los males en la eximente de estado de necesidad y en la de miedo insuperable no me parece convincente. En ambos casos la ponderación de intereses y por tanto, de los males, ha de llevarse a cabo con arreglo a las valoraciones del Derecho. Se trata de la ponderación de intereses o de los males *por parte del ordenamiento jurídico* (65). Es posible, además, que el sujeto no actúe impulsado por un miedo insuperable aunque se encuentre en un estado de necesidad (66). No podría aplicarse tampoco una eximente por analogía a la del nº 10 del art. 8º, con base en la existencia de una motivación anormal, similar a la del miedo insuperable, pues lo impide la exigencia *expresa*, en dicha eximente, de que el miedo haya sido producido por la amenaza de un mal *igual o mayor* (67).

Para llegar a una solución satisfactoria del proble-

---

(64) Véase sus adiciones a la trad. del *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, de Jescheck, I, p. 507, *Problemas de estado de necesidad en el art. 8,7º, C.P.*, pp. 508-9 y *Derecho Penal*, Parte General, pp. 529 y 531-2.

(65) Véase también en este sentido, Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal*, Parte General, Universidad de Valencia, 1984, p. 579.

(66) Véase también en este sentido, J. Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, p. 246 y A. Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, p. 251 (nota 11).

(67) Mir Puig, con el fin de hacer viable la inclusión de todos los supuestos de estado de necesidad exculpante en la eximente de miedo insuperable, propone, de lege ferenda, una nueva redacción de esta eximente: “El que impulsado por un miedo insuperable a perder su vida, su integridad física o mental o la de sus parientes próximos produce un mal no absolutamente desproporcionado”. Véase *Problemas de estado de necesidad en el art. 8,7º, C.P.*, p. 509. La referencia al miedo insuperable dejaría ya, sin embargo, fuera de la eximente, algunos supuestos de estado de necesidad exculpante.

ma del fundamento y naturaleza de la eximente de estado de necesidad en el Código penal español hay que someter a revisión, en primer lugar, el criterio de la opinión dominante de que el estado de necesidad será una causa de justificación siempre que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar (68). Si un cirujano extrae a una persona sana un riñón, sin su consentimiento, para que otro colega pueda llevar a cabo un trasplante de órganos con el fin de salvar la vida a un paciente (69) el mal causado es menor que el que se trata de evitar. Se ha producido una lesión corporal (70) y un atentado a la libertad (71),

---

(68) Cobo del Rosal-Vives Antón, exigen para que la conducta sea lícita que la acción realizada sea idónea para salvar el interés superior; véase *Derecho Penal*, Parte General, pp. 433-4 y 572. El argumento que invocan en favor de su tesis, de que en la tentativa lo injusto “exige la idoneidad del acto ejecutivo, además de la resolución criminal”, carece de fundamento en nuestro Código Penal, donde se castiga, en el párrafo 2º del art. 52, la tentativa inidónea. Por otra parte, si la acción es inidónea para evitar el mal, no es una acción necesaria y faltará ya, por tanto, el estado de necesidad como requisito básico de la eximente.

(69) Si el cirujano que extrae el riñón fuera el mismo que tuviera que llevar a cabo el trasplante a *su* paciente, estaríamos ante un conflicto de deberes; el deber de curar al paciente y el de abstenerse de realizar la acción prohibida, la causación de las lesiones corporales. La colisión de deberes no está incluida, a mi juicio, en la eximente de estado de necesidad en el Código penal español, sino en la del nº 11 del art. 8º: “El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. Véase mi artículo, Noción del estado de necesidad, como requisito básico de la eximente del nº 7 del art. 8º del Código penal español. Estado de necesidad y colisión de deberes, de próxima publicación en el nuevo libro homenaje a D. Luis Jiménez de Asúa con motivo del 15 aniversario de su fallecimiento.

(70) Se trataría de una mutilación de órgano principal ejecutada de propósito, del art. 419, castigada con la pena de reclusión menor.

(71) Un delito de coacciones del párrafo primero del art. 496 castigado con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas, que quedaría consumido por el delito de lesiones corporales.

pero es indudable que en nuestro ordenamiento jurídico la vida humana es un bien superior al de la integridad corporal y al de la libertad. Para cerciorarse de ello basta con comparar las penas de los delitos contra la vida, (arts. 405 y ss.), de los delitos de lesiones corporales (arts. 418 y ss.) y de los delitos contra la libertad y seguridad (arts. 480 y ss.). En el plano constitucional se considera también que el derecho a la vida es el primero de los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo segundo del Título I. (72) (73).

---

(72) Véase, en este sentido, Lorenzo Martín Retortillo, *Derechos fundamentales en tensión (¿Puede el juez ordenar una transfusión de sangre en peligro de muerte aún en contra de la voluntad del paciente?)*, en *Poder Judicial* n° 13, diciembre 1984.

(73) El famoso caso, resuelto por el auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979, en que un juez autorizó a un médico a hacer una transfusión de sangre, si la consideraba necesaria para salvar la vida de una paciente, a la que se había practicado una intervención quirúrgica y que se oponía a ello por sus convicciones religiosas al ser miembro de la Asociación de los Testigos de Jehová, es, a mi juicio, un caso de conflicto de deberes. Entraban en conflicto el deber de prestar socorro a una persona que se hallaba desamparada y en peligro manifiesto y grave (art. 489 bis), e incluso un deber de garante y el deber de omitir un delito contra la libertad religiosa del art. 205. La conducta del juez estaría amparada, en su caso, en la eximente del n° 11 del art. 8º, de obrar en cumplimiento de un deber. Véase sobre dicho Auto del Tribunal Supremo el interesante comentario de Miguel Bajo Fernández, *La intervención médica contra la voluntad del paciente*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1979, fasc. 2º, pp. 491 y ss. Véase también sobre el Auto de la Sección segunda, Sala Primera, del Tribunal Constitucional, de 20 de junio de 1984 que rechazó un recurso de amparo interpuesto contra los Autos de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1983 y 25 de enero de 1984, que denegaron la interposición de una querrela contra un juez por los delitos de coacción, contra la libertad religiosa y de imprudencia temeraria con resultado de muerte, por autorizar una transfusión de sangre “para resolver diversos problemas hemorrágicos derivados de un parto previo” en contra de la voluntad de la paciente y de su esposo, testigos de Jehová, Lorenzo Martín Retortillo, *Derechos fundamentales en tensión (¿Puede el juez ordenar una transfusión de sangre en peligro de*

Si una persona da muerte a otra para salvar varias vidas humanas, por ejemplo si da muerte al dueño de una lancha motora que se opone violentamente a que sea utilizada para el salvamento de varios náufragos, el mal causado es menor que el que se trataba de evitar (74). Según la opinión dominante, la conducta sería lícita si concurrían los restantes requisitos de la eximente de estado de necesidad. No es posible considerar lícitas, sin embargo, estas conductas que suponen un grave atentado a la dignidad de la persona humana. En ambos casos se utiliza al ser humano como un simple instrumento para la consecución de otros fines y ello implica un grave atentado contra su dignidad (75). Creo que hay que introducir, por ello, una restricción en el criterio de la opinión dominante: el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que

---

*muerte aún en contra de la voluntad del paciente?*), Lug. cit. En los Autos de 22 de diciembre de 1983 y 25 de enero de 1984 el Tribunal Supremo negó que en la conducta del juez se dieran los elementos del tipo de los delitos que le imputaban, mientras que en el Auto de 14 de marzo de 1979 apreció la concurrencia de la eximente de estado de necesidad, del nº 7 del art. 8º.

(74) En la Ciencia del Derecho penal alemana se rechaza, en cambio, por la mayor parte de los penalistas, toda ponderación cuantitativa de vidas humanas; véase, por ejemplo, Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 291 (*Tratado de Derecho Penal*, Parte General, I, p. 494), Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, Die Straftat, p. 143 (nº 459) (que rechaza toda ponderación cuantitativa de bienes jurídicos eminentemente personales, como la vida, la integridad corporal o el honor), Lenckner, en *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, comentario al art. 34, p. 452, nº 23 y 24, *Der rechtfertigende Notstand*, pp. 27 y ss., especialmente pp. 30-1, y Hirsch, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10ª ed., comentario al art. 34, nº 65. Mantiene este criterio, entre nosotros, J. Bustos, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, p. 249.

