

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

- Klaus Tiedemann • Raúl Pariona • Yván Montoya Vivanco
- José Antonio Caro John • María Acale Sánchez • Esther Hava García
- Julio F. Mazuelos Coello • José Leandro Reaño Peschiera • Miguel Polaino-Orts
- Reiner Chocano Rodríguez • Julio Armaza Galdós • Juan M. Terradillos Basoco
- José Hurtado Pozo • Fernando Velásquez Velásquez • Iván Meini
- Percy García Cavero • Laura Zúñiga Rodríguez • Joseph du Puit

Capítulo 10



Universidad de Friburgo
Suiza



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal

© José Hurtado Pozo, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2009

Miséricorde, 1700 Friburg, Suiza

Teléfono: 41 26 300 8071

Fax: 41 26 300 9754

Correo electrónico: jose.hurtado@unifr.ch

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:

Fondo Editorial PUCP

Las primeras versiones de los artículos de Klaus Tiedemann, Julio F. Mazuelos Coello, Juan M. Terradillos Basoco, Esther Hava García, Joseph du Puit, José Antonio Caro John, María Acale Sánchez, Iván Meini, José Leandro Reaño Peschiera, José Hurtado Pozo, Miguel Polaino-Orts, Julio Armaza Galdós, Reiner Chocano Rodríguez, Fernando Velásquez Velásquez, Percy García Cavero y Laura Zúñiga Rodríguez fueron publicadas en el Anuario de Derecho Penal 2003 (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/ Universidad de Friburgo 2003).

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-07625

ISBN: 978-9972-42-893-7

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900391

Impreso en Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.

Américo Vespucio 110, Lima 12, Perú

SITUACIONES DE NECESIDAD DE LAS QUE DERIVAN CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO Y DEFENSIVO

REINER CHOCANO RODRÍGUEZ

I. Introducción. II. Naturaleza y fundamento del estado de necesidad justificante. III. Estado de necesidad justificante: agresivo y defensivo. 1. Planteamiento general. 2. Estado de necesidad agresivo. A. Facultades de salvaguarda. B. Deberes de tolerancia. 3. Estado de necesidad defensivo. A. Facultades de salvaguarda. B. Deberes de tolerancia. IV. Estructura y presupuestos del estado de necesidad agresivo y defensivo en el artículo 20.4 CP. 1. La situación de amenaza del «peligro actual» (o inminente). 2. La necesidad de la acción de salvaguarda. 3. La ponderación de intereses en conflicto. 4. La cláusula de adecuación. 5. Elementos subjetivos de justificación. 6. La provocación de la situación de necesidad

I. INTRODUCCIÓN

En este estudio se realiza una interpretación de los presupuestos y de la estructura dogmática del artículo 20.4 CP, que regula el estado de necesidad justificante, a la luz del desarrollo de los conceptos dogmáticos que se vienen elaborando y discutiendo en la doctrina. Sobre esto, ya de entrada, puede afirmarse que la regulación de esta causa de justificación se inspira en el § 34 CP alemán de 1975, que introdujo la regulación del estado de necesidad como causa de justificación en la moderna discusión dogmática.

Hasta antes de 1975, en Alemania solo se regulaba el estado de necesidad disculpante —§ 54 CP alemán de 1871—, que se limitaba a la protección de la vida y de la integridad corporal y al auxilio solo de parientes; con lo que eran pocos los casos que se podían resolver y solo aquellos donde la acción de salvaguarda era típica y antijurídica, mas no culpable (caso de la tabla de Carnéades). Las acciones que significaban injerencias en ámbitos u objetos ajenos pero que merecían justificación por el estado de necesidad estaban contempladas en el Código Civil (BGB)¹ alemán. Los primeros intentos realizados para diferenciar el estado de necesidad disculpante del justificante (teoría diferenciadora) fueron llevados a cabo por Goldschmidt (1913) y Freudenthal (1922), quienes afirmaron que la regulación del mencionado § 54 CP alemán solo comprendía problemas de culpabilidad. Y aquellos casos que no eran contemplados en esta disposición estaban regulados extrapenalmente como causas de justificación². Esta misma línea de orientación fue apoyada más tarde por Liszt, Schmidt y Mezger³.

En la praxis judicial, los problemas que generaba la carencia de una regulación penal del estado de necesidad justificante se ponían de manifiesto y exigían una regulación legislativa en ese sentido. Sin embargo, el reclamo que exigía cubrir legislativamente esta carencia tuvo que esperar aún mucho, hasta que la reforma penal alemana de 1975 regulará el estado de necesidad justificante en el § 34 CP alemán. Pero, mientras tanto, la laguna legal, en cuanto a la regulación del estado de necesidad justificante, llevó por su parte a la jurisprudencia a desarrollar criterios de solución con el denominado «estado de necesidad supralegal», para aquellos casos que no constituían estado de necesidad disculpante.

Así, el estado de necesidad supralegal representa uno de los casos mas destacados de la jurisprudencia, principio general cuya necesidad derivaba de la insuficiencia del derecho penal. Un caso representativo que se dio en la praxis es el que conocemos como el de «la perforación», donde se practicó la interrupción del embarazo por el riesgo de suicidio de la madre (o los de interrupción por indicación médica). Esta necesidad objetiva, desde el punto de vista médico, se enfrentaba a obstáculos insuperables desde la perspectiva del derecho penal escrito. Los casos del estado de necesidad regulados en la ley solo admitían intervenciones

1 Véase al respecto JAKOBS, 1997b: 495 y 520; STRATENWERTH, 1982: 137 s.; ROXIN, 1997c: 671: «solo comprendía la defensa frente a peligros procedentes de cosas (§ 228 Código Civil alemán) y la intromisión en cosas de terceros ajenos que sea necesaria para afrontar cualquier peligro (§ 904 Código Civil alemán) [...] faltaba una norma que, para salvar la vida, hubiera permitido perturbar la seguridad del tráfico» u otros bienes.

2 Véase con más referencias MAURACH/ZIPF, 1994: 465 ss.; JAKOBS, 1997bb: 495; JESCHECK, 1993: 322; ROXIN, 1997c: 209 ss., 671.

3 Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994: 465 ss.

sobre objetos materiales, de modo que fracasaban ante la lesión del feto. La tabla salvadora fue proporcionada por el Tribunal Supremo del Imperio, quien⁴ creó (*praeter legem*) la cláusula general del estado de necesidad justificante «supralegal», creación que iba más allá del derecho escrito⁵. Por lo que como puede apreciarse constituye uno de los más claros aportes de la Jurisprudencia en el «desarrollo continuador del Derecho». Con esta fundamental decisión, a pesar de la insuficiente regulación penal, dicho tribunal hizo de la teoría diferenciadora la dominante en la práctica. Ciertamente, la jurisprudencia no hubiera sido orientada en esta dirección si la doctrina no hubiera realizado, décadas atrás, un fructífero trabajo previo; como ya referimos desde Goldschmidt, Freudenthal, Liszt, Schmidt y Mezger, entre otros⁶.

II. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

En la doctrina se discute hasta ahora si las situaciones de necesidad constituyen solo estados de necesidad disculpantes o también pueden ser justificantes, o acaso solo esto último o simultáneamente ambos. Sobre ello y su desarrollo se ha pronunciado la doctrina a través de diversas teorías. Así, por una parte, la teoría unitaria⁷ en sus orígenes postulaba que, en estado de necesidad, toda defensa que lesiona bienes es antijurídica, y deja subsistente que en el caso concreto sea disculpable por defender bienes esenciales. Posteriormente, han surgido otras posturas, que defienden solo la justificación cuando, del conflicto de intereses y de la lesión de una de ellas, el resultado global concluya como preponderante para el interés legítimo. Así entonces, se hallan los que defienden, en el estado de necesidad, una causa de exculpación o una causa de justificación. Dentro de esta tesitura monista, una posición interesante considera que el estado de necesidad es ley general respecto del resto de causas de justificación⁸. Por su parte, la

4 11/3/1927. RG 61,242 [254]

5 Véase ampliamente al respecto y sobre otros casos de la jurisprudencia alemana ROXIN, 1997c: 671 ss. y 209 s.; JAKOBS, 1997b: 495; MAURACH/ZIPF, 1994: 466 ss.; JESCHECK, 1993: 322. STRATENWERTH, 1982: 147.

6 Cfr. Con más referencias MAURACH/ZIPF, 1984: 467; ROXIN, 1997c: 671 ss. y 209 s.; JESCHECK, 1993: 322.

7 Es común en la doctrina identificar como partidarios de esta teoría a VON HIPEL, GERLAND, WELZEL —pero solo en un primer momento—, MAYER y MAIHOFFER; véase las referencias entre otros ROXIN, 1997c: 671; GIMBERNAT ORDEIG, 1990: 219 ss.

8 SELMANN, citado por —y comparte esa posición— MOLINA FERNÁNDEZ, 2000: 201; quien además afirma —en el mismo lugar— que: Una tesis próxima mantiene LENCKNER, 1997, § 34, num. 6. Por su parte, MIR PUIG, 2002: 447 ss., respecto al art. 20, 5 del Código Penal español,

teoría diferenciadora, desarrollada por la doctrina y jurisprudencia, es actualmente dominante⁹. En ella se distingue el estado de necesidad justificante —en razón de si la afectación del bien lesionado es inferior en valor que el del bien salvado—, y el estado de necesidad disculpante —donde la afectación del bien lesionado es de igual valor respecto del bien salvado—¹⁰.

