

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 11



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

ESTADO AGRESIVO Y DEFENSIVO DE NECESIDAD

JULIO ARMAZA GALDÓS

I. Introducción. II. Estado de necesidad agresivo. 1. Concepto. 2. Evolución histórica. 3. Fundamento. A. Teoría del retorno a la propiedad común y al estado natural. B. Teoría de la inutilidad de la aplicación de una pena. C. El estado de necesidad no es un problema del derecho penal. 4. Naturaleza jurídica. 5. Los sujetos activo y pasivo en el estado de necesidad. A. Sujeto activo. B. Sujeto pasivo. 6. Requisitos. A. Peligro actual y grave. B. Que el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado. C. ¿Pueden colisionar un bien jurídico y una pretensión ilícita? D. Debe emplearse un medio adecuado. E. Situación de necesidad. F. Inevitabilidad. G. Que no haya obligación de tolerar el mal o de correr un riesgo proveniente del oficio o cargo que se detenta. H. Extensión y casos especiales. I. Casos especiales: aborto terapéutico y hurto famélico. a. Aborto necesario. b. Hurto famélico. III. Estado de necesidad defensivo. 1. Concepto. 2. De si es necesario que concurren elementos subjetivos en el estado de necesidad defensivo. IV. El exceso y diferencias. 1. El exceso. A. Extensivo (estado de necesidad putativo). B. Intensivo. 2. Diferencias y similitudes entre el estado de necesidad y la legítima defensa. A. Diferencias. a. Rasgos no comunes entre el estado de necesidad defensivo y la legítima defensa. b. Diferencia entre el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad justificante. B. Similitudes. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En la valiosa monografía que Manuel de Rivacoba¹ elaboró como contribución al libro homenaje a Julián Pereda S. J., dando a entender cuán profundamente fue estudiada la legítima defensa, dejó indicado lo siguiente: «todo en ella es o ha sido discutido, el fundamento, la naturaleza, su colocación en los códigos, la amplitud (y) los requisitos». Interesante habría sido conocer la autorizada opinión del profesor español sobre el estado de necesidad, pues entonces, como ahora, el desarrollo científico de dicha eximente no fue similar al alcanzado por la defensa personal². Damos por descontado, sin embargo, que el estudio del estado de necesidad constituye preocupación central de derecho penal en general y de la teoría jurídica del delito en particular, al punto que no hay tratado, manual o comentario nacional que no dedique algunas páginas al instituto en referencia. Tal estado de cosas, a pesar de todo, no permite aseverar, ni mucho menos, que estuviese agotado el tema.

En efecto, la teoría jurídica de nuestro país admite unánimemente como estado de necesidad aquellos casos en los que colisionan dos bienes jurídicos³, y deja a la legítima defensa la solución para los supuestos de colisión entre el derecho y lo injusto⁴. Nuestro ensayo, sin embargo, asume una orientación distinta.

A la doctrina extranjera, principalmente, se debe el reconocimiento de los diversos estados de necesidad. Suele hablarse, así, de un estado de necesidad justificante y de otro exculpante⁵; agresivo en unos casos, defensivo en otros y, por último, propio y en favor de terceros (auxilio necesario).

Tiene naturaleza jurídica de justificante, por regla general, cuando se hallan en colisión dos bienes jurídicos y se salvaguarda el más valioso; será exculpante, en cambio, si los bienes son del mismo valor. En el estado de necesidad agresivo, a su turno, se reacciona contra una persona inocente en tanto que, en el defensivo, contra la propia persona que hace peligrar el interés salvado. En el auxilio necesario, por último, quien reacciona no se encuentra en peligro y el salvado es, por decirlo de algún modo, un tercero con el que puede o no estar vinculado quien hace uso de la eximente.

1 1965: 249 a 283.

2 Como es de verse de la lectura del estudio de SOMMARUGA, 1951: 315, nota 12, donde aparece escrito lo reproducido a continuación: «El estado de necesidad ha tardado hasta comienzos de siglo para alcanzar pleno reconocimiento».

3 Sobre lo dicho cfr. ARANIBAR RAMÍREZ, 1995: 39; CHIRINOS SOTO, 1993: 116 s.; CHOCANO NÚÑEZ, 1992: 302; EZAINE CHÁVEZ, 1999: 80; MASÍAS ZAVALA, 1998: 198 y 199; SALAS ARENAS, 2001: 16 y VILLA STEIN, 1998: 329.

4 En ese mismo sentido: la práctica judicial y la doctrina. La «conducta del encausado se encuentra amparada en (la) legítima defensa —dice la resolución del 2/4/1998—, que hace prevalecer el derecho frente a lo injusto». Cfr. Caro Coria, 2002: 157 s. Sobre el contenido de la doctrina, a su turno, cfr. MASÍAS ZAVALA, 1998: 191.

5 A los que SAINZ CANTERO denomina objetivo y subjetivo, respectivamente. 1982, T. II: 376 s.

No siendo de conocimiento generalmente los diversos estados de necesidad a los que acabamos de referirnos, conviene llamar la atención sobre el tema, pues para la mayoría de profesionales en ejercicio ha pasado inadvertido. Naturalmente, no trataremos todos los supuestos de estado de necesidad y limitaremos nuestra exposición, únicamente, al agresivo y al defensivo. Por razones didácticas, iniciaremos nuestra contribución haciendo exclusiva referencia al primero y, en un epígrafe distinto, nos ocuparemos del segundo. Por último, cotejando ambas exigentes, propondremos una modificación al texto del Código, dando así cabida al estado de necesidad defensivo.

II. ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO

1. Concepto

Es la lesión de un bien (interés) jurídico ajeno, con la finalidad de impedir el menoscabo de otro u otros de mayor valía. Según criterio extendido en la doctrina nacional que, por cierto, estimamos correcto, solo procede si no pudo ser evitada de otro modo.

Se distingue entre el estado de necesidad que justifica y el que excluye la culpabilidad. En este último, el desmedro recae sobre un bien de igual o mayor jerarquía que el salvado; mientras que, en el justificante, el bien perjudicado es siempre menos valioso. En realidad, como lo veremos después, y por las razones que esgrimiremos entonces, lo que se pondera son males. Un sector de la teoría, al mismo tiempo, reconoce un estado de necesidad que tiene vinculaciones con la legítima defensa y el estado de necesidad justificante, al que, para diferenciarlo de ambos, se le denomina estado de necesidad defensivo.

2. Evolución histórica

El precedente más antiguo parece estar en las leyes de Manú, que permitían el hurto y el robo famélicos⁶. Incluso, se admitía entonces la muerte de un tercero, cuando así era posible evitar el fallecimiento por hambre del necesitado que, ante tales vicisitudes, podía alimentarse con las carnes del occiso.

Es dudoso, como observa Jiménez de Asúa⁷, que los hebreos hubiesen conocido y admitido el instituto. Sin embargo, una figura muy similar hay en los Proverbios, VI, 30-31: «No se desprecia al ladrón que cuando tiene hambre roba

6 Sobre ello, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1952, IV: 280.

7 1952, IV: 281 y 435.

para llenarse el estómago; sin embargo, si lo pillan tendrá que pagar mucho más, tendrá que dar los muebles de su casa».

El derecho romano, en cambio, rico en casos y supuestos nos lleva al convencimiento de que entonces le conocieron con amplitud. Según las leyes Aquilia, Rhodia de Jactu y De incendio, ruina y naufragio, *rate nave expugnata*, se eximía de pena al capitán de un buque que, al ordenar se corten las cuerdas del ancla de otro navío, desenredaba las del suyo; amparaba igualmente la impunidad al que demolía la casa de su vecino para evitar se extienda el incendio en el predio de su propiedad o a quienes, en caso de peligro de naufragio, compartiendo proporcionalmente el daño, arrojaban al mar las mercaderías de otros.

La Lex Juliam ofrece un caso razonablemente resuelto: si una mujer casada y en situación de rehén o prisionera, entre los enemigos, accedía sostener relaciones sexuales con estos, movida, entendemos, por la idea de que así se respetaría su vida, quedaba exenta de pena por adulterio.

La impunidad, en los supuestos de estado de necesidad señalados, encontraba su razón de ser en la ausencia de dolo (*dolo carere*) o en el carácter lícito del acto (*non iniuria fecit*)⁸.

En el derecho germánico (Espejo de Sajonia, aproximadamente hacia el año 1230), se permitía al viajero apacentar su caballo en la heredad ajena si, de esa forma, mitigaba el animal no humano su hambre⁹; la única restricción que se imponía entonces, era la de que el viajante debía mantener un pie firme a la vera del camino, mientras cortaba la hierba.

El derecho canónico y el común medieval reconocieron con amplitud el instituto. El primero, a través del *Codex juris canonici* y de los Libros Penitenciales, prestó especial atención a los casos de hurto por hambre o por necesidad de vestido. Los requisitos entonces exigidos eran: 1. La presencia de una necesidad extrema. 2. Que se haya recurrido a otras vías para aplacar el hambre. 3. Que el apoderamiento no sobrepase lo estrictamente necesario. 4. Que no pueda atribuirse a culpa (del necesitado) la situación en que se encontraba. 5. Que el sujeto sobre cuyo patrimonio se pretendía ejercer la acción necesaria no estuviese,

8 En esto como en lo que precede, aprovechamos la documentada obra de JIMÉNEZ DE ASÚA, 1952, IV: 283.

9 Consúltense las Adiciones de CUELLO CALÓN, 1936, a los Elementos de Derecho penal de Pessina, 1913: 426 y QUINTANO RIPOLLÉS, 1966: 116. Actualmente «en las extensas pampas magallánicas (sobrevive), una ley no escrita de necesidad, que favorece al que durante un viaje se ve acosado por el hambre, para dar muerte a una oveja y comer de ella, pero con la importante limitación de que se debe dejar el cuero y su vellón colocados visiblemente en el árbol o cerca más próximos, como demostración de la falta de ánimo de apropiación». El dato lo hemos tomado de la excelente obra de COUSIÑO MAC IVER, 1979, II: 337.

simultáneamente, en estado de necesidad. El derecho común medieval, a partir de la Carolina, previó algunos casos de hurto por hambre. Transcribamos el artículo pertinente del cuerpo de leyes referido: «Art. 166. Si un robo de alimentos ha sido verdaderamente necesario por el hambre que sufría el autor del robo, su mujer o su hijo, y si el robo fuese considerable y manifiesto, los jueces deliberarán de nuevo, como se ha dicho. Aunque el ladrón sea declarado impune, no tendrá acción alguna contra el demandante, por la acusación presentada». El art. 175, a su turno, indicaba: «En los robos de cosas sagradas y en los cometidos en lugares santos, la necesidad del hambre será tomada en consideración [...] como se ha prescrito a propósito de los robos profanos». Según el texto, la norma permisiva restringía el ámbito de acción al necesitado, su mujer o hijo; no cabía acción necesaria a favor de terceros no parientes o de parientes cercanos de segundo grado. Con mucha menos razón, según se desprende del texto, a favor de extraños e incluso de familiares lejanos.

La reglamentación que ha recibido en nuestro país ha sido tan variada como confusa. No halló cabida en la Parte general del CP del Estado Sud-Peruano de la Confederación Peruano-Boliviana de 1836, aunque lo encontramos en la especial. Así, según el art. 269, quedaba libre de pena quien sin ejercer profesión médica u obstétrica salvaba la vida de una persona (v. gr., a través de la embriotomía). El hurto famélico, en cambio, fue reprimido con pena atenuada por el art. 628; en tanto que la muerte producida a un animal ajeno, para salvarnos de un acometimiento o para salvar a terceros, quedó exenta de sanción por daños (art. 675).

