

SOBRE EL ESTADO DE NECESIDAD EN DERECHO PENAL ESPAÑOL

Jesús María Silva Sánchez

ADPCP, Tomo XXXV, Fascículo III, 1982, pp. 663 - 691

<http://www.cienciaspenales.net>

Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español (*)

JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

Becario de Investigación Departamento de Derecho penal
Universidad Autónoma de Barcelona

I

INTRODUCCION

Desde la reforma del Código penal español en 1944, el artículo 8, 7.º de este texto legal exime de responsabilidad criminal a «El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes:

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.»

1. La doctrina dominante en nuestro país ha venido sosteniendo que en el citado artículo se contienen una causa de justificación y una causa de exculpación (estado de necesidad justificante y exculpante), según que los bienes en conflicto sean desiguales y se salve el de mayor valor, o iguales (1). Esto, a pesar de la paradójica conclusión de que una causa de justifica-

(*) En este trabajo se recogen, con amplias modificaciones, algunos de los temas de mi Tesina de Licenciatura, presentada el 30 de septiembre de 1981 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. A partir de tal fecha, sólo se ha tenido en cuenta el trabajo de S. MIR PUIG, «Problemas de estado de necesidad en el artículo 8, 7.º CP» (Libro-Homenaje a O. Pérez-Vitoria), que se cita repetidamente.

(1) CEREZO MIR, «Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I del CP», ADPCP, 1972, p. 779; CUELLO CALÓN, «Derecho Penal», T. I.V.I, 1975, p. 396 ss.; ANTÓN ONECA, «Derecho Penal. Parte General», 1949, p. 265 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, «Tratado de Derecho Penal», T. IV, 1961, p. 340; DÍAZ PA-

ción y otra de exculpación tengan la misma regulación, se ha mantenido con leves correcciones hasta nuestros días. Frente a tal opinión se levanta la de otro grupo de autores que entienden que en todo caso en que se dé lo que la ciencia penal conoce como estado de necesidad, es decir, tanto si entran en colisión bienes iguales como desiguales, nos hallamos ante una causa de justificación (2). Por último, recientemente puede advertirse una tercera corriente que admite que las situaciones de necesidad dan lugar, según los casos, a una causa de justificación o a una causa de exculpación (incluso a otras eximentes), pero se diferencia *sustancialmente* de la primera: A) Porque advierte que el artículo 8, 7.º C. p. sólo acoge la causa de justificación, mientras que la causa de exculpación queda fuera de dicho artículo, en el artículo 8, 10.º (miedo insuperable) o en una eventual eximente analógica (analogía in bonam partem). B) Porque el límite entre una y otra se establece sobre la dicotomía «mal mayor/mal menor o igual», que no siempre coincide con la tradicional de «bienes iguales/bienes desiguales». En efecto, el conflicto entre bienes iguales normalmente dará lugar a que se cause un mal mayor que el que se pretendía evitar, por el plus de perturbación del orden jurídico que la acción lesiva del bien jurídicopenalmente protegido lleva consigo. Pero es posible que en algunos casos de tal conflicto los males equivalgan (sean iguales) y el comportamiento quede justificado. En los casos de conflicto de bienes desiguales en que se salva el de mayor valor, el mal causado puede ser mayor si la diferencia de valor entre ellos no es lo suficientemente considerable como para que la perturbación del orden jurídico inherente a la acción típica no conduzca a ello (3). Esta tercera postura es la que va a ofrecer la base para las consideraciones que a continuación desarrollaremos. Pero antes de entrar en ellas conviene precisar algo más el punto de partida.

LOS, «Estado de necesidad», NEJ Seix, T. VIII, p. 904 ss.; FERRER SAMA, «Comentarios al Código Penal», T. I, 1946, p. 200 ss.; PUIG PEÑA, «Derecho Penal», T. I, V. I, 1959, p. 410 ss.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, «Notas al Tratado de Mezger», T. I, 1955, p. 450 ss.; LUZÓN DOMINGO, «Derecho Penal del TS», Parte General, T. I, 1964, p. 162 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español», Parte General, 1979, p. 555-556; SÁNCHEZ TEJERINA, «Derecho Penal Español», T. I, 1950, p. 227; DEL ROSAL, «Tratado de Derecho Penal Español. Parte General», V. I, 1968, p. 832; RODRÍGUEZ MOURULLO, «La omisión de socorro en el CP», 1966, p. 230 y 271; CÓRDOBA RODA, «Culpabilidad y pena», 1977, p. 16-17; SAINZ CANTERO, «La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma en Derecho Penal», 1965, p. 122 ss.; MISMO AUTOR, «Las causas de inculpabilidad en el Código Penal Español», RGLJ, 1963, p. 60 ss.

(2) QUINTANO RIPOLLÉS, «Comentarios al CP», 1966, p. 111 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», Estudios Penales, 1976, p. 114; MISMO AUTOR, «Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español», 1979, p. 62-63; LUZÓN PEÑA, «Aspectos esenciales de la legítima defensa», 1978, p. 241 ss.

(3) MIR PUIG, «Adiciones de Derecho Español al Tratado de Jescheck», 1981, p. 504 ss.; MISMO AUTOR, «Problemas de estado de necesidad en el artículo 8, 7.º CP», Libro-Homenaje a Octavio Pérez-Vitoria (en prensa).

2. Es importante destacar que el fundamento de la causa de justificación de estado de necesidad tiene, en nuestra opinión, un carácter objetivo y social, no contratado únicamente en la protección de bienes jurídicos individuales, sino más bien en el mantenimiento de la paz jurídica o, más ampliamente, del «statu quo» ante. La posibilidad de que el mal que se trata de evitar con la actuación en estado de necesidad sea propio o *ajeno*, da entrada a todos los intereses de la colectividad, de modo que no se puede afirmar que tan sólo se defiendan intereses individuales (4). Pero es que, incluso, aunque los bienes a proteger sean en muchos casos de titularidad individual, el marco de dicha protección se fija como consecuencia de una valoración que ha tenido en cuenta no sólo la importancia respectiva del bien salvado y del lesionado con arreglo a las convicciones jurídicas del momento, sino también la propia trascendencia jurídico-social de la conducta necesaria en comparación con la del proceso (conducta humana o no) que ella pretendía evitar. De lo que resulta que, en principio, no se trata de salvar el bien más valioso, sino de solventar el conflicto surgido con la menor perturbación posible del «statu quo», es decir, de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquél.

3. Entronca perfectamente con este planteamiento global la exigencia del artículo 8, 7.º C. p. de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. Que se hable de *males*, y no de *bienes* como parecía entender la doctrina dominante, encierra una cuestión de vital importancia (5). Porque frente a un planteamiento causal naturalístico anclado en la mera ponderación de los bienes lesionados, una perspectiva valorativa, como es la que corresponde a un término del cariz de «mal», debe examinar la pluralidad de aspectos y elementos concurrentes en la situación (6). Los baremos para una valoración tal, se obtendrán tanto del Código penal como de la Constitución del Estado, en cuanto norma suprema del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en el conocido

(4) En otro sentido, LUZÓN PEÑA, «Aspectos esenciales», cit. p. 69 ss. Aparte que es discutible que en el estado de necesidad no se afirme el Derecho, si se afirma un derecho individual, ¿qué diferencia hay entre esto y afirmar el ordenamiento jurídico, que no es sino un sistema de derechos?

(5) Vid. sobre todo esto, MIR PUIG, «Adiciones», cit. p. 504 ss.; del MISMO AUTOR, «Problemas», cit., I,4 b) y II,1., a).

(6) Así, CÓRDOBA RODA, «Comentarios al CP», I, 1972, p. 287. Los elementos concurrentes en la situación se valorarán con arreglo a consideraciones ético-sociales y político-jurídicas, según este autor, teniendo en cuenta especialmente la violación de la paz pública que la conducta típica lleva consigo. MIR PUIG, «Adiciones», cit., p. 507-508, entiende que hay que valorar la perturbación del orden jurídico y la ingerencia anormal en la esfera del lesionado que la lesión de un bien jurídico lleva consigo. De modo que la tipicidad (más grave la dolosa, menos, la imprudente) de la conducta es un dato a tener en cuenta para valorar el mal causado; e igualmente el grado de riesgo, la gravedad del daño previsto, etc. Aunque sigue teniéndose muy presente el valor de los bienes en juego. Pero no siempre es el factor decisivo.

caso de la Testigo de Jehová (7), habría que comparar por un lado el mal que supone la pérdida de la vida (vida que, en el caso, el individuo no estaba dispuesto a salvar a cualquier precio); y por el otro, una serie de factores: a) el mal derivado de la lesión de la libertad de decesión de la enferma; b) las convicciones religiosas que respaldaban tal decisión, convicciones que el Estado Español afirma respetar como Estado pluralista (8) y que resultan vulneradas si se opta, como en el caso se hizo, por la salvación de la vida; y c) los posibles peligros que, ex ante, presenta cualquier operación de este tipo.

4. Como habrá podido colegirse de lo hasta aquí apuntado, la materia ofrece una vertiente que puede calificarse como específicamente española. Y, en relación a ella, es posible constatar la existencia de un verdadero «estado de la cuestión», con puntos controvertidos y posiciones enfrentadas. Examinar algunos aspectos problemáticos de esta situación va a ser el objeto de las páginas siguientes, que, por ello, sólo cotnemplarán la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. Concretamente, nos centraremos en cuatro cuestiones:

- a) El concepto de «mal».
- b) La acción necesaria.
- c) El requisito segundo: «Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el suejto».
- d) El requisito tercero: «Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.»

II

LA IDEA DE «MAL»

A) *Cuestión primera: el concepto. ¿En qué sentido debe entenderse el término «mal»? Los límites exteriores del concepto de «mal».*

1. El artículo 8, 7.º C. p. se sirve del término «mal» para designar aquello que se trata de evitar y aquello que se causa con la acción en estado de necesidad. Además, es la comparación entre lo uno y lo otro la que, según aclara el requisito primero del citado artículo, determina si el hecho está justificado o no (9). Dicho lo cual, resulta evidente la necesidad e importancia de todo intento

(7) Una enferma de la secta de los Testigos de Jehová, ante grave peligro para su vida, precisa de una transfusión de sangre. Ella y su marido, por razones morales, se niegan a autorizarla. El médico la practica. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, «La intervención médica contra la voluntad del paciente». ADPCP, 1979, p. 491-500.

(8) Art. 1, 1.º y art. 16, 3.º de la Constitución.

(9) Vid. sobre todo ello ampliamente MIR PUIG, «Problemas», cit., II,2.

clarificador y delimitador del concepto de mal en esta materia. En principio, queda relativamente claro que el *mal causado* por la conducta necesaria está constituido por la lesión de un bien jurídico de otra persona o la infracción de un deber. Y, para valorarlo, no basta con tener en cuenta el dato naturalístico de la existencia de un bien lesionado, sino que es preciso constatar también la perturbación del orden jurídico inherente a la tipicidad (positiva) penal. A continuación nos ocuparemos esencialmente de aquel otro mal, el que se trata de evitar. El peligro de la producción de este último constituye el presupuesto de la acción necesaria.