(75) Véase, en este sentido, Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 178, que dice, invocando a Kant: "Pues el ser humano no debe ser tratado como una cosa, sino siempre *también* como un fin en sí mismo".

se trataba de evitar siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana (76). Cabría objetar, que el respeto a la dignidad de la persona humana es otro interés que debe ser tenido en cuenta en la ponderación de intereses y por tanto, en la de los males (77). No me parece correcto, sin embargo, considerar como un simple interés más, a incluir en la ponderación, nada menos que la vigencia de un principio material de justicia, que es un límite inmanente del Derecho positivo (78). La invocación de este principio en el marco de la ponderación de intereses privaría a ésta de límites y contornos precisos, al introducir en la misma un juicio de valor de naturaleza esencialmente diferente (79). Cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, pero se ha-

---

(76) Véase también en este sentido, Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1973, pp. 26 y ss. (*Política criminal y sistema del Derecho Penal*, traducción e Introducción de F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, pp. 57 y ss.), Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 579 y G. Rodríguez Mourullo, *Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad*, en *Estudios Penales*, Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 513.

(77) Como estiman Lenckner, en *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, comentario al art. 34, p. 462 (nº 38), p. 466 (nº 47), *Der rechtfertigende Notstand*, pp. 111 y ss., Hirsch, en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10ª ed., comentario al art. 34, nº 53 y ss. y especialmente nº 68 y 79-81, Carbonell, *La justificación penal*, p. 54, Cobo-Vives, *Derecho Penal*, Parte General, p. 432, nota 22 y 433 y Mir Puig, adiciones a la trad. del *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, de Jescheck, I, p. 508, *Problemas de estado de necesidad en el art. 8,7º, C.P.*, pp. 516-7 y *Derecho Penal*, Parte General, p. 402.

(78) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, Introducción, Teoría jurídica del delito/1, pp. 19-20.

(79) Véase, a este respecto, Gallas, *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, Z. Str. W., tomo 80, 1968, fasc. 1º, p. 27.

ya cometido una grave infracción del respeto debido a la dignidad de la persona humana la conducta será ilícita y cabrá frente a ella la legítima defensa. El estado de necesidad solo podrá tener, en estos casos, la naturaleza de una causa de inculpabilidad.

Algunos penalistas españoles para llegar a una solución satisfactoria en estos casos exigen, por influencia de la Ciencia del Derecho penal alemana, para que el estado de necesidad sea una causa de justificación, que el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar y que la acción sea, además, *un medio adecuado (justo) para conseguir el fin justo* (80). Se trata de un requisito exigido en la eximente de estado de necesidad, como causa de justificación, del art. 34 del Código penal alemán (81), inspirado en el pensamiento de Graf zu Dohna (82). Su alcance es muy dis-

---

(80) Véase, C. M<sup>a</sup> Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, I, *La actividad curativa*, pp. 379 y ss., Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1984, p. 109 y E. Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal Español*, II. *El hecho punible*, Akal, Madrid, 1985, p. 80. Miguel Bajo Fernández considera que el mal causado será mayor que el que se trataba de evitar y no será posible aplicar, por tanto, la eximente de estado de necesidad (ni como causa de justificación, ni como causa de inculpabilidad) si la conducta no es adecuada “a los valores fundamentales de la comunidad jurídica”; véase, *La intervención médica contra la voluntad del paciente*, lug. cit., pp. 494 y ss., *Agresión médica y consentimiento del paciente*, Cuadernos de Política Criminal, n<sup>o</sup> 25, 1985, pp. 130 y ss. y *Manual de Derecho Penal* (Parte Especial) *Delitos contra las personas*, Editorial Ceura, Madrid, 1986, pp. 166-7.

(81) Donde se exige que “el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro”.

(82) Véase A. Graf zu Donha, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4<sup>a</sup> ed., L. Röhrscheid Verlag, Bonn, 1950, p. 35, que sustentaba la llamada teoría del fin (“medio correcto para un fin correcto”, es decir conforme a Derecho) frente al principio de la ponderación de bienes, para la fundamentación del estado de necesidad justificante (entonces suprallegal). Véase, a este respecto, Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 288. (*Tratado de Derecho Penal*, Parte General, pp. 490-1).

cutido en la moderna Ciencia del Derecho penal alemana. Según Jescheck, implica la exigencia de que la acción sea conforme con las valoraciones ético-sociales y los principios fundamentales que informan el ordenamiento jurídico. Representaría, pues, un requisito adicional al de la ponderación de intereses, es decir al de que los intereses salvaguardados sean considerablemente superiores a los intereses lesionados (83). Lenckner considera, en cambio, que estas valoraciones y principios fundamentales pueden ser tenidos en cuenta en la ponderación de intereses si se interpreta ésta con la debida amplitud. El requisito de la adecuación de la acción para evitar el peligro sería, pues, supérfluo. La acción sería siempre y sólo adecuada cuando los intereses lesionados fueran esencialmente inferiores a los salvaguardados (84). Para Hirsch el requisito de la adecuación representa sólo una cláusula de control, que debe servir de toque de atención para revisar cuidadosamente el resultado de la ponderación de intereses (85). Por mi parte, creo

---

(83) Véase Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pp. 291-2. (*Tratado de Derecho Penal*, Parte General, pp. 495-6). Atribuyen también una significación independiente al requisito de la adecuación, por ejemplo, Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, *Die Straftat*, p. 144 (nº 460 y ss.), Gallas, *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, lug. cit., pp. 26 y ss., Maurach-Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 6ª ed., C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1983, pp. 364 y ss. y Wessels, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 12ª ed., C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1982, pp. 74 y ss.

(84) Véase Lenckner, en *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, comentario al art. 34, pp. 465-466, nº 46-7, *Der rechtfertigende Notstand*, pp. 70 y ss., 111 y ss. y 128 y ss. Consideran también supérfluo el requisito de la adecuación, por ejemplo, Baumann-Weber, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Verlag E. y W. Gieseking, Bielefeld, 9ª ed., 1985, p. 351 y *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil*, J.C.B. Mohr, Tübinga, 1966, p. 51.

(85) Véase Hirsch, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10ª ed. comentario al art. 34, nº 79 y ss.

que este requisito, que no se establece en la eximente de estado de necesidad del n<sup>o</sup> 7 del art. 8<sup>o</sup> del Código penal español, es puramente formal y que todas las valoraciones ético-sociales, y los principios informadores del ordenamiento jurídico pueden ser tenidos en cuenta en la ponderación de intereses con la única excepción del respeto a la dignidad de la persona humana por tratarse, en este caso, de un principio material de justicia, de validez a priori, que constituye un límite inmanente al Derecho positivo. Hay que tener en cuenta, además, que algunos de los requisitos que se incluyen por los autores alemanes en el de la adecuación, se exigen de un modo expreso en la eximente n<sup>o</sup> 7 del art. 8<sup>o</sup> de nuestro Código penal: que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto y que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse.

Cuando el mal causado sea igual al que se trataba de evitar no es posible considerar que la acción sea lícita, por las razones expuestas al analizar las opiniones de Gimbernat, Roldán y Mir Puig; especialmente porque, en los supuestos de auxilio necesario, ello otorgaría a cualquier persona el papel de árbitro en la solución del conflicto. Su acción sería lícita y no cabría frente a ella ni la legítima defensa, ni el estado de necesidad. Pero tampoco es posible considerar, como la opinión dominante, que la acción sea en esos casos siempre inculpable (86). Es preciso llevar a cabo

---

(86) Bacigalupo considera que en el estado de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales o cuando el interés salvado no sea esencialmente superior al interés lesionado queda excluida la atribuibilidad (Jiménez de Asúa) o la responsabilidad por el hecho (Maurach), elemento intermedio entre la antijuridicidad y la culpabilidad; véase E. Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal Español*, II, *El hecho punible*, pp. 89 y ss. y 93-4. Sobre el concepto de la responsabilidad por el he-

una interpretación restrictiva de la eximente de estado de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales. En primer lugar, hay que tener en cuenta que en el estado de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales es menor ya lo injusto, en todo caso el desvalor de la acción, pues el sujeto realiza la acción típica para salvaguardar otros intereses, de igual entidad, protegidos por el Derecho y si consigue salvaguardar estos intereses será también menor el desvalor del resultado (87). Para apreciar la causa de inculpabilidad es preciso que se dé, junto a la disminución de lo injusto —que determina ya una disminución de la culpabilidad, pues ésta consiste en la reprochabilidad

---

cho, formulado por Maurach, véase Maurach-Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, pp. 415 y ss. y sobre la eximente de estado de necesidad del art. 35 del Código penal alemán como un caso de exclusión de la responsabilidad por el hecho, pp. 429 y ss. y sobre el concepto de atribuibilidad, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, 2<sup>a</sup> ed., Losada, Buenos Aires, 1963, pp. 20 y ss. y Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal*, II, *El hecho punible*, pp. 89 y ss.