En el CP de 1862 se lo incluyó en el art. 8, inc. 7. Su texto fue el siguiente: «Están exentos de responsabilidad penal: 7. 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».

El Código de 1924, en confuso inciso, contenía a su vez la fuerza física irresistible, la coacción y el estado de necesidad. A diferencia del actual, no hacía mención de la preponderancia del bien salvaguardado ni, como es de verse de la simple lectura de la correspondiente disposición, del auxilio a favor de terceros.

Están exentos de pena —decía—: «El que obra violentado por la fuerza física irresistible o impulsado por amenaza de sufrir un mal inminente y grave, o por la necesidad de preservarse de un peligro inminente e 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»¹⁰.

Nuestro actual Código, le da cabida en el art. 20, inc. 4; he aquí el contenido del mismo:

10 Art. 85, inc. 3.

Está exento de responsabilidad penal: 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.

La fuente legislativa del inciso transcrito está en el § 34 del CP alemán de 1975; de esto se ha dejado expresa constancia en la Exposición de Motivos¹¹. La muy apretada similitud de ambos textos demuestra la aseveración hecha por los comisionados. Transcribamos el contenido del párrafo mencionado:

El que ante un peligro actual, no conjurable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, comete un hecho para alejar dicho peligro de sí o de otro, no actúa antijurídicamente, siempre que de la ponderación de los intereses en conflicto y particularmente de los bienes jurídicos afectados y del grado del peligro que les amenace, resulte que el interés protegido predomina esencialmente sobre el interés dañado. La disposición precedente se aplicará solo cuando el hecho sea un medio adecuado y proporcionado para conjurar el peligro¹².

El art. 2 de la Constitución de 1993 contiene dos incisos que de algún modo se inspiran en el estado de necesidad y, aunque no hayan sido redactados principalmente en razón de este (pues se trata de los derechos de las personas), terminan aludiéndolo. Toda persona tiene derecho, dice el inc. 9 de la disposición mencionada: «A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley».

En el inc. 11, dice: «A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razón de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la Ley de extranjería».

Como los derechos fundamentales no son absolutos¹³, y más bien admiten excepciones según se consideren los derechos de los demás¹⁴, y la situación en que,

11 *Diario Oficial El Peruano*, edición del 8 de abril de 1991: 7.

12 Este párrafo, a su vez, procede de su correspondiente (§ 39) en el Proyecto gubernamental de 1962.

13 Seguimos en esto a GARCÍA BELAUNDE, 1992: 71.

14 GARCÍA BELAUNDE, 1992: 71.

en concreto, nos encontremos, puede ocurrir que alguien esté a punto de asesinar a su enemigo en la casa de un tercero y que, para defender al sujeto en peligro, sin autorización alguna, ingrese Rómulo en ella. Si logrado el propósito de este y habiendo para eso ocasionado lesiones graves en el atacante, amparará al puntual defensor el art. 20, inc. 3 CP (legítima defensa). Eso, respecto de las lesiones. En cuanto al ingreso desautorizado a la morada ajena, queda justificado el hecho en virtud del estado de necesidad (art. 2, inc. 9 de la Constitución y art. 20, inc., 3 CP). Ese ingreso inconsulto al domicilio ajeno es permitido si se trata de impedir, por ejemplo, que una joven infectada de SIDA (que ignora padecer la mortal enfermedad), realice el acto sexual con un muchacho que, desconociendo también tal situación, esté a punto de yacer con ella o si de ese modo salvamos al niño que corre peligro de morir en la habitación que amenaza ruina inminente.

El derecho de libre tránsito que recoge el art. 2, inc. 11 de la Constitución, a su vez, encuentra un límite irrefutable (en mérito del estado de necesidad), por ejemplo, si se mantiene en cuarentena a los tripulantes de un navío, portadores de una epidemia.

3. Fundamento

La doctrina moderna¹⁵ admite como fundamento del estado de necesidad justificante la preservación del interés preponderante.

Existen en realidad dos bienes o intereses tutelados por el Estado: el del necesitado y el de un tercero inocente. Si quien transido por el hambre carnea una oveja que no le pertenece y lo hace después de haber intentado conseguir alimento por otras vías (la mendicidad, el trabajo, etc.), actúa en situación necesaria; su conducta, aunque constitutiva de daños a la propiedad, es, a pesar de todo, lícita. El Estado tutela, en el ejemplo dado, el derecho a la vida del hambriento (aunque en realidad como dicen Rodríguez Devesa/Serrano Gómez el derecho de toda persona a no padecer físicamente)¹⁶ y el patrimonio del dueño de la oveja; sin embargo, dada la situación de necesidad, estipula que se preserve el bien más valioso.

En la legítima defensa, en cambio, no importa que el bien del agresor valga más que el del atacado, pues basta que este, usando el medio menos lesivo, repulse la agresión antijurídica.

15 BACIGALUPO, 1987: 232; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 1995: 164; JESCHECK, 1981, I: 492; VON LISZT, 1927, II, p. 340; MEZGER, 1935, T. I: 391; NÚÑEZ, 1987: 193; VILLAVICENCIO, 1990: 249, ZAFFARONI, 1990: 50.

16 1992: 575. Más adelante dejaremos aclarado nuestro pensamiento en lo que respecta al hurto famélico.

Este criterio, lo dijimos, es el que impera en la doctrina de hoy. Pero no siempre fue así. Antes de quedar clara la distinción entre estado de necesidad justificante e inculpable, las teorías que fundamentaban la impunidad del estado necesario eran, entre otras, las siguientes:

A. Teoría del retorno a la propiedad común y al estado natural

Básicamente, surgió para justificar el hurto necesario. Acogida y difundida por Hugo Grocio se puede resumir así: en caso de necesidad extrema, impera el derecho natural (que garantiza la comunidad de bienes) sobre el escrito (a través del cual se introduce el concepto de propiedad particular).

Precisamente, el texto de Grocio es como sigue: «[...] en un caso de extrema necesidad, el antiguo derecho de servirse de las cosas que se presentan revive en cierto modo, lo mismo que si ellas fueran todavía comunes: porque esta suerte de cosas parecen exceptuadas en todas las leyes humanas y, por consecuencia, también en aquellas que han establecido la propiedad sobre los bienes».

Según puede verse, esta teoría no toma en cuenta otros casos de necesidad en los que no se requiera el patrimonio ajeno; su ámbito, por lo tanto, es estrechísimo.

B. Teoría de la inutilidad de la aplicación de una pena

La desarrolló Kant refiriéndose, concretamente, al ejemplo de *Carneades*: dos naufragos se disputan la única tabla capaz de resistir el peso de uno de ellos. Al igual que la teoría anterior, su ámbito es restringido, pues no contenía los supuestos de estado de necesidad en que colisionan dos bienes de desigual valor. En su opinión: «Este pretendido derecho consiste en la facultad moral de defender mi vida, dando la muerte a quien no me hace daño». Es evidente que aquí debe haber un conflicto del derecho consigo mismo, porque no tratamos aquí del agresor injusto que atenta contra mi vida, del que me defiendo matándolo (*jux inculpatae tutelae*), caso en el cual la recomendación de moderación (*moderamen*) no corresponde siquiera al derecho, sino a la moral; sino que se trata de la violencia lícita contra el que la ha usado conmigo, lo cual es prohibido por el derecho positivo.

Claro es que esta aserción no debe entenderse objetivamente, según el mandato de una ley, sino solo en el sentido subjetivo, y tal como se pronunciaría la sentencia en justicia. En efecto, no puede haber ninguna ley penal que condene a muerte a aquel que, naufragando con otro y corriendo el mismo peligro de perder la vida, le rechaza, apoderándose de la tabla con cuyo auxilio hubiera podido salvarse; porque la pena impuesta por la ley al que despojara al otro de la tabla salvadora nunca podía ser mayor que la pérdida de la vida. Semejante ley penal no tendría fuerza alguna represiva; porque la amenaza de un mal todavía inseguro (la muerte por sentencia judicial) no puede igualar al temor de un mal

seguro (el de perecer ahogado). Por consiguiente, el hecho de la conservación mediante violencia no debe ser considerado como inocente (*inculpabile*), es cierto, sino únicamente como no castigable (*impunibile*); y los doctores, por una extraña confusión, toman esta impunidad subjetiva por una impunidad objetiva (por una legalidad).

La máxima del derecho de necesidad es esta: «La necesidad carece de ley; y, sin embargo, no puede haber necesidad que haga legal la injusticia»¹⁷.

La teoría de Kant fue adoptada, además, por Feuerbach y René Garuad; en nuestro país, parece que fue seguida por Heredia¹⁸.

C. El estado de necesidad no es un problema del derecho penal

Georges Vidal y Joseph Magnol sustentaron esta idea¹⁹. A criterio de estos penalistas franceses, si una persona se encuentra en situación de peligro de perder su vida o en la de cegársela a otro para no ser a su vez muerto (pensemos en el tantas veces citado caso de la *tabula unius capax*), no es un problema del derecho penal. Esto, por una razón: la necesidad no conoce ley y ningún ordenamiento jurídico puede exigir el sacrificio propio para salvaguardar los derechos de otros. Discurren, los juristas citados, del modo siguiente:

En nuestra opinión, la impunidad de los atentados realizados bajo la presión de la necesidad se conexiona con la idea de que el Estado no puede, por la ley positiva penal, imponer actos de heroísmo y de sacrificio de la propia existencia para salvar la vida y con mayor razón para respetar los derechos de otros. El acto cometido bajo el imperio de la necesidad esta fuera del derecho penal, porque la necesidad no tiene ley y es, por tanto, excluyente de toda falta.

El hecho de que los supuestos por necesidad merezcan impunidad (por ausencia de antijuridicidad o culpabilidad) es prueba irrefutable de que están dentro de los límites del derecho penal y no, como se pretende, fuera de ellos.

Esta doctrina, que fue originalmente expuesta por Johann Gottlieb Fichte, ha sido aceptada también por Emile Garçon y Bernardino Alimena.

17 1943: 53 s.

18 1884: 52: «Por último, la pena que se infligiera a los que, a impulsos del miedo causan la muerte a otro, sería ineficaz».

19 Sobre el pensamiento de estos autores cfr. COUSIÑO MAC IVER, 1979, II: 343; JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, 1952: 313. Fichte, antes, postuló un punto de vista más radical: el estado de necesidad está fuera del Derecho. VIDAL/MAGNOL, únicamente lo excluían del derecho penal.

De otras fundamentaciones y con la amplitud debida se ha ocupado Jiménez de Asúa²⁰. Al no ser el caso hacer aquí un análisis exhaustivo de ellas, nos remitimos a las explicaciones de este autor.

4. Naturaleza jurídica

Salvo José Silva Santisteban²¹, Juan José Calle²² y Corso Masías-Cuadros Escobedo²³, en la doctrina nacional se reconoce al estado de necesidad, en general, una doble naturaleza jurídica²⁴.