2. *En la jurisprudencia del TS*, el tema, en lo que concierne al conjunto de supuestos susceptibles de integrar el mal cuya amenaza es presupuesto de estado de necesidad, parece ir experimentando una evolución desde concepciones francamente restrictivas a otras de base más amplia. Son ejemplo de la primera tendencia las sentencias que, en casos análogos a los del clásico hurto famélico, consideran que es preciso un grave e inminente *peligro para la vida* del sujeto para poder reaccionar en estado de necesidad (el mal a evitar sería, pues, la muerte) (10). En otra esfera, pueden también citarse las que entienden que «en ningún caso el hecho de la concepción es un mal, ni tampoco el aumento de familia, que, de existir, puede atenderse institucionalmente» (11). Frente a tal estado de opinión, pueden constatarse algunos indicios de la evolución antes apuntada. Por un lado se estiman constitutivos de mal «la urgencia de los fuertes dolores» derivados de una enfermedad cancerosa e incluso los sufrimientos o trastornos surgidos en la crisis de abstinencia por drogadicción (12). Por otro lado, la más reciente jurisprudencia parece experimentar un giro en relación a cuál es el mal a evitar en los supuestos que responden al esquema del hurto famélico. Si antes se requería un peligro inminente para la vida ahora se señala textualmente: «lejos de esta Sala reputar indispensable que en tales casos el presupuesto 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 superfluo, sino de *indigencia o de falta prolongada y total (...)* de medios de subsistencia» (13). El mal sería, pues, no la muerte sino la propia indigencia. Como puede observarse, se produce así una conversión de lo que antes no se consideraban sino indicios o expresiones del peligro de producción de un mal (la muerte), en males en sí mismos, lo que es importante por la ampliación del concepto de mal que conlleva. Permite, además, ubicar el peligro

(10) Así STS 22-1946 (A.1103); STS 1-III-1974 (A.1177); STS 3-XII-1976 (A.5229).

(11) STS 9-XI-1949 (A.1342); STS 9-12-1949; (A.78-1950); STS 29-V-1968 (A.2681). Aunque debe precisarse que están pensando en casos en que el aborto se produce por motivos económicos.

(12) Sentencias de 18-II-1963 (A.5084) y de 3-V-1974 (A.2079).

(13) STS 2-VII-1979 (A.2981).

inminente —como real presupuesto de la acción necesaria— en un estado anterior (el inmediatamente previo a la grave indigencia). Con todo ello el estado de necesidad justificante experimenta, consiguientemente, una sustancial extensión de su ámbito de aplicación.

3. *En nuestra doctrina* han surgido básicamente dos opiniones sobre el concepto y ámbito del «mal». La primera de ellas entiende que el mal está integrado por un perjuicio para un bien jurídico, merecedor de un juicio desvalorativo de carácter *social*, pero que no precisa constituir un resultado *penalmente típico* (14). La segunda, en cambio, exige que el mal que se trata de evitar lesione un bien jurídico-penalmente protegido, sea un mal penalmente típico. Y por ello, porque si el bien que se trata de salvar no es un bien jurídico, penalmente protegido, entonces el mal causado (lesión de dicho bien) sería mayor que el que se trataba de evitar (15). Sin embargo, a esto se puede oponer que, independientemente de que lo último sea correcto (lo que es discutible), una cosa es que el mal no penalmente típico no sea «mal», en el sentido del artículo 8, 7.º C. p., y otra distinta que en tales casos el mal causado sea siempre mayor que el que se trataba de evitar. Esta última afirmación presupone lógicamente que se acepta la existencia en dichos supuestos de un «mal» a evitar.

4. *En nuestra opinión*, el mal que se trata de evitar no tiene por qué ser el resultado lesivo de un bien jurídicopenalmente protegido. Ello lo ha puesto de manifiesto el propio TS, al admitir en los casos antes citados que el hambre, el dolor o la angustia pueden integrar dicho concepto. El concepto de mal no puede, pues, estructurarse sobre la base de lo penalmente relevante a través de la tipicidad, sino partiendo de un enfoque jurídico-realista que surja de la esfera del Derecho pero atienda a la realidad social. No es posible apreciarlo desde una perspectiva *naturalística* (16), sino que es preciso traspasar un prisma valorativo que le dote de un contenido de sentido. Ni desde un punto de vista *idealista*, que entendiera que lo que se enfrenta —o pretende dar respuesta— a un mal, es —como antítesis de éste—, necesariamente un bien. Tampoco desde una perspectiva *meramente jurídica*, que obligaría a concluir que, en los casos en que amenaza un fenómeno natural, una cosa o un animal, un obrar en ausencia de acción, o atípico, el mal causado sería necesariamente mayor que el que se trataba de evitar: porque el «causado» lo ha de ser a través de una acción típica que, para el Derecho, reúne unos caracteres de gravedad de los que carecen las acciones atípicas. Aunque el elemento de perturbación del orden jurídico es un dato esencial a

(14) CÓRDOBA RODA, «Comentarios», cit., p. 276-277.

(15) LUZÓN PEÑA, «Aspectos esenciales...», cit., p. 529, nota 1430 y p. 530.

(16) Sin embargo, califica el mal que se trata de evitar como «naturalístico» RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO, «Comentarios», cit., p. 311. Pero el mal causado es, según él, «jurídico»: *ibidem*.

la hora de determinar la entidad de los males en comparación, no es, pues, el único. Por último, tampoco es correcto un enfoque absolutamente *individualista*, que no parece adecuado al nivel de la antijuricidad, en que nos movemos.

5. Es precisa, por el contrario, una valoración jurídica atenta al real significado (jurídico-social) de las acciones y fenómenos en las relaciones humanas. Una valoración que partirá del Derecho pero contemplará las repercusiones de hechos y actos sobre los individuos y la sociedad en general. Desde esta perspectiva, es indudable que el dolor y el sufrimiento son males; pero también, en la realidad (y por tanto para el Derecho), causan males la ejecución de una pena privativa de libertad o el ejercicio de la legítima defensa. Por último, evidentemente, los causan también el intento de eludir el cumplimiento de la pena, o la reacción frente a quien se defiende legítimamente. El que en estas últimas situaciones se desestime correctamente la aplicación del Estado de necesidad no se debe, pues, a que falte el presupuesto de la amenaza de un mal. Dicho mal se da (p. ej., en la actuación de la defensa legítima). Lo que ocurre es que el ordenamiento jurídico, atendiendo a la realidad social tantas veces aludida, estima, correcta y consecuentemente, que en ellas el mal causado es mayor que el que se trata de evitar.

6. Un concepto de mal tan ampliamente configurado es muy útil, pues permite apreciar en la comparación de males todos los elementos de la situación conflictiva con relevancia suficiente para ser tomados en consideración por un Derecho pena atento a la realidad social. Sólo de este modo se supera el planteamiento causal-naturalístico, consistente en la comparación estricta de los bienes lesionados, procedimiento de más sencilla factura pero que profundiza mucho menos en la real esencia del problema.

B) Cuestión segunda: los caracteres. ¿Qué sentido tiene el adjetivo «ajeno»? Se trata de analizar la posibilidad de que en él se acojan no sólo los casos en que el amenazado por el mal sea un tercero: persona física o jurídica, sino también aquéllos en los que lo sea un ente suprapersonal.

1. De ese mal que acabamos de delimitar, al menos aproximadamente, han predicado doctrina y jurisprudencia una serie de caracteres que lo califican como presupuesto de la eximente. Así, la realidad (17); la inminencia (18); la gravedad (19); la concreción

(17) Requisito 1.º del artículo 8, 7.º CP 1870 y artículo 60 CP 1928. Alguna jurisprudencia parece identificarlo con la gravedad e inminencia: STS 2-VII-1979 (A.2981). Otras lo aprecian más correctamente, como STS 9-VI-1936 (A.1293) y STS 23-I-1953. La doctrina más correcta es la de CORDOBA, op. cit., p. 273, que lo interpreta como determinación objetiva del peligro, independientemente de lo temido o imaginado.

(18) Es decir, un determinado grado de probabilidad de producción del resultado dañoso. Correctamente, CUELLÓ CALÓN, op. cit., p. 398; JIMÉNEZ

del peligro de que se produzca (20); y la injusticia o ilegitimidad (21). En ninguno de ellos vamos a detenernos. Sí, sin embargo, en la única característica legalmente contemplada; el mal puede ser propio o *ajeno* (caso del llamado «auxilio necesario»).

2. Aceptada la general amplitud del auxilio necesario, puesto que nos hallamos en el ámbito de la justificación (22); el único problema que se plantea es el siguiente: si es posible extender la aplicación de dicho auxilio necesario a los casos en que quien necesita la ayuda no es un tercer individuo, ni siquiera la Administración del Estado u otras Administraciones Públicas como personas jurídicas, sino la sociedad en general o el Estado como ente político. Es decir, si el término «ajeno» engloba también las titularidades colectivas o suprapersonales. Luzón Peña, con importantes argumentos, niega correctamente que las agresiones a tales bienes puedan ser presupuesto de la legítima defensa (23). Pero es posible sostener convicentemente que los males que amenazan a tales bienes pueden dar lugar a que una persona individual reaccione frente a ellos en auxilio necesario. Efectivamente, los límites de proporcionalidad característicos del estado de necesidad evitan los riesgos expuestos en el primer y segundo argumento esgrimidos

DE ASÚA, op. cit., p. 384-385; DÍAZ PALOS, op. cit., p. 911 y 916; SÁNCHEZ TEJERINA, op. cit., p. 230-231; CÓRDOBA RODA, «Comentarios» I, cit., p. 275-276. La jurisprudencia es amplísima y unánime. Desde la STS 16-IX-1934 (A.1692) hasta la STS 26-X-1979 (A.3753), todas las sentencias consultadas que se ocupan del tema van en este sentido.

(19) Con este requisito se trata de colocar un necesario límite inferior, cuantitativo y cualitativo, a la entidad del mal que amenace. Cfr., para los criterios de valoración de la Jurisprudencia, STS 5-II-1974 (A.380); STS 24-IX-1974 (A.3404); STS 3-XIII-1976 (A.5229) y STS 26-X-1979 (A.3753). En la doctrina, cfr. ANTÓN ONECA, op. cit., p. 263; CUELLO CALÓN, op. cit., p. 398; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 387; DÍAZ PALOS, op. cit., p. 916.

(20) Este requisito lo exige, por ejemplo, la STS 31-X-1978 (A. 3360).