(87) En la moderna Ciencia del Derecho penal alemana se ha puesto de manifiesto que en la eximente de estado de necesidad como causa de inculpabilidad (actualmente regulada en el art. 35) se da también una disminución de lo injusto, del desvalor de la acción, desde el momento en que el sujeto realiza la acción típica para salvar un bien jurídico (vida, integridad corporal o libertad) propio o ajeno y del desvalor del resultado; véase, en este sentido, Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1959, pp. 156 y ss. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed. Walter de Gruyter, Berlín, 1969, pp. 178-9, Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 388 (*Tratado de Derecho Penal*, Parte General, p. 659). Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, *Die Straftat*, pp. 178-9, n<sup>o</sup> 601, Lenckner en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, comentario previo a los arts. 32, y ss. n<sup>o</sup> 111 y comentario al art. 35, n<sup>o</sup> 2, Rudolphi, en Rudolphi, Horn, Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1, Allgemeiner Teil, 3<sup>a</sup> ed., 1983, comentario al art. 35, pp. 257 y ss., n<sup>o</sup> 1 y ss. Hirsch, *Leipziger Kommentar*, observaciones previas al art. 32, n<sup>o</sup> 183 y comentario al art. 35, n<sup>o</sup> 4 y Wessels, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 98 y ss.

personal de la conducta antijurídica— una exclusión o considerable disminución de la capacidad del sujeto de obrar conforme a la norma. Si esta capacidad está considerablemente disminuída no le será exigible la obediencia al Derecho y la acción será inculpable (88). Esta interpretación restrictiva encuentra un firme punto de apoyo en la exigencia, en el n° 7 del art. 8º, de que el sujeto actúe *impulsado* por un estado de necesidad. El sujeto ha de conocer, por tanto, la existencia de un estado de necesidad y éste ha de ser el motivo determinante de su acción (89). En el estado de necesidad propio la exclusión de la culpabilidad se dará normalmente cuando el bien jurídico en peligro sea de carácter personal. Es posible que se dé también, sin embargo, cuando se hallen en peligro bienes patrimoniales de considerable valor, en relación con

---

(88) La mayor parte de los penalistas alemanes distinguen entre causas de inculpabilidad, que excluyen realmente la culpabilidad y causas de exculpación en las que en realidad el Derecho disculpa una culpabilidad existente, pero de escasa gravedad. Al primer grupo pertenecerían las causas de inimputabilidad o de exclusión de la capacidad de culpabilidad y el error de prohibición invencible, mientras que en el segundo grupo incluyen el estado de necesidad y todas las restantes causas de inculpabilidad basadas en el principio de la no exigibilidad (que llevan aparejada, a su vez, una disminución de lo injusto); véase Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 151 y ss., Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 178-9, Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pp. 385 y ss. (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, pp. 654 y ss.), Lenckner, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, observaciones previas al art. 32, n° 108 y comentario al art. 35, n° 2, y Wessels, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 98-9. En realidad esta distinción no me parece necesaria, pues cuando la culpabilidad es de muy escasa gravedad puede estimarse que no llega al nivel de la culpabilidad jurídico-penal; véase, a este respecto, Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pp. 179, n° 601 y 180 y ss. y Hirsch, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, observaciones preliminares al art. 32, n° 182.

(89) Véase infra, pp. 97-99.

la capacidad económica del sujeto. En los supuestos de auxilio necesario, la exclusión de la culpabilidad sólo será posible si el mal amenaza a un bien jurídico cuyo titular sea un pariente, amigo o persona allegada al sujeto (90). Únicamente en esos casos el mal que amenaza a un tercero podría excluir o disminuir considerablemente la capacidad del sujeto de obrar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. Para determinar si le era exigible o no al sujeto el obrar conforme a la norma habrá que atender a la conducta que llevaría a cabo, en dicha situación, una persona inteligente, respetuosa con las exigencias del ordenamiento jurídico (91).

El estado de necesidad podrá ser también una causa de inculpabilidad cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, pero la conducta suponga una grave infracción del respeto debido a la dignidad de la persona humana. Es preciso para ello, también, sin embargo, que junto a la disminución de lo injusto, se dé en el sujeto una exclusión o considerable disminución de la capacidad de obrar conforme a la norma, de modo que no le sea exigible la obediencia al Derecho. En los ejemplos mencionados, de la extracción del riñón para un trasplante de órganos o de la muerte del dueño de la embarcación, la aplicación de la eximente de estado de necesidad, como causa de inculpabilidad, estará condicionada a que por cualquier razón (parentesco, amistad, etc.) haya quedado

---

(90) Véase ya, en este sentido, Antón Oneca y los autores citados en la nota 34.

(91) Criterio normativo, coincidente con el sugerido por Fb. Schmidt de la conducta del "ciudadano leal"; véase, a este respecto, H. Henkel, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, Festschrift f. Ed. Mezger zum 70. Geburtstag, Verlag C.H. Beck, Munich y Berlín, 1954, p. 307.

excluída o considerablemente disminuída la capacidad de obrar conforme a la norma.

Cuando la conducta realizada en estado de necesidad sea simplemente inculpable cabrá frente a ella la legítima defensa y la conducta de los partícipes será punible (92), salvo que en ellos se aprecie también una exclusión o considerable disminución de la capacidad de obrar conforme a la norma. De la acción ilícita no derivará, sin embargo, una responsabilidad civil, pues, de acuerdo con lo dispuesto en la regla 2ª del art. 20, en todos los supuestos de aplicación de la eximente de estado de necesidad la responsabilidad civil recaerá sobre la persona en cuyo favor se haya precavido el mal (93).

De lege ferenda sería aconsejable, a mi juicio, regular por separado el estado de necesidad como causa de justificación y como causa de inculpabilidad, de modo que se admitiera el auxilio necesario sin limita-

---

(92) Véase, en este sentido, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 369 y Díaz Palos, *Estado de necesidad*, p. 34. En Alemania postula la impunidad de la participación en el estado de necesidad exculpante, Rudolphi, en *Ist die Teilnahme an einer Notstandstat im Sinne der Par. 52, 53, Abs. 3 und 54 St. G. B. strafbar?* Z. Str. W., Tomo 78, 1966, pp. 98-9 y en Rudolphi, Horn, Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1, Allg. Teil, comentario al art. 35, p. 264, nº 21. El argumento que aduce no me parece convincente, pues no es cierto que el legislador renuncie aquí, en el estado de necesidad exculpante, de un modo *general* a exigir el cumplimiento de la norma bajo la amenaza de la pena. En el estado de necesidad exculpante no se presume de un modo irrefutable, como estima Rudolphi, la presencia de una restricción en la libertad de motivación; véase Rudolphi, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1, Allg. Teil, comentario al art. 35, p. 258, nº 4.

(93) De otra opinión Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, III. *Culpabilidad, Punibilidad, Formas de aparición*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 107, según el cual en el estado de necesidad como causa de inculpabilidad se deriva una responsabilidad civil de la acción ilícita.

ción alguna en el primer caso y en el segundo, únicamente cuando el mal amenace a un bien jurídico cuyo titular sea un pariente, amigo o persona allegada al sujeto. Sería conveniente también reducir el estado de necesidad, como causa de inculpabilidad, a aquellos casos en que esté en peligro un bien jurídico de carácter personal o bienes patrimoniales de considerable valor, de modo que no le fuera exigible al sujeto arrostrar el peligro, o abstenerse de intervenir, en el auxilio necesario. El mal causado podría ser mayor, siempre que no fuera muy desproporcionado, que el mal que se trataba de evitar, en el estado de necesidad como causa de inculpabilidad, pero no en el estado de necesidad como causa de justificación (94) (95).