Si en la colisión de bienes ambos son del mismo valor, estamos frente a un estado de necesidad inculpable²⁵. Así, cuando dos sujetos, Ticio y Cayo, se encuentran dentro de una habitación herméticamente cerrada en la que es imposible el ingreso de oxígeno antes de tres horas en que llegará el encargado de abrirla y, supuesto que el consumo normal de oxígeno por los enclaustrados apenas pueda hacerse durante una hora y media, la muerte que Ticio le ocasione a Cayo estará amparada por el estado de necesidad inculpable si ese es el único medio de evitarse un seguro fallecimiento por asfixia.

Al contrario, si por huir del ataque ilegítimo de que somos objeto por parte de una banda de asesinos, cruzamos una plantación de rosas, y la malogramos, nos amparará el estado de necesidad justificante. El bien dañado (patrimonio de un tercero) y el salvado (mi vida) en el ejemplo tienen un valor desigual. El derecho, al sopesarlos, se inclina a favor del más importante. Dicho de otra manera: hay aquí estado de necesidad porque el mal producido fue menor que el evitado.

20 1952, IV: 307 a 355.

21 Quien sostiene que el estado de necesidad es una causa de inimputabilidad. 1863: 33 y 34. En realidad la obra de Silva apareció, aunque el pie de imprenta diga lo contrario, el año de 1864 (es decir, cien años después de la primera edición del inmortal libro de Beccaria).

22 Que lo consideró una causa de inimputabilidad.

23 1956: 9. Defienden estos autores la idea de que lo que se elimina en el estado de necesidad, es el dolo o la culpa.

24 Cfr. CUBA SALERNO, 1997: 155; BRAMONT ARIAS, 1966: 179; HURTADO POZO, 1987: 386 s.; PEÑA CABRERA, 1994: 372. Básicamente, por la teoría de la diferenciación, el estado de necesidad puede ser exculpatorio o justificante; según la teoría de la unificación, se le debe ubicar o en la culpabilidad o, más bien, en la antijuridicidad (entienden que siempre el estado de necesidad es justificante, VON HIPEL, GIMBERNAT, LUZÓN PEÑA, CUERDA RIEZU y ROLDÁN BARNERO). Los proyectos de Código Penal alemán de 1909, 1913 y 1919 sometiendo a la tesis unificadora, asignaban a la eximente siempre la naturaleza jurídica de justificante; el de 1925, la de disculpante. Nuestro CP es eminentemente diferenciador.

25 CHIRINOS SOTO, 1993, T. I: 116 s., cree que lo que se elimina aquí es la pena. Distingue este autor entre estado de necesidad como causa de justificación y como excluyente de «penalidad» o «represión».

Nuestro CP prevé ambos: en el inc. 4 del art. 20, se da cabida al estado de necesidad justificante; el inc. 5 del mismo artículo regula el inculpable. Con Albert Friedrich Berner, el discípulo de Hegel, nos lo indican José María Rodríguez Devesa-Alfonso Serrano Gómez, nacen las teorías de la diferenciación.

Si el hecho es justificado por la necesidad, no genera consecuencias civiles para el necesitado o quien lo socorrió.

Ejemplos de estado de necesidad justificante son los siguientes:

«[...] un bombero puede salvar a un niño de la muerte segura en las llamas solo arrojándolo desde la casa hacia una lona salvavidas [...] si ese lanzamiento constituye la única posibilidad para salvar (lo)»²⁶; «la conducta de un padre de familia paupérrimo que [...] sustrae desde la vitrina de la farmacia una caja de aspirinas para combatir la elevada fiebre que aqueja a su mujer»²⁷; un «joven negligente [...] arroja la colilla de un cigarro al piso enlucido de sustancia inflamable provocando un incendio, (y) para salvarse del peligro se arroja al inmueble vecino rompiendo toda la cristalería»²⁸; un «amigo le quita las llaves al borracho para impedirle que conduzca en tal estado»²⁹; «liberar de la prisión a terroristas condenados, si es para salvar la vida de un rehén»³⁰; «amputar una pierna para evitar que la gangrena se extienda por todo el cuerpo»³¹; «el suicida que se arroja al río y que luego, arrepentido, tiene que apoderarse de una barca para no perecer»³²; «perdido en la floresta, el agente hurta leña para evitar de ese modo su muerte por congelamiento»³³; «un farmacéutico entrega por equivocación cianuro a una persona que le ha pedido bicarbonato de sodio, y que, advertido de su error cuando el cliente ya se ha retirado del negocio, utiliza sin permiso el automóvil de su vecino para impedir a tiempo que el comprador ingiera el veneno»³⁴; «el que para salvar sus plantíos de lechuga en época de lluvias intensas hace correr el agua hacia el fundo baldío de su vecino»³⁵; «el que comete un delito contra la propiedad coaccionado por otro que le amenaza con matar a su mujer»³⁶; «operar a una persona en inminente riesgo de muerte, aunque se oponga el padre del enfermo»; «apoderarse de un medicamento secreto, aún no puesto en circulación, por un empleado que

26 WELZEL, 1987: 133.

27 COUSIÑO MAC IVER, 1979, II: 359.

28 MORRIBERÓN, 1982: 75.

29 RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, 1992: 577.

30 JESCHECK, 1983: 494.

31 JAKOBS, 1997b: 510.

32 CURY, 1982, I: 329.

33 REGIS PRADO, 2001: 248.

34 CABRAL, 1987: 111.

35 CREUS, 1990: 323.

36 ZAFFARONI, 1999: 501.

salva así la vida de su hija»³⁷; «la utilización de una barca ajena para salvar a uno que se está ahogando»; «A prende fuego a una habitación donde se encuentran valiosos cuadros de su enemigo B. Este, para apagar el fuego, aún pequeño, y evitar que llegue a los cuadros, se ve precisado a echar mano del abrigo de un tercero, que queda algo deteriorado»³⁸; «arrancar un madero de la cerca ajena, dañándola, para defendernos en legítima defensa de un agresor ilegítimo»³⁹; «el que desvía la corriente de las aguas que riegan una propiedad por echarlas sobre un edificio que se incendia»⁴⁰; quien «falsifica una receta para obtener un calmante y aliviar sus fuertes dolores»⁴¹; «derribar parte de la propiedad ajena para impedir que el fuego desatado en ella invada la nuestra»⁴²; conducir un vehículo a velocidad extrema, contra el tráfico y sin tener licencia de manejo, cuando es el único medio de evitar la muerte a un herido que requiere ser evacuado de emergencia a la sala de operaciones; matar el último ejemplar de un animal raro y en extinción, cuando así nos salvamos «de morir de hambre extrema»⁴³, aunque goce el animal de protección estatal mediante leyes penales que repriman su exterminio; lesionar a quien pretende suicidarse o automutilarse gravemente (en este último caso la lesión inferida debe ser de menor intensidad que el daño evitado)⁴⁴; girar un cheque sin provisión de fondos, solo si a cambio se obtiene dinero para pagar los gastos de operación urgente de un familiar cercano; inyectar suero contraviniendo la voluntad de quien habiéndose declarado en huelga de hambre corre peligro de morir deshidratado; obligar al conductor de un taxi a que nos traslade a un centro de salud, cuando minutos antes y con el designio de suicidarnos, tuvimos la torpe idea de ingurgitar —como en efecto lo hicimos— una sustancia venenosa que, al enfrentarnos al ineluctable riesgo de morir, hizo que nos arrepintiéramos⁴⁵.

Una Ejecutoria Suprema peruana que igualmente justifica la lesión del bien ajeno en estado de necesidad es la siguiente:

Para que exista delito de apropiación ilícita, no basta el hecho material de apropiarse de una cosa, sino que es necesario que ese acto vaya en fraude del derecho de otro, y con el propósito de lucrar; y solo hay delito si se acredita

37 JIMÉNEZ DE ASÚA, 1952. T. IV: 277.

38 LUZÓN PEÑA, 1978: 78.

39 ÁNGELES GONZALES/FRISANCHO APARICIO, 1996, T. I: 184.

40 VITERBO ARIAS, 1900:76.

41 MUÑOZ CONDE, 1984: 107.

42 GARCÍA CALDERÓN, 1864: 75.

43 En realidad, tal ejemplo solo puede ser sostenido con fines docentes, pues como lo veremos después (*infra*, hurto famélico), difícilmente puede estar en peligro la vida en tales supuestos.

44 Dado nuestro punto de vista el ejemplo es discutible.

45 HURTADO POZO, 2005: 558.

ese ánimo, con el hecho material de la negativa a la devolución. Cuando hay el propósito de indemnizar y una causa que demuestra la necesidad del acto practicado, no puede existir tal delito (en el caso de autos, la tuberculosis laríngea de que adolecía el acusado originó que, para atender su curación, tomara parte del producto de las ventas que le estaban encomendadas)⁴⁶.

Como se puede apreciar, no se dice que sea una causa de justificación, sino, simplemente, que el hecho no constituye delito. Una interpretación acorde con lo que venimos sosteniendo, sin embargo, no tendría problema alguno en atribuir al hecho la naturaleza jurídica de justificante.

Al ser el estado de necesidad del art. 20, inc. 4 CP una causa de justificación, no se admite legítima defensa contra el necesitado, pues, en este caso, faltaría el requisito de ilegitimidad en la «agresión»⁴⁷. En contraposición, cabe justa defensa privada contra quien actúa en estado de necesidad inculpable⁴⁸.

La tendencia diferenciadora que reconoce un estado de necesidad justificante y otro exculpatorio, dominante en la doctrina, se ha plasmado en el numeral 20, incs. 4 y 5 de nuestro ordenamiento punitivo a partir de la promulgación del Decreto Legislativo 635 del 3 de abril de 1991. No hay modo de pensar, de acuerdo al texto del art. 20 inc. 5 de la ley penal, que una teoría unificadora pueda exitosamente ser sustentada entre nosotros desde que en el estado de necesidad, en el que colisionan bienes del mismo valor, es exigible, de *lege lata*, que la acción salvadora, para alejar el peligro, sea obligatoriamente antijurídica. La antijuridicidad o ilicitud de la acción conjurante a que se hace mención en la misma disposición legal, impide interpretar que el estado de necesidad del núm. 5 del art. 20 pueda ser una causa de justificación.

5. Los sujetos activo y pasivo en el estado de necesidad

La institución que examinamos, lo vimos, es una causa de justificación. Como únicamente pueden justificarse los comportamientos que son de hecho lesivos al bien jurídico de terceros, se requiere la presencia de alguien que se mueva por la necesidad y de otro que soporte la injerencia agresiva del primero. No se viola la libertad ajena, según esto, si A ingresa al domicilio de B con su consentimiento, aunque realmente se vea en peligro de muerte por la persecución de que es objeto por parte de una cuadrilla de criminales. Falta, en el ejemplo, el «conflicto» de bienes «afectados» que exige el código. B, pese a la necesidad de salvamento de A, no es sujeto pasivo.

46 Ejecutoria del 23 de octubre de 1939, R. de los T. 1939: 372.

47 VILLAVICENCIO, 1990: 243.

48 En otro sentido, MASÍAS ZAVALA, 1998: 197.

¿Quiénes pueden ser entonces sujetos activo y pasivo en el estado de necesidad? Veámoslo a continuación.

A. Sujeto activo

Será la persona que consigue la salvación de un bien jurídico propio o ajeno amenazado por un peligro actual.

Al hacer referencia el código a la realización de un «hecho destinado a», está refiriéndose a una acción conjurante que, además, debe ser típica (pues únicamente las acciones típicas pueden ser justificadas) y, por ende, humana.