(21) ANTÓN ONECA, op. cit., p. 267; SÁNCHEZ TEJERINA, op. cit., p. 230; CUELLO CALÓN, op. cit., p. 398; DÍAZ PALOS, op. cit., 912 y 916; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 384. STS 5-II-1974 (A.380) y STS 28-VI-1976 (A.3260). Parten de la perspectiva idealista de que el mal desaparece como tal por su juridicidad (al ser justificado), cuando lo cierto es que subsiste. Cosa distinta es que, al reaccionar contra ese mal real, el sujeto cause un mal mayor, como ocurrirá normalmente en estos casos, y no quede justificado. Además, es evidente que los males que provienen de fenómenos naturales, cosas o animales, en ningún caso pueden considerarse injustos. El Derecho penal sólo puede prohibir conductas humanas, nunca resultados en cuanto tales. Cfr. MIR PUIG, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», 1979, p. 43. Aunque éstos se valoren de modo negativo y, por ello, sean calificados por el Derecho precisamente de «males». Cfr. LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 321.

(22) Vid. MIR PUIG, «Problemas», cit., I,3,b) y II,1,b) aa) Aunque la doctrina que se basa en una concepción diferenciadora del artículo 8, 7.º CP distingue entre los casos que considera justificados y los que estima meramente exculpados. Cfr. por todos, ANTÓN ONECA, op. cit., p. 272.

(23) LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 543; también MIR PUIG, «Adiciones», cit., p. 479, que añade el argumento gramatical del artículo 8, 6.º CP.

por Luzón (24). Y los propios caracteres que unánimemente se exigen a la situación de peligro permiten superar los obstáculos aludidos en tercer lugar (25).

3. Pero, además, justifican esta mayor amplitud del estado de necesidad con respecto a la legítima defensa algunos argumentos positivos. Así, *gramaticalmente*, ajeno puede entenderse perfectamente como «lo que no es propio de una persona» (*alienum por oposición a suum*), y no es necesario que lo ajeno sea «de otra persona» (26). *Sistemáticamente*, el concepto de ajenidad en los delitos contra el patrimonio no requiere que los bienes sean del dominio o posesión de otra persona, sino simplemente que no pertenezcan al sujeto activo (27). Abarca, por consiguiente, bienes demaniales o comunales, bienes que, teniendo dueño, no lo individualizan en una persona física o jurídica. Desde una perspectiva *político-criminal*, es correcto extender el ámbito del estado de necesidad justificante más allá de lo que se permite para la legítima defensa, puesto que en él existe el importante margen de garantía de no causar un mal mayor que el que se trata de evitar. En efecto, nada se opone a ello, siempre que sean respetados los estrictos límites de proporcionalidad que evitan los gravísimos riesgos inherentes a una actuación en este sentido, y resulte en definitiva beneficiado el principio de la paz jurídica. Existe, además, el dato de la omisión. Las omisiones propias y ciertos casos de comisión por omisión, son excluidos del concepto de agresión ilegítima (presupuesto de la legítima defensa) porque, a pesar de ser penalmente antijurídicos, no ponen en peligro bienes jurídicos individuales, sino a lo sumo supraindividuales, y la agresión ha de dirigirse contra bienes individuales (28). Sólo en estado de necesidad, pues, puede tratarse de impedir tales comportamientos, y, si no se aceptara la interpretación propuesta, faltaría toda posibilidad de reacción justificada frente a los mismos.

4. Todo lo dicho supone trasladar la resolución definitiva de gran número de problemas a la comparación de males, una vez determinado que el supuesto peligro era todo lo real, grave e inminente que exige la aplicación de la eximente. Será, pues, en el ámbito del requisito primero del artículo 8, 7.º C. p. donde deberá contemplarse la difícil cuestión de comparar males de tan compleja valoración en la práctica como, por ejemplo desórdenes pú-

(24) *Ibidem*.

(25) *Ibidem*.

(26) E incluso, aunque se entendiera que el sentido literal posible del término no cubre tales supuestos, siempre queda el recurso a la analogía «*in bonam partem*».

(27) Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, «Derecho penal. Parte Especial», 2.ª edición. Sevilla, 1976, p. 162. QUINTANO RIPOLLÉS, «Tratado de la Parte Especial del Derecho penal», T. II, Infracciones patrimoniales de apoderamiento, 2.ª edic., puesta al día por García Valdés, 1977, p. 118 y 120.

(28) Así, MIR PUIG, «Adiciones», cit., p. 477-478. LUZÓN PEÑA, op. cit., páginas 160-161.

blicos, peligros de golpe de estado, amenazas para la soberanía e integridad del Estado, etc. Pero, teóricamente, nada se opone a ello (29).

C) *Cuestión tercera: las conductas constitutivas. Algunos de los fenómenos o comportamientos que pueden constituir el mal que se trata de evitar.*

1. De la amplia concepción del «mal» antes sentada se deriva que pueden integrar el sentido literal posible de dicho término una pluralidad de fenómenos y conductas. Así, fenómenos naturales: agresiones de animales o cosas, en los que ni siquiera concurre el obrar de un hombre; «actionis hominis» que, sin embargo, no pueden calificarse como «acciones humanae» (comportamientos), por existir una causa de exclusión de la acción; comportamientos atípicos; justificados; y también típicamente antijurídicos. Todo este elenco de posibilidades plantea, sin duda, numerosos problemas, de los cuales sólo nos ocuparemos de alguno, brevemente.

2. En los supuestos de agresiones de cosas y animales, suele considerarse que es posible reaccionar frente a ellas en estado de necesidad (30). No obstante, Luzón Peña entiende que el principio de proporcionalidad que preside esta eximente es un inconveniente para la más satisfactoria resolución de este tipo de cuestiones. Por eso propone «de lege ferenda» la introducción en nuestro ordenamiento de un precepto análogo al del parágrafo 228 BGB (Código civil alemán), que en casos como los aludidos permite sobrepasar la proporcionalidad, siempre que se reaccione contra la fuente de peligro, sea necesario para repeler el ataque y la desproporción no sea manifiesta. Pero su propuesta no se circunscribe a las agresiones de animales o cosas, sino que pretende extender tal régimen a las situaciones en que la agresión procede de un hombre en determinadas circunstancias, como por ejemplo, ausencia de acción, o de dolo (31).

a) En los casos de *ataques de animales o cosas* deben distinguirse dos situaciones. Si el bien amenazado es un bien personal del sujeto, la solución puede radicar en las respectivas valoraciones, la atribuida al bien personal en peligro y al elemento amenazante. En la gran mayoría de las ocasiones, la valoración se inclinará decididamente del lado del sujeto activo, de modo que el

(29) En este sentido se manifiesta MIR PUIG, «Adiciones», cit., p. 479, nota 22, y «Problemas», cit., II.1.b) bb). Pero no está tan claro en la jurisprudencia o en otros autores. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 376-379; ANTÓN ONECA, op. cit., p. 272; CUELLO CALÓN, op. cit., p. 402; DÍAZ PALOS, op. cit., p. 911 y 915; FERRER SAMA, op. cit., p. 285-286. Además STS 8-VI-1935 (A. 1175) y 28-VI-1976 (A.3260), entre otras.

(30) Así, FERRER SAMA, op. cit., p. 178; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 112; SÁNCHEZ TEJERINA, op. cit., p. 224; PUIG PEÑA, op. cit., p. 343; CUELLO CALÓN, op. cit., p. 364; recientemente, LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 323-324.

(31) LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 325.

esquema del artículo 8, 7.º C. p. podría seguir siendo adecuado. Si el bien amenazado no es un bien personal del sujeto, sino patrimonial, por ejemplo, la situación cambia. Porque es posible que, en algunos de estos casos, el daño necesario represente, según la valoración efectuada, un mal mayor que el que se trata de evitar; y sin embargo, puede pensarse por un lado que el sujeto agredido no tiene por qué limitarse a la proporcionalidad si reacciona contra lo que le agrede. Pero, por otro, cuando la cosa o animal tengan un propietario, el hecho de que el sujeto haya sido agredido por ellos, no borra el hecho de que la reacción se produce contra un bien de otro sujeto, sujeto que no ha agredido; podría, pues, justificarse, en tales supuestos, el mantenimiento de la proporcionalidad. En todo caso, mientras que en el grupo anterior las soluciones podían ser satisfactorias en la mayoría de los casos, no parece que vaya a ocurrir lo mismo aquí. Por todo ello, en principio, no parece posible descartar, para el conjunto de hipótesis, la reforma propuesta por Luzón.

b) El problema se plantea, en cambio, bajo otro signo en los casos de hechos de *un hombre en ausencia de acción*. Pensemos, por ejemplo, en la situación del hipnotizado, que agrede a un tercero cumpliendo la voluntad del hipnotizador. Aquí, en rigor, el único agresor (además, ilegítimo), el verdadero creador del peligro, es el hipnotizador, en autoría mediata. Y el hipnotizado, en inconsciencia, bajo fuerza irresistible, es tan ajeno a la agresión como aquel a quien amenaza. Por lo que, si este último reacciona contra él, nos encontraremos ante una «defensa que recae sobre tercero» (32), que debe ajustarse a los límites del estado de necesidad. Conclusión que es coherente con la opinión de Luzón de que sólo quepa estado de necesidad al reaccionar contra el animal que ataca azuzado por un tercero que no es su dueño (33). Los demás casos de ausencia de acción (fuerza irresistible sin un tercero detrás, actos reflejos, inconsciencia) no son, en nuestra opinión, sustancialmente diferentes del ejemplo expuesto. En todos ellos, en rigor, no cabe hablar de «agresión» del hombre, sino de que una fuerza que él no controla agrede a través de él, que es tan ajeno al peligro que por su intermedio se produce como quien lo sufre. Por supuesto, quedan fuera de esta consideración las situaciones de «acto libera in causa» dolosa o imprudente. Según lo dicho no parece conveniente la introducción de un precepto análogo al del párrafo 228 BGB para los casos de ausencia de acción. ¿Qué es lo que explica la diferencia entre este grupo de casos y los anteriormente examinados de animales o cosas? Consideramos que, mientras que la actuación instintiva es la normal al animal, la que define su naturaleza, y es normal que las cosas se rijan por las leyes físicas (inercia, gravedad, etc.), la acción, la posibilidad de control voluntario, es lo normal al hombre. En los casos de ausen-

(32) MIR PUIG, «Problemas», cit., I, a) dd).

(33) LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 331-332.

cia de acción no puede hablarse, según creemos, de que el hombre en tal situación sea la fuente del peligro producido, sino de que el peligro tiene un origen ajeno a la propia personalidad controlable, aunque opere a través de él. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un individuo que, perdiendo el conocimiento, va a caer sobre otro con peligro de producirle lesiones. Parece innegable la exigencia de proporcionalidad en todo este tipo de conflictos. En cambio, podría ser positiva la introducción de un precepto como el propuesto por Luzón, en los casos de agresiones penalmente atípicas (ilícitos civiles, p. ej.), siempre que se estimara, como él, que tales agresiones no constituyen agresiones ilegítimas que den lugar, por tanto, a la legítima defensa (33 bis).

