

APA:

BACIGALUPO, E. (2022). Legítima defensa y estado de necesidad en la reforma penal. *Revista Peruana de Ciencias Penales / Edición Especial: Teoría del Delito*, 1(36), 93-107.

LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD EN LA REFORMA PENAL*

ENRIQUE BACIGALUPO**

RESUMEN:

En el presente artículo el profesor Enrique Bacigalupo hace un análisis dogmático de las problemáticas que surgen a partir de la legítima defensa y del estado de necesidad. Lo mencionado por razones de preocupación en torno a la técnica legislativa que desarrolla ambas eximentes; ya que, no encuentra mejoras para un adecuado análisis de estas.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal, eximentes de responsabilidad penal, legítima defensa, estado de necesidad, reforma legislativa.

TITLE: Legitimate Defense and Necessity in Criminal Law Reform

ABSTRACT:

In this article, Professor Enrique Bacigalupo conducts a dogmatic analysis of the problems arising from legitimate defense and the state of necessity. These concerns stem from issues with the legislative techniques used to regulate these exonerations, as he finds them insufficient for a proper analysis of these defenses.

KEYWORDS: Criminal Law, exonerations from criminal responsibility, legitimate defense, necessity, legislative reform.

I

En los sucesivos textos proyectados para una reforma integral del derecho penal desde el Proyecto de 1980 las causas que excluyen la antijuricidad y las que excluyen la culpabilidad no han sufrido modificaciones de consideración. Las refor-

* Originalmente publicado en *RPCP*, Número 5, 1995, pp. 93-108.

** Ex Magistrado del Tribunal Supremo Español.

mas introducidas en la legítima defensa por la L.O 8/83 eliminaron los supuestos de defensa de parientes y de extraños (art. 8, n.ºs. 5 y 6), pero introdujeron, a la vez, una extensión de la legítima defensa de los “derechos y las personas ajenas” con la pretensión de no alterar la extensión de la defensa. El estado de necesidad (art. 8, 7.º C.P.), por el contrario, no fue modificado en 1983, como tampoco lo fueron la obediencia debida, el cumplimiento de un deber y el miedo insuperable. El Proyecto de 1994 ha seguido esta línea, pero excluyendo la obediencia debida del catálogo de eximentes (art. 20 P. 1994) y el Proyecto aprobado por el Congreso de los Diputados no ha modificado este punto en su art. 21.

La situación es sorprendente, al menos inicialmente, dado que la dogmática de las causas de justificación y de las de exclusión de la culpabilidad ha dado lugar en la doctrina a discusiones notablemente intensas. Si bien no todos los problemas dogmáticos pueden tener una solución legislativa, al menos, no es posible soslayar el hecho que la codificación es, por regla, la codificación de un estado del pensamiento dogmático. Ello sugiere que en este punto sería necesaria una revisión de los problemas de la legítima defensa y del estado de necesidad que podrían ser resueltos legislativamente.

II

a) El derecho de *legítima defensa* tiene diferentes configuraciones en el derecho penal europeo actual. Por un lado existe una tendencia legislativa mayoritaria a no establecer en la ley penal cuáles son los *bienes defendibles* (así C.P. alemán, parágr. 32; C.P. francés, art. 122-5; C.P. italiano, art. 52; C.P. suizo art. 33). Sólo el Código Penal austriaco (parágr. 3) establece positivamente cuáles son los bienes defendibles: vida, salud, integridad corporal, libertad o patrimonio. La diferencia no es tan considerable como resulta a primera vista. En efecto, en el derecho alemán la extensión ilimitada del derecho de defensa a todos los bienes jurídicos no es aceptado ni en la doctrina ni en la Jurisprudencia de los Tribunales¹. En particular sólo son *susceptibles de defensa los derechos individuales* y, además, no todos ellos son defendibles contra toda forma de agresión. En tal sentido dice Roxin: “nadie tiene un derecho de defensa contra el que pretende a su prometida” (...) “Tampoco se puede defender la fidelidad del cónyuge en el matrimonio, que por sí mismo es obviamente un bien jurídico, toda vez que la fidelidad conyugal no puede ser exigida en forma violenta”. Lo mismo cabe decir respecto del cumplimiento de un contrato, a pesar de que los derechos que surgen de él también tienen el carácter de individuales. Asimismo, es

1 Confr. JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed. 1991, pág. 381 y sgts.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 4ª ed. pág. 304 y sgts.; ROXIN, *Strafrecht, AT*, 2ª ed. 1994, pág. 544 y sgts.; SAMSON, *SK StGB*, 5ª ed. 1987, parágr. 32, N.º 8 y sgts.; SCH / SCHR / LENCKNER, *StGB*, 24ª ed. 1991, parágr. 32, N.º 4 y sgts.; LK (SPENDEL), 10ª ed., parágr. 32, N.º 163 y sgts.

totalmente dominante la opinión según la cual los *bienes jurídicos de la comunidad* tampoco son susceptibles de defensa².