Los inimputables absolutos por anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia y los menores de edad referidos en los incisos 1 y 2 del art. 20 también pueden ser sujetos activos en el estado de necesidad. Lo acabado de indicar, a pesar de todo, merece un comentario adicional: los inimputables y los menores de edad, aunque causen un daño considerable al hacer uso de estado de necesidad, habrán de quedar exentos de responsabilidad porque sus comportamientos, según el criterio predominante, no puede serles reprochado penalmente. Pese a ello, es preferible pronunciarse a favor del instituto que nos ocupa, pues al no ser ilícito el daño causado por ellos, quedarían liberados de abonar (por sí o por medio de sus representantes) una reparación civil.

B. Sujeto pasivo

Es el que soporta los efectos de la acción típica protectora. A diferencia de lo que ocurre con el sujeto activo, el pasivo podrá serlo también la persona jurídica.

El sujeto activo, al mismo tiempo, nunca será agente pasivo. Conforme a esto, no podrá ser sujeto pasivo en el estado de necesidad quien ejecute la acción salvadora de un bien jurídico propio, pues deberá, para ello, perjudicar otro de su propiedad (si un *quídam*, para salvaguardar su casa de un incendio, destroza la contigua, que también le pertenece, esperando en que, perjudicando esta, impedirá la invasión del fuego en aquella). Esto, por una razón: su conducta (de querer salvar una casa, destruyendo otra) no es típica y, para ser considerado sujeto pasivo se debe, lo dijimos, soportar los efectos de una acción típica protectora. «Así como no existen delitos —dice Cousiño— en contra de sí mismo, porque no puede ser sujeto pasivo de ellos el propio sujeto activo, según lo vimos en su lugar, tampoco el necesitado que destruye la cosa que le pertenece realiza una acción justificante, pues su hecho no es típico»⁴⁹.

49 COUSIÑO MAC IVER, 1979, II: 376.

El bien jurídico lesionado, en suma, debe pertenecer necesariamente a un tercero⁵⁰.

6. Requisitos

El CP exige básicamente los siguientes: a) la existencia de un peligro actual, b) que el bien jurídico preservado sea superior al interés dañado (o como creemos preferible se debe decir: que el mal inferido sea de menor entidad que el evitado), y c) que se emplee «un medio adecuado para vencer» la amenaza.

Del contexto de todo el inc. 4 deducimos que, además, se requiere: d) que el agente esté en verdadera situación de necesidad y e) que exista imposibilidad de evitar el daño de otra forma a como se lo evitó.

Algunos códigos y, en particular, la doctrina, incluyen entre los requisitos el que f) no haya obligación de tolerar el mal.

A. Peligro actual y grave

En primer orden, exige el código que la amenaza del peligro sea actual; excepcionalmente, sin embargo, bastará con que sea inminente⁵¹ (el aborto terapéutico es prueba de ello).

Al peligro ya desencadenado y no evitable de otro modo que, a través de la acción típica lesiva del bien ajeno, se reputará actual. Inminente será el que está por suceder. Cuando una mujer sufre un embarazo anormal, hay riesgo inminente (no actual) de que con el transcurso de las semanas pueda peligrar su vida; a pesar de que el riesgo de muerte únicamente aquí está por suceder, es posible practicar el aborto necesario sin que sea preciso esperar que la gestante comience a sufrir dolores o quebranto en su salud.

Además de actual o inminente, el peligro debe ser grave⁵² y lo es el que amenaza bienes jurídicos importantes. Contrariamente, el peligro no grave impide el ejercicio de la eximente. Si una jovencita, según lo dicho, para salvar su maquillaje del polvoriento ventarrón intempestivamente desatado ingresa en la

50 ZAFFARONI, 1880, III: 627. Últimamente RIVACOBA y RIVACOBA ha demostrado que, algunas veces, el bien perjudicado puede muy bien pertenecer al sujeto activo y procederá igualmente la eximente si este le perjudica (cuando, por ejemplo, se encuentre legítimamente en poder de otro, que tiene interés en preservarlo), 1995: 244 s.

51 En ese sentido, RIVACOBA y RIVACOBA, 1997: 29; HURTADO POZO, 1973: 102; ARANIBAR RAMÍREZ, 1995: 39 y VILLAVICENCIO, 2006: 552.

52 Así, CORSO MASÍAS/CUADROS ESCOBEDO, 1956: 9; CORNEJO, 1926: 310; BRAMONT ARIAS, 1966: 180; MORRIBERÓN, 1982, II: 75; CEREZO, 1998, II: 247; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, 1992: 569.

morada ajena sin autorización para hacerlo, aunque verdaderamente se hubiese liberado de esta forma de las molestias que le originarían el volverse a emperifollar, no habrá obrado, a pesar de todo, en estado de necesidad. La exigencia de la gravedad del mal la encontramos en la Ejecutoria del 31 de enero de 1986 que hace suyos los argumentos del entonces Fiscal Supremo en lo Penal, Méndez Jurado: «No hay responsabilidad si se establece que los acusados actuaron, apoderándose de diversas especies, por estar sujetos a graves amenazas contra sus vidas»⁵³.

B. Que el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado

La primera exigencia textual que hace el código está referida a que al sopesar los bienes jurídicos en conflicto y la intensidad del peligro que los amenaza, el bien salvado deberá ser el más valioso.

Aunque el código hable de «bienes» al hacer alusión a la ponderación de los mismos, la doctrina prefiere emplear el vocablo «intereses»⁵⁴. Ello, en principio, por cuanto con este término se considera otros factores además de la sola comparación jerárquica. De la sola apreciación de los bienes jurídicos, siempre resultará preponderante la vida con respecto a la libertad, la integridad física con relación a la propiedad; sin embargo, hay situaciones en las que una mera comparación de bienes es insuficiente para determinar la importancia de ciertos intereses que para la sociedad tienen relevancia singular y, por ende, deben prevalecer (es preferible, según esto, sacrificar la integridad física de un sujeto a través de una lesión de ínfima gravedad si de ese modo se salva una pintura famosa). Dicho en otros términos: la valoración de los bienes jurídicos en juego es uno de los aspectos a los que se debe atender; los demás se derivan del interés socialmente conveniente e, incluso, del que el sujeto tenga en particular (de ahí que en el aborto terapéutico, art. 119, se requiera el consentimiento de la mujer, pues si ella no lo da —al tener interés en posibilitar la existencia del ser que abriga en su vientre y pese al conocimiento que tiene del riesgo que ello representa para su salud—, en modo alguno se podrá actuar en estado de necesidad justificante de terceros).

Si se requiere que el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado, nunca habrá estado de necesidad justificante cuando colisionen dos vidas (ejemplo de la *tabula unius capax*), pues ambas, para el ordenamiento jurídico, valen igual. Si uno de los dos alpinistas que asidos de la misma cuerda tiene que cortarla, le beneficiará el estado necesario si ese fue el último recurso apelable para impedir la ruptura de la cuerda y, con ella, su muerte por despeñamiento. Este

53 Cfr. Anales Judiciales de la Corte Suprema, LXXIV, 1990: 126 s.

54 BACIGALUPO, 1987: 233, nota 141.

estado de necesidad, sin embargo, es solo inculpable⁵⁵. Zaffaroni, en un párrafo que conviene transcribir a continuación, no admite la posibilidad de determinar el mal menor atendiendo al número de vidas en peligro, pues, en todo caso, estaremos frente a un supuesto de estado de necesidad disculpante.

Según Zaffaroni:

De cualquier manera, en los casos en que los males sean vidas humanas, el estado de necesidad justificante no podrá amparar nunca a la conducta homicida, porque una vida humana siempre vale para el derecho tanto como otra, no pudiendo cuantificarse los males tampoco por el número de vidas humanas en juego, porque aunque sea una vida sacrificada para salvar mil, lo cierto será que esa vida ha sido usada como medio y, conforme a los principios de respeto a la dignidad humana, el derecho no puede tolerar que nadie sirva como medio, ni siquiera para salvar a otro. De allí que los casos en que los males que choquen en la situación concreta sean vidas humanas, no puede imponerse otra solución que el estado de necesidad inculpante⁵⁶.

A esa misma conclusión llegaríamos si parte de las vidas en conflicto fuesen defectuosas, o se tratase de contagiados de una enfermedad grave e incurable que, por ello, muy próximamente han de morir.

Prevalció el bien jurídico más importante, igualmente, cuando el acusado sustrajo del quirófano del Hospital Nacional Guillermo Almenara Irigoyen una válvula para posesión mitral y la utilizó, ante los requerimientos urgentes de los familiares del paciente que padecía de «una complicación tipo embolia», el mismo día en que se produjo el «hurto» instruido. El Tribunal Correccional, por eso, en la Sentencia del 23 de septiembre de 1986, confirmó la resolución que archivó la causa⁵⁷.

Con lo dicho, basta para demostrar que en el estado de necesidad debe respetarse el principio de proporcionalidad entre el mal que se causa y el que se evita⁵⁸.

C. ¿Pueden colisionar un bien jurídico y una pretensión ilícita?

Predomina el criterio que determina que en el estado de necesidad siempre entrarán en colisión bienes jurídicos⁵⁹ de desigual valor, pues precisamente la diferencia

55 Cfr. Sobre ello, HURTADO POZO, 1991: 31 s.

56 ZAFFARONI, 1999: 502 s.

57 Cfr. Jurisprudencia penal, 1988: 121 s. La sumilla de la Sentencia, sin embargo, señala equivocadamente la procedencia de la absolución por ausencia de culpabilidad cuando en realidad debió hacer referencia a la no antijuridicidad del acto.

58 Por todos, en ese sentido, HURTADO POZO, 1987: 386.

59 Referencias a dicho criterio puede verse en RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, 1995: 216 s. En nuestro país, han sostenido tal punto de vista BENITES SÁNCHEZ, 1958: 98 y los citados en la nota

entre este instituto y la legítima defensa consiste en que en la última se enfrentan el derecho y lo injusto (agresión ilegítima)⁶⁰. Dicho de otro modo, si se enfrentan dos bienes jurídicos, y por salvaguardar uno de ellos se perjudica el menos valioso, han de aplicarse las normas derivadas del estado de necesidad; si el enfrentamiento es entre el derecho y lo injusto, en cambio, las de la legítima defensa.

Pero, ¿ha de ser dolosa la agresión en la legítima defensa? Al ser culposa, ¿cabe estado de necesidad? Un grupo importante de autores (Bacigalupo, Córdoba Roda, Creus, Villavicencio Terreros, Welzel y muchos más) estima que la agresión en la legítima defensa puede ser dolosa o imprudente; otro, en cambio, que debe necesariamente ser dolosa (Jiménez de Asúa, Zaffaroni, Muñoz Conde). Los primeros, valiéndose de un argumento aparentemente convincente, sostienen que el CP solo exige que la agresión sea antijurídica y, al ser tal la dolosa y la imprudente, cabe en ambos casos legítima defensa.