Desde antaño, la «teoría de la ponderación» y la «teoría del fin» se encontraban enfrentadas en cuanto a la fundamentación del estado de necesidad. De una parte, la teoría de la ponderación de intereses tiene como precursor a Binding, quien formuló un principio general que considera que el Estado, enfrentado ante dos males, debe elegir el menor y evitar el mayor¹¹. En esta idea se reconoce los comienzos de la teoría de la «ponderación de bienes», que el Tribunal Supremo alemán hizo suya. Tiempo después, Mezger planteó que «no actúa antijurídicamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor, si solo de ese modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor»¹². En un desarrollo posterior se pasó de la ponderación de bienes a la «ponderación de intereses»; en esta, el conflicto de bienes era uno de los criterios adicionales (como el grado de peligro y el medio adecuado) a ser ponderados. En la regulación legal del § 34 CP alemán encontraron acogida ambas variantes de la ponderación¹³.

La «teoría del fin», propugnada por v. Liszt y Schmidt, atendía a la «persecución de un fin jurídicamente reconocido a través de medios adecuados». Este principio estaba orientado a la idea de justicia y cabría deducir de ella la ponderación de bienes. Este cometido de llegar a decisiones justas atendiendo cada estado cultural, recurrió al principio más general del «medio correcto para el fin correcto». Sin embargo, la abstracción de esta teoría la hacía impracticable; por lo

considera que en ella solo se prevé el estado de necesidad justificante; en tanto que los casos de estado necesidad exculpantes son comprendidos por el miedo insuperable (art. 20.6 del Código Penal español).

- 9 En sus orígenes defendió GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL, posteriormente en la misma línea LISZT, SCHMIDT, MEZGER, WELZEL, STRATENWERT y JESCHECK entre otros; véase las referencias en: JAKOBS, 1997b: 493, nota 7; MAURACH/ZIPF, 1994, 465; GIMBERNAT ORDEIG, 1990: 219.
- 10 Más referencias en GIMBERNAT ORDEIG, 1990: 219; BERNAL DEL CASTILLO, 2002:82 ss.
- 11 Cfr. MAURACH/Zipf, 1994, p 467, quien además señala que BINDING (1885) «había exigido para el caso de la colisión de obligaciones, el reconocimiento de un principio general como derecho vigente, sin vinculación con el derecho escrito, en el sentido de declarar que el cumplimiento de la obligación más importante a costa del menos importante no podía ser antijurídico».
- 12 Citado por ROXIN, 1997c: 672.
- 13 Cfr. MAURACH/Zipf, 1994: 467, 471; ROXIN, 1997c: 674 y 682 ss. Y de manera implícita JESCHECK, 1993: 322 y 323; JAKOBS, 1997b: 504 ss. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, 1986: 229: «la esencia del estado de necesidad, es el *conflicto de intereses*».

que luego se planteó en forma de correctivo adicional como «un medio adecuado para un fin reconocido por el Estado», cláusula de adecuación, y encontró acogida en el § 34 CP alemán¹⁴.

El estado de necesidad justificante (§ 34) debe ser interpretado a la luz de este desarrollo previo. El precepto del estado de necesidad justificante unió estas dos teorías en una arquitectura complicada. La primera etapa de valoración es la ponderación extensiva de intereses en la cual deben ser consideradas todas las circunstancias del caso particular. Dos criterios han sido destacados esencialmente a modo de ejemplo: bienes jurídicos y grado de peligro. El resultado de esta ponderación debe ser la preponderancia del interés salvado. Una segunda valoración tiene lugar con posterioridad, según el criterio de la adecuación¹⁵.

Así, el fundamento del estado de necesidad justificante es el «interés preponderante»¹⁶, es decir, el resultado de la ponderación del interés salvado debe ser preponderante respecto del interés afectado. Lo que determina la exclusión de la antijuricidad es la necesidad de la lesión unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado. La contrapartida de la justificación otorgada al autor es, naturalmente, el deber de tolerar impuesto al titular del bien sacrificado, al que se le conoce como «deber de solidaridad».

Sin embargo, la perspectiva actual del derecho penal es distinguir entre estado de necesidad defensivo y agresivo. En el estado de necesidad defensivo, tendrá implicancias en cuanto la responsabilidad del titular del bien (sujeto-afectado) surge de haber originado la situación de peligro. En el caso del estado de necesidad agresivo, el sujeto-afectado ajeno a la fuente de peligro tolera la lesión debido al deber de solidaridad que el ordenamiento jurídico impone a todas las personas.

III. ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE: AGRESIVO Y DEFENSIVO

1. Planteamiento general

El tema del estado de necesidad que discurre a continuación se desarrolla dentro del marco conceptual que considera que persona en derecho penal es aquella que

14 Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994: 471 ss.; ROXIN, 1997c: 573 y 672.

15 Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994: 472. Por su parte MOLINA FERNÁNDEZ, 2000: 204 ss., propone un fundamento único a todas las causas de justificación, expresa en el interés preponderante.

16 Entre otros JAKOBS, 1997b: 504; JESCHECK, 1993: 324, considerando que el estado de necesidad solo descansa en el principio de la conservación del interés más valioso puesto en peligro, mientras la idea de afirmación del Derecho, no juega papel alguno. Por eso, el peligro ha de ser rehuido siempre que resulte posible, y la ponderación de intereses aparece como fundamento determinante de la justificación.

posee capacidad de convivencia en sociedad y, por ello, posee facultades y deberes. El ámbito individual de la persona está delimitado por su propia organización en libertad (autodeterminación), por un lado, y por la responsabilidad de no tener injerencia en aquellas esferas que no le son propias. Es decir, «cada deber presupone la existencia de un derecho que consiste en organizarse conforme a deber y cada derecho un deber que consiste en la administración inocua del derecho»¹⁷. Ya por ello, la libertad de la persona en sociedad no puede ser ejercicio ilimitado, solo será legítima en cuanto desarrolle o autodetermine su propio ámbito (su propia organización) personal sin afectar otras organizaciones personales, que de hacerlo surge un conflicto de intereses. En este contexto, el derecho penal tiene la función de mantener relaciones de convivencia sustanciales a través de mandatos (que incluyen permisiones) y prohibiciones que a su vez se rigen por principios que se suponen inherentes a ellos. Expresado en otros términos, garantizan las normas —protegen bienes jurídicos (penales)—¹⁸. La injerencia en ámbitos que trascienden la propia esfera personal puede o no significar un conflicto de intereses. Y ello va a depender de cómo cada cual organice su ámbito personal. No existirá conflicto, por ejemplo, si la actuación en esferas ajenas (no propias) ha sido realizada con el consentimiento del sujeto que la permite.

Así, en estos casos pueden existir conductas que, si bien son típicas, puede que no sean antijurídicas, es decir, que sean constitutivas de una causa de justificación en derecho penal. Pero para ser justificadas se exige que esas conductas sean realizadas bajo ciertas condiciones¹⁹. Condiciones que, en forma de presupuestos o requisitos del estado de necesidad justificante, están establecidas en el art. 20.4 CP.

En este sentido, aunque es evidente decirlo, destruir una casa no será ilícito si, para ello, el propietario dio su autorización. No obstante, aun en estos casos —pese a esa autorización—, el sujeto que actúa en ámbitos ajenos (patrimonio, por ejemplo) tiene límites que se circunscriben a dicha autorización, por el principio de responsabilidad. Sin embargo, si se ingresa en ámbitos ajenos, sin ningún consentimiento, el hecho constituirá un conflicto de intereses, cuya relevancia dependerá del grado de peligro que esa injerencia conlleve y de los intereses contrapuestos que se hallan en juego. En la que el sujeto amenazado por el peligro estará facultado a reaccionar con una acción de salvaguarda que proteja sus bienes

17 JAKOBS, 2002: 1.

18 Véase por ejemplo, BALDÓ LAVILLA, 1994: 33 ss, y 43 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, 2000: 207 ss.; JAKOBS, 1997b: 44 ss.; ROXIN, 1997c: 41 ss.: 51 ss.

19 En este mismo sentido, JESCHECK, 1993: 290 s., sostiene que: Los tipos penales contienen «reglas» que son rotas por las causas de justificación operando como excepciones, puesto que deben concurrir especiales presupuestos para que la causa de justificación actúe.

que estén en peligro y que busque extinguir o evadir la fuente de peligro²⁰. En las situaciones de necesidad, la acción del sujeto «necesitado» posee un doble aspecto, pero sin dejar de ser al mismo tiempo una acción unitaria: por un lado, constituye un aspecto de «salvaguarda» propia o ajena y, por otro, un aspecto de «agresión» para los intereses de terceros afectados. Este doble aspecto es lo que, con acierto, Baldo Lavilla ha denominado *actio duplex*²¹. Sobre este mismo raciocinio, Molina Fernández lo plantea como un criterio que se extiende y aplica a todo el ámbito de justificación²².