3. Otras dificultades surgen en el ámbito de los *comportamientos justificados* que pueden ser presupuesto de una reacción en estado de necesidad. Dentro de las causas de justificación suele distinguirse entre aquéllas que suponen una mera declaración de la conducta como no prohibida y aquéllas que, además, conllevan una valoración positiva de la misma por el Derecho (34). La doctrina suele citar, como ejemplos paradigmáticos, para el primer caso, el estado de necesidad entre bienes iguales y, para el segundo, la legítima defensa o el cumplimiento de un deber. Antes señalábamos que la legítima defensa causa un «mal»; ahora añadimos que la acción que causa dicho mal es valorada positivamente por el Derecho. La valoración positiva de la acción no borra el carácter de «mal» de la lesión del bien jurídico, sino que es consecuencia de entender —aquí también— que el mal que se ha causado es menor que el que se ha evitado: que el agresor consiguiera su propósito (en el caso de la legítima defensa) o la impunidad del delincuente, entre otros (en la imposición y ejecución de la pena privativa de libertad, como caso de cumplimiento del deber). Dicho todo esto, parece claro que cualquier hipotética reacción en estado de necesidad frente a la legítima defensa causará, al tratar de conmovir esa situación valorada positivamente, un mal mayor que el que trataba de evitar, con lo que no podrá quedar justificada. Es, pues, como ya antes apuntábamos, esta valoración y no la ausencia de un «mal» a evitar, lo que excluye en tales casos la justificación por estado de necesidad. Lo mismo ocurre cuando se pretende reaccionar frente a una actuación en estado de necesidad del artículo 8, 7.º C. p. (justificante). También éste es valorado positivamente, y por tanto, aunque el que reacciona frente a él lo haga para evitar un «mal» (lo cual está aquí mucho más claro, pues incluso lo dice literalmente la ley), el mal causado superaría al que se trataba de evitar: el sujeto no resultaría eximido en base al propio artículo 8, 7.º C. p. (35). El mismo esquema puede aplicarse a las demás causas de justificación. Tan sólo la

(33 bis) LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 195 ss.

(34) LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 113 ss. GIMBERNAT, «Estudios», cit., p. 119.

(35) Vid. para esto MIR PUIG, «Problemas», cit., II, I., a) cc).

obediencia debida —si se considera, como aquí hacemos, causa de justificación (36)— supone una excepción a este planteamiento. Pero se debe simplemente a su estructura. En efecto, en este supuesto nos hallamos ante una agresión antijurídica en autoría mediata con un instrumento que actúa justificadamente. Si el agredido, en lugar de defenderse contra el agresor (el que dictó la orden), lo hace contra un tercero (el subordinado que la cumple al no ser aquélla manifiestamente antijurídica) se produce una situación de legítima defensa que recae sobre tercero, que se rige por los límites del estado de necesidad. Cabe, pues, reaccionar frente a la obediencia debida en estado de necesidad del artículo 8, 7.º C. p.: La diferencia con respecto a las reacciones frente a otras causas de justificación radica en que aquí no se excluye «ab initio» la posibilidad de que el mal causado sea menor o igual que el que se trataba de evitar, pudiendo quedar consiguientemente justificado el comportamiento del sujeto.

III

LA ACCION NECESARIA

1. La acción típica en estado de necesidad, y que éste eventualmente justificará, aparece descrita en el texto del artículo 8, 7.º con la expresión «lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber». Lo primero que se advierte al examinar dicho enunciado es que permite una amplitud general, de modo que en estado de necesidad podrá lesionarse cualquier bien jurídico, porque el artículo no impone limitación alguna. Así se pronuncia toda la doctrina (37). Otra ha sido, en cambio, la opinión de nuestra jurisprudencia en algunos casos. En efecto, puede observarse en ella una cierta resistencia a apreciar el estado de necesidad justificante en supuestos en que se lesiona algún bien jurídico-público o de titularidad estatal (38). Tal concepción resulta infundada.

2. En nuestra opinión, *mediante la actuación en estado de necesidad es posible lesionar no sólo bienes jurídicos de otras personas, físicas o jurídicas (entre ellas, las Administraciones Públicas), sino también bienes de titularidad suprapersonal (de la sociedad o del Estado como ente político)*. Desde luego, una perspectiva *político-criminal* no ofrece obstáculos a tal conclusión, dados los

(36) Vid. sobre el tema, QUERALT JIMÉNEZ, «La obediencia debida en el C. p. Análisis de una causa de justificación». Tesis doctoral inédita. Bellaterra, 1982. *Passim* y par. 12, III.

(37) Vid., por todos, DÍAZ PALOS, *op. cit.*, p. 915.

(38) Así, la STS 17-I-1961 (A.209) señala que la Sala no permite hacer valer el estado de necesidad frente al Estado, pues ello entronizaría la anarquía en la Administración Pública. Vid. también STS 22-X-1941 (A.1184); STS 9-XII-1944 (A.1318); STS 28-II-1962 (A.862). La primera de ellas es relativa a un delito de usurpación de funciones públicas.

límites de proporcionalidad que en todo caso presiden la aplicación de la eximente. En lo que sigue nos proponemos mostrar que también es correcta para un enfoque *dogmático*, en cuanto no desborda el sentido literal posible de la expresión «lesiona un bien jurídico o infringe un deber». El mismo puede descomponerse en dos conductas: A) lesiona un bien jurídico de otra persona; y B) infringe un deber.

3. A) Si tan sólo se contemplara la primera de ellas, esto efectivamente permitiría amparar en el estado de necesidad comportamientos típicos positivamente contra los bienes de la Administración del Estado y las demás Administraciones Públicas, como personas jurídicas que son, pero contra los del Estado u otros entes políticos, ni contra los bienes suprapersonales en general. Porque se exige claramente el bien lesionado sea *de otra persona*.

B) Pero también se habla de la infracción de un deber. El origen histórico de esta parte del artículo revela que los legisladores, al introducirla en el artículo 8, 7.º C. p., pensaban sobre todo en la infracción de deberes de actuar que se produce por omisión (39), y no en el caso inverso. Mas lo cierto es que tal pretensión subjetiva de los legisladores no se ha visto plasmada en el texto de la ley, que, al hablar simplemente de infracción de deberes, abarca los de uno y otro signo: deberes de actuar que se infringen por omisión, y deberes de no actuar que se infringen actuando. Sobre la expresión «infringe un deber» cabe hacer las siguientes precisiones:

a) No nos hallamos ante una expresión superflua (40). Ciertamente, es posible sostener que engloba el anterior enunciado de «lesiona un bien jurídico de otra persona». ¿Por qué? Porque el Derecho penal sólo se justifica por la protección fragmentaria de bienes jurídicos. Es, consiguientemente, impensable la imposición de un deber que no tenga por objeto la protección de un bien jurídico, y la infracción de un deber que no se produzca a través de la lesión de un bien jurídico. Sin embargo, la expresión legal examinada no constituye una simple reiteración. En efecto, aquí no se da el límite de que los bienes lesionados hayan de ser de *otra persona*. Por esta vía cabe, pues, admitir la posibilidad de que en estado de necesidad se lesionan bienes de titularidad suprapersonal. Ello es, como antes apuntábamos, *dogmáticamente* posible, porque no se rebasa el sentido literal posible de la expresión. Y políticocrimininalmente conveniente, ya que, manteniendo la

(39) Cfr. la Base 2.ª, párrafo 2.º de la Ley de 8-XI-1932 de Bases para la reforma del Código penal. La reforma del artículo en el sentido expuesto permitía la derogación del texto contenido en el artículo 8,13.º del Cp de 1870 y en el artículo 61,3.º del Cp. de 1928, que eximía de responsabilidad criminal a «El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima e insuperable».

(40) Sin embargo, CORDOBA RODA, *op. cit.*, p. 277, así lo estima. Seguramente no tiene en cuenta que se exige que se lesione un bien jurídico *de otra persona*.

garantía que ofrece el principio de proporcionalidad, es satisfactorio que en estado de necesidad puedan lesionarse bienes de cualesquiera titulares.

b) Pero es preciso determinar cuál es ese *deber* que se infringe al lesionar, en estado de necesidad, bienes jurídicamente protegidos. Según la teoría finalista, la actuación típica, pero justificada, infringe la norma penal abstracta, pero nunca el deber jurídico concreto que de ella deriva. Para la teoría de los elementos negativos del tipo, aquí acogida, la tipicidad positiva ni siquiera es suficiente para infringir la norma penal. Esta sólo resulta infringida por la realización del tipo total de injusto, es decir, por un comportamiento lesivo de bienes jurídicopenalmente protegidos y no justificado (41). No es éste, pues, el camino de determinar la naturaleza de ese deber que resulta infringido, puesto que, concurriendo estado de necesidad justificante, nunca habrá infracción de un deber en el sentido *concreto* indicado.

c) Y no lo habrá, porque es imposible que una conducta justificada infrinja realmente deber jurídico alguno. La expresión «infringe un deber», si se entiende en sentido jurídico-concreto, es, pues, incorrecta. Pero, desde una perspectiva puramente constructiva y analítica, es posible apreciar en la conducta justificada un momento *lógico-abstracto de infracción* (que devendrá real en otros supuestos como el que examinemos, pero no justificados), que luego, en el momento *jurídico-concreto* no existe. Sólo en ese sentido lógico-abstracto, y nunca en sentido jurídico-real, puede entenderse la expresión «infringe un deber». La norma penal no resulta, pues, infringida por tales conductas, pues es absurdo que alguien que actúa justificadamente realice al mismo tiempo el supuesto de hecho de una norma prohibitiva. ¿Cuáles serán esos deberes que, a *nivel lógico-abstracto*, podrían considerarse infringidos por la conducta justificada? En los delitos imprudentes justificados puede distinguirse un momento lógico abstracto de infracción de la *norma (deber) de cuidado*, que no se dará en el caso si la situación concreta justifica el comportamiento del sujeto. Algo parecido ocurre en los delitos de omisión; aun en los casos de concurrencia de una causa de justificación, puede hablarse, siempre a ese nivel lógico (y no jurídico) de la infracción de un deber de actuar. En los delitos dolosos de resultado, para la imputación objetiva del resultado al sujeto no basta con la causación dolosa del aquél por éste, sino que es preciso que la conducta del sujeto introduzca un riesgo jurídicamente desaprobado (no permitido) de producción de ese concreto resultado. Si no hay infracción de la diligencia debida por el autor —el riesgo introducido es lícito— no cabe la imputación. Pero también aquí puede —a nivel analítico—