El sentido etimológico de la palabra agresión (*aggressio*, de *ad-gradior*: dirigirse o marchar hacia, tender a), sin embargo, hace referencia a una acción consciente, dirigida por la voluntad y orientada a algo y la mencionada en nuestro código como requisito para la defensa personal, por ello, no puede ser sino dolosa⁶¹. Es más, como lo demuestran Fritz Dreesen y Luzón Peña, únicamente cumpliría una función preventivo general el instituto de la legítima defensa frente a agresiones dolosas y no, como se supone, frente a culposas. Transcribamos lo acotado por el último de los juristas citados:

[...] a más de proteger (la legítima defensa) el bien jurídico individual, hace prevalecer el orden jurídico frente al injusto agresor; es decir, que... cumple una misión de prevención general, desplegando una formidable función de intimidación. Pues bien, frente a la imprudencia no tiene sentido la función preventivo-general de la legítima defensa; frente a la acción imprudente esta no puede cumplir su función de intimidación⁶².

3. Contrariamente, en cambio, ÁNGELES GONZALES/FRISANCHO APARICIO, 1996, T. I: 177, quienes después de mantener lo señalado en el texto, sostienen lo siguiente: «Por lo demás, es indiferente —si el estado de necesidad— proviene de la acción (antijurídica o no) de una persona o de fuerzas naturales».

60 No piensan en ese sentido, en cambio, Löffler y Liepmann, pues creen que en la legítima defensa hay colisión de intereses jurídicamente tutelados.

61 En sentido contrario, en cambio, se pronuncia SALAS ARENAS, 2001: 17, al señalar que la agresión en la legítima defensa puede ser dolosa o culposa.

62 LUZÓN PEÑA, 1978: 181. Aduce razones preventivo-generales en la legítima defensa, también, ROXIN, 1997c: 608.

Efectivamente, la reacción defensiva frente a agresiones dolosas es la única que surte efectos de intimidación, pues, por lo común, estas son mucho más graves que las imprudentes y, por ende, allí es donde debe manifestarse la defensa para demostrar el fracaso del injusto frente al derecho.

Además, no hay forma de intimidar mediante la legítima defensa si el actuar es culposo. Esto obedece a que, cuando el sujeto realiza un acto infringiendo el deber de cuidado exigido por la ley, se desenvuelven los sucesos en dos facetas: en la primera, actúa de tal modo que aún el peligro a los bienes jurídicos no es inminente (conduce un triciclo sin tener la pericia requerida, sino, a lo sumo, alguna práctica general). Al imprudente conductor no le intimida, hasta aquí, la posibilidad del ejercicio de la legítima defensa, por cuanto al no querer atropellar y teniendo el interés y la confianza necesarios para evitar el accidente, cree que no se producirá el resultado. Quien se crea un posible agraviado, a su vez, no podrá repeler en legítima defensa en razón de que nuestro instituto no defiende bienes suprapersonales como la seguridad pública o el orden jurídico que, a través de la acción imprudente, en el peor de los casos, podrían verse afectados.

En el segundo momento, cuando la lesión ya sea inminente, tampoco será posible hacer uso de la legítima defensa por cuanto la inminencia se deberá, según apunta el profesor Luzón, «[...] no a que el sujeto persista en su actuación imprudente, sino a que, aunque trate de evitar por todos los medios la lesión, ello ya habrá escapado al control de su voluntad; lo que significa que, si no hay control de la voluntad, no hay agresión y, por tanto, la reacción no podrá ser (efectuada en) legítima defensa sino (en) estado de necesidad»⁶³.

Otra será la situación si la conducta imprudente se transforma en una dolosa; en estos supuestos, sin duda, cabe legítima defensa. Tal caso se dará si, por ejemplo, se realizan espectáculos públicos en un local donde es posible se suscite un derrumbe, por ser la construcción antigua y, pese al conocimiento que tiene de esto, el administrador siga permitiendo el ingreso de los espectadores. Hasta aquí, solo hay imprudencia. Pero si advertido por peritos de que esta noche se producirá el derrumbe y, a pesar de ello, no se suspende la función, procederá legítima defensa en favor de terceros (basta con advertir a los espectadores el riesgo que corren sus vidas. Si el portero, a pesar de ello, no impide el ingreso del público, se le puede conminar, por la fuerza, a hacerlo).

En suma, en el estado de necesidad justificante, por consiguiente, parece inadmisibles la concurrencia o colisión entre un bien jurídico y una agresión ilegítima, salvo que —y aun ello es discutible— la agresión fuese culposa o, como lo sostuvo

63 LUZÓN PEÑA, 1978: 185 s.

hace más de cincuenta años Hungria Hoffbauer, provenga del obrar de un loco, menor de edad o selvático⁶⁴.

D. Debe emplearse un medio adecuado

Al igual que en la legítima defensa, únicamente se justifica la evitación del peligro a través del menoscabo del bien jurídico ajeno, si se usa el medio menos lesivo. Esta situación deberá ser apreciada por el juez, retrotrayéndose al momento en que el apremio hacía necesaria la lesión del bien jurídico de otro (*ex ante*), aunque su comprobación solo sea posible *ex post facto*.

Emplear el medio menos lesivo no significa que el agente deba tomar con absoluta exactitud el medio menos dañino o peligroso, ya que podría ocurrir que simultáneamente tuviese a su alcance dos o más medios y que, por el aturdimiento en que se encuentra u otra razón atendible (como la ignorancia), opte por el más lesivo de los que le son asequibles en el momento y circunstancia dados. Por ejemplo, si por llevar un antídoto al hospital donde se encuentre B utilizó, de emergencia, un vehículo de lujo ajeno en lugar de la anticuada motocicleta que estaba estacionada en el mismo lugar, no podrá pensarse que porque usó el medio más lesivo a la economía de terceros (el coche de lujo consume mayor cantidad de combustible que la motocicleta) no actúe en estado de necesidad. El juicio que sobre la selección del medio debe en este caso recaer, no sopesará, matemáticamente, la mayor o menor perjuicio del bien jurídico ajeno y exigirá, más bien, la mayor precisión que le sea posible al agente para determinarse en favor de uno u otro medio. La utilización de la vieja motocicleta, en el supuesto dado, hubiese significado un ahorro en la economía de los propietarios del vehículo de lujo y habría sido igualmente eficaz (pues las velocidades que desarrollan ambas máquinas son, según nuestro imaginado caso, las requeridas como término medio); pero el Estado no puede exigir al agente que se detenga a examinar esas sutilezas.

A pesar de ello, y si fue claramente apreciado el hecho de que se estaba utilizando un medio más lesivo que el adecuado a la situación en concreto, se incurrirá en exceso intensivo⁶⁵. El exceso, sea extensivo o intensivo, según lo veremos más adelante, es punible.

Por adecuado no solo debe entenderse «menos lesivo», sino y principalmente que el medio sea racional⁶⁶. No sería racional, según cualquier entendimiento, la utilización de las perlas de mi vecina, en la creencia, equivocada por cierto, de que

64 1949: 440.

65 «[...] la posibilidad de usar de otro medio menos perjudicial... da nacimiento al exceso», según textuales palabras de BRAMONT ARIAS, 1966: 181.

66 Sobre esto y con ejemplar acierto, CREUS: 325.

servirán como reconstituyente del finísimo gallo enfermo de pelea que poseemos y que tenemos el propósito de rehabilitar, a la brevedad, para hacerlo combatir.

E. Situación de necesidad

Significa que el necesitado debe estar en una situación tal que no le quede otra posibilidad que perjudicar el bien jurídico de un tercero.

Este requerimiento fundamental puede provenir de la acción de un hombre, lícita o ilícita (en este último caso siempre que no constituya una agresión ilegítima) o de las fuerzas de la naturaleza⁶⁷. Si A reacciona contra C, quien inconsultamente fue hipnotizado con el propósito de atacarlo, obra en estado de necesidad. Igual situación se dará si se daña la propiedad ajena para guarecerse dentro de ella, cuando se quiere eludir la fuerza de un vendaval que, de otro modo, dañaría nuestra integridad física. En el primer caso no hay acción en el atacante, pero sí en el hipnotizador; el segundo caso corresponde a un ejemplo en el que el peligro proviene de la naturaleza.

Solo si el apremio es real, hay necesidad de evitarlo; de lo contrario estaríamos frente a un estado de necesidad putativo que, salvo casos excepcionales, eximirá de pena⁶⁸.

La situación de necesidad a que hacemos referencia se deduce del «peligro» señalado en el código. Esto no significa que cualquier situación peligrosa genere un estado de necesidad, pues si esta es originada por el comportamiento delictuoso del propio agente, no hay estado peligroso en el sentido jurídico-penal puntualizado ya que el sujeto, aquí, estaría obligado a soportar las consecuencias de su actuar originario (así, el asesino que por escapar de la policía causa destrozos en la propiedad de terceros nunca, por más preocupante que sea su condición, podría alegar que los daños los ejecutó en estado de necesidad).

Tampoco configura peligro la representación de quien realmente se ve constreñido por un mal inminente no desvalorado como tal por la comunidad jurídicamente organizada⁶⁹. Así, el malestar y los temores de quien sufre el rigor del acuartelamiento por servicio militar obligatorio no ameritan la desertión en estado de necesidad. Los castigos disciplinarios y el agotamiento físico impuestos

67 BACIGALUPO, 1987: 232; CURY, 1982, I: 329; HURTADO POZO, 1987: 383; MORRIBERÓN, 1982, II: 74. Incluso puede provenir del propio sujeto en peligro (si *u. gr.* sufre un desmayo y está a punto de precipitarse del quinto piso de un edificio). Piensa LABATUT, 1990: 104, que el estado de necesidad nunca lo origina un hecho humano, sino el caso fortuito, la fuerza mayor o los fenómenos de la naturaleza; sobre ello.

68 Cfr. WELZEL, 1987: 133 s. Únicamente si el error es invencible (cree el sujeto en la existencia de un peligro), se exculpará al supuesto necesitado.

69 Cfr. MIR PUIG, 1985: 392 s.

al soldado carecen de juicio de desvalor jurídico-penalmente relevante y son, más bien, valorados positivamente; aunque, en concreto, constituyan un mal.

En suma, mal, al que alude el código, únicamente lo será el hecho que pone en riesgo bienes jurídicos del necesitado y que esté, además, desvalorado jurídicamente por la comunidad estatal.

F. Inevitabilidad

El código hace referencia expresa a esta circunstancia al señalar que el peligro debe ser «insuperable de otro modo» a como se le apartó. En la legítima defensa, en cambio, aunque el atacado tuviese otro medio de evitar el menoscabo de uno de sus bienes jurídicos, es justificada la repulsa si se usó el medio menos lesivo. Mientras la legítima defensa no es subsidiaria⁷⁰, el estado de necesidad sí lo es⁷¹.

Si hay obligación de recurrir a otras vías para impedir el daño que amenaza, quiere decir que el estado de necesidad únicamente «opera como extrema ratio»⁷². En caso de que el mal fuera evitable, desaparece la necesidad de superarlo⁷³.

Cuando la única forma de orillar el peligro es a través de la realización de un hecho típico ejecutado mediante coacción, habrá estado de necesidad justificante si, de la valoración del peligro, «el bien protegido resulta predominante sobre el perjudicado»⁷⁴. Es decir, cuando el coactado causa un daño menor que el que podría haber recibido de quien coacciona, actúa en estado de necesidad justificante (si A sustrae el reloj de X, obligado por C, quien pistola en mano lo amenaza de muerte. Por el contrario, si el necesitado con el simple grito de auxilio hubiese conseguido la presencia de la policía y evitado de ese modo el mal ocasionado a X, su acción típica no estaría justificada por el estado de necesidad).