Ahora bien, el estado de necesidad, en sentido general, puede entenderse como la situación de necesidad (peligro actual) para intereses legítimos, que solo puede ser superado mediante la lesión de otros intereses reconocidos. Más concretamente, las situaciones de estado de necesidad son situaciones de peligro que generan un conflicto de intereses entre distintos sujetos y donde dicho conflicto es superado solo a través de la lesión de intereses. En situaciones de necesidad se permite lesionar bienes ajenos en razón de la facultad de salvaguarda del «sujeto necesitado» (autor), y se impone un deber de tolerancia (en la salvación de bienes) al «sujeto afectado» (víctima) competente —en alguna medida— (estado de necesidad defensivo) o no competente (estado de necesidad agresivo) de la fuente de peligro²³. Relevante para el derecho penal es solo aquella situación de peligro ante la cual la acción de salvaguarda ejecutada configura un tipo del hecho punible.

La acción necesaria en estado de necesidad, en principio no tiene impedimento —en su salvaguarda— de lesionar cualquier interés ajeno y puede lesionar intereses de personas individuales o sociales²⁴. El estado de necesidad procede respecto de todos los bienes jurídicos. La mención que hace el art. 20.4 CP, a título de

20 BALDÓ LAVILLA, 1994: 107: «el sistema normativo a través de las reglas permisivas jurídico-penales, que bajo determinadas condiciones, otorga al sujeto necesitado *facultades de salvaguarda* e impone al sujeto afectado correlativos *deberes de tolerancia*».

21 Ampliamente, BALDÓ LAVILLA, 1994:177 ss.

22 Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, 2000: 208; el mismo que interesado en sustentar su adscripción a la teoría monista, que ubica al estado de necesidad en la cúspide y como principio básico justificador, ha expresado: «La necesidad de crear reglas de justificación solo surge de cuando existen acciones que tienen un efecto dual y de sentido opuesto (*actio duplex*, en la atinada expresión de usada por Baldo: por un lado lesionan bienes jurídicos, pero por otro los salvaguardan, sin que sea posible prescindir en el caso concreto de uno de estos dos efectos».

23 En este sentido coinciden en general: JAKOBS, 1997b: 493; ROXIN, 1997: MAURACH/ZIPF, 1994: 471 ss.; JESCHECK, 1993: 316 s.; LUZÓN PEÑA, 1996: 620; SILVA SÁNCHEZ, 1982: 665 ss; BALDÓ LAVILLA, 1994: 107 ss., 121 ss.; MIR PUIG, 2002: 439; en el mismo sentido pero refiriéndose a toda causa de justificación MOLINA FERNÁNDEZ, 2000: 210 ss.;

24 SILVA SÁNCHEZ, 1982: 675: «es posible lesionar no solo 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)».

ejemplo (la vida, la integridad personal, la libertad), solo tiene por objeto facilitar su mejor comprensión.

El ordenamiento jurídico no solo consta de prohibiciones, sino también contiene autorizaciones que en determinadas condiciones excluyen la prohibición. Las autorizaciones se expresan como proposiciones permisivas que se oponen al tipo de injusto. Si concurre una causa de justificación la norma prohibitiva contenida como deber jurídico en el tipo de injusto pierde su efectividad en el caso concreto²⁵.

2. Estado de necesidad agresivo

El estado de necesidad agresivo se refiere a aquellas situaciones de necesidad en las que el «sujeto afectado» no es el competente de la fuente de peligro, pero sobre cuya esfera de intereses recae la acción de salvaguarda. Es decir, se admiten intervenciones (de daño) en intereses ajenos que sean necesarias para evitar un peligro actual aun cuando el afectado no sea el causante del origen del peligro. La cuestión de por qué es legítimo dañar en estado de necesidad intereses de sujetos (afectados) ajenos a la fuente de peligro se justifica por el deber de solidaridad general o «al cuidado por lo general»²⁶ que tiene toda persona. Sin embargo, esto se acepta en la medida en que el peligro amenazante sobre el interés salvado sea preponderante respecto del daño ocasionado en el interés ajeno²⁷. Se trata de intervenciones sobre esferas no participantes, que son sacrificadas en beneficio de un interés ajeno²⁸.

A. Facultades de salvaguarda

En el estado de necesidad agresivo —artículo 20.4 CP—, se concede al «sujeto necesitado» facultades de salvaguarda «agresiva», y se permite la injerencia y lesión de intereses en esferas del «sujeto afectado solidario», sujeto este ajeno (no responsable) a la creación de la fuente de peligro, pero obligado a tolerar (deber) por el principio

25 En este sentido expresa JESCHECK, 1993: 290 s., que el juicio de antijuricidad descansa en dos ratiocinios: de un lado, en el examen de la tipicidad de la acción, y de otro, en el examen de si interviene una causa de justificación. La acción típica no desaparece sino que únicamente son de aprobación por el Derecho. La causa de justificación prevalece sobre la norma prohibitiva

26 JAKOBS, 2002: 7 ss., 12.

27 «La amenaza de un peligro inminente no reconducible siquiera objetivamente a la esfera organizativa individual del tercero-solidario constituye el presupuesto conceptual básico de la situación de estado de necesidad agresivo», BALDÓ LAVILLA, 1994: 122.

28 Existe aún la discusión de los efectos justificantes en el ámbito de la responsabilidad civil, privándolo de una consecuencia que la doctrina considera, en general, como inherente a toda causa de justificación. Sin embargo, la cuestión subsiste en casos de sobrepasar los límites de predominancia y adecuación en la acción de salvaguarda. Aunque también, en principio esto rige solo para el caso del estado de necesidad agresivo, más no para el defensivo.

de solidaridad general. Sin embargo, el sujeto necesitado tiene límites en el ejercicio de la facultad de salvaguarda, cuando se impone al sujeto necesitado la regla de «asunción personal de riesgos no atribuibles a terceros». Es decir, si ninguna persona ha generado el peligro, es él quien en primer orden —antes que otro— debe asumir el peligro que sobre él recae²⁹ y, en todo caso, su acción de salvaguarda (agresiva) debe ejercitarla responsablemente sobre el bien que se sacrifica³⁰.

B. Deberes de tolerancia

En el estado de necesidad agresivo el ordenamiento jurídico (artículo 20.4 CP) impone también un deber de tolerancia al «sujeto afectado-solidario» (ajeno a la fuente de peligro), fundado en el principio de solidaridad —en su expresión más general—, en contrapartida de la facultad de salvaguarda que concede al sujeto necesitado. Este deber de tolerancia regido por el principio de solidaridad desautoriza cualquier respuesta agresiva del sujeto afectado ante la acción de salvaguarda del sujeto necesitado. No es posible invocar legítima defensa, ni estado de necesidad defensivo ni agresivo frente a la actuación en estado de necesidad agresivo³¹. Sin embargo, de modo excepcional, el sujeto afectado solidario también está facultado a oponerse a la acción de salvaguarda, cuando esta (salvaguarda) sobrepasa los límites del baremo restrictivo del estado de necesidad agresivo, es decir, el interés salvaguardado debe ser predominante sobre el interés dañado³².

La acción de salvaguarda puede ser realizada también por un tercero auxiliante. En este caso, el *citoyen* (el ciudadano) «tiene que ocuparse de lo general mientras no se pueda conseguir ayuda estatal, como el soportar menoscabos en casos de desastres para el mantenimiento de la tarea pública»³³. Aquí las cuestiones que resultan complejas se dan en tanto el sujeto obligado por el deber de tolerancia se «opone activamente», e interrumpe el curso salvador de un auxiliante. Un caso ilustrativo se da cuando: un sujeto mordido por una víbora en una selva es auxiliado por otra persona, que pretende hacer uso de una lancha ajena para trasladarlo a un refugio cercano donde tenía un antídoto, sin embargo, el dueño de la embarcación se opone activamente al uso de su lancha; la utilización de la barca habría impedido la muerte del sujeto necesitado. La resolución de estos casos debe considerar —primero— la infracción del principio de solidaridad (consiguiente configuración de delito omisión de socorro) y la interrupción del curso salvador

29 Cfr. BALDÓ LAVILLA, 1994: 176 ss.

30 Cfr. JAKOBS, 2002: 8.

31 Cfr. BALDÓ LAVILLA, 1994: 178.

32 Cfr. BALDÓ LAVILLA, 1994: 178 ss, 169 ss.

33 JAKOBS, 2002: 8 s., «El individuo solo puede sustituir al Estado en aquellos casos de necesidad extrema en los que este tendría que intervenir si estuviera presente».

emprendido por el auxiliante. Consideración que al «sujeto titular del bien» le impone un deber de tolerancia derivada de la solidaridad, pero cuyo sacrificio de intereses propios no sobrepasen las reglas del estado de necesidad agresivo, y está desautorizado a oponerse activamente a cursos salvadores ya emprendidos por sujetos auxiliares. Por su parte, el «sujeto solidario-auxiliante» no está obligado a atravesar —si no quiere— un riesgo propio (cláusula «sin riesgo propio»)³⁴.