La fórmula legislativa del actual art. 8, 4a C.P. y las –prácticamente idénticas– de los Proyectos requiere una reflexión respecto de la amplitud de los bienes jurídicos defendibles. Es indudable que el texto vigente permite limitar la legítima defensa a los derechos de la persona, es decir, a los derechos individuales, y sobre esta base ha operado la *jurisprudencia del Tribunal Supremo*, que, en general, no ha hecho un reconocimiento de extensión ilimitada³. Por el contrario, los precedentes de la Sala de lo Penal han hecho, con alguna excepción ya señalada, un reconocimiento casuístico de bienes susceptibles de ser defendidos, que sólo es explicable en tanto, implícitamente, se admita la posibilidad de negar este carácter a algunos bienes jurídicos, aunque –como lo señala con razón Córdoba Roda⁴,– la limitación del campo de aplicación de la legítima defensa provenga, sobre todo, de la exigencia de *acometimiento*. El punto de vista de la jurisprudencia tiene un apoyo difícil de negar en el art. 337 C.P., pues éste excluye la defensa (violenta) de los derechos de crédito y la considera delictiva.

Sin embargo, la doctrina tiende a dar al texto una amplitud mayor que la reconocida por la jurisprudencia⁵, aunque excluyendo bienes jurídicos como el “orden público” y “el Estado”.

Una excesiva extensión de los bienes defendibles conduciría a que “cada ciudadano –como dice Roxin⁶– se constituyera en un policía, eliminando de este modo el monopolio estatal de la coacción”. Por este motivo una nueva regulación del derecho de defensa necesaria debería comenzar por establecer con claridad que, en todo caso, sólo se autoriza la defensa de los bienes de la persona, preferentemente siguiendo el modelo enunciativo del Código Penal austríaco de 1975, que impide cualquier clase de confusión respecto de los bienes jurídicos defendibles y que incluye todos los casos en los que la legítima defensa está justificada. Con respecto a los bienes jurídicos defendibles que ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo el catálogo del Código austríaco sólo difiere en lo que concierne a la honestidad y al honor. Pero, lo cierto es que la diferencia es más aparente que real, dado que los ataques a la honestidad son entendidos, en verdad, como agresiones dirigidas contra

2 Ver nota 1; un punto de vista más limitado al respecto: SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, 2ª ed. 1975, pág. 352; *Studienbuch*, AT, 2ª ed. 1984, 6/80.

3 Confr. sin embargo, la STS de 19-12-75.

4 Comentarios al Código Penal I, 1972, pág. 245.

5 Por todos: MIR PUIG, *Der. Penal, P.G.*, 3ª ed. 1990, pág. 467 y sgtes. con mayores indicaciones bibliográficas.

6 Loc. cit. pág. 531.

la libertad, que como tal está incluida en la enumeración del párrafo 3 del OSt-GB. Por lo que se refiere al *honor*, no es posible dejar de considerar que, por regla, la aplicación de las disposiciones de la defensa legítima fracasarán básicamente por falta de actualidad de la agresión contra la cual se reacciona, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico establece suficientes medios para la defensa de este bien jurídico. En particular basta recordar aquí las medidas judiciales preventivas previstas en el art. 9, 2. de la LO 1/82 (de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad personal y familiar y a la Propia Imagen).

b) Una segunda cuestión, vinculada con la anterior, se refiere a la *ayuda necesaria a la defensa*. En el actual art. 8, 4, C.P., se prevé la posibilidad de la defensa de un tercero, pues la defensa puede ser de la “persona o derechos, propios o ajenos”. Sin embargo, la defensa del tercero presupone que éste quiera ser defendido⁷. El derecho de legítima defensa no se extiende p. ej. al caso del que, considerando que los espectadores de un cine son agredidos en su sentido del pudor por las escenas de un film, alega la legítima defensa de terceros para justificar la interrupción violenta de la exhibición, cuando ninguno de los presentes tenía el menor interés en la “defensa”⁸. Por esta razón sería conveniente una nueva redacción que estableciera que la justificación sólo corresponde al que presta ayuda al que se defiende o que, en todo caso, defiende a otro que pretende defenderse.

c) Especialmente criticable parece el mantenimiento en el derecho vigente de un derecho ilimitado de *defensa de la morada* contra cualquier entrada indebida en la misma o en sus dependencias, mantenida en el art. 21, 4^a, 1^a del Proyecto aprobado por el Congreso de los Diputados. Mediante esta autorización genérica se justifica todo caso de error del que se defiende, pues mediante esta presunción de agresión se permite la defensa inclusive frente a una persona que por equivocación o por extrema necesidad entra indebidamente en la morada, aunque, en realidad no pretenda atentar contra ningún bien jurídico del titular de la misma. Una presunción de agresión como ésta tiene el efecto práctico de eliminar la exigencia de la *evitabilidad del error para excluir la responsabilidad del autor* y, por ello, constituye un estímulo a la violencia que no es fácil justificar en el actual estado de la evolución jurídica. En efecto, una vez introducido el error sobre la antijuricidad en la reforma de 1983 carece de todo sentido renunciar a su aplicación en los casos que, posiblemente, constituyen uno de sus ámbitos de incidencia más genuinos, cualquiera sea el entendimiento dado al error sobre los presupuestos de la justificación.