---

(94) No me parece convincente la propuesta de Luzón Peña de crear una nueva eximente de estado de necesidad defensivo, que *permitiera* la causación de un mal algo superior que el que se trate de evitar cuando la acción necesaria recaiga sobre la persona o cosa de la que proceda el peligro; véase la nota 44, propuesta a la que se adhiere Silva Sánchez para los peligros procedentes de ataques de animales o cosas, pero no para los que dimanen del ser humano en los supuestos de ausencia de acción, véase, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, pp. 672 y ss. Si el mal causado es mayor que el que se trate de evitar la conducta no está de acuerdo con los fines del ordenamiento jurídico y no debe considerarse, por ello, lícita.

(95) En la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, de 1983, (art. 22, n.º 6º) se mantiene, sin embargo, la redacción de la eximente de estado de necesidad prácticamente inalterada: “El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesiona un bien o infringe un deber siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero.— Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo.— Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero.— Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

## REQUISITOS

### a) Animo o voluntad de evitar un mal propio o ajeno

Para que se de la eximente es preciso que el sujeto actúe impulsado por el estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno. No basta, por tanto, con que el sujeto tenga conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos que sirven de base a la eximente, especialmente que tenga conocimiento de la existencia de un estado de necesidad, sino que es preciso que concurra un elemento subjetivo adicional. El sujeto ha de actuar impulsado por el estado de necesidad con el *fin*, es decir con el *ánimo* de evitar un mal propio o ajeno. Este es, como vimos, el criterio de la opinión dominante (96). Este ánimo o voluntad es compatible, sin duda, con otras motivaciones (97), pero ha de ser el motivo desencadenante de la acción (98). Ello se deduce del empleo por la ley de la palabra *impulsado*. El ánimo o voluntad de evitar un mal propio o ajeno representa un elemento subjetivo tanto de la causa de justificación como de la causa de inculpabilidad.

---

(96) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, Introducción. Teoría jurídica del delito/1, pp. 428 y ss., especialmente nota 33.

(97) Véase, en este sentido, Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 176, y *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 282-3, Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General II, p. 359 y Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, p. 400.

(98) De otra opinión, Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal*, Parte General, p. 432, nota 21. No es preciso, sin embargo que sea el motivo único, como supone Rodríguez Devesa (Véase Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 570) y el Tribunal Supremo en las sentencias de 15 de Marzo de 1952 (A. 420), 13 de Abril de 1984 (A. 2351), 9 de Diciembre de 1985 (A. 6008) y 21 de Enero de 1986 (A. 163).

La exigencia de este elemento subjetivo no supone que la eximente no sea aplicable en los delitos culposos, como estima generalmente el Tribunal Supremo (99). El que el sujeto actúe impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno no implica la necesidad de que la lesión del bien jurídico de otra persona, o que la causación del mal, sea voluntaria. El sujeto que actúe impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, podrá realizar una acción dolosa —con conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo de un delito doloso— pero podrá también realizar simplemente una acción imprudente, es decir que no corresponda al cuidado objetivamente debido para evitar la lesión de los bienes jurídicos (100). En este caso el mal causado estará integrado no solo por la inobservancia del cuidado objetivamente debido

(99) Véase las sentencias citadas por J. Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 176 y ss., *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 283 y ss., Silva Sánchez, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, pp. 678-9 y H. Roldán Barbero, *Estado de necesidad y colisión de intereses*, p. 512, especialmente las de 23 de Junio de 1955 (A. 1848), 30 de Enero de 1960 (A. 244) y 16 de Abril de 1962 (A. 1828).

(100) Admiten también la aplicación de la eximente de estado de necesidad en los delitos culposos, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 419, Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 176 y ss., *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 283 y ss. (No es preciso, sin embargo, como supone Córdoba Roda, que el sujeto tenga conciencia de la infracción del cuidado objetivamente debido, pues el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de la infracción del cuidado objetivamente debido no es un elemento del tipo de lo injusto de los delitos culposos, sino un elemento perteneciente a la culpabilidad), Silva Sánchez (que, siguiendo la opinión de Córdoba Roda, deduce que las conductas imprudentes solo pueden considerarse incluidas en la expresión legal “o infringe un deber”, pues la lesión del bien jurídico, en el delito culposo, no es voluntaria), Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, pp. 251-2 y Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, p. 400.

(desvalor de la acción) sino también, en los delitos culposos de resultado, por el resultado material o el peligro concreto de un bien jurídico, producidos como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (desvalor del resultado). Me parece un acierto, por ello, la nueva orientación que parece apuntar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tendente a admitir la aplicación de la eximente de estado de necesidad en los delitos culposos (101).

**b) Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar**

La ponderación de los males exigé, como vimos, la ponderación de todos los intereses en juego. Hay que tener en cuenta no solo la importancia del bien jurídico lesionado y del que se quería salvaguardar, sino también la forma y la gravedad de su lesión (102), así como su reparabilidad o irreparabilidad

---

(101) En la sentencia de 29 de Octubre de 1976 (A. 4365), de la que fue ponente el ilustre magistrado D. Angel Escudero del Corral, el Tribunal Supremo admitió, en principio, la aplicabilidad de la eximente de estado de necesidad en los delitos culposos, influido por la tesis de Córdoba Roda, pero rechazó su aplicación en el caso concreto por falta de los requisitos del estado de necesidad (el mal era evitable por otro procedimiento menos perjudicial y el mal causado era mayor que el que se trataba de evitar). Parece seguir la misma orientación la sentencia de 14 de Diciembre de 1983 (A. 6566).

(102) Como dice Bustos: "puede suceder que objetivamente, dentro del orden de prelación del C.P. un bien sea inferior al otro, como es el caso de la propiedad respecto de la salud individual, pero en razón de las circunstancias que concurren en el caso concreto respecto de los intereses en juego, *claramente*, la afección a la propiedad puede ser muy superior a la salud individual (p. ej. una lesión leve para salvar un cuadro sumamente valioso)", *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, p. 247.

(103). Hay que tener en cuenta, asimismo, si para evitar la lesión de un bien jurídico, aunque sea de un rango inferior, se produce simplemente el peligro concreto de otro bien, aunque sea superior, la gravedad de dicho peligro, o si se realiza una acción que ni siquiera pone en peligro concreto el bien jurídico afectado por la acción necesaria. En la ponderación de los males tendrá que tener en cuenta también el Tribunal el grado del peligro que se trataba de evitar, así como el desvalor de la acción necesaria y, en su caso, de la acción de la que derivaba la amenaza del mal. Cuando se ponderen dos males a la propiedad o al patrimonio habrá que tener en cuenta la significación de los bienes en relación con la capacidad económica de los dos sujetos. Como dice Bustos: “frente a dos propiedades: un humilde bien único sustento de una familia y una de las tantas propiedades de un vecino, el valor social de la primera es completamente superior al valor estrictamente económico de la segunda y por tanto, determina la gravedad del mal” (104). En la ponderación de los males habrá de tener en cuenta, asimismo, el Tribunal las valoraciones ético-sociales y los principios que informan el ordenamiento jurídico.

La ponderación de intereses, especialmente de los individuales y supraindividuales (cuyo portador sean la sociedad o el Estado) puede presentar en ocasiones dificultades, pues no puede afirmarse, con carácter absoluto la primacía de los unos o de los otros (105). Si no puede afirmar el Tribunal que el mal

---

(103) Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de Octubre de 1979 (A. 3753) y de 25 de Noviembre de 1985 (A. 5472).

(104) Véase J. Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, p. 248.

(105) Véase, por ejemplo, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Mayo de 1974 (A. 2079) en relación con los delitos

causado sea mayor o menor al que se trataba de evitar deberá considerar que son aproximadamente equivalentes (106), pudiendo apreciarse únicamente el estado de necesidad como causa de inculpabilidad, cuando se de en el sujeto una exclusión o una considerable disminución de la capacidad de obrar conforme a la norma.

El Tribunal Supremo ha estimado que el mal causado con el tráfico de drogas es mayor, “por los perniciosos efectos que el consumo de drogas tóxicas o estupefacientes provoca en quienes tienen la desdicha de caer en su dependencia”, que el que trataba de evitar, el sujeto, que carecía de trabajo y de medios económicos “para subvenir las necesidades de subsistencia de los suyos y para atender a los cuidados médicos y farmacéuticos que precisaba por la enfermedad que padecía” (107).