3. Estado de necesidad defensivo

En esta modalidad de estado de necesidad, el «sujeto afectado» por la acción de salvaguarda es competente en alguna medida (de modo preferente) de la fuente de peligro que origina. Sin embargo, el comportamiento humano (acción de salvaguarda) que crea la fuente de peligro no constituye agresión ilegítima. El peligro amenazante le es objetiva, pero no plenamente imputable³⁵. Es decir, la fuente de peligro puede emanar de hechos que no constituyen agresión ilegítima: de cosas, animales³⁶, de comportamientos humanos (que no configuran agresión ilegítima) o solo de aquellos que configuran imprudencia³⁷. Cuando la fuente de peligro procede de cosas, la acción de salvaguarda es más amplia, respecto de cuando la fuente de peligro procede de conductas humanas. La valoración no puede ser la misma, si la fuente del peligro es procedente de cosas o de conductas humanas. Sobre las conductas humanas se imponen acciones de salvaguarda con restricciones. Por su parte, el sujeto necesitado no actúa antijurídicamente cuando lesiona o destruye un bien ajeno originador del peligro, con el propósito de evitar un peligro de lesión respecto de sí mismo o de un tercero. Esto es aceptado en la medida en que la acción de salvaguarda sea necesaria para evitar el peligro y que el daño no sea desproporcionado a este³⁸. Sin embargo, ello tampoco impide que en el estado de necesidad defensivo, cuando esté en peligro la vida o la salud, incluso

34 Sobre estos caso y más variantes Véase, BALDÓ LAVILLA, 1994: 183 ss. Y las variantes donde el propietario, no se opone activamente pero no entrega las llaves por ejemplo de la embarcación motorizada, es resuelta con las reglas de la omisión, Véase, ampliamente SILVA SÁNCHEZ, Barcelona 1986: 227 ss.

35 Cfr BALDÓ LAVILLA, 1994: 71; «la amenaza de un peligro inminente objetiva pero no subjetivamente (a título doloso) a la esfera organizativa individual del tercero-cualificado constituye el presupuesto conceptual básico de la situación de estado de necesidad defensivo» (p.122); LUZÓN PEÑA, 1996: 632.

36 El estado de necesidad defensivo, en su momento surgió su momento e incorporada en la ley (§ 228 BGB) «para resolver la cuestión tan discutida de si es admisible legítima defensa contra los ataques de animales», STRATENWERTH, 1982: 138.

37 Cfr. LUZÓN PEÑA, 1982: 633.

38 Véase, MAURACH, 1994: 483; también ROXIN, 1997c: 705 ss.

se mate o se lesione. Esto es así no solo porque nadie está obligado a soportar peligros provenientes de fuentes ajenas, sino porque a nadie se le puede imponer que tolere el peligro de muerte o lesión³⁹.

En la doctrina, un sector opina que el estado de necesidad defensivo tiene un ámbito limitado de aplicación, sobre todo, porque no podría resolver problemas donde el bien lesionado es superior al que se queería evitar. Es decir, cuando el bien salvaguardado por el sujeto necesitado (o su auxiliante) es valorativamente inferior (o incluso igual) al bien dañado del «sujeto-afectado». Los problemas en verdad son complejos, por ejemplo, cuando es necesario matar a alguien para evitar la propia muerte: vida contra vida. Sin embargo, el grave error en el que se incurre al interpretar (incluso cuando el bien salvado es inferior al lesionado) está determinado por la inadecuada interpretación que se hace del principio de «ponderación de intereses». Pues queda claro que la «ponderación» no solo se realiza entre bienes —que por cierto es un primer nivel a ponderar—, sino que además existen otros criterios (intereses) aún a ponderar. Por ello, el «hecho de que en tales casos muchas veces el bien jurídico protegido no sea sustancialmente más valioso que el dañado, no excluye que «el interés protegido sea preponderante sobre el dañado»⁴⁰. Y ello se deduce de una correcta interpretación del artículo 20.4.a y b) (principio de ponderación y cláusula de adecuación): «Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado» y «cuando se emplee el medio adecuado». La interpretación teológicamente válida responde además al espíritu de la ley⁴¹. Sin embargo, para evitar confusiones de *lege ferenda* debería incorporarse «interés» término que resulta más apropiado que el de «bien».

A. Facultades de salvaguarda

En estado de necesidad defensivo, el artículo 20.4 CP, concede al «sujeto necesitado» facultades de salvaguarda «defensiva», permitiendo la injerencia típicamente relevante en intereses del «sujeto afectado competente-preferente», sujeto este que no es totalmente ajeno ni totalmente competente (es responsable en alguna medida) de la creación de la fuente de peligro, pero obligado a tolerar la acción de salvaguarda por el principio de responsabilidad. Sin embargo, el

39 Cfr. ROXIN, 1997c: 708.

40 ROXIN, 1997c: 706.

41 Ya en el Proyecto de Código Penal alemán de 1962 —como afirma ROXIN, 1997c: 706 s.—, «se reconocía la posibilidad de que determinadas circunstancias incluso un bien jurídico que sea más valioso según su rango absoluto retroceda frente a un bien —considerado absolutamente— menos valioso, cuando el interés en proteger al último sea, por las peculiaridades del caso concreto, sustancialmente preponderante frente al interés en que el otro quede intacto».

sujeto necesitado tiene limitado el ejercicio de la facultad de salvaguarda, por el principio de solidaridad general. Ahora bien, tampoco toda acción de salvaguarda del sujeto afectado es legítima: no lo será cuando afecte intereses que sobrepasan los límites del baremo restrictivo del estado de necesidad defensivo, es decir, que no lesionen un interés predominante sobre el salvado del sujeto afectado⁴².

B. Deberes de tolerancia

En el estado de necesidad defensivo, el ordenamiento jurídico (artículo 20.4 CP) también impone un deber de tolerancia fundado en el principio de responsabilidad y restringido por el principio de solidaridad al sujeto afectado-competente (en alguna medida responsable de la fuente de peligro), en contrapartida de la facultad de salvaguarda que concede al sujeto necesitado. El deber de tolerancia regido por el principio de solidaridad desautoriza cualquier respuesta agresiva del sujeto afectado ante la acción de salvaguarda del sujeto necesitado. No es posible demandar legítima defensa, ni estado de necesidad defensivo ni agresivo frente al estado de necesidad⁴³.

Cuestiones que presentan dificultades en su resolución son, por ejemplo, los casos donde el sujeto «solidario», obligado por el deber de tolerancia derivado del principio de solidaridad general, no facilita el instrumento o medio idóneo necesario e interrumpe de ese modo el curso salvador emprendido por otro sujeto auxiliante (también «solidario») ⁴⁴. En la resolución de este tipo de casos debemos recordar que el sujeto, que en alguna medida es responsable (objetivamente) de la fuente de peligro en estado de necesidad, está obligado a soportar los sacrificios que acarree la salvaguarda ajena, imposición que rige por el principio de responsabilidad y por el principio de solidaridad.

Sin embargo, el deber de tolerancia del «sujeto afectado-preferente» (en alguna medida responsable) no está obligado a atravesar —si no quiere— un riesgo propio («sin riesgo propio») que signifique el sacrificio de sus intereses más allá de las reglas (baremo) del estado de necesidad defensivo, en correspondencia a que

42 Cfr. BALDÓ LAVILLA, 1994: 177, 170 ss.

43 Cfr. BALDÓ LAVILLA, 1994: 178 ss.

44 Ilustra este supuesto, por ejemplo, el caso donde: Un sujeto que alquila un coche y probando la velocidad del mismo se choca contra un muro muy cerca del lugar del alquiler, el accidentado está desangrándose muy gravemente herido y es auxiliado por otro (sujeto auxiliante) que pretende conducir otro vehículo motorizado de la misma agencia que alquiló el coche para trasladar al herido a un hospital cercano, sin embargo el dueño del negocio de alquiler de coches se niega a entregarle las llaves del coche; la utilización del vehículo habría impedido la muerte del accidentado. El choque y muerte pudo evitarse si el propietario hubiera reparado el sistema de dirección y los frenos que días antes ya fallaban.

no se oponga activamente a cursos salvadores emprendidos por sujetos auxiliares. Y los casos donde no hay oposición activa, pero sí una negativa de entregar el instrumento de salvación, son resueltos con las reglas de la omisión⁴⁵. El sujeto que no colabora con entregar —por ejemplo— las llaves de su otro coche, necesarios para la salvación de la vida de un herido, no infringe el deber de tolerancia desde la óptica del estado de necesidad; en cambio, sí incurre en delito omisión de socorro o auxilio (artículos 126 y 127 CP), por lo menos —por insolidaridad cualificada o no—, según sea el caso. Sin embargo, como contrapartida, tampoco se olvide que el sujeto en auxilio del necesitado está facultado de emplear la fuerza para despojar de las llaves del propietario en virtud de la situación de peligro inminente; este es otra variante en que es legítima la acción de salvaguarda (del auxiliante) en estado de necesidad justificante.

IV. ESTRUCTURA Y PRESUPUESTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO Y DEFENSIVO EN EL ARTÍCULO 20.4 DEL CP

Los presupuestos conceptuales de la estructura del estado de necesidad agresivo y defensivo que a continuación desarrollamos están enmarcados en la regulación del Código Penal peruano:

Artículo 20°. Está exento de responsabilidad penal:

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro.