Por otra parte, si bien es cierto que en la doctrina dominante se rechaza la exigencia de un presupuesto general de la justificación consistente en un *deber de*

7 Confr. ROXIN, nota I, pág. 531.

8 Confr. BGHST 5. 245 y sgtes. (Sobre todo 247/248).

cuidadosa comprobación de las circunstancias justificantes y, en particular, no se la requiere para la legítima defensa⁹, no cabe duda que, de allí a eliminar totalmente la responsabilidad en los casos de error evitable en relación a bienes jurídicos como la vida, la salud y la integridad corporal importa, cuanto menos, una distribución de los riesgos del error seriamente cuestionable.

d) Tampoco se puede considerar satisfactorio el requisito del *carácter delictivo de la agresión en el caso de la defensa de los bienes*. Aquí, sin embargo, no se trata una objeción valorativa, como en el caso de la presunción de agresión en la defensa de la morada. La decisión de exigir una cierta gravedad de la agresión para justificar la defensa de la propiedad no es en modo alguno incorrecta desde el punto de vista de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1. C.E.). Pero su articulación técnico-legislativa es deficiente vista desde el ángulo de las concepciones dogmáticas actuales.

En efecto, el problema de una corrección de ciertos excesos a los que pueden llevar los principios de la defensa *necesaria* y la máxima según la cual “*el derecho no debe ceder ante lo injusto*” es una parte sustancial de la historia de la legítima defensa¹⁰. Como es sabido una rígida interpretación de esta máxima ha conducido a soluciones dudosamente justas. Un ejemplo claro de ello es el punto de vista de V. Liszt¹¹ que entendía que la defensa *necesaria* de cualquier bien (sin tomar en consideración la ponderación de bienes) era admisible contra menores, personas enfermas mentales o que obraban con error sobre la antijuricidad, pero no contra un animal, frente a cuyo ataque debían regir las reglas (más estrictas) del estado de necesidad, es decir, básicamente la ponderación de bienes. El mejor tratamiento previsto por tal punto de vista para los animales (o, lo que es lo mismo, para la propiedad) que para las personas es tan evidente como injustificado.

Sin embargo, la solución de estos problemas no consiste en convertir a la legítima defensa en un estado de necesidad o, dicho de otra manera, en legitimar la defensa no sólo cuando sea necesaria, sino cuando, además, sea *proporcionado* el daño causado al agresor con el que éste quería causar. En la jurisprudencia se hace referencia a una cierta exigencia de proporcionalidad al requerir, en ocasiones, cierta semejanza en los medios empleados por el que se defiende y los del atacante¹². Pero,

9 Confr. JAKOBS, loc. cit. nota 1 pág. 362 y sgtes. con matizaciones sobre la teoría dominante; ROXIN, loc. cit. nota 1, pág. 514 y sgte., claramente en contra de tal exigencia.

10 Confr. JESCHECK, loc. cit. nota 1, pág. 309.

11 *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23. ed. 1921, pág. 145; otro punto de vista: FRANK, *Das StGB f. d. Deutsche Reich*, 17ª ed. 1926, pág. 153; MEZGER, *Strafrecht*, 3ª ed. 1949, pág. 233.

12 Confr. entre otras las SSTs de 10-6-92; 6-10-92; 30-10-92, por citar las más recientes. En la doctrina no faltan puntos de vista semejantes que recogen la proporcionalidad como requisito general en el sentido del Código Penal italiano: Confr. CÓRDOBA RODA, loc. cit. nota 4 pág.

este criterio no resulta adecuado, pues la defensa es una respuesta a una intervención ilegítima en la esfera de derechos del que se defiende con la finalidad de lograr la protección de intereses legítimos. La legitimidad de la defensa de tales intereses del que soporta la agresión antijurídica, como es claro, no debe depender, en principio, de *límites establecidos para la protección del agresor* que ha generado el conflicto y, consecuentemente, la ponderación de intereses carece en este marco de razón de ser: el agresor no es merecedor de una protección general en detrimento de la vigencia del derecho que se proponía vulnerar. En la legítima defensa es el agresor el que debe cargar con la responsabilidad del hecho. Pero, naturalmente, ello no puede conducir a una autorización de la defensa totalmente desconectada de sus consecuencias. El parágrafo 3 del Código Penal austríaco es también en este sentido un modelo adecuado cuando establece que:

“La acción, sin embargo, no será justificada cuando resulte evidente que el agredido sólo estaba amenazado por un daño pequeño y la defensa sea desproporcionada, especialmente por la gravedad de los daños que a causa de ella tenga que sufrir el agresor”.