70 En contra NINO, 1982: 110 s., ZAFFARONI, 1981, III: 589.

71 VITERBO ARIAS, 1900, I: 77, al exigir que «no se pueda apelar a otros medios distintos»; BENITES SÁNCHEZ, 1958: 99; Luis Miguel BRAMONT ARIAS-TORRES, 1997: 125, al dejar consignado que la validez de la eximente está supeditada a que «no pueda acudir(se) a otra vía distinta»; HURTADO POZO, 1987: 384; el mismo, 2005: 551; MASÍAS ZAVALA, 198; MORRIBERÓN, 1982, T. II: 76, pues consigna lo siguiente: «[...] si el sacrificio del bien ajeno no era la única manera de salvar el propio [...] ya no habría estado de necesidad». En ese mismo sentido, en la doctrina comparada, COUSIÑO MAC IVER, 1979, II: 374, NÁQUIRA RIVEROS, 1998: 259 y RIVACOBA Y RIVACOBA, 1995: 216.

72 En parecido sentido, REGIS PRADO, 2001: 248.

73 BACIGALUPO, 1987: 233.

74 Ampliamente sobre ello y en ese sentido, ZAFFARONI, 1981, III: 626; BACIGALUPO, 1987: 255. De otro parecer es Soler, 1951: 423.

G. Que no haya obligación de tolerar el mal o de correr un riesgo proveniente del oficio o cargo que se detenta

Nuestro código no exige expresamente este requisito. Lo hacen, al contrario, los códigos penales de España (art. 20, inc. 5), Bolivia (art. 12) y Honduras (art. 24, inc. 2). En los Proyectos peruanos de julio de 1990 y enero de 1991, se omitió también hacer referencia alguna sobre este elemento; en cambio, el Proyecto de marzo de 1986 lo admitió expresamente. El texto es el siguiente:

Art. 14. No comete hecho punible el que en situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurra los siguientes requisitos:

Que el peligro sea actual o inminente;

Que no lo haya provocado intencionalmente;

Que no sea evitable de otra manera; y

Que no tenga el deber jurídico de afrontar el riesgo.

Dado el concepto jurídico de mal (*supra*, 6.E), no lo será, en concreto, el que sufre el condenado a pena privativa de la libertad. El encarcelamiento lleva implícito un mal, pero dicho mal es valorado positivamente por el Estado. Dicho de otra manera, el Estado sabe que la privación de libertad acarrea un mal; pero, a pesar de esto, no admite la fuga o el auxilio a la evasión en estado de necesidad, porque el condenado está en la obligación de tolerarlo. Lo mismo se dirá de quien es obligado, en un barco, a guardar cuarentena. Por esas mismas razones, la mujer embarazada no podrá practicarse el aborto, ya que los dolores que imagina propios del parto y los presentes que la aquejan son un mal; pero se encuentra en la obligación de soportarlos. Esa obligación es exigible por el hecho de que sobre el mal que la constriñe no recaer un juicio disvalioso del poder punitivo. El preso, el incomunicado y la embarazada se encuentran en un estado de falsa necesidad. De ello, sin embargo, no debemos ocuparnos ahora; quienes están en la obligación de correr un riesgo por imponérselo el ejercicio de algún cargo u oficio (salvavidas, militares, bomberos, guías en los andes para la práctica del alpinismo, etc.) pueden alegar la eximente siempre y cuando hubiesen posibilitado racionalmente, antes, la salvación de los bienes jurídicos de otros. El bombero que ingresa a la habitación en incendio para evitar la muerte de un niño está igualmente en peligro de muerte, pero en tanto no haya posibilitado la preservación de la vida del pequeño sin perder la suya y tendiendo a salvaguardar ambas, no puede decirse que, propiamente, hubiese actuado en estado de necesidad (si se apartase del lugar con el pretexto de que evita de ese modo inminentes quemaduras u otro tipo de

lesiones a su integridad física). No puede alegar estado de necesidad y suspender la operación, por último⁷⁵, el cirujano que en plena intervención quirúrgica toma conocimiento de la enfermedad contagiosa de su paciente y cree así ponerse a salvo de una eventual transmisión.

Estar obligado a correr un riesgo no es lo mismo que sacrificarse. Se sacrifica el que para salvar la vida de otro pierde la suya y tal no puede ser una exigencia racional del derecho para que la policía, bomberos, salvavidas o guías, contra sus propios intereses, en actos de heroicidad innecesaria, permitan se salve el tercero necesitado⁷⁶.

Oportuno es recordar, finalmente, que el requisito del cual tratamos ha sido expresamente previsto para el llamado estado de necesidad inculpable del artículo 20.5 CP.

H. Extensión y casos especiales

Cualquier bien jurídicamente tutelado puede ser protegido en situación de necesidad; basta, únicamente, que se preserve el más valioso a costa del menos importante. El código menciona que el peligro debe recaer sobre «la vida, la integridad corporal (o) la libertad». Este casuismo innecesario y restrictivo es felizmente superado mediante la referencia a «otro bien jurídico», consignada a continuación.

Estando expresamente admitido el auxilio en favor de terceros, el aborto terapéutico del art. 119 CP nos parece un caso perfectamente comprendido dentro del estado de necesidad justificante⁷⁷; por tanto, su inclusión como tipo permisivo independiente resulta hoy redundante (no fue así con el CP de 1924 en el que no se permitía el auxilio necesario en favor de terceros).

La acción necesaria en beneficio ajeno puede revestir la modalidad de lo que en la doctrina española, por exigencia de su Código Penal, se ha denominado colisión de deberes⁷⁸. Se presenta la colisión si por la necesidad apremiante de

75 El militar que alega riesgo para su vida si enfrentase al enemigo en los supuestos de conflagración bélica.

76 Muy elocuentes y meditadas son las páginas que sobre lo mismo encontramos en RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, 1992: 571 s. Asimismo RIVACOBIA Y RIVACOBIA, 1995: 225 ss. Concluye este autor, siguiendo a JIMÉNEZ DE ASÚA, consignando: «Es de advertir aquí que la persona que por su cargo, profesión u oficio deba soportar el peligro no está obligada a ello, sin embargo, en las ocasiones en que no se encuentre ejerciéndolos». Exigen el deber de sacrificio, en cambio, BRAMONT ARIAS, 1966: 181 (el CP de 1924 imponía, en cierto sentido, esta interpretación); actualmente, PEÑA CABRERA, 1986: 375.

77 En el Proyecto Peco, por ejemplo, no se insertó una fórmula independiente para regular el aborto necesario. La explicación, aunque breve, puede verse en Peco, 1942: 245. Una crítica aguda hay en Soler, 1951, III: 127.

78 La nomenclatura proviene, en realidad, de la teoría alemana decimonónica.

salvaguardar un bien jurídico de otro, se infringe simultáneamente un deber de socorro (si al ser alguien médico y bombero a la vez, tiene que operar de emergencia a un accidentado cuando simultáneamente, y en el trayecto al hospital, debe salvar la vida de un niño, que corre el riesgo inminente de morir abrasado por un incendio descomunal). Basta que se cumpla con un deber (cualquiera de ellos) para quedar liberado del otro. Suele distinguirse entre el conflicto de deberes justificante e inculpable; el primero se dará si se sacrifica el deber de menor valor, en tanto que, el segundo, si el sacrificio recae sobre cualquiera de ellos, cuando son equivalentes.

I. Casos especiales: aborto terapéutico y hurto famélico

Es muchísimo lo que se ha escrito en relación con el aborto y hurto por necesidad; discurramos brevemente sobre el uno y el otro.

a. *Aborto necesario*

Si hay riesgo inminente de que una mujer en gestación pierda la vida o sufra daño grave en su salud, según el art. 119 CP, no es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de aquella cuando así le evita el mal.

El aborto terapéutico es un estado de necesidad⁷⁹ en el que el peligro muchas veces no es actual y en tales situaciones, según el texto de nuestra ley penal, únicamente el médico que lo realiza quedará exento de sanción. Puede acaecer, y sucede con alguna frecuencia, que la gestante sufra un peligro actual, al haberse desencadenado ya el menoscabo, y no sea posible recurrir al auxilio de un médico. Cualquier persona, en tales circunstancias, podría hacer uso del instituto si de ese modo le salva la vida. La existencia del art. 119, según nuestra interpretación, únicamente se justifica si entendemos que se hace allí referencia a un peligro inminente (no actual) pues cuando lo es actual, todo sujeto (matrona, curandero, etc.) que participe en la salvación de la embarazada se beneficiará con la eximente conforme a las reglas del art. 20.4 CP. Dicho en otros términos: la restricción que hace el art. 119 CP al accionar exclusivo del médico, únicamente debe ser entendida si se parte de la distinción entre peligro inminente y actual; en el número 119, lo tenemos dicho, se hace mención exclusiva a aquel.

Ahora bien, en relación con el consentimiento dado o dejado de dar por la gestante, según que el peligro sea actual o inminente, pueden presentarse las siguientes situaciones:

79 En el que puede concurrir, cuando lo practica un médico, la eximente del ejercicio legítimo de una profesión. Sobre ello cfr. CASABONA, 1981: 195 s. y 274.

- a. Que comience la gestante a padecer inaguantables dolores como consecuencia de un embarazo ectópico (v. gr., en las trompas de Falopio) y sea preciso prestarle asistencia inmediata bajo riesgo de muerte. Al ser el peligro actual, y pese a la restricción contenida en el art. 119 CP, cualquier persona (enfermera, matrona, auxiliar sanitario) puede producirle el aborto si de ese modo le salva la vida. Con todo, en algunos casos dará la gestante voluntariamente su asentimiento y en otros no: ¿operará en ambos la eximente por justificación? La respuesta, creemos, debe ser afirmativa⁸⁰ y nos valemos, de hecho, del siguiente argumento.

En el estado de necesidad proveniente de un peligro actual (art. 20, inc. 4 CP) no se exige que el salvado consienta como en el especial estado originado de un peligro inminente del que se hace referencia en el art. 119. Si, como se lo indica en el texto, hay abortos terapéuticos que se rigen conforme a una u otra disposición, dependiendo ello de que el peligro sea actual o inminente, no se podría entender que cuando el peligro sea actual, deba también exigirse que la gestante preste su asentimiento. El requisito del consentimiento, por decirlo de otra manera, únicamente debe ser demandado en los supuestos de peligro inminente de que trata el número 119 y no en aquellos en los que el peligro para la madre se haya desencadenado ya (art. 20.4 CP).

- b. Si la embarazada no siente todavía dolor o molestia alguna, habiéndose enterado apenas que su embarazo es anormal y que próximamente, para salvar su vida, tendría que someterse a una operación abortiva, ¿debería conseguirse, con tal fin, su consentimiento?

A diferencia de la situación anterior, el peligro aquí es solo inminente y, por ende, exclusivamente el médico podría realizar la intervención quirúrgica. La ley, por otro lado, expresamente exige que la gestante otorgue su consentimiento.

b. *Hurto famélico*

Es posible que ante determinadas coyunturas un sujeto pueda verse obligado a sustraer alimento para cubrir sus necesidades y las de los suyos que, ateridos por el hambre, padecen físicamente. Hay acuerdo en admitir la justificante por estado de necesidad en tales circunstancias⁸¹. No se da el consenso, sin embargo, cuando se trata de determinar el valor de los bienes jurídicos que entran en conflicto.