Ahora bien, en primer orden, ha de quedar claro que la «amenaza de peligro» que crea una situación de necesidad para intereses legítimos se manifiesta de modo diverso, es decir, de las situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación, se pueden configurar tres posibles causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad agresivo y estado de necesidad defensivo. Aquí nos ocupamos solo de estas dos últimas. El tratamiento diferenciado del estado de necesidad (agresivo y defensivo) que desarrollamos se hace en función interpretativa de la regulación peruana del art. 20.4 CP. La distinción atiende a diversos criterios

45 Véase SILVA SÁNCHEZ, 1986: 227 ss.

funcionales: el grado de competencia que tiene el «sujeto afectado» en el origen del peligro amenazante que crea la situación de necesidad, los principios que derivan de la libertad individual y de la solidaridad. Y a los que los sujetos concurrentes de la situación de necesidad se hallan sometidos; y de las que surgen, para el «sujeto necesitado», la facultad de ejercitar la acción de salvaguarda, y para el «sujeto afectado», surge la imposición del deber de tolerancia de la acción salvadora. Estos principios, interrelacionados recíprocamente, entran en juego⁴⁶ en la solución del conflicto de los sujetos e intereses y delimitan la posición en la que se hallan frente al ordenamiento jurídico que otorga facultades de salvaguarda o deberes de tolerancia.

La situación de necesidad se caracteriza por la colisión de intereses reconocidos (salvado y dañado); esta es la diferencia decisiva con respecto a la legítima defensa, en la cual los intereses del agresor pierden su pretensión de protección jurídica debido a la antijuricidad de la agresión, en la medida en que sea necesaria la defensa. Al contrario, el estado de necesidad está marcado por la urgencia de sacrificar intereses dignos de protección en pro del interés predominante.

Debe quedar claro desde ya, como bien manifiesta Baldo Lavilla que, «según la concepción dominante, las reglas generales de estado de necesidad defensivo o agresivo no habrán de entrar en juego cuando el conflicto de intereses que pueda derivar de una situación de necesidad pueda ser resuelto por las reglas ordinarias del consentimiento»⁴⁷.

Tampoco es posible admitir estado de necesidad (agresivo o defensivo) ante la acción de salvaguarda en estado de necesidad, debido a que el sujeto —afectado— sobre el que recae la acción salvadora ya está obligado a soportar la lesión por el deber de tolerancia que impone el ordenamiento, y los límites solo los pone el baremo referido.

1. La situación de amenaza del «peligro actual» (o inminente)

El que, ante un peligro actual [...] que amenace. Art. 20.4 CP.

El presupuesto básico que fundamenta al estado de necesidad lo constituye la situación amenazante del peligro actual o inminente, es decir, que el bien protegido se halle objetivamente en peligro. El peligro en estado de necesidad

46 Respecto a la construcción de su postura del estado de necesidad como ley general, según MOLINA FERNÁNDEZ, 2000: 201 —parafraseando a Warda—, recuerda que es doctrina dominante considerar que hay relaciones de especialidad funcional entre el estado de necesidad y las demás causas de justificación.

47 1994: 136.

puede originarse de un fenómeno natural, de animales o de comportamientos humanos que no constituyan agresiones ilegítimas que pueden ser imprudentes (atribuibles por criterios de imputación). La amenaza del peligro actual se concibe como un estado en el cual, de acuerdo a las concretas circunstancias de ese momento, la producción de una lesión o daño de un bien jurídico (penal) se presenta, inminentemente, como probable⁴⁸. En palabras de Jakobs, «peligro es un estado en el que se puede pronosticar que la lesión de un bien no es improbable de acuerdo al curso causal que es de esperar»⁴⁹. La amenaza del peligro actual o la inminencia del peligro, tiene que ver con la potencialidad perenne del peligro amenazante para un interés protegido. Entonces, la amenaza del peligro posee actualidad cuando puede constatarse la presencia objetiva del riesgo en la situación de necesidad en un momento determinado, en la que existe buena probabilidad (no es improbable) —*ex ante*— de producción de una lesión inmediata o de un daño en momento posterior. La actualidad del peligro de daño probable, en un momento posterior (no inmediato), ocurre en los casos de peligro permanente o continuado. Sin embargo, como bien se ha dicho, «no es necesario una probabilidad preponderante (o alta) de desenlace fatal, sino que más bien haya que tener en cuenta, al ponderar los riesgos, en su caso, un grado pequeño de peligro»⁵⁰.

Por ello, la existencia del peligro actual amenazante es un juicio que se obtiene sobre la base de una perspectiva *ex post*, pero que en el caso concreto se formula *ex ante*. Sobre cómo determinar el criterio objetivo *ex ante*, eso es discutible; sin embargo, para este juicio «importa el grado de conocimiento que tiene el observador experto». Por ello, el juicio debe realizarlo el especialista competente. Así, «para los peligros de fuego, el bombero profesional; para los peligros en obra, el especialista en cálculo de resistencia de materiales; para enfermedades el médico, etc.»⁵¹.

48 MAURACH/ZIPF, 1994: 470; Cfr. también BALDÓ LAVILLA, 1994: 112, nota 233, y p. 136. Los límites del peligro deben verse en cada caso (delito) en concreto; así, «El umbral de peligro a partir del cual se considera “típicamente relevante” es determinado por el legislador en cada tipo objetivo de la parte especial —para cada clase de conductas que constituyen una fuente de peligro para un bien jurídico específico—. Este es obviamente un criterio normativo y no naturalístico»; WELZEL, 1970: 132.

49 1997: 500. En sentido parecido ROXIN, 1997c: 677: «un peligro, en el sentido de del § 34 se da ya cuando no sea totalmente improbable la producción de la lesión de un bien jurídico». MIR PUIG, 2002: 449, afirma que no basta la sola posibilidad, «sino que tiene que existir una probabilidad inminente».

50 JAKOBS, 1997b: 500.

51 JAKOBS, 1997b: 500 y 501; considera adecuado de modo general esa posición del autor, ROXIN, 1997c: 678 y 679. Por su parte, MIR PUIG, 2002: 449, sustrae el juicio *ex ante* «según lo haría un hombre medio con sus conocimientos y con los que personalmente pudiera tener el agente».

A pesar de ello, no es tarea sencilla delimitar el grado de actualidad del peligro que debe concurrir para estar o no frente una situación de necesidad. No debe pretenderse en todo caso crear una regla general que abarque todos los casos de «inminencia o actualidad» del peligro, porque de entrada ya es posible graduar la amenaza de peligro en cada caso y en cada tipo de delito. Y ese es el sentido al que se refiere nuestro Código Penal cuando expresa «[...] de la intensidad del peligro que amenaza [...]» (art. 20.4.a, CP). Pero, como ya se dijo, también hay que tener en cuenta que la amenaza de la actualidad del peligro no tiene por qué ser solo momentánea y fugaz, sino que además puede (el peligro) mantenerse o prolongarse espacio-temporalmente⁵², y constituir perfectamente peligros actuales (peligro permanente —cuando existe una especie de cronicidad— o continuado —cuando el peligro es ininterrumpido—). La cuestión de cuándo deja de ser actual el peligro permanente o continuado se puede responder afirmando: cuando el peligro amenazante deja de constituir una probabilidad de amenaza inminente de daño. Así, cuándo hay o no peligro actual, en general, debe valorarse en cada caso concreto. Por ejemplo, a pesar de que la amenaza de peligro para la mujer embarazada (por indicaciones médicas) se presenta recién en el momento del parto, es legítimo, en función del peligro futuro, realizar la interrupción del embarazo ya desde los primeros meses⁵³.

La dificultad en delimitar el grado de actualidad del peligro se pone de manifiesto —por ejemplo— cuando se afirma, que en el estado de necesidad no se requiere un grado de «actualidad» tan estricto como si se exige en la legítima defensa. Porque, a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa —sostiene Baldo Lavilla—, en las situaciones de estado de necesidad aún se dispone de un ulterior filtro para valorar el conflicto de intereses que se deriva de tales situaciones: la cláusula de ponderación de intereses. Así, el grado de inminencia constituirá un criterio a tener en cuenta, junto a los demás que se acostumbra a considerar⁵⁴.

Por otra parte, si la amenaza de la situación de peligro no es actual⁵⁵ o idónea para lesionar intereses de protección, no cabe estado de necesidad. Sobre ello,

52 En este sentido ROXIN, 1997c: 680: «situación peligrosa que permanece durante un largo período y que en cualquier momento puede desembocar en un daño». También LUZÓN PEÑA, 1996: 623: «la situación de necesidad puede ser prolongada o permanente».

53 La interrupción del embarazo por indicación médica con el fin de evitar un serio peligro para la vida o integridad corporal de la madre es un caso especial de estado de necesidad justificante que en el Perú se regula en el artículo 119 CP.

54 BALDÓ LAVILLA, 1994: 137.

55 Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, al considerar que no existe estado de necesidad cuando se realiza un ilícito penal para recaudar dinero «con que pagar los gastos médicos de la enfermedad de la menor (cuando a) su referida hija ya la habían practicado una primera intervención quirúrgica de manera urgente (con anterioridad) pues era entonces

Baldo Lavilla destaca cierto tipo de peligros que no dan lugar a una situación real de estado de necesidad: los peligros inidóneos, los peligros aparentes y los «peligros» que no acarrearán un peligro concreto de lesión; los mismos que sí pueden dar lugar a una situación putativa de estado de necesidad⁵⁶.