En el llamado hurto famélico o necesario se causa una lesión a la propiedad o la posesión para evitar un mal que no es preciso que sea la pérdida de la vida, pues, como ha señalado Rodríguez Devesa, si el peligro de muerte por inanición fuera inminente el sujeto no estaría en condiciones de tomar las cosas mue-

---

de falsedades. De otra opinión Córdoba Roda, que atribuye la primacía a los intereses personales sobre los públicos; véase, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 192-3 y *Comentarios al Código Penal*, I, p. 291.

(106) Córdoba Roda considera que siempre que se trate de bienes absolutamente incomparables, en que no se pueda afirmar si los dos males son iguales o si uno de ellos era mayor que el otro y en todos los casos en que sea imposible atribuir la primacía a cualquiera de ellos, debe apreciarse la eximente, pues en ella se exige únicamente que “el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar”; véase Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 194-5 y *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 292-3.

(107) Sentencia de 23 de Junio de 1982 (A. 3575).

bles ajenas sin la voluntad de su dueño, ni de ingerir alimento alguno (108). El mal que se trata de evitar en estos casos no será generalmente siquiera un quebrantamiento de la salud, sino el simple sufrimiento físico producido por el hambre o el frío (109), pero éste habrá de ser grave, pues en otro caso no podría hablarse de estado de necesidad (110). El mal causado será generalmente menor que el que se trataba de evitar, pero en alguna ocasión excepcional podría ser igual o mayor, si el sujeto priva a otro necesitado del único alimento de que disponía (111). El Tribunal Supremo admite la aplicación de la eximente de estado de necesidad en los supuestos de hurto fa-

---

(108) Véase Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 575.

(109) Véase, en este sentido, Rodríguez Devesa, en Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 575 y las trascendentales sentencias del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 1973 (A. 5102), 9 de Diciembre de 1985 (A. 6008) y 21 de Enero de 1986 (A. 163), de las que fue ponente el ilustre magistrado D. Luis Vivas Marzal.

(110) En la sentencia de 2 de Julio de 1979 (A. 2981), el Tribunal Supremo declara que “lejos esta Sala de reputar indispensable que, en estos casos, el presunto necesitado se halle al borde de la extenuación o de perecer por inanición, ha de exigir sin embargo, que no se trate de carencias leves o de privación de lo supérfluo, sino de indigencia o de falta prolongada y total de medios de subsistencia que coloque al afectado en situación de carencia o grave penuria de alimentos, cobijo, vestido, asistencia médico-farmacéutica o de cualquier otra cosa indispensable para la vida o para la salud”. En la sentencia de 25 de Octubre de 1983 (A. 4794) el Tribunal Supremo ha declarado: “Y como quiera que en el caso del recurso no aparece en forma alguna, de las afirmaciones de hecho de la sentencia impugnada, que hubiese amenazado mal cierto y positivo alguno al encartado, el que no lo puede engendrar por supuesto que acabara de salir de la cárcel por la mañana y tuviese hambre por no haber comido en todo el día”.

(111) Véase, en este sentido, Rodríguez Devesa, en Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 575.

médico o necesario (112), aunque ha sido bastante riguroso en la aplicación de la eximente completa, al exigir durante mucho tiempo que existiera un peligro para la vida (113) y que el sujeto no pudiera obtener ayuda para satisfacer sus necesidades acudiendo a la beneficencia pública o privada (114). El Tribunal Supremo estima, con razón, que la situación de paro no es, por sí sola, suficiente para la existencia de un estado de necesidad, pues es posible que el mal fuera evitable por otro procedimiento menos perjudicial (subsidio de desempleo, posesión de bienes propios, posible ayuda familiar, etc.) (115).

---

(112) Véanse las sentencias citadas por Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, p. 270; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 491 y ss.; Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 391-2; Silva Sánchez, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, pp. 667-8; y H. Roldán Barbero, *Estado de necesidad y colisión de intereses*, pp. 517 y ss.

(113) Véanse por ejemplo, las sentencias de 8 de Junio de 1935 (A. 1175), 15 de Marzo de 1952 (A. 420), 1 de Marzo de 1974 (A. 1177) y 3 de Diciembre de 1976 (A. 5229).

(114) Véanse las sentencias de 8 de Junio de 1935 (A. 1175), 8 de Junio de 1943 (A. 768), 20 de Febrero de 1957 (A. 582) (robo con fuerza en las cosas), 10 de Marzo de 1958 (A. 802) (en este caso se trataba de numerosos delitos de falsedad y uno de estafa), 26 de Enero de 1960 (A. 51), 18 de Octubre de 1971 (A. 3868), 5 de Febrero de 1974 (A. 380) y 1 de Marzo de 1974 (A. 1177). En la sentencia de 27 de Diciembre de 1973 (A. 5102), el Tribunal Supremo no exige que el sujeto haya acudido previamente a la beneficencia pública o privada, sino únicamente, en este sentido "que se pruebe que se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional, o familiar podía utilizar". En el mismo sentido las sentencias de 9 de Diciembre de 1985 (A. 6008) y 21 de Enero de 1986 (A. 163).

(115) Véanse, por ejemplo, las sentencias de 8 de Junio de 1943 (A. 768), 27 de Diciembre de 1973 (A. 5102), 2 de Julio de 1979 (A. 2981), 14 de Julio de 1982 (A. 4664), 25 de Abril de 1983 (A. 2229), 6 de Junio de 1984 (A. 3516) [en esta sentencia el Tribunal Supremo declara que "el desempleo sin otras connotaciones o circunstancias personales o familiares (enfermedades, riesgos de perder la vivienda, etc.) y

Tampoco es suficiente la simple penuria o escasez de medios (116), ni la insolvencia (117).

En los supuestos de despenalización del aborto previstos en el art. 417 bis, introducido por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de Julio, inspirado en el llamado sistema de las indicaciones, solo cuando la muerte del feto se realice con el fin de evitar un grave peligro para la vida de la madre, el mal causado será menor que el que se trate de evitar y la conducta estará comprendida, a su vez, en la eximente de estado de necesidad del nº 7 del art. 8º (118), que será una causa de justificación si el aborto se realiza con el consentimiento de la madre. Es indudable que nuestro Código valora más la vida humana indepen-

---

la imposibilidad de acudir a otros medios o recursos, no explica por sí solo una situación carencial en términos tales que origine un conflicto actual e inminente que únicamente puede resolverse haciendo presa en el patrimonio ajeno''], 17 de Octubre de 1984 (A. 4852) y 25 de Noviembre de 1985 (A. 5472).

(116) Véanse, por ejemplo, las sentencias de 27 de Diciembre de 1973 (A. 5102), 3 de Diciembre de 1976 (A. 5229), 24 de Febrero de 1978 (A. 494), 3 de Abril de 1978 (A. 1284), 15 de Febrero de 1985 (A. 960), 25 de Noviembre de 1985 (A. 5742), 9 de Diciembre de 1985 (A. 6008) y 21 de Enero de 1986 (A. 163).

(117) Véase la sentencia de 21 de Octubre de 1978 (A. 3360).

(118) La cuestión es importante, pues se puede aplicar la eximente de estado de necesidad, cuando se den todos sus requisitos, en supuestos no comprendidos en el art. 417 bis: si la persona que practique el aborto no es médico o no realiza la intervención bajo la dirección de un médico, si la interrupción del embarazo no se lleva a cabo en un centro o establecimiento sanitario público o privado acreditado, o se practica sin el dictamen preceptivo o sin el consentimiento de la embarazada; véase, en este sentido, M. Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal* (Parte Especial), *Delitos contra las personas*, p. 130. Admite también la posibilidad de aplicar directamente la eximente de estado de necesidad en algunos supuestos no comprendidos en el art. 417 bis, Muñoz Conde, *Derecho Penal*, Parte Especial, 6ª ed., Universidad de Sevilla, 1985, p. 69.

diente que la intrauterina, de acuerdo con las concepciones sociales. La pena del homicidio simple (art. 407) es de reclusión menor (doce años y un día a veinte años) y la del aborto realizado sin el consentimiento de la mujer y mediante el empleo de violencia, intimidación, amenaza o engaño, es de prisión mayor (seis años y un día a doce años) en su grado máximo (119). Si el aborto se realizara sin el consentimiento, o en contra de la voluntad de la madre, implicaría un grave atentado a la dignidad de la persona humana y la conducta sería ilícita aunque el mal causado fuera menor que el que se trataba de evitar (120). Si el aborto se produce para evitar un grave peligro para la salud física o psíquica de la embarazada el mal causado será mayor que el que se trata de evitar, pues nuestro Código penal valora más la vida humana intrauterina que la integridad corporal, como se advierte en la inclusión de la regulación del aborto en el Capítulo III del Título VIII, entre los delitos contra la vida humana independiente (Capítulos I-II) y los de lesiones (Capítulo IV) (121). Una comparación

---

(119) No es posible estimar, por ello, que estemos en este caso ante un conflicto de bienes iguales, como hace Díaz Palos, *Estado de necesidad*, p. 57.

