

El estado de necesidad justificante (p. 35)

Julio E. Armaza Galdos
Universidad Nacional del Altiplano, Puno

SUMARIO: 1. Legislación nacional. 2. Fundamento. 3. Naturaleza jurídica. 4. Los sujetos activo y pasivo en el estado de necesidad. 5. Requisitos. 6. Extensión. 7. Consecuencias civiles. 8. El exceso.

1. Legislación Nacional

La reglamentación que ha recibido en nuestro país, ha sido tan variada como confusa.

En el art. 8, inc. 7, del C.P. de 1862, se estableció que esta exento de responsabilidad penal "el que en la propiedad ajena causa un mal por evitar otro mayor, siempre que éste sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos perjudicial".

A diferencia del código vigente, en el derogado, art. 85, inc. 3, se reguló de manera imprecisa y conjunta la fuerza física irresistible, la coacción y el estado de necesidad (sin mencionar la preponderancia del bien salvaguardado)¹.

En el nuevo código, art. 20, inc. 4, se dispone : "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 de está disposición es el párrafo 34 del CP alemán. Así en la exposición de motivos², de dice : "Siguiendo una tendencia alemana (**p. 36**) manifestada uniformemente en el Proyecto de 1962 (párrafo 20, inc. 2), en el Proyecto Alternativo (párrafo 19, inc. 1) y en el vigente Código penal de Alemania occidental (párrafo 16, inc. 1), la misma que trascendiera al Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica (artículo 27) ... En verdad, el, documento prelegislativo nacional sigue a la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal Español de 1983 (art. 17 inc. 3), al decidirse por la atenuación obligatoria, no así facultativa del error de prohibición vencible"³.

2. Fundamento

Actualmente, la doctrina⁴ admite como fundamento del estado de necesidad justificante la preservación del interés preponderante.

En realidad, dos bienes o intereses tutelados por el Estado se hayan en conflicto : el del necesitado y el de un tercero inocente. Si quien transido por el hambre carnea una oveja que no le pertenece y lo

¹ "Están exentos de pena : 3. El que obra violentando, por una 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".

² Edición oficial, 1991, p. 7.

³ Véase respecto al texto alemán, Espinola, Julio, Código penal alemán, Buenos Aires 1976, p. 90.

⁴ Bacigalupo, Enrique, Derecho penal, Parte General, Buenos Aires. As. 1987; Jescheck, Hans-Heirich, Tratado de Derecho penal, Parte General I, Barcelona, 1981, Traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. p. 492; Nuñez, Ricardo C., Manual de Derecho penal Parte General, Buenos Aires 1987, p. 193; Villavicencio Terreros, Felipe, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Lima 1990, p. 249; Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho penal, Parte General, 1990. p. 50.

hace después de haber intentado conseguir alimento por otras vías (la mendicidad, el trabajo, etc.), actúa en situación necesaria. Su conducta, aunque configuradora de daños a la propiedad, es, a pesar de todo, lícita. El Estado tutela el patrimonio del dueño de la oveja; sin embargo, dada la situación de necesidad, quiere 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 éste, usando el medio menos lesivo, repulse la agresión antijurídica.

3. Naturaleza jurídica

Salvo la opinión aislada de Juan José Calle⁵, en la doctrina nacional se reconoce al estado de necesidad, una doble naturaleza jurídica. Nuestro código es eminentemente **(p. 37)** diferenciador⁶.

Si los bienes en colisión son del mismo valor, se trata de un estado de necesidad inculpante. Así, cuando dos sujetos se encuentran en peligro de muerte y uno de ellos tiene que matar al otro para salvarse, éste no es culpable por que su acto homicida es el único medio con que cuenta para sobrevivir.

Por el contrario, si ante el ataque ilegítimo de que alguien es objeto por parte de una banda de asesinos, fuga a través de una plantación de rosas, malográndola, le amparará el estado de necesidad justificante. El bien dañado (patrimonio de un tercero) y el salvado (la vida) son de valor desigual. El Derecho, al sopesarlos, se inclina en favor del más importante.

En nuestro CP, se regulan ambos casos : en el inc. 4 del. art. 20, el estado de necesidad justificante; en el inc. 5 del mismo artículo el exculpante.