(41) Vid., sobre la teoría finalista, WELZEL, «Derecho penal Alemán», 11 edic. (trad. Bustos-Yáñez), p. 74-76 y 117-118. Sobre la teoría de los elementos negativos del tipo, vid. JESCHECK, «Tratado de Derecho penal (trad. Mir-Muñoz Conde), 1981, p. 338 ss.

separarse un primer momento abstracto de introducción de un tal riesgo, que sin embargo en el caso concreto queda justificado, por lo que no es jurídicamente desaprobado. Y otro tanto puede decirse de los delitos dolosos de mera actividad. En conclusión: En los tres casos examinados, el investigador puede analizar la situación y, diseccionándola, distinguir ambos momentos. Pero la distinción, útil a efectos constructivos, es irreal y artificiosa, pues, en la realidad, la situación es una, y, tratándose de la concurrencia de una causa de justificación, no puede hablarse, *jurídicamente*, de infracción de deber alguno. En el artículo 8, 7.º C. p. lo que se quiere decir es que el sujeto *infringiría un deber si su conducta no fuera amparada por el estado de necesidad* que el texto legal define (o por cualquier otra causa de justificación) y la expresión literal es otra por razones obvias de técnica y simplicidad legislativa.

d) La expresión «lesiona un bien jurídico de otra persona», aceptado todo lo expuesto más arriba, podría, pues, considerarse englobada en la de «infringe un deber». Para mantener, sin embargo, un sentido en cada una de las componentes del enunciado legal, puede entenderse que la primera engloba las lesiones de bienes de titularidad personal y la segunda, además, las de los bienes de titularidad suprapersonal. En cualquier caso, es posible alcanzar la conclusión que nos proponíamos al principio.

4. A pesar de haber hecho alguna breve referencia anteriormente, conviene considerar aquí los casos en que el que actúa en estado de necesidad lo hace a través de una *conducta imprudente*. Porque la posibilidad de que tales conductas sean justificadas, dándose los demás requisitos, por la eximente del artículo 8, 7.º C. p. no ha sido siempre unánimemente aceptada. Una importante corriente jurisprudencial ha venido sistemáticamente desestimándolo por entender que el estado de necesidad es inaplicable a los delitos imprudentes (42). La razón alegada es la siguiente: que el estado de necesidad, al descansar en la lesión voluntaria de un derecho para salvar otro de rango preferente, no tendría aplicación en los delitos de imprudencia porque en ellos los daños se producen sin la voluntad o intención del agente (43). A esta corriente cabe objetar, como hace Córdoba (44), que su criterio responde a una

(42) Pero tal doctrina no siempre se ha sentado en casos de verdadera actuación imprudente en estado de necesidad. Cfr. STS 8-XI-1951 (A.2228); STS 13-XII-1951 (A.2476), caso de provocación imprudente en la situación de necesidad; STS 11-XII-1952 (A.2624), id.; STS 24-I-1953 (A.2258), id.; STS 28-IX-1957 (A.2422), id.; STS 1-II-1960 (A. 251), id.; STS 30-I-1960 (A.244), id.; STS 26-I-1968 (A.643), id., entre otras muchas. En cambio, hay sentencias en que tal doctrina coincide con una verdadera actuación imprudente en estado de necesidad. Así, STS 23-VI-1955 (A.1848), en que el sujeto conduce a velocidad excesiva para llevar a su padre a un hospital antituberculoso, o STS 16-IV-1962 (A.1828), en que un taxista circula imprudentemente para llevar a un hospital a una persona con fuertes dolores por fractura de clavícula.

(43) Cfr. STS 30-I-1960.

(44) CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, p. 283.

desacertada comprensión de la estructura de la imprudencia (45). Ello es, efectivamente, así. Como el mismo autor afirma, en la imprudencia concurre un actuar jurídicamente relevante, cual es la voluntad dirigida a infringir la norma de cuidado (46). Esto es lo esencial. Lo que el sujeto realiza impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, es infringir la norma de cuidado poniendo en peligro uno o varios bienes jurídicos (47). Por ello puede correctamente apuntarse que en la actuación imprudente en estado de necesidad lo esencial —el momento relevante— es la infracción de un deber (el deber de cuidado) para evitar un mal propio o ajeno. De modo que, si el enunciado legal sólo contemplara el «lesionar un bien jurídico de otra persona», sería discutible que tal actuación imprudente cupiera en el texto del artículo 8, 7.º C. p. sin recurrir a la analogía, puesto que en la imprudencia no se lesiona un bien jurídico «impulsado» por nada, ni «para» nada. Tal lesión no es en estos casos el medio para evitar el mal, sino que el medio lo constituye la conducta imprudente en sí misma. Por eso, la adición de la expresión relativa a la infracción del deber es importante en este punto.

IV

LA AUSENCIA DE PROVOCACION INTENCIONADA

El requisito segundo del artículo 8, 7.º C. p. exige, para eximir completamente de responsabilidad, «que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto». Una

(45) Es posible que también haya tenido incidencia en la posición adoptada por la jurisprudencia ante el tema una confusión. La que a veces parece experimentar nuestro TS entre actuación imprudente en estado de necesidad y provocación imprudente de la situación de necesidad, a la que sigue una actuación normalmente dolosa, en estado de necesidad. Efectivamente, la doctrina de la inaplicabilidad del estado de necesidad a los delitos culposos se ha ido configurando a través de casos que, en su mayoría se refieren a provocación imprudente de la situación de necesidad. Como en tales casos, la solución en general correcta (dejando aquí aparte la fundamentación, que en su momento veremos) es castigar por imprudencia, ello puede haber contribuido al confucionismo del TS en este ámbito. Cfr. STS 27-III-1969 (A.1727); además, STS 24-X-1958 (A.3047); STS 2-VII-1960 (A.2551); STS 17-IV-1961 (A.1336); STS 10-X-1964 (A.4255); TS 4-V-1965 (A.2050). En cambio, parece distinguir claramente la STS 15-VI-1971 (A.2877).

(46) CORDOBA RODA, op. cit., p. 284-285.

(47) La STS 29-X-1976:

a) Constata la resistencia anterior a aplicar el estado de necesidad en los delitos culposos, pero señala que, *recientemente, se ha admitido la operatividad del estado de necesidad en los mismos, pues en el comportamiento culposo, si bien falta la voluntad proyectada sobre el evento, existe sin embargo para lesionar la norma de cuidado, al actuar voluntariamente, sin cautelas, con falta de atención o negligentemente. Supone, pues, un cambio con respecto a la doctrina tradicional.*

toma de posición en torno a las cuestiones fundamentales que aquí se plantean requiere la previa aclaración del confuso panorama de la doctrina y jurisprudencia que se han pronunciado sobre el tema.

1. En relación al *carácter* de la provocación, las opiniones doctrinales y jurisprudenciales pueden clasificarse de la siguiente manera:

A) *Teoría de la voluntad natural*.—Una corriente jurisprudencial, seguramente todavía mayoritaria, entiende que el requisito pretende garantizar que el estado de necesidad sea naturalmente producido, de modo que basta la presencia de una voluntad humana en la provocación —sea cual fuere su contenido—, para estimarlo infringido. Que concorra dolo o imprudencia es, pues, indiferente a estos efectos (48).

B) *Teoría de la provocación dolosa*.—Es ésta la postura dominante en nuestra doctrina en la actualidad. Y empieza a ser acogida en los últimos años por la jurisprudencia. Según esta corriente, provocación intencionada quiere decir provocación dolosa, por lo que sólo en estos casos resultaría infringido el requisito (49). Aunque se discrepa acerca de si son englobadas todas las clases de dolo o no (50).

b) Pero hasta ella ha llegado la confusión que antes referíamos (nota 45). Pues comienza hablando de cómo la doctrina de la Sala ha evolucionado hacia la admisión del estado de necesidad en los delitos culposos, en un caso en que la actuación era dolosa (un conductor, para esquivar a un peatón choca con un turismo que viene de frente), pero la situación había sido imprudentemente provocada por el exceso de velocidad.

Vid. STS 29-X-1976 (A.4365).

(48) Cfr., entre otras, STS 10-IX-1934 (A.1684) que exige que el estado de necesidad surja de «acontecimientos extraños a la voluntad»; STS 3-V-1941 (A.474): para infringir el requisito basta con que la provocación provenga de «actos propios y emanados de la voluntad»; STS 7-XII-1950 (A.1650): el estado de necesidad debe surgir de «causas extrañas e independientes de la voluntad, ajenas a vagancias y vicios» para que se aplique la eximente completa; STS 21-I-1954 (A.30); STS 14-XII-1956 (A.3731); STS 30-X-1957 (A.2706); STS 24-X-1958 (A.3047); STS 2-IV-1959 (A.1295); STS 2-VII-1960 (A.2551); STS 17-IV-1961 (A.1336); STS 10-X-1964 (A.4225); STS 26-I-1968 (A.643); STS 21-IV-1970 (A.1878); STS 27-VI-1973 (A.2915); STS 5-II-1974 (A.380), y STS 29-IX-1978 (A.2948).

(49) ANTÓN ONECA, op. cit., p. 268; CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 296; CUELLO CALÓN, op. cit., p. 403; DÍAZ PALOS, op. cit., p. 916; FERRER SAMA, op. cit., p. 204; GIMBERNAT ORDEIG, «Introducción», p. 64; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 389-393; QUINTANO, op. cit., p. 111 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., p. 547. STS 3-V-1974 (A.2079); STS 28-VI-1976 (A.3260): el requisito segundo «excluye la eximente si ha sido provocada intencionadamente por el sujeto (por lo que aún puede amparar el estado de necesidad si la causa de la colisión fue meramente culposa)»; STS 29-X-1976 (A.4365): «incluso en las situaciones de necesidad provocadas por culpa propia... cabe hacer actuar dicha eximente, pues el requisito segundo del artículo 8, 7.º, lo permite al referirse a que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente, y la culpa está fuera de esta querida provocación» (esta última, en un caso de circulación); STS 13-I-1976 (A.4732), y STS 2-VII-1979 (A.2981).

(50) La mayoría lo concibe en sentido amplio. En sentido excluyente del dolo eventual, PUIG PEÑA, op. cit., p. 340.

C) *Teoría de la actio illicita in causa*.—Algunos autores profundizan en lo apuntado por la corriente anterior, tratando de fundamentar el castigo por imprudencia del sujeto provocador imprudente que resulta, consiguientemente, amparado por un estado de necesidad completo. Para ello, entienden que estos casos el proceso causal debe dividirse en fases, la última de las cuales es la justificada. Pero permanece una conducta culposa inicial y un resultado consecuencia de aquélla, por lo que el comportamiento del sujeto debe ser punible a título de imprudencia (51). Esta fundamentación también parece haber sido acogida por alguna sentencia, aunque no con claridad (51 bis). En nuestra opinión, con las matizaciones que luego haremos, ésta es la opinión correcta.