(120) Considera, en cambio, con base en la opinión dominante que la conducta sería en estos casos lícita, Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 185. Ilícita sería, por tanto, la conducta del médico o de la persona que practique el aborto bajo su dirección cuando, en caso de urgencia, prescinda del consentimiento expreso de la mujer embarazada (supuesto comprendido en el párrafo segundo de la circunstancia 1ª del art. 417 bis) aunque su conducta no sea punible. Podrá faltar la culpabilidad y cuando no sea así, el sujeto se beneficiará de una excusa absoluta.

(121) De la misma inserción sistemática de la regulación del aborto, se deduce ya que en nuestro Código penal el bien jurídico protegido, en dichas figuras delictivas, es la vida del feto y no una mera "esperanza de vida", como supone Susana Huerta (*Aborto con resultado de*

de los marcos penales concretos de las diversas figuras de aborto y lesiones distorsionaría la escala de valores establecida por el Código, y llevaría, por tanto, a soluciones contrarias a la voluntad de la ley (122). En los supuestos de la llamada indicación ética, cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de un delito de violación del art. 429 (ca. 2ª del art. 417 bis) y de indicación eugenésica, cuando se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas (ca. 3ª el art. 417 bis), el mal causado con el aborto es también mayor que el que se trata de evitar y la conducta no estará, por ello, comprendida en la eximente de estado de necesidad del nº 7 del art. 8º (123). La exención de responsabili-

---

*muerte y lesiones graves*, Madrid, 1977, pp. 19 y ss. y especialmente p. 32). Sería absurdo realmente, como señala Susana Huerta, que el Código valorara más una "esperanza de vida" que la salud física o psíquica de la madre. No es posible estimar, por tanto, que en el aborto producido para evitar un grave peligro para la salud de la madre, el mal menor sea la destrucción de la vida del feto. Esta es la opinión de Susana Huerta, que considera aplicable en estos casos la eximente de estado de necesidad, que tendría la naturaleza de una causa de justificación; véase, *op. cit.*, pp. 77 y ss. La misma argumentación puede oponerse a la tesis de Jiménez de Asúa, según el cual el bien jurídico protegido en el delito de aborto es únicamente el derecho de la sociedad a propagarse, un interés demográfico y que considera, por ello, aplicable en estos casos la eximente de estado de necesidad, como causa de justificación; véase, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Iv, pp. 392-3.

(122) De otra opinión Cuello Calón, *Tres temas penales*, Bosch, Barcelona, 1955, pp. 104-5, Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, I, vol. 1º, 2ª ed., puesta al día por E. Gimbernat, pp. 575-6, Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, 9ª ed., 1983, pp. 83 y 96, Muñoz Conde, *Derecho Penal*, Parte Especial, p. 69, Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, p. 248 y M. Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal Español* (Parte Especial), *Delitos contra las personas*, p. 134, que admiten la aplicación de la eximente de estado de necesidad en los supuestos de peligro grave para la salud de la madre.

(123) Quintano Ripollés admitía la aplicación del estado de necesidad en los supuestos de indicación ética en que el embarazo se hubiera

dad del médico, o del personal sanitario que actúe bajo su dirección, en esos casos, supone una amplia-

---

producido como consecuencia de una violación, por estimar, a mi juicio sin fundamento suficiente, que el honor era un “bien cuyo valor ético-social es por lo menos de tanta entidad como la hipotética vida ulterior del feto”; véase Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, I, vol. 1º, p. 584. Cuerda Riezu considera que las indicaciones contenidas en el art. 148 de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 (terapéutica, ética cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de un delito de violación, incesto o estupro y eugenésica) son causas de justificación específicas, fundamentadas en el estado de necesidad y en las que, por tanto, se permite la lesión del bien jurídico (el feto) porque se atribuye un valor superior a los bienes salvaguardados; véase A. Cuerda Riezu, *El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal*, en *Documentación Jurídica*, Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, vol. I, Enero-Diciembre, 1983, 37/40, pp. 373 y ss. Bajo Fernández considera que en el supuesto de indicación ética, en que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de un delito de violación, reconocido en el art. 417 bis del Código Penal vigente, “el Derecho reconoce que hay un conflicto entre el interés de proteger la esperanza de vida y la protección de la intimidad y la dignidad de la mujer, que en este caso se inclina en favor de esto último, lo que determina la causa de justificación”; *Manual de Derecho Penal* (Parte Especial), *Delitos contra las personas*, p. 136. Mir Puig, considera que incluso en los supuestos de la indicación social, no reconocida, al menos expresamente, en el art. 417 bis de nuestro Código penal el mal causado (la muerte del feto) es menor que el que se trata de evitar (peligro para los derechos fundamentales de la mujer a la salud física y psíquica, al desarrollo de su personalidad y a su intimidad); véase Mir Puig, *Aborto, estado de necesidad y Constitución*, *Comentario a la Sentencia de la Audiencia de Bilbao de 24 de Marzo de 1982*, en *La despenalización del aborto*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983, pp. 109-110. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 11 de Octubre de 1983 (A. 4733) no se pronuncia sobre la ponderación de los intereses en conflicto, en el supuesto de indicación social enjuiciado por la Audiencia de Bilbao, en la sentencia de 24 de Marzo de 1982, sino que se limita a rechazar la aplicación de la eximente de estado de necesidad por la falta de inminencia del mal que amenazaba a los derechos fundamentales de la mujer.

ción del ámbito de la eximente del ejercicio legítimo de una profesión (nº 11 del art. 8º) a la que se atribuye unánimemente la naturaleza de una causa de justificación (124). La conducta de la madre que consiente en la producción del aborto, por parte del médico o del personal sanitario que actúe bajo su dirección, en los supuestos mencionados del peligro grave para su salud, o de indicación ética o eugenésica, es también lícita, aunque en el fondo se trate de supuestos de una simple falta de exigibilidad de la obediencia al Derecho, es decir de la continuación del embarazo y del parto. En los casos previstos en el nº 2 del art. 417 bis, la conducta de la mujer embarazada que consiente en que se le practique el aborto fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado, o sin que se hayan emitido los dictámenes médicos preceptivos, será ilícita, salvo cuando trate de evitar un peligro grave para su vida, en que podrá invocar la eximente de estado de necesidad como causa de justificación. En los demás casos su conducta será ilícita, pero no culpable, pues no le era exigible, dadas las circunstancias de su embarazo, la obediencia al Derecho (125).

---

(124) Véase, a este respecto, mi art., La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código penal español, en *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Instituto Alemán, Madrid, 1982, p. 28 y en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1982, fasc. 3º, pp. 571-2.

(125) Muñoz Conde considera que se trata de una excusa personal, pero no precisa si se trata de una causa de inculpabilidad o de una mera excusa absolutoria; véase, *Derecho Penal*, Parte Especial, p. 69. Bajo Fernández considera que se trata de una excusa absolutoria; véase, *Manual de Derecho Penal* (Parte Especial) *Delitos contra las personas*, p. 129. La conducta de la mujer embarazada sería, en ese caso, antijurídica y culpable.

**c) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto**

La expresión situación de necesidad es sinónima de estado de necesidad. La aplicación de la eximente queda, pues, solo excluida, como puso de manifiesto Córdoba Roda (126), cuando el sujeto provocó intencionadamente una situación de conflicto insalvable entre dos intereses, de modo que la salvación de uno exige el sacrificio del otro. No basta con que el sujeto provocara intencionadamente una situación de peligro de un bien jurídico; provocara, por ejemplo, el incendio de una casa sin prever que para salvar su vida tendría que sacrificar la de otra persona (127).