Cuando la amenaza de un peligro no es objetiva, y solo exista en la mente del —presunto— «sujeto necesitado», estamos ante supuestos de «estado de necesidad putativo». En ellos, el «peligro» no es real y no existe amenaza actual de lesión de intereses individuales, por lo que no pueden constituir causa de justificación. En el estado de necesidad putativo, el peligro es solo subjetivo, mas no objetivo, por lo que su tratamiento corresponde al uso de las reglas del error. Tampoco se puede considerar situaciones de peligro constitutivas de estado de necesidad los peligros propios que surgen de la vida en sociedad de riesgos, circunscritos a la teoría del riesgo permitido⁵⁷. Asimismo, no constituyen situaciones de peligro aquellas acciones de salvaguarda que provienen de legítimas causas de justificación (estado de necesidad agresivo, estado de necesidad defensivo y legítima defensa)⁵⁸.

Ahora bien, la necesidad de si el peligro amenazante deba ser o no un peligro típico es discutida en la doctrina: aquí se considera que para el estado de necesidad no se requiere que la situación de peligro que amenaza un interés protegido sea típico⁵⁹. Los intereses en conflicto no precisan estar «jurídico penalmente protegidos» para justificar la acción de salvaguardia (igual pueden configurar) estado de necesidad.

cuando verdaderamente peligraba su integridad física». RJ 1999\9546 STS 1726/1999 (Sala de lo Penal), de 10 diciembre. RC N. 1659/1998-P (entre paréntesis, nuestro); en el mismo sentido STS RJ 2001\3632 STS 880/2001, de 22 mayo. RC N. 571/2000-P.

56 El error sobre la inminencia del peligro amenazante es un caso de estado de necesidad putativo, y las reglas aplicables para su solución son las del error. Véase más ampliamente BALDÓ LAVILLA, 1994: 138 ss.

57 BALDÓ LAVILLA, 1994: 129 ss.

58 BALDÓ LAVILLA, 1994: 130.

59 En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, 1982: 668: «el mal que se trata de evitar no tiene por qué ser el resultado lesivo de un bien jurídico penalmente protegido: Ello lo ha puesto de manifiesto el propio TS, al admitir [...] que el hambre, el dolor o la angustia pueden integrar dicho concepto. El concepto de mal (*situación de amenaza de peligro*) 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 que atienda a la realidad social. No es posible apreciarlo desde una perspectiva naturalística, sino que es preciso traspasar un prisma valorativo que le dote de un contenido de sentido» (entre paréntesis y cursiva, nuestro); ROXIN, 1997c: 475: dando entre otros, el ejemplo, de lesión de intereses propios para no ser despedido del trabajo; BALDÓ LAVILLA, 1994: 124; en contra de esta opinión LUZÓN PEÑA, 1978: 530.

2. La necesidad de la acción de salvaguarda

El que [...] realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro [...] insuperable de otro modo. Art. 20.4.2 e inc. 4 primer párrafo CP.

El otro presupuesto que exige el estado de necesidad es la acción de salvaguarda necesaria para impedir y proteger intereses amenazados por el peligro actual. Esta necesidad de intervención en salvaguarda es necesaria además porque permitirá evitar que la amenaza del peligro se concrete en una lesión de un bien. También la necesidad debe ser determinada en la situación concreta, según el baremo del observador objetivo *ex ante*⁶⁰. O, como ha dicho Lenckner, «los medios que no incrementan o que solo incrementan de modo irrelevante las posibilidades de salvación tendrán la consideración de inidóneos y, por tanto, no se consideran necesarios»⁶¹. La acción necesaria se deduce de la ley, cuando el sujeto necesitado «realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro» y aquella situación es «insuperable de otro modo» (art. 20, inc. 4, primer párrafo del CP).

El estado de necesidad exige que, frente a la amenaza de peligro, no se pueda actuar de otro modo; es lo que se conoce como la «no evitabilidad de otro modo». Es decir, que toda acción de salvaguarda en estado de necesidad afecta inevitablemente un interés protegido (acción típica), pero es el más adecuado medio de poner a salvo el bien amenazado por el peligro. En estas situaciones de necesidad, concurre un conflicto de intereses en el que es inevitable salvar un bien a costa de otro. Sin embargo, el sujeto necesitado que actúa en estado de necesidad debe valorar si le es posible otras vías que signifiquen menor lesión⁶², pero la posibilidad de elegir medios que signifiquen menor dañosidad se confrontan en límites cuando estas no pueden ser un obstáculo a una efectiva acción de salvaguarda. El estado de necesidad regulado en el CP peruano tiene como fuente legislativa el CP alemán (§ 34 CP alemán), sin embargo, sobre esta misma cuestión ha preferido referirse a lo insuperable («ante un peligro [...] insuperable de otro modo», art. 20.4 CP) en vez de inevitable. Ello no responde sino a que en su momento nuestro legislador realizara una inadecuada traducción de la expresión *nicht anders abwendbaren* —del párrafo alemán referido— que más bien corresponde a «no evitable de otro modo». Por lo menos, estas expresiones no generan distintas consecuencias,

60 Cfr. Jakobs, 1997b: 503; BALDÓ, 1994: 147 y 148.

61 Parafraseando a Lenckner, BALDÓ LAVILLA, 1994: 149 y 150.

62 Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994: 470: «La posibilidad de la justificación fracasa cuando el bien es sacrificado y el sujeto que ejecuta la acción lesionadora, disponía de otras medidas de menor intensidad»; Jeschek, 1993: 324: «Si cabe la salvación en mediante en intervenciones en diversos bienes jurídicos, quien actúa en estado de necesidad debe escoger, entre las diferentes vías apropiadas, aquella que compromete alcanzar dicha meta al menor coste relativo». ROXIN, 1997c: 681.

pues lo «insuperable de otro modo» establecido en nuestro CP se refiere asimismo a la situación en la que el sujeto necesitado en su acción de salvaguarda no tiene otro modo de vencer o superar el peligro amenazante; lo que sistemática y teológicamente no es lejano de las mismas consecuencias y resultados de lo no evitable de otro modo⁶³.

En los casos de utilización de bienes propios frente a medios de salvación equivalentes e idóneos, el necesitado, al tener posibilidad de elegir entre lesionar bienes propios o ajenos, deberá optar por los propios —siempre que tengan valores iguales y sean idóneos—. Contrariamente, podrá lesionar bienes ajenos si es que el valor de la lesión de intereses ajenos es inferior al bien propio o la idoneidad del medio ajeno es mejor para la salvación⁶⁴. Otra variante donde también es válida la lesión del bien ajeno es si el bien dañado es el único medio de salvación. Y cuando el sujeto necesitado tiene la posibilidad de elegir entre medios de salvación desiguales, se impone la elección del que ofrece mejor idoneidad y más segura posibilidad de salvación.

Ahora bien, la regla que rige como acción necesaria, de modo general, es la de optar por el medio que conlleve menor lesividad. Así incluso, siempre será preferible «de ser posible eludir la fuente de peligro sin poner en peligro bienes propios o ajenos, este es el medio necesario»⁶⁵. Por ello, en estado de necesidad justificante no se exige que la acción de salvaguarda (que lesiona un interés) sea el único medio de vencer el peligro, esto se entiende superado⁶⁶, sino que no se tenga otro medio posible menos lesivo (no evitable de otro modo).

La acción necesaria que salvaguarda el interés del sujeto necesitado también puede ser realizada por el tercero auxiliante. En cuanto a la intervención del

63 La codificación peruana, ya usaba el término «evitar» —aunque en una redacción muy desordenada— el Artículo 85, inc. 3 del Código Penal derogado de 1924: «Están exentos de pena: El que obra violentado, [...] impulsado por amenaza de sufrir un mal inminente y grave, o por la necesidad de preservarse de un peligro inminente o imposible de evitar de otra manera, si en las circunstancias en que se ha cometido el acto no podía razonablemente exigirse del autor el sacrificio del bien amenazado». Incluso el Código Penal de 1862, Artículo 8, inc. 7: «Está exento de responsabilidad penal: El que en la propiedad ajena causa un mal por evitar otro mayor, siempre que este sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos perjudicial».

64 Ilustra muy bien estos supuestos, JAKOBS, 1997: 503: «Cualquiera deber luchar contra el incendio de su casa empleando su propia agua antes de recurrir al agua de otro, pero nadie tiene por qué extinguir el fuego con un champán propio para evitar a otro la pérdida de un poco de agua».

65 LENCKNER, citado por BALDÓ LAVILLA, 1994: 150; Jakobs, 1997b: 503, considera que el medio debe ser más leve para eliminar el daño.

66 Sin embargo, parece aún estar en esta línea MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000: 376, cuando sostienen: «sea el único camino posible para conseguir la meta salvadora».

«sujeto auxiliante» en auxilio del sujeto necesitado, es menester precisar que el sujeto auxiliante posee únicamente una facultad dependiente de salvaguarda, subordinada al consentimiento del sujeto necesitado en virtud del derecho de su autodeterminación⁶⁷. Así, si el sujeto necesitado se opone al auxilio, luego, la intervención del sujeto auxiliador no es legítima. Sin embargo, será suficiente para validar la intervención del sujeto auxiliante (que en general actúa con espontaneidad y solidaridad) que haya mostrado su consentimiento tácito o presunto⁶⁸. Pero si el necesitado no acepta la intervención auxiliadora que brinda lo que se necesita para ponerse a salvo, esa negación (oposición) extinguirá la necesidad de salvaguarda⁶⁹. Aunque es distinto si —él mismo— tiene idóneamente la posibilidad de ejercerla. Igual (que el consentimiento) los deberes de garante y la propia urgencia o prioridad de auxilio son criterios de exigencia en la actuación salvadora.