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

Si citan como ejemplos de estado de necesidad justificante los siguientes : padre de familia paupérrimo que sustrae de la vitrina de una farmacia una caja de aspirinas para combatir la elevada fiebre que aqueja a su mujer⁷; liberar de la prisión a terrorista condenado para salvar la vida de un rehén⁸ ; el suicida que se arroja al río y que luego, arrepentido, se apodera de una barca para no perecer⁹; farmacéutico que, en lugar de bicarbonato de sodio, entrega por equivocación cianuro a un cliente y que, advirtiendo su error cuando éste ya se ha retirado de la farmacia, utiliza sin permiso el automóvil del vecino para impedir a tiempo que el comprador ingiera el veneno¹⁰; el que para salvar sus plantíos de lechuga, en época de lluvias intensas, hace correr el agua hacia el fundo baldío de su vecino¹¹; operar a una persona en inminente riesgo de muerte, aunque se oponga el padre del enfermo; empleado que se apodera de un medicamento secreto, aún **(p. 38)** no puesto en circulación, para salvar así la vida de su hija¹²; conducir un vehículo a velocidad excesiva, contra el tráfico y sin breveté, para salvar la vida a un herido que requiere ser operado de emergencia. En todos estos casos, se supone que la acción realizada es el único medio para salvar el bien más importante.

⁵ Que los consideró una causa de inimputabilidad. Véase su Código penal, 1927, p. 75.

⁶ Cf., sobre el particular, Bramont Arias, Luis, Código penal anotado, Lima 1966, p.. 179; Hurtado Pózo, José, Manual de derecho penal, Parte General 1987, p. 386-387; Villavicencio, P.G. 1990, p. 250. 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 (Comprendieron siempre el estado de necesidad como justificante: Robert von Hippel, Gimbernat Ordeig y Luzón Peña).

⁷ Cousiño Mac Iver, Luis, Derecho penal chileno, Parte General II, Santiago de Chile 1979, p. 359.

⁸ Jescheck, P.G., I, p. 494.

⁹ Cury Urzúa, Derecho penal, Parte General I, Santiago de Chile 1988, p. 329.

¹⁰ Cabral, Luis, Compendio de Derecho penal, Parte General, 1987, pag. 111.

¹¹ Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires 1990, p. 323

¹² Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Parte General IV, Buenos Aires 1984, p. 277.

Siendo el estado de necesidad del art. 20, inc. 4, una causa de justificación, no se admite legítima defensa contra el necesitado; pues, en este caso, faltaría el requisito de ilegitimidad en la agresión¹³. En contraposición, es legítimo defenderse contra quien actúa en estado de necesidad exculpante.

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

Como sólo pueden justificarse los *comportamientos que son de hecho lesivos al bien jurídico* de terceros, se requiere la presencia de alguien que se mueva por necesidad y de otro que soporte la injerencia agresiva del primero. No habrá lesión a la libertad ajena, en consecuencia, 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 este ejemplo, el "conflicto" de bienes "afectados" que exige el código. "B", pese a la necesidad de salvamento de "A", no es sujeto pasivo.

4.1 Sujeto activo

Es sujeto activo toda persona que, ante la amenaza de un peligro actual, salva un bien jurídico propio o ajeno. La expresión "hecho destinado a", utilizada en el código, se refiere a la realización de una acción conjurante que debe ser típica y, por ende, humana.

Los inimputables por anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia y los menores de edad, según los incisos 1 y 2 del art. 20, también pueden ser sujetos activos en el estado de necesidad.

4.2 Sujeto Pasivo

Es la persona natural o jurídica que soporta los efectos de la acción típica realizada por el sujeto activo. Una misma persona no puede ser, simultáneamente, sujeto activo y sujeto pasivo. Así, por ejemplo, no podrá ser sujeto pasivo quien ejecute la acción salvadora de uno de sus bienes jurídicos, aun cuando de ese modo, perjudicando parte de sus bienes, salve otros (**p. 39**) de ellos (si un quídam, para salvaguardar de un incendio su casa, destruye la contigua que también le pertenece esperando en que, perjudicando ésta, impedirá la invasión del fuego en aquella). Esto se debe a que su conducta - de querer salvar una casa, destruyendo otra - no es típica y, por tanto, no soporta 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, tampoco el necesitado que destruye la cosa que le pertenece realiza una acción justificante, pues su hecho no es típico"¹⁴

5. Requisitos

El art. 20, inc. 2, del código vigente prevé expresamente dos requisitos: primero, que el bien jurídico preservado debe ser superior al interés dañado y, segundo, que debe emplearse "un medio adecuado para vencer el peligro". Además, en esta norma se presupone que el agente esté en verdadera situación de necesidad y que sea imposible evitar el daño de otra forma a como se le evitó.