La intención va referida a la provocación de la situación de necesidad y no a la comisión ulterior de un delito (128). La eximente queda excluida, por tanto, aunque el sujeto al provocar intencionadamente la situación de necesidad no tuviera el propósito de cometer en ella un delito y aunque no hubiera previsto

---

(126) Véase Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 199 y ss. y *Comentarios al Código Penal* I, pp. 295 y ss. Se han adherido también al criterio de Córdoba Roda, Sainz Cantero, *Leciones de Derecho Penal*, Parte General, II, *Ley penal. El delito*, p. 356., Mir Puig, *Problemas de estado de necesidad en el art. 8,7º C.P.*, p. 518, *Derecho Penal*, Parte General, p. 405, Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, p. 109 y Silva Sánchez, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, pp. 682 y 684.

(127) El Tribunal Supremo excluye ya la eximente, sin embargo, cuando el sujeto provocó intencionadamente la situación de peligro; véanse las sentencias citadas por Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 202, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 296 y Silva Sánchez, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, p. 682, nota 53 bis y en la moderna jurisprudencia, las de 29 de Septiembre de 1978 (A. 2948) y 2 de Julio de 1969 (A. 2981).

(128) Véase, en este sentido, Rodríguez Devesa, en Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 571.

ni pudiera prever la posibilidad de hacerlo. La palabra intención está utilizada, por otra parte, en sentido amplio como sinónimo de voluntad. No es preciso que la provocación de la situación de necesidad fuera el fin perseguido por el sujeto, sino que basta que éste considerara que era una consecuencia que iría necesariamente unida a la consecución del fin, o que previera la posibilidad de la provocación y contara con ella (129).

Nuestro Código ha sido muy generoso en la configuración de este requisito de la eximente de estado de necesidad. La aplicación de la eximente es compatible con la provocación por culpa o imprudencia de la situación de necesidad y con la provocación inculparable. En otros códigos penales europeos el legislador ha sido más riguroso. En la eximente de estado de necesidad del art. 54 de la antigua parte general del Código penal alemán se exigía que el estado de necesidad no hubiera sido provocado culpablemente por el sujeto. En el actual art. 35 del Código penal alemán, donde se regula el estado de necesidad como causa de inculparidad, se excluye la aplicación de la eximente siempre que el sujeto hubiera causado el peligro (130). Nuestro Tribunal Supremo ha excluido, sin

---

(129) Véase, sustancialmente en el mismo sentido, Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, p. 268, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 413, Díaz Palos, *Estado de necesidad*, pp. 59-60, Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 202. y *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 296 y 298 y Sáinz Cantero, *Leciones de Derecho Penal*, II, *Ley penal. El delito*, p. 356, aunque utilizan indebidamente el término dolo y el de dolo eventual, pues aquí la intención y por tanto la conciencia y voluntad, no van referidos, como hemos visto, a la realización de los elementos objetivos de un tipo. Cobo del Rosal-Vives Antón hablan, con mayor exactitud, de querer directa o eventualmente; véase Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal*, Parte General, p. 434.

(130) En la eximente de estado de necesidad, como causa de justi-

embargo, la aplicación de la eximente en supuestos en que la provocación de la situación de necesidad no era intencionada, sino simplemente imprudente o incluso inculpable (131). Esta corriente jurisprudencial es, sin duda, contraria a la voluntad de la ley.

Un sector de la moderna Ciencia del Derecho penal española considera que en los supuestos en que la situación de necesidad fue provocada por imprudencia o negligencia del sujeto, éste debería quedar exento de responsabilidad criminal por el delito doloso o culposo cometido en la situación de necesidad, pero ello no impide que incurra en responsabilidad por el delito culposo constituido por la acción imprudente que provocó la situación de necesidad y el resultado causado por la acción necesaria (*actio ilícita in causa*) (132). Mir Puig cita el ejemplo (133) del conductor

---

ficación, del actual art. 34 del Código penal alemán no se exige expresamente este requisito, pero se considera, en la moderna Ciencia del Derecho penal alemana, que la provocación culpable de la situación de necesidad debe ser tenida en cuenta en la valoración acerca de si la acción realizada era un medio *adecuado* para evitar el peligro (véase, por ejemplo Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 292, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, I, p. 496) o en la ponderación de intereses (véase, por ej. Wessels, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 74 y Lenckner, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, comentario al art. 34, nº 42, pp. 463-464 y *Der rechtfertigende Notstand*, pp. 103 y ss.).

(131) Véanse las sentencias citadas por Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 203, *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 296 y ss. y Silva Sánchez, *Sobre el estado de necesidad en Derecho Penal Español*, p. 680, nota 48 y en la moderna jurisprudencia, la de 29 de Septiembre de 1978 (A. 2948).

(132) Véase en este sentido, Gimbernat, *Dos aspectos de la imprudencia y un aspecto del hurto de uso de vehículos de motor en el Derecho penal español*, en *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*, Universidad de Valencia, 1975, pp. 124 y ss. especialmente p. 127; Mir Puig, *Observación a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código Penal de 1980*, en *La reforma penal y penitenciaria*,

de un coche que conducía a velocidad excesiva y que se vé, por ello, ante la disyuntiva de adelantar a un ciclista chocando frontalmente con un camión o atropellar y dar muerte al ciclista, decidiéndose por ésta última posibilidad. La solución me parece satisfactoria. La acción que provocó la situación de necesidad no respondía al cuidado objetivamente debido para evitar la lesión de los bienes jurídicos y entre ella y el resultado producido hay, sin duda, una relación de causalidad. El resultado se ha producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido y era de los que trataba de impedir la norma de cuidado infringida.

Cuando el Código exige que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, se refiere al sujeto de la acción necesaria, es decir, al que actúa impulsado por un estado de necesi-

---

Universidad de Santiago de Compostela, 1980, p. 510, *Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7º C.P.*, lug. cit., pp. 518-9 y *Derecho Penal*, Parte General, p. 405; y Silva Sánchez, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, pp. 681 y 685-6. El Tribunal Supremo llega a la misma solución aunque generalmente con otro fundamento: estima que el delito cometido en la situación de necesidad provocada por imprudencia o negligencia es un delito culposo (desconociendo que puede ser y es en general doloso, como han puesto de manifiesto Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 299 y Gimbernat, *Dos aspectos de la imprudencia y un aspecto del hurto de uso de vehículos de motor en el Derecho penal español*, lug. cit., pp. 124-5) y negando la aplicabilidad de la eximente de estado de necesidad en los delitos culposos; véanse, por ejemplo, las sentencias de 23 de Junio de 1955 (A. 1848), 30 de Enero de 1960 (A. 244), 16 de Abril de 1962 (A. 1828) y 26 de Enero de 1968 (A. 643). En cambio, en las sentencias de 15 de Junio de 1971 (A. 2877) y 14 de Diciembre de 1983 (A. 6566), el Tribunal Supremo se inspira en la teoría de la actio ilícita in causa.

(133) Formulado por Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, I, p. 298.

dad para evitar un mal propio o ajeno (134). Carece de fundamento la interpretación de que con el término sujeto el Código alude al necesitado (135). Está amparado, por tanto, en la eximente el que actúa impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal ajeno, aunque el necesitado hubiera provocado intencionadamente la situación de necesidad. No puede invocar, en cambio, la eximente el que provocó intencionadamente la situación de necesidad, si luego, arrepentido, trata con su acción de evitar un mal ajeno (136).

---

(134) Opinión dominante: véase, en este sentido Cuello Calón-Carmargo, *Derecho Penal* I, Parte General, vol. 1º, p. 416, Ferrer Sama, *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 205-6, Díaz Palos, *Estado de necesidad*, p. 60, Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 205, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 301, Mir Puig, *Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7º C.P.*, p. 520 y *Derecho Penal*, Parte General, pp. 406-7 y Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, p. 110 y las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1978 (A. 2948) y 2 de Julio de 1979 (A. 2981).

(135) Tesis mantenida por Rodríguez Devesa, véase Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 570 y Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal*, Parte General, p. 435.