80 Especialmente si está en estado de inconsciencia. De otra opinión es, sin embargo, JAKOBS, 1997: 512.

81 En sentido contrario, en cambio, TISSOT, 1880: 76, cree que solo se debe atenuar la pena.

Al respecto, suele afirmarse que en los estados de necesidad por hambre entran en juego dos bienes jurídicos de desigual valor y que estos son, la vida, por un lado, y el patrimonio, por el otro. En efecto, algunos autores hacen referencia a que en estos supuestos entran en colisión «cosas y vidas»⁸², dando de ese modo a entender que si el necesitado no consigue sustento, por lo mismo, habría de morir. Este punto de vista, que de algún modo anteriormente también fue seguido por nosotros, es, sin embargo, erróneo. Cuando un sujeto hurta para mitigar el hambre que lo aqueja no puede, en principio, estar próximo a morir, pues el hecho de haber podido ejecutar la sustracción del bien ajeno es prueba de que tenía fuerzas y condiciones suficientes como para desapoderar al propietario del bien que utilizará para alimentarse; su vitalidad queda así puesta de manifiesto. Si ya no tuviera energía suficiente como para trasladar la propiedad de tercero de un lugar a otro, no podría ejecutarse el hurto, y la inactividad sería irrelevante (no habría conducta por justificar). La no inmediatez del peligro a morir en el sujeto que hurta por necesidad ha llevado a pensar a un sector importante de la doctrina que la controversia se da entre la propiedad y el martirio físico. Imprescindibles, por lo muy logrados, son los párrafos transcritos a continuación que, por cierto, fueron tomados del derecho penal español de Rodríguez Devesa/Serrano Gómez⁸³: «Cuando la desnutrición ha llegado a tal punto que si el sujeto no ingiere alimentos se muere, la pérdida de fuerzas es tan completa que difícilmente podrá desplazarse para cometer una sustracción, y, por otra parte, ya no le es útil ingerir cualquier clase de alimentos; lo que necesita es un tratamiento médico».

«El ordenamiento jurídico que solo eximiera de responsabilidad en estos casos extremos —continúan—, no haría más que recoger una caricatura burlesca del auténtico estado de necesidad. Lo que caracteriza a la necesidad en el hurto famélico no es el peligro para la vida, sino el hambre o el frío. El conflicto es entre la propiedad ajena y un sufrimiento físico».

Si exclusivamente operara la eximente cuando estuviera en peligro la vida del necesitado o de su prójimo en el auxilio necesario, dada la proximidad del fallecimiento y el requerimiento inmediato del nutriente, solo se justificaría la sustracción de alimentos. Nada se opone, sin embargo, que si concurren los requisitos exigidos por ley, pueda el necesitado sustraer bienes diferentes a los que estrictamente sirvan para su sustento (v. gr., joyas, aparatos electrónicos, dinero, etc.) si con la venta de los mismos consigue comprar alimento; para ello, naturalmente,

82 Aludimos a PEÑA CABRERA, 1986: 188. De otro criterio son RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, 1992: 575; CEREZO, 1998, II: 278 y, antes, en nuestro país, ATANASIO FUENTES/DE LA LAMA, M. Antonio, 1877: 118.

83 1992: 575.

requiere un tiempo no muy corto (y ese hecho demuestra que no es exigible la proximidad del fallecimiento en el hurto necesario).

Podría ocurrir, incluso, que un sujeto robe (robar implica ejercer violencia sobre el sujeto pasivo y únicamente se lo consigue si se tiene aún fuerzas suficientes que demuestran todo lo contrario a estar próximo a la muerte) con el designio de entregarse a la fuerza pública para que, luego de ser encerrado en la cárcel, consiga alimento con que sustentarse. Si se demuestra que su actitud obedece a la necesidad extrema y concurren, además, los elementos del número 4 del art. 20 CP, habrá, a nuestro modo de ver, estado de necesidad.

No interesa, finalmente, que por su descuido (vida desordenada) se encuentre el necesitado en esa situación, pues, en todo caso, le favorecerá la justificante⁸⁴.

III. ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO

1. Concepto

Los muchos ejemplos con los que hemos venido trabajando hasta aquí han tenido en cuenta sucesos en los que se encuentran en conflicto dos bienes jurídicos⁸⁵ de desigual valor. No hemos hecho mención, en cambio, de los casos en los que podrían enfrentarse un bien jurídico y una agresión ilícita no constitutiva del acometimiento antijurídico de que trata el art. 20 inc. 3 letra «a» del CP (legítima defensa). Hay consenso en que en el primer caso se aplica la eximente del estado de necesidad justificante, pues allí entran en juego los intereses de dos personas inocentes (como cuando fue el agente sujeto pasivo de robo y debe, a su vez, sustraer alimentos con los cuales impedir el sufrimiento físico derivado del hambre. Tanto quien sustrae los alimentos como el propietario de los mismos son personas de cuya inocencia no puede dudarse).

Discutible, sin embargo, es el segundo de los supuestos mencionados. ¿Cabrá —en efecto— estado de necesidad frente agresiones ilegítimas culposas? ¿Puede ampliarse tal interrogante en relación con agresiones inculpables o que, en cambio, se hubiesen emprendido en estado de hipnosis o sonambulismo? Si un sujeto arremete dolosa e ilegítimamente a una persona con el propósito de despojarlo de uno de sus bienes, puede en principio hacer uso de la defensa personal y quedar, por imperio del art. 20, inc. 3 CP, exento de responsabilidad.

84 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, 1992: 571: «Si la imprevisión, el descuido, la ignorancia, han conducido al necesitado a la situación en que se halla, no por ello deja de ampararle la eximente.

85 La práctica judicial (como lo demuestra la Sentencia del 20/9/1995, cfr. CARO CORIA, 2002: 160), da por sentado que en el estado de necesidad siempre el conflicto se da entre bienes jurídicos.

Cuando, imprudentemente, para continuar con esta clase de ejemplos, traslada un conductor su vehículo, arriesgando la vida de sus pasajeros, ¿podrá el copiloto conjurar tal peligro a través de lesiones de poca monta que permitan hacerse del timón justo antes de estrellarse la maquina? ¿Qué eximente beneficiará a tal copiloto? ¿Puede repelerse en legítima defensa la agresión imprudente emprendida por el chofer? Si el ataque lo ejecuta quien fue inconsultamente hipnotizado, cabría excluir la procedencia de la legítima defensa, puesto que no concurre el primer requisito de la eximente del art. 20, inc. 3 CP (agresión ilegítima). Distintos, en cambio, son los casos en los que el atacante fuese un loco, un menor, una persona que obre por miedo insuperable o que lo haga en estado de ebriedad, en error de comprensión culturalmente condicionado o en error de prohibición, ya que aquí estamos frente a verdaderas agresiones sobre las que únicamente cabe alegarse ausencia de culpabilidad. Pese a todo, al parecer, tampoco procede legítima defensa desde que la defensa no cumpliría la función preventivo general que se espera cumpla para advertir a eventuales atacantes que deben abstenerse de realizar actos lesivos al bien ajeno. ¿Qué procede, entonces, en tales casos? Veamos a continuación las posibilidades que podrían aducirse.

Primera, estado de necesidad justificante o agresivo. Esta solución no parece correcta desde que el origen del peligro proviene de una agresión ilegítima que en muchos casos incluso es dolosa (como cuando, por ejemplo, se obra en error de prohibición. Tal se dará cuando X cree que le fue autorizada la extracción de un riñón de *Primus* para ser implantado en *Secundus*, y se comprueba después que, verdaderamente, *Primus* no otorgó su aquiescencia).

Segunda, legítima defensa. Tampoco es satisfactoria tal solución por cuanto ni estamos frente a verdaderas agresiones (como cuando nos ataca un hipnotizado), ni puede la defensa cumplir una función preventivo general (como cuando el acometimiento proviene de un loco o de un menor⁸⁶).

Tercera, estado de necesidad defensivo. Es mucho más convincente esta solución, pero tal instituto no se encuentra previsto de manera expresa en el catálogo de eximentes del art. 20 de nuestro texto punitivo.

En suma, los hechos descritos pueden ser teóricamente resueltos de diverso modo, aunque, en realidad, en nuestra legislación, únicamente se hayan recogido las eximentes del estado de necesidad justificante y de legítima defensa (art. 20, incs. 4 y 3, respectivamente), como posibles eximentes a las que se ha de recurrir en tales supuestos.

86 En la doctrina peruana, interesa anotar, estima improcedente la legítima defensa frente ataques de menores o locos SOMMARUGA, 1953: 25; en tales casos, para el autor en cita, procede estado de necesidad.

Oportuno es advertir, por último, que no procede estado de necesidad defensivo cuando el obrar del agente es considerado atípico (v. gr., cuando somos agredidos por quien obra en error de tipo invencible) o cuando ni siquiera se realiza a través de una verdadera acción (por estar hipnotizado quien nos acomete), pues, en tales casos, podremos únicamente alegar error de prohibición. Si la agresión proviniese de quien obra en error de tipo vencible (y puesto que el ataque en casos tales ha de ser reputado de culposo), procedería conjurarlo, en cambio, en estado de necesidad defensivo.

Ahora bien, los ataques de inculpables, según un criterio bastante antiguo que ya sostuvo Alexander Lôffler, pueden ser repelidos en legítima defensa restringida⁸⁷ (que probablemente no sea algo distinto al estado de necesidad defensivo de que tratamos en este epígrafe. En efecto: el oligofrénico que dolosa y sostenidamente alumbra nuestros ojos con la luz solar reflejada en un espejo, sin más, no puede ser gravemente lesionado por nosotros y la defensa solo se justificará si se emprendió subsidiaria y proporcionalmente).

Vistas así las cosas, podríamos determinar, a través del siguiente esquema (y aunque solo de manera provisional), los supuestos de ataques que podrían ser rechazados en estado de necesidad defensivo:

Ataques de quien obra o arremete en error de tipo vencible (ya que eventualmente esa agresión es culposa).

Acometimientos de menores de edad⁸⁸.

Agresiones de un loco, oligofrénico, ebrio o drogado que no tenga capacidad para darse cuenta de que su conducta es antijurídica.

Ataques de quien obra en error de prohibición, en error de comprensión culturalmente condicionado o en estado de necesidad exculpante.

Peligros derivados de agresiones imprudentes.

87 Pues cuando los emprendía una persona imputable, podría muy bien recurrirse a la legítima defensa ofensiva (que en nuestro país no sería otra que la contenida en el art. 20.3 CP). La distinción entre defensa ofensiva y defensiva puede hallarse en MEZGER, 1989: 170 y en JAKOBS, 1997b: 472.

88 En contra, sin embargo, ROXIN, 1997c: 637: «Las agresiones no culpables, también dan derecho a la legítima defensa».

2. De si es necesario que concurren elementos subjetivos en el estado de necesidad defensivo

Luzón Peña⁸⁹, Manuel de Rivacoba⁹⁰, Alfonso Serrano Maíllo⁹¹ y Zaffaroni/Ala-gia/Slokar⁹² han defendido la tesis de que no es exigible en la legítima defensa que obre el atacado con *animus defendendi*, pues se verá beneficiado aunque no concurriese tal elemento subjetivo. En anterior ocasión, sostuvimos nosotros una tesis distinta que, sin embargo, es preciso abandonar.