Lo importante de todo cuanto se ha dicho es que, por un lado, el problema de legitimar la defensa sólo cuando el interés defendido tenga una cierta relevancia y, por otro, la exclusión de la misma cuando requiera daños notoriamente desproporcionados respecto del interés defendido, es un problema general, que no se debe limitar a la defensa de los bienes, como lo hacen tanto el derecho vigente como el Proyecto aprobado por el Congreso de los Diputados. Sobre todo, cuando la cláusula prevista en el actual art. 8, 4ª, 1ª C.P. solamente contempla un aspecto de la cuestión, dado que, si bien es cierto que requiere una agresión delictiva, no lo es menos que permite responder a tal agresión sin límite alguno. Con este precepto en la mano cabe pensar en la defensa legítima de un objeto de 30,000 pts. a costa de graves lesiones irreversibles del autor de la tentativa de hurto, algo que choca con la conciencia jurídica de nuestros días.

En suma: es preciso introducir una cláusula atemperadora de los efectos del principio básico de la defensa legítima, según la cual “el derecho no debe ceder ante lo injusto”, aunque ello no debe conducir a dar cabida en forma general a una ponderación de bienes o intereses en el marco de la legítima defensa similar a la que es característica del estado de necesidad; lo recomendable, en definitiva, es una cláusula limitadora como la prevista en el parágrafo 3 del Código Penal austríaco, sin llegar a una identificación conceptual de la legítima defensa y del estado de necesidad.

Una cláusula como ésta tendría la virtud de permitir resultados más justos sin el *riesgo de vulnerar el principio de legalidad* por una restricción teleológica del texto legal. En efecto: una *reducción* de los casos alcanzados por el texto de una causa de justificación es equivalente a la *extensión* del precepto legal, que contiene los elementos del tipo, por encima de los límites del texto legal, dado que tiene el efecto de ampliar la punibilidad sin el respaldo de la ley escrita y, por lo tanto, vulnerará uno de los requisitos que surgen del principio de legalidad, particularmente de la *lex stricta* o, lo que es lo mismo, la prohibición de extensión analógica de la punibilidad a casos no contemplados en la ley¹³.

III

Hasta aquí la legítima defensa. Veamos ahora lo que concierne al estado de necesidad.

a) La primera cuestión que plantea *el estado de necesidad* concierne precisamente a su carácter justificante. El art. 8, T C.P. contiene una disposición proveniente de la reforma de 1944, que amplió el estado de necesidad considerablemente, pues reemplazó la fórmula “que el mal causado sea menor”, por otra según la cual es suficiente con “que el mal causado no sea mayor. En la doctrina existe un amplio consenso sobre el carácter justificante del estado de necesidad penal, aunque en lo referente a la extensión de este carácter las opiniones se dividen. Por un lado están los que consideran que el art. 8, 7° C.P. contiene, a la vez, una causa de justificación, cuando el bien jurídico salvado es mayor que el sacrificado, y otra de exclusión de la culpabilidad, cuando el bien salvado y el sacrificado son de igual jerarquía¹⁴.

Por otro, los que estiman que el art. 8, 7° C.P. sólo contiene una causa de justificación¹⁵. Estas diferencias en la naturaleza del estado de necesidad dependen del criterio con el cual los distintos autores establecen la distinción entre causa de justificación y causas de exclusión de la culpabilidad. El primero de los puntos de vista parte de que la justificación se debe entender según el “*principio del interés preponderante*”, mientras el segundo las diferencia de una manera formal según que

13 Confr. HIRSCH, en *LK* 10a ed. 1985, Vor parágr. 32, 35 y sgtes., con mayores indicaciones bibliográficas; el mismo en *GSfTjong*, 1984, pág. 62.

14 Confr. ANTÓN ONECA, *Der. Pen. PG*, 2ª ed. 1986, pág. 296, exigiendo para la causa de justificación “notoria superioridad del mal evitado sobre el causado”; RODRÍGUEZ MUÑOZ, Notas a la trad. del Tratado de MEZGER, I, 1955, pág. 450 y sgte.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, PG II*, 1990, págs. 31 y sgtes., con matices; BACIGALUPO, *Principios del Der. Pen. PG.*, 2ª ed. 1990, pág. 189 y sgte.

15 Así, GIMBERNAT ORDEIG, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed. 1990, pág. 218 y sgtes; MIR PUIG, Loc. Cit. nota 5, págs. 483 y sgtes.

el autor sea motivable por el derecho, en cuyo caso admite la justificación, o que no lo sea, supuesto en el que se tratará de una causa de exclusión de la culpabilidad¹⁶.