5.1 El bien protegido superior al 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.

En la doctrina se prefiere emplear el sustantivo "intereses"¹⁵, al tratarse de la ponderación de los mismos, en lugar de "bienes" como se hace en el código vigente. Esto se debe a que con este vocablo se consideran 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 o 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 que, 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 este modo se salva una pintura famosa). Dicho en otros términos, la valoración de los bienes jurídicos en

¹³ Jescheck, P.G. I, p. 485, Villavicencio, P.G. p. 243.

¹⁴ Cousiño Mac Iver, P.G. II p. 376.

¹⁵ Bacigalupo, P.G., p. 233 y los citados en la nota 141.

juego es uno de los aspectos a los que a tomar en cuenta. Los demás están en relación con intereses socialmente convenientes e, incluso con el que el sujeto considere en particular (de ahí que en el aborto terapéutico, 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).

(p. 40) 5.2 Empleo de un medio adecuado

Al igual que en la legítima defensa, sólo se justifica el 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 sólo sea posible *ex post facto*.

La utilización de un medio más lesivo que el adecuado a la situación en concreto, es punible por el exceso intensivo¹⁶.

5.3. Situación de necesidad

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

Este requerimiento fundamental puede provenir de la acción de un hombre o de las fuerzas de la naturaleza¹⁷. 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.

Sólo si el apremio es real, hay necesidad de evitarlo; de lo contrario, estaríamos frente a un estado de necesidad putativo que, salvo casos excepcionales, no eximirá de pena¹⁸.

La situación de necesidad proviene del "peligro" señalado en el código. Ello no significa que cualquier situación peligrosa genere un estado de necesidad; pues, si ésta es originada por el comportamiento delictuoso del propio agente, no hay estado peligroso en el sentido jurídico-penal puntualizado; ya que el sujeto 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).

(p. 41) Tampoco configura un peligro la representación de quien realmente se ve constreñido por un mal inminente no desvalorado como tal por la comunidad jurídicamente organizada¹⁹. Así, el malestar y los temores de quien sufre el rigor del acuartelamiento por servicio militar obligatorio no meritúan la desertión en estado de necesidad. Los castigos disciplinarios y el agotamiento físico impuesto al soldado carecen de juicio disvalioso jurídico-penalmente relevante y son más bien valorados positivamente aunque, en concreto, constituyan un mal.

5.4 Inevitabilidad

El código hace referencia expresa a este requisito al señalar que el peligro debe ser "insuperable de otro modo" a como se le descartó.

¹⁶ "... la posibilidad de usar de otro medio menos perjudicial ... da nacimiento al exceso", según textuales palabras de Bramont Arias, p. 181. Subrayado en el original.

¹⁷ Bacigalupo, P.G., p. 232; Cury Urzúa, P.G. I., p. 329, 329; Hurtado Pozo, P.G., p. 383

¹⁸ Cfr. Welzel, Hans, Derecho penal alemán, Parte General, 3a. ed., Santiago de Chile 1987, Traducción de la 11a. ed., por J. Bustos Ramirez y S. Yáñez Pérez, p. 133-134. Únicamente si el error es invencible (cree el sujeto en la existencia de un peligro), se exculpará al supuesto necesitado.

¹⁹ Cfr. Córdoba Roda, Juan y Rodríguez Morullo, Gonzalo, Comentarios al Código penal, I, Barcelona 1976, p. 277; Mir. Puig, Santiago, Derecho Penal. P.G., Barcelona 1985, p. 392 y ss; Wessels, Johannes, Derecho penal, Parte General, Buenos Aires 1980, traducción de la 6a. ed., por Conrado A. Finzi, p. 89.

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 usó el medio menos lesivo. Mientras la legítima defensa no es subsidiaria²⁰, el estado de necesidad sí lo es²¹.

El estado de necesidad es subsidiario por que el necesitado está en el deber de evitar el mal mediante el uso de cualquier otra vía (pacífica o agresiva, pero, en éste último caso, valiéndose del medio menos perjudicial). Dicho en otros términos: cuando se puede eludir el daño que nos amaga valiéndonos de un medio que no signifique perjuicio a los bienes jurídicos de terceros y no actuamos así, no hay estado de necesidad. Si el mal fue evitable, desaparece la necesidad de superarlo²².

Cuando la única forma de evitar el peligro que nos amenaza sea 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 **(p. 42)**" el perjudicado²³. Es decir, cuando el coactado causa un daño menor que el que podría haber recibido del coaccionante, actúa en estado de necesidad justificante (si "A" sustrae el reloj de "X", obligado por "C", quién, pistola en mano lo amenaza de muerte).