La clasificación de las corrientes jurisprudenciales realizada en los tres apartados anteriores no debe llevar a engaño. Lo cierto es que, tras la diversidad de las afirmaciones de índole doctrinal se oculta una total uniformidad en la resolución por parte del TS de los conflictivos casos de provocación imprudente de la situación de necesidad. En tales casos, *siempre* se ha castigado y se castiga al sujeto por un delito imprudente, independientemente de la fundamentación que para ello se de. La STS 15-VI-1971 (A. 2877) parece haber tratado de fundamentar con arreglo a la teoría del «actio illicita in causa» lo que el Tribunal Supremo no ha dejado nunca de hacer (52).

(51) Ejemplo: Fase 1) A conduce imprudentemente, por la izquierda. De pronto ve frente a sí a un ciclista. Fase 2) Para evitar atropellarlo, se dirige (dolosamente) contra la acera, produciendo unas daños. Esta segunda fase está justificada completamente por estado de necesidad. Pero subsiste la relación «imprudencia inicial-resultado»: luego, pena correspondiente será la de los daños imprudentes. La idea parecía estar ya, en parte, presente en LUZÓN DOMINGO, op. cit., p. 204 ss.; PUIG PEÑA, op. cit., p. 410 ss. SÁNCHEZ TEJERINA, op. cit., p. 231. MIR PUIG lo expone recientemente fundamentándolo dogmáticamente y ajustándolo al esquema de la «actio illicita in causa». Vid. «Problemas», cit., III,1. Vid. también sobre el tema, GIMBERNAT ORDEIG, «Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención», 1975, p. 123.

(51 bis) STS 15-VI-1971 (A.2877): El requisito segundo del artículo 8, 7.º, beneficia de la justificación «...a los que provocan culposamente la situación o estado de necesidad, pero bien entendido que si la acción provocadora constituye ya un delito o pone ya en peligro los intereses jurídicos ajenos, deberá ser sancionada como tal por ser distinta y anterior a la acción necesaria, única amparada por la exención». Se exige la conexión causal de esa culpa inicial con el resultado y se condena por imprudencia.

(52) El grupo de sentencias que entiende que la provocación imprudente infringe el requisito 2.º del artículo 8, 7.º Cp, castiga de todos modos al sujeto activo por imprudencia, entendiendo inaplicable tanto el estado de necesidad completo como el incompleto. Con una excepción: la STS 10-X-1964 (A.4255), nueva muestra de la confusión que sobre el tema reina en nuestra jurisprudencia. El caso era el siguiente: un camión circula a velocidad excesiva; para evitar la colisión con un ciclista que le precede, efectúa un viraje a la izquierda y choca con otro camión que circulaba en sentido opuesto. Y la sentencia afirma: «La eximente séptima del artículo 8 Cp sólo como incompleta puede apreciarse en los delitos culposos, pues el estado de necesidad es provocado en ellos por la propia culpa con la previa infracción de normas de prudencia, cuyo incumplimiento en este caso por

2. También han suscitado controversia el *objeto* y el *sujeto* de la provocación, así como los temas de la *ratio* del requisito y los *efectos* de su infracción.

A) Por lo que respecta al *objeto* de la provocación, puede afirmarse que existe una notable confusión. Mientras que la opinión más tradicional parece conformarse con que lo provocado sea la mera situación de *peligro* para un bien jurídico, algún autor, más recientemente, requiere —por entender que lo exige la ley— que la provocación se refiera a la situación de *conflicto* en que, para salvar un bien jurídico, es preciso lesionar otro (situación de necesidad) (53). Esta segunda postura parece, en principio, la correcta. Más difícil se presenta el tema en la jurisprudencia. Para describir el objeto de la provocación se emplean alternativamente los términos «mal», «situación de peligro», «situación de necesidad» o «situación conflictiva». Pero todo hace pensar que se considera suficiente la mera provocación de la situación de peligro (53 bis).

B) En cuanto al *sujeto* de la provocación, parece existir unanimidad en doctrina y jurisprudencia acerca de que, para estimar infringiendo el requisito, es necesario que la provocación se deba al sujeto activo (y no al auxiliado, en los casos de auxilio necesario) (54).

C) Sobre el *fundamento* del requisito puede hablarse de dos opiniones divergentes. La primera entiende que radica en una exigibilidad aumentada por encima de los límites establecidos para el

el recurrente le impidió detener a tiempo el vehículo evitando así todo mal». El fallo consistió en castigar por imprudencia con la eximente incompleta del artículo 9, 1.º, en relación con el artículo 8, 7.º Cp. Como sabemos, algunas sentencias más recientes parecen entender que la provocación imprudente. Y la que lo hace en un caso tal, condena a pesar de todo por imprudencia.

La solución jurisprudencial, que es correcta en su resultado, se ha venido manteniendo, con independencia de sus variaciones en cuanto a la interpretación del requisito 2.º del artículo 8, 7.º CP. Tan sólo la citada STS 15-VI-1971 parece haber intuido algo parecido a la fundamentación de tal correcto resultado: dicha fundamentación pase por entender que la provocación imprudente no infringe el requisito y por aplicar la expuesta teoría de la «*actio illicita in causa*».

(53) Vid., por todos los sustentadores de la corriente tradicional, QUINTANO, op. cit., p. 120 ss. Detenta la otra posición CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 295.

(53 bis) Cfr., entre otras muchas, STS 10-IX-1934 (A.1684); STS 29-VI-1935 (A.1298); STS 3-IV-1941 (A.474); STS 7-VI-1948 (A.888); STS 7-XII-1950 (A.1650); STS 21-I-1954 (A.30); STS 14-XII-1956 (A.3731); STS 30-X-1957 (A.2706); STS 30-I-1960 (A.244); STS 2-VII-1960 (A.2551); STS 11-VI-1966 (A.3713); STS 36-I-1968 (A.643); STS 21-IV-1970 (A.1878); STS 15-X-1971 (A.2877); STS 5-II-1974 (A.380); STS 3-V-1974 (A.2079); STS 28-VI-1976 (A.4365); STS 29-IX-1978 (A.2948), y STS 2-VII-1979 (A.2981).

(54) ANTÓN ONECA, op. cit., p. 268; CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 300-301; CUELLO CALÓN, op. cit., p. 403; DÍAZ PALOS, op. cit., p. 916-917; FERRER SAMA, op. cit., p. 204-206; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 393; RODRÍGUEZ DE VESPA, op. cit., p. 547; Cfr., entre otras, STS 28-VI-1976 (A.3260); STS 29-IX-1978 (A.2948), y STS 2-VII-1979 (A.2981). Normalmente hablan de «el inculpado», o el «sujeto activo». Vid. recientemente sobre el tema, MIR PUIG, «Problemas», cit., III,2.

hombre medio (55). La segunda considera que nos hallamos ante un requisito que podría entenderse contemplado por la «cláusula de adecuación», existente en Derecho alemán y que falta, como tal, en nuestro Derecho (56). Se trataría, pues, de que, para la exención completa por el artículo 8, 7.º C. p. no basta con causar un mal menor o igual que el que se pretende evitar, sino que se precisa, además, una adecuación objetiva de la conducta del sujeto a Derecho, adecuación que falta en los casos en que él mismo ha provocado intencionadamente la situación de necesidad.

D) Por último, los *efectos* de la infracción. En torno a este tema existen también dos posiciones. La de los que afirman que, aunque se infrinja este requisito, todavía cabe aplicar la eximente incompleta de estado de necesidad (57). Y la de quien considera que en tal caso desaparece la propia esencia de la eximente, por lo que no es aplicable la eximente completa ni la incompleta (58). Esta última posición se basa en entender que la provocación intencionada impediría la presencia de una verdadera situación de necesidad. Pero tal consecuencia no es obligada desde la perspectiva del sentido literal posible del enunciado legal. En efecto, si éste exige que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente, es porque cabe la posibilidad de situaciones de necesidad provocadas intencionadamente, es decir, porque una definición de situación de necesidad no tiene necesariamente que contener entre sus elementos la ausencia de provocación intencionada de la misma. No hay, pues, «*contradictio in terminis*». Aparte de esto, y desde una perspectiva jurídico-material atenta a la realidad social, no parece haber duda de que la situación de necesidad subsiste como tal, en principio, a pesar de que su origen responda a una provocación intencionada del sujeto. En nuestra opinión, consiguientemente, en los casos de infracción del requisito procederá aplicar la eximente incompleta, por no revestir aquel carácter esencial. Pero, para la precisión de cuáles son los casos en que, en nuestra opinión, resulta infringido el requisito, vid. infra 3, C), D) y E).

3. Examinadas las líneas esenciales de la actual situación de doctrina y jurisprudencia, es ya el momento de tomar posición ante algunas de las cuestiones fundamentales aquí tratadas, respecto a las cuales aún no se ha hecho en la precedente exposición.

A) A nuestro parecer, el requisito segundo del artículo 8, 7.º C. p. integra una cláusula de adecuación objetiva de la conducta a Derecho, en los términos más arriba fijados. Esta cláusula opera de modo subsidiario a la ponderación de males. Así pues, sólo una vez determinado que el mal causado no es mayor que el que se trataba de evitar debe pasarse a examinar si la situación de nece-

(55) Cfr. SAINZ CANTERO, «Las causas de inculpabilidad», cit. *passim*.

(56) Cfr. MIR PUIG, «Adiciones», cit., p. 509.

(57) Cfr., por todos, ANTÓN ONECA, op. cit., p. 328; RODRÍGUEZ DEvesa, op. cit., p. 669.

(58) CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 302.

sidad ha sido provocada intencionadamente por el sujeto o no. Porque nuestro Derecho exige para excluir completamente lo injusto del hecho, además de que el mal causado no sea mayor, que la conducta del sujeto haya respondido a esa adecuación o corrección objetiva.

B) El texto legal requiere, efectivamente, que la *situación de necesidad* no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Ello quiere decir, como ha puesto de relieve cierta doctrina antes citada, que lo provocado debe ser la situación de conflicto entre bienes jurídicos o, mejor aún, una situación tal de peligro para un bien jurídico *A*, que para resolverla sea preciso lesionar otro bien jurídicamente protegido *B*. Pero, en nuestra opinión, para provocar intencionadamente una situación de necesidad no es imprescindible provocarla *precisamente* con un ánimo especial de lesionar el bien *B* para salvar el bien *A*. Por tanto, cabe hablar de provocación intencionada de la situación de necesidad cuando, dándose la circunstancia de que el bien *A* sólo pueda ser salvado a costa del bien *B*, el sujeto que ha provocado la situación de peligro para el primero (conociendo y queriendo tales circunstancias), lo que pretende es lesionar a *A*, sin tener, en el momento de la provocación, propósito alguno de salvarlo. Ese propósito puede surgir después. En conclusión: Querer una situación de peligro para *A* que sólo puede solventarse a costa de *B* no implica querer la lesión de *B* para salvar a *A* (puede quererse la lesión de *A*). Más adelante se ejemplifica esta opinión.