De todos modos, el estado de necesidad justificante, sea que reúna los caracteres de la justificación que surgen del principio del interés preponderante o sea considerado como causa de justificación a partir de cualquier otro criterio, tiene una fisonomía desconcertante en el derecho vigente, que, como veremos, conserva en el Proyecto aprobado por el Congreso de los Diputados.

El art. 20 C.P., cuyo contenido esencial permaneció inalterado en lo sustancial en el Proyecto de 1994 (art. 117, 3º) y en el Proyecto (art. 118, 3º), no le reconoce efecto justificante en el ámbito de la responsabilidad civil, privándolo de una consecuencia que la doctrina considera, en general, como inherente a toda causa de justificación. Las opiniones que en la doctrina consideran que el art. 20 C.P. no impide reconocer el carácter justificante al estado de necesidad, porque esta disposición se basa en la *gestión de negocios ajenos o el enriquecimiento injusto*¹⁷ no proporcionan una respuesta convincente, pues no tienen en cuenta que quien obra en estado de necesidad gestiona sus propios negocios y no los de otro, por lo que el art. 1988 Cód. Civ. ya no sería aplicable, ni parece razonable que la salvación de un bien jurídico propio pueda constituir un enriquecimiento injusto cuando es consecuencia de un acto justificado.

El art. 20 C.P., sin embargo, no es incorrecto, pero es poco preciso a causa de su generalidad. Por ello es imprescindible que en el futuro derecho no se adopte su contenido sin diferenciaciones. La obligación de reparar o indemnizar que allí se dispone en favor del que debe soportar el estado de necesidad de otro, debe regir sólo para el *estado de necesidad agresivo*¹⁸ pero no para el *defensivo*¹⁹. La diferencia se justifica en la medida en que en el estado de necesidad defensivo el peligro de daño es consecuencia de cosas pertenecientes al que tiene que soportar la acción defensiva y ello justifica un tratamiento diverso en la ley penal, dado que la civil guarda silencio al respecto.

16 Confr. GIMBERNAT ORDEIG, loc. cit. nota 14. Este punto de vista no es convincente, pues está obligado a considerar como causas de justificación supuestos de eximición de pena como el del art. 564 CP, que evidentemente no podría serlo pues los efectos de los casos allí previstos no se extienden a los partícipes, ni eliminan la responsabilidad civil; ver al respecto: BACIGALUPO, *Delito y Punibilidad*, 1983, págs. 96 y sgtes.

17 Confr. CEREZO MIR, loc. cit. pág. 25, con mayores indicaciones bibliográficas.

18 Así ocurre en el derecho alemán, BGB parágr. 904; confr. al respecto BROX, *Allgemeines Schuldrecht*, 15ª ed. 1987, pág. 180; ROXIN, loc. cit. nota 1, pág. 495 y sgte.

19 Recientemente ha destacado la diversidad de ambos supuestos de estado de necesidad la meritoria monografía de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pág. 168 y sgts.

De todo ello surge que la regulación vigente del estado de necesidad, lo mismo que la del Proyecto de 1994 que la reitera sin modificaciones o la más confusa que se introduce ahora en el art. 118.3° del Proyecto aprobado por el Congreso de los Diputados, adolecen de una extrema simplificación. La comparación con el derecho alemán demuestra la necesidad de un mayor número de reglas con contenido diferenciado. En primer lugar, es preciso establecer reglas diversas para el estado de necesidad defensivo y el agresivo, que el derecho alemán regula en el Código Civil (BGB, párrafos 228 y 904). En segundo lugar es preciso distinguir entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad en el que colisionan bienes cuya *diferencia jerárquica no es esencial* (que en el derecho alemán se denomina estado de necesidad disculpante).

b) Una segunda cuestión que resulta discutible en la regulación vigente sobre el estado de necesidad es la amplitud de la justificación a todas las formas de ataque a todos los bienes jurídicos posibles, o, mejor dicho, a la colisión de cualquier bien jurídico con otro.

En los derechos penales europeos la extensión del estado de necesidad aparece limitada por tres vías diferentes: a) *limitando* los bienes jurídicos salvables en estado de necesidad (C.P. italiano, art. 54; C. Civ. italiano, art. 2045: “peligro actual de grave daño a la *persona*”; C.P. suizo, art. 34: “vida, cuerpo, libertad, honor, patrimonio”); b) *exigiendo una desproporción cualificada* entre el bien jurídico salvado y el sacrificado. (C.P. alemán, parágr. 34: “el interés protegido supere esencialmente al dañado”; C.P. portugués, art. 34: “sensible superioridad del interés a salvaguardar en relación al interés sacrificado”); c) *estableciendo* una cierta exigencia de proporcionalidad de los medios utilizados para salvar el bien jurídico (C.P. alemán, parágr. 34: “en tanto el hecho sea un medio adecuado”; C.P. francés, “salvo si existe desproporción entre los medios empleados y la gravedad de la amenaza”)²⁰.