6. Extensión

Cualquier bien jurídico individual tutelado por el Estado puede ser protegido en situación de necesidad. La ley enumera, primero y a título de ejemplo, "la vida, la integridad corporal, la libertad" y, luego, mediante una fórmula general dice " u otro bien jurídico".

Estando expresamente admitido el auxilio de un tercero, el aborto terapéutico del art. 119 del CP nos parece un caso perfectamente subsumible dentro del estado de necesidad justificante²⁴; por tanto, su inclusión como tipo permisivo independiente, resulta hoy superflua (no era así en el CP de 1924, en el que no se preveía expresamente 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 CP - se ha denominado colisión de deberes²⁵. Se presenta esta colisión cuando, por la necesidad apremiante de salvaguardar un bien jurídico de otro, se infringe simultáneamente un deber de socorro (quien, siendo médico y bombero a la vez, tiene que operar de emergencia a un accidentado y, en el trayecto al hospital, debe salvar la vida a un niño que corre el riesgo inminente de morir abrasado por un incendio descomunal). Basta que se cumpla con uno de los deberes (cualquiera de ellos) para quedar liberado del otro. Suele distinguirse entre el conflicto de deberes justificante y el exculpante; el primero se dará si se sacrifica el deber de menor valor; el segundo, cuando ambos valores son equivalentes.

7. Consecuencias civiles

El estado de necesidad justificante, como todas las causas de justificación, no genera consecuencias civiles. Tiene importancia esto último, especialmente para deslindar la responsabilidad de los coparticipantes: es necesaria una acción en favor del necesitado **(p. 43)** cuyo fin sea evitar un daño mayor, no importando la concurrencia de otros móviles (venganza, resentimiento, etc.)²⁶. Cuando, por ejemplo, se daña una casa ajena para perjudicar a su propietario y, sin saberlo, se salva la vida de

²⁰ En contra Nino, Carlos S., La legítima defensa, Buenos Aires 1982, p. 110 y 111; Zaffaroni, P.G. III, p. 589.

²¹ Hurtado Pozo, P.G., p. 384; Cousiño Mac Iver, P.G. II, p. 374; Rivacoba y Rivacoba, Manuel, Programa analítico de Derecho penal, 3a. ed., Valparaíso 1984, p. 46. Este autor exige, entre otros requisitos, que el peligro no sea "evitable de otro modo"

²² Así Bacigalupo, P.G., p. 233 "... la acción no es necesaria si el peligro podía evitarse de otro modo"

²³ Ampliamente sobre esto y en ese sentido, Zaffaroni, P.G., III, p. 626.

²⁴ En el proyecto Peco, por ejemplo, no se insertó una fórmula independiente para regular el aborto necesario. La explicación, aunque breve, puede verse en Proyecto de Código penal, 1942, p. 245. Una crítica aguda, sin embargo, hace Soler, Sebastián, Derecho penal Argentino, vol. III, 8a. reimpresión, Buenos Aires 1978, p. 127.

²⁵ La nomenclatura proviene, en realidad, de la teoría alemana del siglo pasado (Pflichtkollision).

²⁶ Expresamente subyace el elemento subjetivo del "destinado a" refrendado por el codificador. En nuestra dogmática, sobre lo mismo, Hurtado Pozo, P.G., p. 387.

quien al interior esta a punto de asfixiarse, sino, no habrá estado de necesidad y, consiguientemente, será obligatorio el abono de la reparación civil.

En la eximente por necesidad inculpante, las consecuencias civiles (daños emergente y lucro cesante) se del hecho que quien obra movido por la necesidad actúa antijurídicamente.

8. El exceso (art. 21 CP)

Los casos denominados "exceso" en el estado de necesidad constituyen situaciones de necesidad imperfectas y se hallan previstos en el art. 21 del CP.

Se distingue entre el exceso extensivo y el intensivo. El primero existe cuando el agente se encuentra en una situación de necesidad imaginaria y, para "salvarse", perjudica un interés ajeno; el segundo, si se utiliza un medio más lesivo del que correspondía en el caso concreto.

"En los casos del artículo 20, estatuye el art. 21, cuando *no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad*, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal". Esta disposición no se refiere, al **peligro que amenaza**; pues, la ausencia de este requisito excluye el estado de necesidad perfecto e imperfecto por ser médula y vértebra del instituto.