Ahora, para determinados sujetos (bomberos, jueces, policías, médicos, soldados) existen deberes especiales frente al peligro que surgen en cumplimiento profesional; de modo que no pueden eludir los riesgos, sino enfrentarlos. Sin embargo, «los deberes de soportar peligros no son deberes de sacrificarse, sino (son deberes) de riesgo»⁷⁰.

De otra parte, la colisión de deberes, textualmente no regulada en nuestro Código Penal, no impide que se resuelva por esta vía, el caso típico —por ejemplo— del padre que ve ahogándose a sus dos hijos y solo puede salvar a uno. En ese sentido existirá colisión de deberes, cuando en situaciones de necesidad un sujeto posea por lo menos dos deberes distintos pero que, solo puede cumplir uno de ellos⁷¹. Estos supuestos pueden también deducirse de la interpretación del precepto legal peruano.

3. La ponderación de intereses en el conflicto

De la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado. Art. 20.4.a CP.

Se ha dicho mayoritariamente en la doctrina que el fundamento del estado de necesidad se basa en el principio de ponderación de intereses. Esto tiene sentido debido a que establece límites a la legitimidad de la acción de salvaguarda.

67 Cfr. BALDÓ LAVILLA, 1994: 192 ss.

68 Véase por todos BALDÓ LAVILLA, 1994: 191 ss. y 197.

69 Defiende este sentido JAKOBS, 1997b: 504.

70 ROXIN, 1997c: 701.

71 Es doctrina dominante. Véase entre otros, STRATENWERTH, 1982:151; ROXIN, 1997c: 725.

Como ha puesto de relieve Molina Fernández —en la obra de Roxin y en la de Jakobs—, el «interés preponderante» no equivale necesariamente a «bien jurídico que pesa más en una apreciación simplista»⁷². El paso de la teoría de la «ponderación de bienes» a la «ponderación de intereses» tiene mucha trascendencia en el estado de necesidad, puesto que, para la ponderación de intereses, el conflicto de bienes es uno de los criterios más entre otros a ser ponderados. En ese sentido, ya la regulación legal peruana expresa que la ponderación debe realizarse: «de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados» y de «la intensidad del peligro que amenaza» (art. 20.4.a) CP. Así entonces, una correcta interpretación de la teoría de la ponderación de intereses conduce a ponderar: los bienes en conflicto, el grado de peligro (señalados por la ley); también el propio «medio adecuado» en el que pueden entrar en juego la intensidad de la lesión del bien, la importancia de circunstancias individuales, los deberes especiales y la propia urgencia o prioridad de auxilio, cuando requiera el caso concreto. Por ello, con razón —como afirma Molina Fernández— «todas las causas de justificación responden al principio de ponderación de intereses entendiéndose como “conflicto que debe resolverse evaluando lo que está en juego”» y «en función del interés preponderante»⁷³.

Ya señalamos que en el estado de necesidad lo que cuenta de modo importante es la «ponderación de intereses», y que no es lo mismo que «ponderación de bienes». Sin embargo, una primera valoración a realizar en la ponderación de intereses pasa por valorar los bienes en conflicto. Esta «ponderación de bienes», no siempre sencilla, plantea algunas reglas generales, que complementadas con la proporcionalidad deben tomarse en consideración. La protección de valores de la personalidad posee mayor valor sobre los bienes materiales; la protección de la vida y la integridad son valorativamente superiores respecto a bienes de la personalidad y a los supraindividuales⁷⁴. Sin embargo, estas reglas que rigen de modo general admiten excepciones. Las excepciones se manifiestan, por ejemplo, debido al grado de peligro amenazante, donde se relativiza el valor de estas reglas generales.

En la ponderación también entra en juego —de manera relativa— la valoración personal que sobre determinadas circunstancias realiza el sujeto necesitado. El caso que ilustra bien este supuesto es cuando, aun a riesgo de su salud por indicaciones médicas, la madre no consiente la interrupción del embarazo, porque

72 MOLINA FERNÁNDEZ, 2000: 212.

73 2000: 208 y 211 ss.

74 *Vid.* JAKOBS, 1997b: 508; ROXIN, 1997c: 684; BACIGALUPO ZAPATER, 1997: 272 ss.; BERNAL DEL CASTILLO, 2001: 95.

su valoración sobre la vida de su descendiente por nacer es superior respecto de su salud.

Los casos donde existan situaciones de necesidad financiera para una empresa, los mismos que son salvados a través de apropiaciones indebidas, hurtos, administración desleal, delitos tributarios, etc., por regla general no pueden quedar justificados. Porque, a pesar de que la ponderación de intereses haga inclinar la preponderancia de salvar la empresa respecto a un robo, por ejemplo, no se puede resolver los problemas de falta de dinero, cometiendo delitos (contradiciendo el propio Ordenamiento jurídico). Es decir, desde el filtro de la cláusula de la adecuación, estos (los delitos) no son medios adecuados, toda vez que para el caso de las personas jurídicas existen procedimientos predeterminados⁷⁵ en el ámbito financiero para resolver esas necesidades (préstamos financieros, hipotecas, fusiones, venta de la propia empresa, etc.). Una solución contraria «supondría una incitación a resolver los problemas financieros mediante delitos»⁷⁶. Sin embargo, la posibilidad de justificar dichos comportamientos quedará abierta muy excepcionalmente, cuando en el caso concreto, además de hacer regir los principios (de responsabilidad por organización y de asunción personal de riesgos) pueda apreciarse aún una favorable ponderación de intereses predominantes salvados y la imposible utilización de otros medios con los que se haya podido superar la situación de necesidad.

Los supuestos de estados de necesidad coactivos resultan más problemáticos, por ejemplo, cuando el sujeto «necesitado» es amenazado de muerte si es que comete una determinada conducta ilícita. Así, por un lado, en la doctrina se afirma que aunque de la valoración global se deduce que el bien salvado (vida) es superior al sacrificado (patrimonio, honor, libertad), su tratamiento más bien correspondería a la exculpación, y quedaría así excluida toda posible justificación, además porque el sujeto necesitado, aunque forzado por la amenaza, no deja de «ponerse de parte del injusto». Por otro lado, se afirma que estos comportamientos estarán justificados, porque (al igual que en estado de necesidad agresivo) es legítimo exigir la solidaridad de otros sujetos (no competentes del peligro), independientemente de si la fuente de peligro emerge de la naturaleza o de una conducta antijurídica⁷⁷. A nuestro parecer, en estos casos es preferible optar diferenciando si la ejecución del delito —por el sujeto necesitado— es grave o leve. En caso de ser leve (y que no constituyan delito grave), parece no existir mayores problemas, pues la solidaridad cubre perfectamente la justificación. En cambio,

75 Cfr. JAKOBS, 1997b: 514 ss.

76 ROXIN, 1997c: 696.

77 Cfr. ROXIN, 1997c: 702; BALDÓ LAVILLA, 1994: 154 ss.

cuando los delitos son graves, se impone la consideración de que el derecho no puede ceder ante el injusto en contra del mantenimiento de la norma, aun cuando «idealmente» una ponderación global indique que el bien salvado es superior. Pero incluso así se desestabiliza la vigencia del ordenamiento jurídico. Será suficiente con que el hecho (del necesitado) sea antijurídico (robo, violación), para excluir la justificación, dejando inalterable, sin embargo, las atribuciones de actuación en legítima defensa y el camino a la posibilidad del estado de necesidad disculpante⁷⁸.

Respecto a la «preponderancia» o al carácter «notablemente positivo» de uno de los intereses en conflicto en el estado de necesidad, esa preponderancia no es necesaria para la justificación. Es decir, cuando nuestra legislación expresa que «el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado» (art. 20.4.a CP), desde una interpretación que atienda la *ratio legis*, debe decidirse por considerar que no es necesario que la «preponderancia» sea «sustancial» o «notable», entendidas en términos cualificados o de medición de grados (realizado por una simple valoración de bienes en conflicto —la sola deducción simplista de bien contra bien será insuficiente e inadecuada—). La importancia de lo «predominante» de uno u otro interés a valorar más bien debe derivarse de una ponderación global del conflicto de intereses. En este sentido, a fin de evitar equívocos hay que corregir de *lege ferenda* la redacción de este precepto mencionado, en cuanto signifique cambiar el inadecuado término de la regulación peruana: «interés» en vez de «bien». La misma cuestión en Alemania se complica un tanto, porque en la redacción del § 34 CP alemán se consigna expresamente: «el interés protegido prepondera esencialmente sobre el lesionado». Pero, sobre ello, resulta acertada la interpretación de Roxin, cuando afirma que «preponderancia sustancial» no debe entenderse «en el sentido de una preponderancia cualificada o elevada en grado, sino en el sentido de que la preponderancia de intereses ha de ser indudable e inequívoca para que se produzca la justificación»⁷⁹.