Por su parte en la doctrina han comenzado a plantearse interpretaciones restrictivas del estado de necesidad mediante procedimientos hermenéuticos diversos, al dar respuesta al caso de colisión entre la integridad corporal y la vida de una persona, en ocasión del supuesto del médico que extrae un riñón a un paciente saludable para trasplantarlo a otro al borde de la muerte.

aa) Unas opiniones requieren que la relación jerárquica entre los bienes que colisionan sea “*esencial*” y que el medio empleado sea “*socialmente adecuado*”²¹.

20 En el derecho belga no existe una disposición expresa sobre el estado de necesidad y en el derecho austriaco solo se reconoce un estado de necesidad disculpante (C.P. austriaco, parágr. 10): la doctrina admite un estado de necesidad justificante supralegal.

21 BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal Español*, 1985, pág. 80; *Principios de Derecho Penal*, 2ª ed. 1990, pág. 152; 3ª ed. 1994, pág. 152.

bb) Por otro lado se sostiene que la diferencia de jerarquía de los bienes jurídicos (en particular vida/integridad corporal) no es suficiente para justificar la acción cuando se instrumentaliza la integridad física de una persona, que es un “fin en sí mismo”, aunque sea para salvar la vida de otro. Por ello “no cabría admitir que obra en estado de necesidad el cirujano que extrae un órgano no principal de alguien sin su consentimiento para salvar la vida” de otro²².

cc) Finalmente se sostiene que “el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana”²³.

En los casos en que se haya procedido con infracción grave de la dignidad de la persona se admite que el estado de necesidad sólo operará como “causa de inculpabilidad²⁴”, pero si además se da en el sujeto “una exclusión o considerable disminución de la capacidad de obrar conforme a la norma²⁵”).

Estos distintos criterios, con los que la doctrina se hace cargo de una manera general o puntual de los límites del estado de necesidad, demuestran que la fórmula tradicional del estado de necesidad justificante requiere una revisión, pues las condiciones establecidas por el art. 8, 7° C.P. no cumplen con las exigencias que requiere la conciencia jurídica actual. Con razón ha sostenido últimamente Jakobs, en el mismo sentido que las opiniones antes reseñadas, que “un saldo positivo de intereses no es suficiente para la justificación, cuando la solución del conflicto está canalizada por un procedimiento específico o en general excluida²⁶”

Los esfuerzos interpretativos de la doctrina orientados a reducir el ámbito del texto actual del artículo 8, 7° C.P., por otra parte, tienen las mismas dificultades que ya han sido analizadas en relación a la legítima defensa, pues implican reducciones teleológicas de la amplitud del texto de una causa de justificación, cuya compatibilidad con la exigencia de *lex stricta* (prohibición de la analogía) ofrece serias

22 MIR PUIG, *Der. Penal, P.G.* 2a ed. 1984, pág. 402; 3a ed. 1990, pág. 502. En estos casos, en realidad, el estado de necesidad se excluye ya porque no existe colisión de bienes, es decir, porque el órgano que se extirpa a una persona para salvar a la otra no genera el peligro que amenaza a ésta.

23 CEREZO MIR, loc. cit nota 13, pág. 32; en el mismo sentido COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Der. Penal, P.G.*, 3ª ed.: 1990, pág. 396; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Der. Penal, PE, Delitos contra las personas*, 2ª ed. 1991, pág. 154.

24 CEREZO MIR, *ibídem.*, pág. 32/33.

25 *Ibídem.*, pág. 35. En estos casos, sin embargo, es claro que la exclusión de culpabilidad surge de la ausencia de capacidad de culpabilidad y no de un supuesto estado de necesidad disculpante, como lo propone CEREZO MIR.

26 Loc. cit. nota 1, pág. 427 donde subraya la importancia de una “cláusula de adecuación”.

dudas. En última instancia estamos ante una redefinición del deber de solidaridad dentro de una sociedad libre e igualitaria, en la que los bienes más importantes no necesariamente pueden ser salvados sin más consideraciones a costa de los menos significativos.

c) También el estado de necesidad que no excluye la antijuricidad, llamado por lo general *estado de necesidad "disculpante"* requiere en el derecho español una nueva regulación que explicita las condiciones de esta eximente. Esta es la línea seguida por los Códigos Penales, *alemán* (parágr. 35), *austríaco* (parágr. 10) y *portugués* (art. 35). Admitido, como lo está entre nosotros, que se requieren dos formas de estado de necesidad²⁷, es posible ahorrar ahora la discusión sobre si es político-criminalmente necesaria la introducción de una segunda forma de estado de necesidad.