(136) De otra opinión Antón Oneca, según el cual: "La interpretación más ajustada a la finalidad de la institución verá en este requisito el objetivo de evitar se pueda aprovechar de la eximente el mismo que ha ocasionado intencionadamente el peligro, o sea que no se ha pretendido eliminar el auxilio necesario". Recuerda que en el Código penal de 1932, de donde procede este requisito, no estaba expresamente previsto el auxilio necesario y concluye: "Por consiguiente se podrá amparar en el estado de necesidad, y no incurrirá en el delito de hurto, quien se apodera del extintor de incendios para atajar el fuego, tanto si es el causante que arrepentido trata de evitar mayores daños a personas y cosas ajenas, como si es otra persona que procura salvar al que ocasionó el incendio"; véase, Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, p. 268, a cuya opinión se adhiere Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, II, pp. 356-7. Con arreglo a esta interpretación se reduce, sin base legal, el campo de aplicación de este requisito al estado de necesidad propio, o, como señaló Córdoba Roda, se interpreta alternativamente en el auxilio necesario el término sujeto

De lege ferenda creo que debería mantenerse este requisito en el estado de necesidad como causa de inculpabilidad, sustituyendo la palabra intencionadamente por la de culpablemente (con lo que quedarían también excluidos de la eximente los supuestos en que la situación de necesidad había sido provocada por el sujeto por imprudencia o negligencia), pero no debería incluirse en el estado de necesidad como causa de justificación. La provocación de la situación de necesidad, por parte del sujeto, podría ser tenida en cuenta en la ponderación de intereses y a pesar de la provocación —incluso intencional— el interés o los intereses salvaguardados podrían ser de superior valor a los lesionados (137) y no implicar la conducta un grave atentado a la dignidad de la persona humana. En el estado de necesidad como causa de inculpabilidad si el sujeto provocó culpablemente la situación de necesidad le era exigible la obediencia al Derecho y no podría verse amparado en la eximente.

**d) Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse.**

El Código se refiere aquí inequívocamente al necesitado y no al sujeto que realiza la acción necesaria. En el estado de necesidad propio coinciden uno y otro, pero en el auxilio necesario, cuando el sujeto actúa impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal ajeno, tal coincidencia no se produce. En este caso el sujeto no estará amparado por la eximen-

---

como sujeto de la acción y como necesitado, lo cual implica una contradicción; véase Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 204-5 y *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 300-1.

(137) Véase en este sentido, H. Roldán Barbero, *Estado de necesidad y colisión de intereses*, p. 523.

te si la persona en cuyo favor quiere precaver el mal estaba obligada a sacrificarse (138).

Ciertas profesiones o cargos llevan implícito un deber de afrontar riesgos inherentes a su desempeño: el bombero al llevar a cabo las tareas de extinción de incendios, el soldado en la guerra, el marino o marinero al navegar, etc. No es preciso que el oficio o cargo sean públicos, puede tratarse de actividades privadas y derivar el deber de un contrato (139): el médico debe afrontar el peligro de contagio, el socorrista el de pe-  
recer ahogado y el guía de montaña el de sufrir un accidente. En todo caso ha de tratarse de un deber jurídico (140), que derive del desempeño de una profesión o un cargo (141).

---

(138) Véase también, en este sentido, Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, p. 408 y Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, p. 252. De otra opinión Ferrer Sama, *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 207-8, Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 572, Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 213, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 307, H. Roldán Barbero, *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal Español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*, p. 34 y Silva Sánchez, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, pp. 690-1, que reducen el campo de aplicación de este requisito sin base legal alguna al estado de necesidad propio.

(139) Véase, en este sentido, Cuello Calón-Camargo, *Derecho Penal*, I, Parte General, vol. 1º, p. 416, Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, p. 268, Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 571, Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 210, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 305, Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, II, p. 359, Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal*, Parte General, p. 435, y la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Octubre de 1983 (A. 4733).

(140) En este sentido expresamente, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 414, Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 571, Córdoba Roda, *Las eximentes*

Las personas sujetas a estos deberes jurídicos no quedan excluidas, sin embargo, según la opinión dominante de un modo absoluto del ámbito de aplicación de la eximente de estado de necesidad. El Tribunal Supremo ha apreciado la eximente a pesar de la existencia de un deber de sacrificio, cuando éste sería inútil (142). Por otra parte, cuando la desproporción entre los bienes en conflicto es grande, se propugna en la moderna Ciencia del Derecho penal española la aplicación de la eximente a pesar de la existen-

---

*incompletas en el Código Penal*, p. 210, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 305, Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, II, p. 359, Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal*, Parte General, p. 435, Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, p. 407, y Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Español*, p. 251.

(141) Si el peligro no es inherente al desempeño de la profesión o el cargo, no derivaría de ellos un deber de sacrificio y no habría obstáculo a la aplicación de la eximente de estado de necesidad. El Tribunal Supremo aplicó, por ello, correctamente la eximente de estado de necesidad, en la sentencia de 10 de Febrero de 1941 (A. 263) “al padre que se apropió de un muestrario de relojes recibido para correr la plaza por tener un hijo gravemente enfermo y carecer de medios para atender debidamente a su curación”. En cambio apreció erróneamente el deber de sacrificio de un funcionario público, que cometió un delito de falsedad en documento oficial para hacer frente al estado de grave enfermedad de su esposa, que requería la práctica de una intervención quirúrgica para la que carecía de recursos, en la sentencia de 29 de Octubre de 1951 (A. 2213); véase sobre esta sentencia, Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 207 y ss. y *Comentarios al Código Penal*, I, p. 303.

(142) En la sentencia de 22 de Mayo de 1901, el Tribunal Supremo, declaró “que aunque el maquinista y sus auxiliares tengan obligación de no abandonar su puesto, incurriendo en responsabilidad con arreglo al art. 22 de la repetida Ley de Policía (de los Ferrocarriles de 23 de Noviembre de 1877), caso de verificarlo, esta responsabilidad, cuando como en el presente consta que en nada podían hacer para evitar la catástrofe que no pudieron prever y que permanecieron en su puesto hasta el momento preciso del choque no puede jurídicamente exigirse, porque implicaría la exigencia de un sacrificio inútil”.

cia de un deber de sacrificio: “Para salvar un objeto de naturaleza patrimonial” —dice Jiménez de Asúa— “no puede pedirse al bombero que renuncie a la vida, ni tampoco puede negarse al marinero que salve su existencia sacrificando una mercancía ordinaria” (143). Cobo del Rosal-Vives Antón, consideran, incluso, que los límites del deber de sacrificarse vendrán determinados por el resultado de la ponderación de intereses, tomando en consideración aquél o aquellos en que se basa el deber de sacrificio (interés social en el funcionamiento de los servicios asistenciales, en el caso del deber de sacrificio del médico, frente al peligro de contagio) (144).

De lege ferenda, creo que no debería incluirse este requisito en la regulación del estado de necesidad co-

---

(143) Véase Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 415; y en el mismo sentido, Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, p. 268 (“La tripulación del buque no podrá exculparse por haber procurado su salvamento a costa de perecer los pasajeros, pero si estarán justificados por arrojar la carga al agua para salvar con la nave sus vidas”), Quintano Ripollés, *Comentarios al Código Penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª ed., 1966, p. 123, Díaz Palos, *Estado de necesidad*, p. 61, H. Roldán Barbero, *La naturaleza jurídica del estado de necesidad, en el Código Penal Español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*, p. 34, nota 75, *Estado de necesidad y colisión de intereses*, p. 523. Córdoba Roda considera que la idea de la exigibilidad regula en cada caso el alcance del deber de sacrificio; véase *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 212-3 y *Comentarios al Código Penal*, I, p. 306. Córdoba Roda parte de la tesis de Henkel de que la exigibilidad es un criterio regulativo que despliega su eficacia no solo en la culpabilidad, sino también en la anti-juridicidad y en la tipicidad; véase H. Henkel, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, en *Festschrift f. Ed. Mezger*, Verlag C.H. Beck, Munich y Berlín, 1954, pp. 249 y ss. especialmente 301 y ss. Se adhiere al criterio de Córdoba Roda. Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, p. 407.

(144) Véase Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 435-6.

mo causa de justificación. La existencia de un deber de sacrificio por parte del necesitado podría ser tomada en cuenta en la ponderación de intereses y a pesar de la existencia de dicho deber, en ocasiones, el interés o intereses salvaguardados podrían ser de superior valor a los lesionados (145) y no implicar la conducta un grave atentado a la dignidad de la persona humana. Únicamente debería hacerse referencia a este requisito en el estado de necesidad como causa de inculpa- bilidad, de modo que quedara excluída la aplicación de la eximente cuando, por la existencia de un deber de sacrificio, le fuera exigible al sujeto la obediencia al Derecho.

---

(145) Véase, en este sentido, H. Roldán Barreiro, *Estado de necesi- dad y colisión de intereses*, p. 523.