De la tesis sostenida en este apartado se desprende que la provocación dolosa de una simple situación de peligro para un bien jurídico, que no implique todavía el que para su salvación se requiere la lesión de otro, carece de relevancia a los efectos de la eximente que estudiamos. Otra cosa es que sea en sí misma constitutiva de infracción penal, lo que puede darse además en todo caso, y es independiente del tema que nos ocupa. Si el sujeto actúa en una tal situación, dándose los demás requisitos del artículo 8, 7.º C. p., la eximente le ampara completamente.

C) Nos resta, pues, ocuparnos de los diversos grupos de casos de provocación dolosa e imprudente de la situación de necesidad:

a) *Casos de provocación dolosa de la situación de necesidad con dolo dirigido al resultado. Provocación de una situación de peligro para A que sólo puede resolverse a costa de B, queriendo lesionar a B amparado por el artículo 8, 7.º C. p.* Ejemplo: El sujeto *A* tiene intención de matar justificadamente al perro de su vecino que le causa grandes molestias. Con vistas a ello, le incita para que el animal le ataque y, cuando aquél lo hace con grave peligro para la vida del sujeto, éste lo mata (daños).

b) *Casos de provocación dolosa de la situación de necesidad en los que, en la propia provocación, no hay dolo dirigido al resultado efectivamente producido. Provocación de una situación de peligro para A, que sólo se puede salvar a costa de B, queriendo*

lesionar precisamente a A. Ejemplo: El sujeto A quiere suicidarse sofisticadamente. Para ello se encierra, sin posibilidad de huida ni de comunicación alguna con el exterior, en el gabinete de su vecino (naturalista) y atrae hacia sí las valiosísimas y exóticas serpientes venenosas allí coleccionadas. Pero en el último momento se arrepiente y, para salvar su vida, la emprende a golpes con ellas hasta que las mata. Este caso, y otros similares que pueden imaginarse (igualmente en supuestos de auxilio necesario), son casos de «cambio de opinión» (en algunos casos desistimiento activo) del sujeto provocador en el lapso entre la conducta de provocación y la acción necesaria, e ilustran perfectamente la idea que se pretende exponer.

c) *Casos de provocación imprudente de la situación de necesidad que contienen una imprudencia respecto al resultado.* En estos casos, como es lógico, en el momento de la provocación no se quiere el resultado que al final se producirá, pues ni tan sólo se quiere la propia situación de necesidad que lo propicia. En la fase final del proceso sí que se da el dolo. Ejemplo: El sujeto A conduce imprudentemente por la izquierda. De pronto observa frente a él a un motorista; viendo que va a arrollarlo y no hay otra alternativa, gira hacia el arcén izquierdo y mata a varias ovejas que allí estaban. Fases: 1) Imprudencia que provoca la situación de necesidad; 2) Conducta dolosa justificada por estado de necesidad; 3) Resultado. Conclusión: imputación del resultado a la imprudencia inicial.

d) *Casos de provocación imprudente de la situación de necesidad que no llevan en sí imprudencia frente al resultado.* La situación es básicamente la misma del caso anterior, salvo que aquí se trata de casos en que el resultado producido al final no sería previsible objetivamente, o bien no sería uno de los que se incluían en el ámbito de protección de la norma infringida por el actuar imprudente del sujeto. En ellos el resultado final no le es imputable objetivamente al sujeto a título de la imprudencia originaria (59). Pero también cabe imaginar, en este mismo apartado, otro tipo de situaciones: Aquellas en las que el delito realizado al final no sería comisible por imprudencia, y por tanto no le sería imputable al sujeto en base a tal título. Así, el hurto, o las coacciones. Si, tras una provocación imprudente de la situación de necesidad, la acción necesaria consiste en unas coacciones, p. ej., no cabe condenar por un delito imprudente.

D) Estas son, a nuestro entender, las posibilidades existentes (60). Los casos construidos en c) y d) no infringen, evidente-

(59) Vid., sobre todos estos temas, MIR PUIG, «Adiciones», cit., p. 392 ss. y 809.

(60) Pero el esquema puede complicarse algo más. Piénsese en una provocación dolosa de la situación de necesidad que lleve en sí imprudencia respecto al resultado. En tal caso, al no producirse la exención completa por estado de necesidad, procedería aplicar la pena correspondiente a la eximente incompleta del hecho (normalmente doloso) finalmente cometido.

Y, siempre que quepa imputar objetivamente dicho resultado a la conducta imprudente inicial, deberá castigarse por imprudencia, como sostiene la teoría de la «*actio illicita in causa*». Nos adherimos, pues, a ésta en los términos expuestos al examinarla, y con las matizaciones hechas en el grupo d) de casos. De este modo quedan solventados los supuestos de provocación imprudente. Pero aún restan los de provocación dolosa. Si el dolo inicial abarca ya el resultado producido al final (grupo a), en nuestra opinión debe aplicarse también aquí el esquema de la «*actio illicita in causa*». En efecto, en tales casos el sujeto *se utiliza a sí mismo* como un instrumento (que actúa justificadamente) por lo que no cabe sino considerar que le es objetivamente imputable y a título de dolo todo el proceso que conduce al resultado último: se trata de un proceso global y unitario, por lo que habrá que aplicar la pena del delito doloso correspondiente. Por razones materiales, otras derivadas del texto del artículo y teleológicas en definitiva, no parece posible entender que el requisito segundo del artículo 8, 7.º C. p. se refiere a casos de esta índole, pues ello le privaría completamente del sentido que pudiera tener.

E) En nuestra opinión, el ámbito propio del requisito que nos ocupa lo constituye el grupo de casos citados más arriba en D) b). Es decir, aquellos casos en que el sujeto provoca dolosamente un peligro para un bien *A* que sólo puede salvarse a costa de un bien *B*, pero sin querer, en tal provocación, lesionar a *B* para salvar a *A* (caso de las serpientes). Posteriormente, sin embargo, lesiona dolosamente a *B* para salvar a dicho *A*. Si no fuera por el requisito 2.º del artículo 8, 7.º C. p., en estos casos habría estado de necesidad completo, siempre que, al salvar a *A* lesionando a *B*, no se causara un mal mayor que el que se pretendía evitar. En este requisito el que impide la exención completa: la provocación dolosa previa de la situación de necesidad conduce a que sólo se pueda apreciar la eximente incompleta.

V

LA AUSENCIA DE OBLIGACION DE SACRIFICIO

1. El requisito tercero del artículo 8, 7.º C. p. exige «Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse». La jurisprudencia relativa al mismo ha evolucionado desde posturas que defendían una concepción exacerbante de la obligación de sacrificio (61) a otras que la reducen a sus justos términos, de acuerdo con las posiciones doctrinales (62). No obstante, aunque la discusión sobre el tema esté actualmente, en lo esencial, parali-

(61) Cfr., por ejemplo, STS 10-II-1949 (A.263); STS 28-V-1947 (A.724), y STS 29-X-1951 (A.2213).

(62) La obligación ha de ser jurídicamente impuesta en virtud de ley, profesión o contrato —entiende la doctrina—. Asimismo, la acción debe pro-

mente, el requisito segundo del artículo 8, 7.º C. p. Existe, pues, estando de necesidad completo para la conducta (normalmente dolosa) realizada al final por el sujeto. Pero subsiste una imprudencia originaria que ha causado el resultado finalmente producido, aún suscitan interés ciertas cuestiones.

A) En cuanto al fundamento del requisito, existen sustancialmente dos opiniones:

a) *Cláusula de exigibilidad*.—Una amplia corriente doctrinal entiende que quiebran aquí los principios generales inspiradores de la eximente y nos hallamos ante un supuesto de exigibilidad aumentada por encima de los límites aplicables al hombre medio (63).

b) *Cláusula de adecuación*.—Otra opinión, en cambio, entiende que este requisito, como el anterior, viene a suplir, en parte, la presencia expresa de una cláusula de adecuación como la del párrafo 34, inciso segundo, del STGB alemán (64).

B) Por lo que respecta a las consecuencias de su infracción, normalmente suele entenderse que, en los casos en que se incumple la obligación de sacrificio, debe aplicarse la eximente incompleta, por tratarse de un requisito no esencial (65).

2. Examinemos la primera cuestión. Si se considera —como nosotros hacemos— que la eximente séptima del artículo 8 C. p. es una causa de justificación, carece de sentido buscar en ella una cláusula de exigibilidad, que sólo se explica en el seno de una causa de exculpación, como sucede en Alemania. En efecto, normalmente la presencia de una cláusula de exigibilidad no afecta a lo injusto objetivo del hecho, sobre todo cuando, en nuestra opinión, no se trataría aquí de exigibilidad general sino dirigida a determinados sujetos. Entendemos, en consecuencia, que nos hallamos ante la descripción de un ejemplo de lo que debe comprender una cláusula de adecuación objetiva de la conducta a Derecho. El restante contenido de una cláusula tal habrá de ser ubicado —además de en el requisito 2.º— en el requisito primero, que lo posibilita dado el tenor del texto. Cabría, sin embargo, sostener —no sin razón— que todos los elementos de adecuación de la conducta pueden valorarse suficientemente en el seno de la propia ponderación de ma-

ducirse en el ejercicio de la actividad origen del deber. El deber de sacrificio no se exige si la desproporción de los bienes en conflictos grandes Cfr. ANTÓN ONECA, op. cit., p. 268; CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 206; DÍAZ PALOS, op. cit., p. 917; FERRER SAMA, op. cit., p. 206; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 394-395; LUZÓN DOMINGO, op. cit., p. 167. También STS 22-IV-1969 (A.2322); STS 28-VI-1976 (A.3260), y STS 2-VII-1979 (A.2981).

(63) CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 306; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., 394-395; PUIG PEÑA, op. cit., p. 410 ss.; SAINZ CANTERO, «La exigibilidad», cit., p. 151; GIMBERNAT ORDEIG —«Introducción», cit., p. 65— considera que este requisito supone una quiebra del principio de ponderación de bienes, lo que, evidentemente, no implica adherirse a la postura de los autores anteriormente citados.

(64) Vid. supra nota 56.