En las regulaciones del estado de necesidad llamado "disculpante"²⁸ de los derechos alemán y portugués se establece una clara limitación de los bienes jurídicos que dan lugar a la eximente. El parágr. 35 de *StGB* se refiere a la vida, al cuerpo y a la libertad, mientras el art. 35 del Código Penal portugués agrega el honor y lo extiende a cualquier tercero, aunque bajo la condición de que "no sea razonable exigirle, según las circunstancias del caso, un comportamiento diferente". El Código Penal austríaco (parágr. 10), por su parte, contiene una limitación implícita a la propia persona o de otro. En general, esta limitación de la eximente a determinados bienes se explica aquí más que en el caso del estado de necesidad justificante, dado el carácter excepcional de la misma, que no consiente un deber general de solidaridad casi ilimitado cuando la diferencia entre los bienes que colisionan no es esencial.

El ámbito propio de una eximente de pena que es insuficiente para legitimar, pero que excluye, de todos modos, el merecimiento de pena, no es la exclusión de la culpabilidad, sino el de la colisión de bienes de igual jerarquía o en los que el bien salvado no es esencialmente más valioso que el sacrificado²⁹. Lo esencial, por lo tanto, es la *reducida entidad de la ilicitud*, que proviene del hecho que, de todos modos, se ha salvado un bien jurídico igual o algo más valioso que el sacrificado. Dicho con otras palabras: se trata de una ilicitud insuficiente para justificar el merecimiento de pena, pues no alcanza a satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad entre la gravedad del presupuesto de la pena y ésta³⁰. De ello se deduce que entre el

27 Sólo GIMBERNAT parece no estimar necesario un supuesto no justificante de estado de necesidad. Mir Puig, por el contrario, admite que el estado de necesidad "disculpante" está regulado en el art. 8, 10^a CP.

28 Sobre la naturaleza dogmática de esta forma del estado de necesidad confr. ARMIN KAUFMANN, en *ZStW* 80 (1986), 34 y sgtes.; BACIGALUPO, en *GS* f. ARMIN KAUFMANN, 1989, pág. 459 y sgtes.

29 Confr. BACIGALUPO, *Loc. cit.* nota 24.

30 Confr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, pág. 210 y sgtes.; del

estado de necesidad justificante y otro estado de necesidad excluyente simplemente de la reacción penal la diferencia reside en la distinta relación existente entre los bienes que colisionan y el bien que se salva.

Tal diferencia se debe manifestar en las consecuencias que se deducen del estado de necesidad justificante y del estado de necesidad excluyente de la pena. En el primero, el titular del bien jurídico está obligado a tolerar la acción para permitir la salvación de un bien jurídico de particular importancia frente a otro esencialmente menor e inclusive a soportar el daño cuando el peligro para el bien jurídico que se salva provenga de sus propios bienes jurídicos (estado de necesidad defensivo). En el segundo, por el contrario, este deber de tolerancia no existe: el que quiera salvar un bien jurídico propio a costa de uno ajeno de igual jerarquía o levemente menor no puede esperar que el ordenamiento jurídico lo apoye imponiendo al otro un deber de solidaridad. La segunda forma (no justificante) del estado de necesidad, por lo tanto, no excluye la defensa del bien que se pretende sacrificar, ni el derecho de su titular a la reparación civil del daño sufrido.

Si lo importante, por lo tanto, es la *reducción de la ilicitud*, cabría partir de una fórmula como la propuesta en su tiempo por Armin Kaufmann al criticar el parágr. 23 del Proyecto Alternativo alemán de 1966: “Un hecho antijurídico llevado a cabo para resolver una situación de necesidad no será punible, si de acuerdo con todas las circunstancias del mismo es adecuado para ello³¹”.

Sin embargo, es posible precisar aún más este concepto introduciendo en la formulación legal la descripción de las situaciones de necesidad que se quieren resolver. En este sentido el legislador debería expresar que en los casos de conflicto de bienes jurídicos de igual jerarquía o en los que se salva un bien que siendo de más valor que el sacrificado, no es esencialmente superior, no cabe la justificación.

Por último, debe quedar claro que la introducción de esta segunda forma de estado de necesidad, no conduce a la eliminación del art. 8, 10^a C.P. -que contiene un supuesto de exclusión de la culpabilidad por coacción, amenazas, etc., como acertadamente lo ha hecho notar Mir Puig- pues el estado de necesidad del que hablamos no se fundamenta en una muy reducida culpabilidad del autor. Dicho de otra manera; no se debe seguir el ejemplo de la reforma alemana de 1975, que eliminó el parágr. 52 *StGB*.

d) Del estado de necesidad por colisión de bienes o intereses se debe separar el de *colisión de deberes*. En este supuesto las reglas del estado de necesidad deberían

mismo “Die Lehre vom strafwürdigen Unrecht” en *Die Japanisierung des westlichen Rechts*, ed. por H. COING y otros, 1988, pág. 421 y sgtes.; BACIGALUPO, loc. cit. nota 24.