Entonces si la ponderación de intereses favorece al sujeto necesitado, es necesario proceder, como un segundo paso, a una «valoración global ético-social» determinando el medio correcto para el fin correcto⁸⁰.

78 Cfr. ROXIN, 1997c: 705; BALDÓ LAVILLA, 1994: 155. Un estudio amplio del estado del estado de necesidad disculpante en SILVA SÁNCHEZ, 1999: 155 ss. Otros casos de compleja solución y ubicación sistemática en WOLTER, 1999: 1 ss.

79 997: 713. Asimismo, JAKOBS, 1997b: 513 ss., quien además distingue los casos donde hay relación de garante.

80 ROXIN, 1997c: 674.

4. La cláusula de adecuación

El empleo de un medio adecuado. Art. 20.4.b CP.

Bajo la regulación peruana del artículo 20.4.b CP, se inserta «el empleo de un medio adecuado» que plasma la denominada «cláusula de la adecuación»; en ella⁸¹, subyace de modo consistente la «teoría del fin», es decir, la utilización del medio adecuado para obtener el fin (justificado). Y que en sus orígenes surgiera en contraposición de la «teoría de la ponderación de intereses» —también recogida en el 20.4.a CP, pero que ahora la complementa su regulación—. La cláusula de adecuación del estado de necesidad justificante determina los «límites de la ponderación»; así, en determinados casos opera poniendo límites y excluyendo la justificación, cuando a pesar de existir un resultado predominante en el conflicto de intereses (adverso al interés dañado), hubieran existido otros medios o procedimiento predeterminado por el ordenamiento jurídico. En estos casos —como afirma Jakobs— «cualquier otra solución del conflicto constituye un medio inadecuado»⁸².

La adecuación también pone límites a la «ponderación de intereses», cuando considera que la «dignidad humana», valor absoluto, está excluida de la ponderación. Quedan de ese modo excluidas de justificación las acciones de salvaguarda que signifiquen una grave afectación a la dignidad humana. Así, por ejemplo, los actos de tortura desde ningún punto de vista ponderativo pueden justificarse⁸³. Tampoco creemos que la ponderación justifique los hechos cuando ella vulnere la libertad, la vida, o la integridad. No se puede en estado de necesidad justificante

81 Cuya fuente legislativa es el § 34 inc. 2 CP alemán, incluso su redacción es muy similar: «el hecho sea un medio adecuado».

82 1997: 514 ss. «Para la justificación no basta un balance positivo de intereses si la solución del conflicto (la eliminación del riesgo) está canalizada por un determinado procedimiento, o incluso está excluida».

83 En este sentido: ROXIN, 1997c: 716 ss; CEREZO MIR, 2000: 268 ss. Y refiriéndose a que bienes fundamentales protegidos por la Constitución, considera que no siempre son superiores a otros bienes jurídicos, LUZÓN PEÑA, 1996: 630. Está en contra de excluir la dignidad de la persona de la ponderación Molina Fernández: que trata de poner en duda la no justificación, recurriendo —para afirmar que sí hay justificación— a casos como el del que juez que impone pena privativa de libertad a una persona; o cuando el condenado no haya cometido el hecho, pero las pruebas así lo dicen. —2000: 215 ss.— Sin embargo, esta posición, no del todo cierta, parece olvidar que los actos que ejemplifica —por cierto justificados— son propios y conformes a Derecho en ejercicio legal del cargo o función; muy distintos son las acciones que se emplean en el estado de necesidad justificante. Además, como ya se dijera desde VON LISZT, 1827: 352 s.: «El estado de necesidad requiere siempre la colisión de intereses legítimos. Si el orden jurídico ha negado su protección a los intereses en peligro (la libertad, por ejemplo), la idea del estado de necesidad queda excluida»

salvar una vida a costa de otra (ambas tienen el mismo valor); no se puede extraer a nadie un riñón o su sangre dañando su salud o en contra de su voluntad (en ambos casos se vulneran el principio de autodeterminación). Es dominante en la doctrina, la posición que considera que ni siquiera en la comunidad de peligros se justifica una ponderación de vida por vida⁸⁴. Muy ilustrativo resulta aquí el ejemplo que expusiera Gallas⁸⁵: la coacción que sufre un tercero a fin de que se le practique una extracción sanguínea para salvar la vida de un sujeto necesitado, debido a que no era posible conseguir sangre de otro modo. En este caso la balanza no se inclina en contra del autor (sujeto auxiliante del necesitado) por el hecho de que el interés del coaccionado (libre determinación, voluntad, integridad corporal) sea preponderante, sino debido a que los principios de la libertad y la dignidad humana, superiores a todo interés individual, se oponen a la justificación.

De otro lado, también ha de quedar claro que la cláusula de adecuación opera poniendo límites a la cláusula de ponderación de intereses, es decir, que evita que la ponderación legitime acciones de salvaguarda que vayan más allá de lo permitido, de lo socialmente adecuado⁸⁶. La cláusula de adecuación impide que la situación de necesidad faculte una actuación afectando intereses ajenos ilimitadamente, por ello, en la doctrina se habla que los límites del estado de necesidad los pone la dignidad humana. Así, la acción de salvaguarda, a pesar de haber una ponderación de intereses, no legitima aquellas acciones de salvaguarda que desvirtúen derechos esenciales de terceros⁸⁷.

5. Elementos subjetivos de justificación

El sujeto (o su auxiliante) que actúa en estado de necesidad «realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro» (art. 20.4 CP). Desde este

84 Decididamente JAKOBS, 1997b: 505, para quien no se puede sacrificar ni el breve instante de vida que quede en estado de necesidad agresivo; STRATENWERTH, 1982: 149, refiriéndose al caso conocido del «guarda agujas de ferrocarril» (WELZEL) afirma: que la vida de un hombre o de unos pocos tiene el mismo valor jurídico que la de muchos; «el valor de bienes jurídicos *altamente personales*, tales como la vida, la intensidad corporal, el honor, etc., no sufre aumento por simple adición numérica». En contra, entre otros, MAURACH/ZIPE, 1994: 477, num. 35.

85 Citado por ROXIN, 1997c: 693. Otro caso: el médico cirujano que ante el peligro inminente de muerte de su hijo —gravemente enfermo del riñón— e internado en el hospital donde trabaja, obtiene un riñón de un cliente al que ha anestesiado y que había acudido al hospital solo a una observación rutinaria, para transplantarlo a su hijo, salvándole la vida, SILVA SÁNCHEZ/CORCOY BIDASOLO/BALDÓ LAVILLA, 1993: 232.

86 BACIGALUPO ZAPATER, 1997: 272 ss.

87 Sobre ello, véase BALDÓ LAVILLA, 1994: 175; MIR PUIG, 2002: 458 ss.; BERNAL DEL CASTILLO, 2001:95.

marco normativo, podemos interpretar que subyace la exigencia de un elemento subjetivo en la actuación de salvaguarda, el mismo que significa que se ha de actuar con conocimiento del estado de necesidad y de la necesidad de salvaguarda del interés preponderante⁸⁸.

6. La provocación de la situación de necesidad

Conviene recordar que la redacción del estado de necesidad justificante del artículo 20.4 CP, y del § 34 del CP alemán, son regulaciones parecidas. Entonces, a pesar de que la provocación de la situación de necesidad no se haya expresado literalmente en las regulaciones peruana y alemana (art. 20.4 CP y § 34 CP alemán), se deduce de ellas que la situación de necesidad no haya sido provocado por el sujeto necesitado, en razón de una interpretación teológica. El antiguo aforismo expresado por Binding⁸⁹: «quien se haya puesto en peligro, que perezca en el mismo» negaba la justificación si la situación de necesidad era provocada. Sin embargo, dicha afirmación en nuestros días ha sido relativizada, puesto que de modo mayoritario, la doctrina acepta la posibilidad de apelar estado de necesidad justificante cuando concorra provocación imprudente⁹⁰. En este sentido, Roxin desde una fundamentación teleológica sobre el estado de necesidad justificante, afirma que: «en el caso del § 34 el sujeto actúa para preservar intereses que no pierden sin más su —por lo demás— sustancial preponderancia por la provocación culposa en la situación de necesidad»⁹¹.

Distinto es en cambio el caso de la provocación dolosa, donde el sujeto se pone premeditadamente en una situación de necesidad para a costa de otros librarse del peligro. Esta situación no es justificada, sin interesar incluso si el interés salvado fuera preponderante respecto del dañado⁹².

88 Cfr. en este sentido ROXIN, 1997c: 720; STRATENWERTH, 1982: 152 s.; JESCHECK, 1993: 329; MIR PUIG, 2002: 456; CEREZO MIR, 2000: 275. En contra GIMBERNAT ORDEIG, 1999: 326 s.

89 1885: 778, cita de ROXIN, 1997c: 697.

90 Cfr. por ejemplo JAKOBS, 1997b: 510 ss.

91 *Tratado*: 698. Una exposición de teorías, desarrollo conceptual y casuístico de la provocación en SILVA SÁNCHEZ, 1982: 679 ss.

92 Así, ROXIN, 1997c: 699. Pueden revisarse ampliamente ROPERO CARRASCO, 2002: 110 ss, 494 ss, 552 ss; LUZÓN PEÑA, 1997: 243 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 1982: 680 ss.