(65) Cfr., por todos, CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 306.

les. Pero también puede entenderse que el término «mal» no es lo suficientemente amplio para ello, o que si los legisladores situaron tales requisitos al margen del primero es porque no estaba muy clara su perfecta inclusión en aquél. Suscribimos este segundo planteamiento, no por entender que el término «mal» no sea tan amplio como para englobar estas consideraciones, sino porque es preferible atribuir algún significado propio a este requisito, que carecería de él si se estimara mera precisión interpretativa del primero. Además, estimamos que la inclusión en el artículo 8, 7.º de los requisitos 2.º y 3.º encierra un importante significado material: con ello los legisladores pretenden dar relevancia a la ausencia de una conducta adecuada a la norma, aun en los casos en que el mal que se causa no es mayor que el que se trata de evitar. Con ello, tal exigencia de adecuación resulta elevada a la categoría de principio inspirador —aunque de rango secundario— de la eximente.

3. Todo lo expuesto implica una determinada concepción de la obligación de sacrificio a que se refiere este requisito, que es preciso aclarar. En nuestra opinión, el deber de sacrificio es un deber jurídico impuesto a determinadas categorías de personas. En virtud de éste, el sujeto, en el ejercicio de la actividad de que se trate, está obligado a no acudir a acciones típicas positivamente en el cumplimiento de sus deberes profesionales, siempre que sea posible cumplirlos sin obrar típicamente y aunque tal cumplimiento le reporte riesgos o peligros (esto es precisamente lo que se contempla); tal obligación se da aunque la actuación típica causara un mal no mayor que el que se pretendía evitar. Y, si acude, no queda eximido de modo completo. Lo específicamente contemplado es, pues, el deber de soportar las consecuencias lesivas que la actuación debida va a ocasionar o está ocasionando al sujeto obligado.

4. La adecuación, en definitiva, extiende, para los sujetos aquí contemplados, el ámbito de lo prohibido de modo subsidiario al requisito primero. Es decir, el análisis de la adecuación sólo se producirá una vez que ha quedado establecido que el mal causado no ha sido mayor que el que se trataba de evitar. Por expresarlo de otro modo: si el mal causado es mayor, no cabe la eximente completa ni la incompleta. Pero, aunque el mal causado no sea mayor, es posible que el comportamiento no quede completamente justificado. Deben distinguirse aquí diversos supuestos:

A) Cuando la diferencia de valor de los bienes en conflicto sea escasa, no cabe duda de que la infracción del deber de sacrificio añadirá a la acción necesaria un «quantum» de iniuria que puede provocar que el mal causado sea mayor, con lo que faltaría el requisito esencial y no cabría la eximente completa ni la incompleta.

B) En el lado opuesto, en los casos en que la desproporción entre los bienes en conflicto es extremada (y la acción necesaria salva el de mucho mayor valor a costa del mucho menos valioso),

se plantea el problema de por qué cede, según estima toda la doctrina, la obligación de sacrificio. La razón parece clara. No es preciso acudir, como hace Córdoba, entre otros a limitaciones derivadas de la ratio del requisito (para él, la inexigibilidad) (66). Simplemente basta con pensar que la norma reguladora (extrapenal) de dicha obligación no contempla estos supuestos como integrantes de la misma. Esto es lo correcto en el ámbito de lo injusto. Y ubicar completamente el requisito en la antijuricidad reduce algo el ámbito de lo amparado completamente por el artículo 8, 7.º C. p. Pues es posible que, en casos en que la norma reguladora impusiera el deber de sacrificio, el cumplimiento del mismo no se exigiera en virtud de aquella supuesta ratio del requisito tercero. Aquí al mantenerse como límites tan sólo los derivados de las normas reguladoras, esta segunda reducción no se da en el lugar en que nos encontramos. Aunque sí podrá darse en su lugar sistemático adecuado, que es el de la exculpación.

C) Descartados los supuestos límite por uno y otro extremo, resta lo que, para nosotros, es el gran marco de actuación del requisito tercero. Se trata de casos en que la desigualdad de los bienes en conflicto es relativa y el mal causado ha sido menor o igual que el que se trataba de evitar. Además de este «mal no-mayor», el ordenamiento requiere, para excluir absolutamente la antijuricidad, una adecuación objetiva a Derecho de la actuación del sujeto, que no se da en los casos en que el deber de sacrificio ha sido infringido. En ellos corresponderá aplicar la eximente incompleta.

5. Sentado todo lo anterior, sólo resta entrar en el examen del término «necesitado», que se refiere a aquel sujeto sobre el que debe pesar la obligación de sacrificio para que opere el requisito. En los casos de *estado de necesidad propio*, es decir, aquéllos en que el sujeto actúa para evitar un mal que le amenaza a él mismo, evidentemente no se plantea problema alguno. Ejemplo, el bombero que omite socorrer a alguien o incluso le causa lesiones para salvar su propia vida, aunque el mal causado sea menor o igual que el que trataba de evitar, no quedará completamente eximido de pena por el artículo 8, 7.º C. p. Estos eran los casos en que debió pensar el legislador de 1932, puesto que el texto entonces promulgado no preveía expresamente el auxilio necesario. La introducción de una referencia a este último en 1944 complica las cosas. Surge así la discusión en torno a los casos de *auxilio necesario*, en los que el sujeto activo y el auxiliado no son la misma persona. Y se trata de determinar a cuál de ellos se refiere el término «necesitado». La doctrina dominante suele entender que en tales casos la obligación habría de ser infringida —y, por tanto, pesar previa-

(66) CÓRDOBA habla de dos tipos de limitaciones: las derivadas de las normas reguladoras de la obligación y las derivadas de la ratio del requisito (exigibilidad), op. cit., p. 306.

mente sobre él— por el *auxiliador* (67). Sin embargo, otra opinión sostiene que se refiere al *auxiliado*, que es el único y verdadero «necesitado» (68). Efectivamente, la interpretación literal del término parece abonar tal conclusión. Según ella, el tercero que salva a un bombero en acción causando para ello un mal menor o igual, no quedaría completamente eximido de pena por estado de necesidad justificante, puesto que dicho bombero tenía obligación de sacrificarse.

En nuestra opinión, en el análisis de la cuestión hay que partir de un presupuesto fundamental: que el texto del requisito («necesitado») es lo suficientemente claro como para poder afirmar con razón que en los casos de auxilio necesario se refiere al *auxiliado*, *único verdadero «necesitado»*. Ello a pesar de los argumentos históricos que, en sentido contrario, esgrime Córdoba (69). Pero pretendemos introducir en dicho criterio ciertas matizaciones que lo integren con la fundamentación antes expuesta del requisito y de toda la eximente. Para ello nos serviremos de tres casos que reproducen las tres situaciones básicas que, según pensamos aquí pueden darse:

Caso 1. El bombero A causa importantes daños (o lesiones) para salvar a B cuando esta es la única forma posible, según sus medios, de hacerlo.

Caso 2. El bombero A causa importantes daños (o lesiones) para salvar a B cuando, arriesgándose él, lo habría podido salvar sin tales daños.

Caso 3. El sujeto B salva al bombero A, que se encontraba en ejercicio de su actividad profesional, causando, para ello, un mal menor cualquiera.

La solución de los casos es, a nuestro parecer, la siguiente: Caso 1, eximente completa; Caso 2, eximente incompleta; Caso 3, eximente completa. La fundamentamos así:

a) El requisito tercero del artículo 8, 7.º C. p. no se infringe sólo por la existencia de una obligación de sacrificio sobre un sujeto, sino porque, además, esa obligación de sacrificio resulta *vulnerada*. En efecto, en los casos de estado de necesidad propio, no es sólo que sobre el necesitado pese una obligación de sacrificio, sino que ésta resulta infringida porque aquél, que es también sujeto activo, no se sacrifica. Paralelamente, en los casos de auxilio necesario hay que buscar la presencia de dicha obligación y su infracción. Y tal infracción sólo se puede producir en el caso de que el necesitado (auxiliado) sea a la vez sujeto activo. Dicho de otro modo: *cuando el sujeto activo, además de actuar para evitar un mal ajeno lo hace para evitar un mal propio*. Pues si la obligación pesa sobre un necesitado (*auxiliado*) que es un individuo

(67) CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 307; DÍAZ PALOS, op. cit., p. 917; FERRER SAMA, op. cit., p. 207-208.

(68) MIR PUIG, «Lecciones de Derecho penal», Lección 12.

(69) CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 307.

distinto del sujeto que le auxilia, evidentemente aquél no la infringirá por el hecho de que un tercero actúe para salvarle; y dicho tercero no podría infringirla puesto que no habría pesado previamente sobre él. De todo lo dicho se desprende que este requisito tercero sustirá efectos básicamente en los casos de estado de necesidad propio y sólo en el auxilio necesario cuando el que actúa para evitar un mal a un tercero lo hace a la vez para evitárselo a sí mismo.

b) No entender que el «necesitado» —auxiliado— debe, a la vez actuar (ser sujeto activo) para que pueda operar el requisito, llevaría a la insatisfactoria conclusión de que las consecuencias de un deber personal ajeno recaerían sobre un tercero (el auxiliador) que no lo tenía y, sin embargo, debe cargar con la eximente incompleta y no quedar totalmente justificado.

c) Además, el texto del artículo, que habla de obligación de sacrificarse, conduce también a pensar en una acción en la que el sujeto y el objeto directo son la misma persona.

Un análisis de los casos puede ser ilustrativo de la cuestión. En el *caso 2*, efectivamente, el bombero actúa para evitar un mal ajeno, pero también para evitar un mal propio que sería el incumplimiento del deber de salvar a otros que tiene (no sólo «facultad» sino «deber»). Es, pues, «necesitado». Y como en esa situación pesaba sobre él un deber de sacrificio y no se sacrifica (es, a la vez, sujeto activo) sino que, en lugar de arriesgarse, recurre a la acción típica positivamente, debe apreciarse tan sólo la eximente incompleta. En el *caso 3*, el bombero es «necesitado» y tiene obligación de sacrificarse, pero dicha obligación no la infringe él, pues no actúa en tal sentido, ni el tercero que le salva, sobre quien no pesaba previamente. Y como no nos parece satisfactorio hacer recaer sobre dicho tercero las consecuencias de la obligación de sacrificio del otro, procederá, en nuestra opinión, la eximente completa. En el *caso 1* el bombeo es «necesitado» pues actúa, además de para evitar un mal ajeno, para evitar el mal propio del incumplimiento del deber. Lo que ocurre es que, según pensamos, aquí no subsiste obligación de sacrificio sobre él, puesto que el fin pretendido —salvar al sujeto en peligro— no era posible alcanzarlo mediante la asunción del riesgo propio, sino sólo por la acción típica realizada. Y la obligación de sacrificarse sólo cabe entenderla subsistente cuando su cumplimiento sea posible y *útil*, en relación al fin del «oficio o cargo» que la genera, y al que se refiere el requisito tercero. Por supuesto, y conforme a lo que dijimos al examinar el tema en general, la obligación de sacrificio también decaerá cuando el riesgo a asumir sería enormemente desproporcionado con respecto a la levedad de la acción positivamente típica finalmente realizada.