31 ZStW 80 (1968), pág. 34 y sgtes. (47).

sufrir una considerable modificación, toda vez que en la colisión de deberes de igual jerarquía se debería admitir plena justificación³².

Consecuentemente pretender su regulación en una única disposición legal no parece lo más acertado. La cuestión carece de autonomía y tiene relación con el cumplimiento de un deber del art. 8, 11° C.P., pues éste sólo operará como causa de justificación en tanto el deber cumplido colisione con otro deber (de igual o menor jerarquía)³³.

IV

A partir de estas conclusiones es posible proyectar los textos que podrían constituir la base para la discusión de una reforma en esta materia.

a) *Legítima defensa*

Art. ... No será punible el que cometa un hecho amenazado con pena necesario para defenderse de una agresión antijurídica, actual o inminente y que no haya provocado, contra su vida, su salud, su integridad corporal, su libertad o su patrimonio o que colabore en la defensa de los bienes de un tercero.

El hecho no será justificado cuando el autor haya provocado suficientemente la agresión o cuando sea evidente que ésta tendría reducidas consecuencias para el agredido y produciría graves daños al agresor.

b) *Estado de necesidad*

Art. (1) No será punible el que cometa un hecho amenazado con pena para evitarse o para evitar a un tercero un peligro actual para su vida, su salud, su integridad corporal, su libertad, su honor o su patrimonio no evitable de otra manera, que no haya sido provocado por él o por el tercero y que no esté obligado a soportarlo, siempre que el bien salvado sea esencialmente superior al que se sacrifica.

(2) Tampoco será punible el que, obrando en la situación prevista en el apartado anterior, salve un bien amenazado por otro que no sea esencialmente mayor que el sacrificado ni de menor jerarquía que éste.

(3) Cuando el estado de necesidad previsto en (1) sea consecuencia de una amenaza proveniente de los bienes sacrificados, el titular de éstos no tendrá derecho a indemnización por los daños sufridos. En todos los demás casos el que obre en

32 Confr. BACIGALUPO, loc. cit. nota 13, pág. 153 con mayores indicaciones bibliográficas; también CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 1984.

33 BACIGALUPO, loc. cit. nota 13, pág. 154.

estado de necesidad estará obligado a indemnizar al titular de los bienes sacrificados por el daño ocasionado.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J. (1986). *Derecho Penal. Parte general*. (2ª ed.). Akal.
- BACIGALUPO, E. (1983). *Delito y Punibilidad*. Editorial Civitas.
- BACIGALUPO, E. (1990). *Principios del Derecho Penal. Parte general*. (2ª ed.). Akal.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. (1991). *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra las personas*. (2ª ed.). Ceura.
- BALDÓ LAVILLA, F. (1994). *Estado de necesidad y legítima defensa*. J.M. Bosch Editor.
- BROX, H. (1987). *Allgemeines Schuldrecht*. (15ª ed.). Beck.
- CEREZO MIR, J. (1990). *Curso de Derecho Penal español. Parte general. II*. Tecnos.
- COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, J. (1990). *Derecho Penal. Parte general*. (3ª ed.). Tirant Lo Blanch.
- CUERDA RIEZU, A. (1984). *La colisión de deberes en Derecho Penal*. Tecnos.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1990). *Estudios de Derecho Penal*. (3ª ed.). Tecnos.
- GÜNTHER, H. (1983). *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*. Heymann.
- GÜNTHER, H. (1988). Die Lehre vom strafwürdigen Unrecht. En: COING, H. (Ed.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts*. Mohr.
- HIRSCH, H. (1985). En: *Leipziger Kommentar*. (10ª ed.). De Gruyter.
- JAKOBS, G. (1991). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). Walter de Gruyter.
- JESCHECK, H. (1988). *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. (4ª ed.). Duncker & Humblot.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1961). *Tratado de Derecho Penal*. (Tomo IV, 2ª ed.). Losada.
- LISZT, F. (1921). *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. (23ª ed.). Walter de Gruyter.
- MEZGER, E. (1949). *Strafrecht ein Lehrbuch*. (3ª ed.). Duncker & Humblot.
- MIR PUIG, S. (1990). *Derecho Penal. Parte general*. (3ª ed.). Editorial Reppertor.
- ROXIN, C. (1994). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). Beck.

- SAMSON, E. / RUDOLPHI, H. / HÖRN, E. (1987). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. (5ª ed.). Zöller.
- SCHMIDHÄUSER, E. (1975). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). J.C.B. Mohr.
- SCHMIDHÄUSER, E. (1984). *Strafrecht: allgemeiner Teil : Studienbuch*. (2ª ed.). J.C.B. Mohr.
- SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. (1991). *Strafgesetzbuch: Kommentar*. (24ª ed.). Beck.