Al ser el estado de necesidad defensivo, como pensamos, una modalidad de la legítima defensa, han de aplicarse las mismas exigencias; luego, ha de sostenerse que no procede demandar ánimo alguno para dejar exento de pena a quien se defiende de un loco, de un menor de edad, de quien obra en error de prohibición o de quien arriesga nuestros bienes imprudentemente.

Contra lo sostenido, a pesar de todo, podría argumentarse lo siguiente: dado que el estado de necesidad es subsidiario y puesto que ello significa tener que apelar a otros medios distintos y menos lesivos de los que supone la realización de un hecho típico, se da por hecho que debe concurrir cierto grado de subjetividad en el agente ya que, por lo menos, debe conocer que se halla en peligro. Tal subjetividad, sin embargo, no implica que tuviese que obrar el atacado con el propósito de defender sus bienes, pues la eximente (que no es sino la mera realización de un derecho) ha de operar aunque no se sepa que del ejercicio de nuestros derechos se derivará algún beneficio (como lo sería, por ejemplo, quedar liberado de sanción por menoscabar el bien ajeno, frente a los acometimientos de un loco). Es cierto que debe conocer el atacado la situación en que se encuentra (pues precisamente por ello intentará apelar a medios no lesivos), pero luego puede defenderse sin que concurriese elemento subjetivo alguno.

3. El exceso

Está previsto en el art. 21 CP que se aplica a las situaciones de necesidad imperfectas. «En los casos del artículo 20 [dice el número que escuetamente ahora comentamos] cuando no concorra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal». Así, no se hace referencia al requisito del peligro que amenaza, pues su inconcurrencia excluye el estado de necesidad perfecto e imperfecto, por ser médula y vértebra del instituto.

89 1996: 601 ss.

90 1995: 137 ss.

91 1999: 330 ss.

92 2000: 572 ss.

Como en la legítima defensa, el exceso puede ser extensivo e intensivo.

A. Extensivo (estado de necesidad putativo)

Se da cuando el agente se encuentra en una situación de necesidad imaginaria y, para «salvarse», perjudica el interés ajeno. Si alguien, por ejemplo, hurta un poco de harina para elaborar alimento con que sustentar a los suyos, sin saber que se halla en aparente situación de miseria, ya que la noche anterior, un beneficiario, en sobre cerrado, le hizo llegar una cantidad considerable de dinero.

Una rigurosa determinación de la naturaleza jurídica del estado de necesidad putativo nos lleva, sin más, a ubicarlo en la culpabilidad. Cuando una persona cree actuar ilícitamente, promovido por un aparente estado de necesidad y desconociendo lo antijurídico de su comportamiento, le beneficiará el error de prohibición. Si ese error indirecto de prohibición fuese invencible, conforme al art. 14, párrafo segundo, CP, quedará el agente exento de pena por inculpabilidad; si fuese vencible, se atenuará obligatoriamente la sanción a imponerse.

La solución que adoptamos, a pesar de todo, es motivo de debate, pues conforme a la teoría de los elementos negativos del tipo que parece patrocinar la Exposición de Motivos de nuestro Código Penal, el problema debe ser resuelto como si fuese un error de tipo. Decir, como se dice⁹³, que error de tipo es el que recae sobre las llamadas «justificantes», no es sino señalar que los supuestos de estado de necesidad putativos eliminan la tipicidad (si el error es invencible) o convierten el hecho en culposo (de ser vencible).

B. Intensivo

Si se utiliza un medio más lesivo del que correspondía al caso concreto, el exceso será intensivo. Cuando concurre el exceso, sea extensivo o intensivo, no opera la eximente que estudiamos; si proviene este del error de prohibición invencible, el hecho es inculpable (no punible, consiguientemente).

4. Diferencias y similitudes entre el estado de necesidad y la legítima defensa

A. Diferencias

- a. La que en principio se ha puesto en evidencia por los autores es la referida a que en la legítima defensa hay una agresión ilegítima. En el estado de necesidad, en cambio, la situación de peligro para los bienes jurídicos

93 Exposición de Motivos del CP, Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 8/4/1991: 7.

es promovida por una actitud de la que el sujeto pasivo (el que sufre el menoscabo en sus bienes para salvar los de otro) es inocente⁹⁴. Excepcionalmente, conforme lo vimos, puede el estado de necesidad deberse a una acción ilícita no constitutiva de una agresión a un bien jurídico personal (e incluso, también, a agresiones ilícitas dirigidas contra un bien jurídico supraindividual).

- b. El peligro para los bienes jurídicos en el estado de necesidad puede provenir de la actividad humana (individual o colectiva), de la naturaleza o de un animal. Más restringido es, en este caso, el ámbito de la legítima defensa, en el que el peligro que se ha de evitar únicamente debe proceder de la persona natural.
- c. La legítima defensa tiene siempre naturaleza jurídica de justificante. El estado de necesidad, en general, puede ser justificante o exculpante.
- d. La legítima defensa no es subsidiaria de la defensa pública o, mejor, de la que deben hacer los miembros de la policía frente a ataques dirigidos contra particulares; el estado de necesidad, por el contrario, sí lo es.
- e. Del cotejo de bienes jurídicos, en el estado de necesidad, debe prevalecer el más valioso; en la legítima defensa, por el contrario, puede sucumbir el más importante.

a. *Rasgos no comunes entre el estado de necesidad defensivo y la legítima defensa*

Las diferencias que podrían muy bien destacarse son las siguientes:

- a) La agresión en la legítima defensa no ha de provenir de quien acomete en estado de hipnosis, error de tipo o alguna eximente por inculpabilidad (*verbi gratia*, error de prohibición, locura, retardo mental, etc.). El estado de necesidad defensivo, en cambio, procede frente a ataques emprendidos por quien acomete en estado intra o posthipnótico, en error sobre un elemento objetivo del tipo penal (error de tipo), en error sobre una causa de justificación (error de prohibición indirecto) o en estado de locura u oligofrenia.
- b) El principio de proporcionalidad que no es necesariamente aplicable a la legítima defensa debe ser observado en los supuestos de estado de necesidad defensivo.

94 En ese sentido MERKEL, T. I: 236.

b. *Diferencia entre el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad justificante*

El estado de necesidad justificante no puede servir para conjurar un peligro proveniente de una agresión ilegítima dolosa o culposa (pues en el primer caso cabría legítima defensa y, en el segundo estado, de necesidad defensivo).

En el estado de necesidad defensivo debe el agente actuar contra la fuente del peligro; en el llamado estado de necesidad agresivo, en cambio, la reacción se emprende contra un tercero inocente.

B. Similitudes

- a. Ambas eximentes (la del inc. 3 y el inc. 4 del art. 20) son causas de justificación.

Al no tener tal naturaleza el estado de necesidad del art. 20, inc. 5, cabe legítima defensa contra el necesitado que pretende salvar uno de sus bienes a costa del sacrificio de otro del mismo valor. En cambio, no cabe legítima defensa contra la legítima defensa ni el estado de necesidad justificante. Según ello, si *Primus* quiere evitar ser embestido por un toro y para ello intenta lanzarse desde la calle a la casa de *Secundus*, no es posible que este, un tercero o el propietario de la casa (con el pretexto de defender su patrimonio) intenten impedir la ruptura de los vidrios que necesariamente debe ocasionar *Primus* al introducirse violentamente por la ventana del frente del predio que ha de utilizar para defenderse; esto se debe, como lo acabamos de señalar, porque no procede legítima defensa contra el estado de necesidad justificante. Otro criterio, en cambio, en relación con el estado necesario en que se enfrentan dos bienes jurídicos de igual valor, sostiene Luzón⁹⁵, para quien el estado de necesidad es una causa de justificación y, por lo mismo, no procede la legítima defensa frente a este.

- b. Eximen de pena al autor o a quienes lo defendieron o auxiliaron.
 c. Únicamente proceden si se usa el medio menos lesivo.
 d. El atacado o necesitado debe encontrarse en situación de peligro real.
 e. Ambos se extienden para salvar cualquier bien jurídico propio o de terceros.
 f. Ni la legítima defensa ni el estado de necesidad justificante generan reparación civil.

95 1978: 244 y 250.

IV. CONCLUSIONES

1. El análisis de buena parte de lo escrito por los autores nacionales en relación con la exigente del estado de necesidad y de la legítima defensa nos permite aseverar que no está claro en qué casos debe exclusivamente aplicarse una u otra justificante. Aunque hay consenso en que el estado de necesidad ha de proceder cuando entran en conflicto bienes jurídicos, no creemos posible, sin más, que se sostenga que en la legítima defensa el conflicto debe darse entre el derecho y lo injusto (pues algunos de tales supuestos, como lo propusimos a lo largo de estas páginas, pueden muy bien ser resueltos con el llamado estado de necesidad defensivo). Ahora bien, si tal estado defensivo no es más que un caso de legítima defensa en sentido restringido, lo mencionado ha de entenderse en relación con la defensa personal ofensiva (art. 20, inc. 3).
2. No hay acuerdo en la doctrina nacional respecto de si la agresión ilegítima en la defensa personal debe ser dolosa o culposa y tal situación produce dos interpretaciones distintas, pues mientras para unos, frente a acometimientos ilícitos culposos cabe reaccionar en legítima defensa, otros estiman que solo procede estado de necesidad.
3. Si las agresiones imprudentes e inculpables pudieran ser rechazadas en legítima defensa, habría que tener presente que al ser el instituto de la defensa privada un derecho absoluto (y no subsidiario), quien se defiende no tendría que apelar a la fuga, pedir auxilio o tratar de evitar de otro modo las lesiones que ha de producir al agresor ilegítimo.
Si se creyese que procede, por el contrario, únicamente frente a tales acometimientos el estado de necesidad justificante, tendría que admitirse que el art. 20 inc. 4 CP debe ser modificado, puesto que allí se habla de conflicto entre «bienes jurídicos» y no hay tal cuando se pone en peligro los intereses de una persona a través de agresiones negligentes o provenientes de enajenados mentales, oligofrénicos u otros que obran en error de prohibición. Dicho de otro modo, conforme se encuentra redactada esta disposición, no es posible resolver los supuestos de agresiones ilegítimas imprudentes e inculpables aplicando las reglas del estado de necesidad justificante.
4. Una vez aceptado, por nuestra parte, que el término «agresión» que utiliza el legislador en el art. 20.3 CP (legítima defensa) hace referencia a una acción dolosa, no es procedente la aplicación de la defensa personal frente a agresiones imprudentes.

Con esta y con la anterior conclusión, hasta aquí, queda claro que debe recurrirse a otra exigente para resolver los conflictos derivados de

agresiones culposas o de las que emprende un loco, un inimputable u otro sujeto a quien no pudiese reprochársele jurídico penalmente su conducta. En tal eximente, no deben ser ajenos los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

5. Adosando un párrafo al inc. 3 del art. 20 de nuestro texto punitivo, podría muy bien darse cabida al llamado estado de necesidad defensivo. En efecto, la redacción conveniente, acaso sea la transcrita a continuación:

Art. 20. Están exentos de responsabilidad penal:

[inc. 1 ...]

[inc. 2 ...]

inc. 3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima.
- b) Uso racional y necesario del medio empleado para impedirla o repelerla; y,
- c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

Si la agresión se emprendiese al amparo de alguna eximente por inculpabilidad, en error de tipo vencible o por imprudencia, se aplicarán los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.