

SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho Penal

DERECHO PENAL PARTE GENERAL

9ª edición

A cargo de
VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN
Profesor Titular de Derecho penal



2011
Julio César Fraja - Editor

6ª edición: 2002
 1ª reimposición: agosto de 2003
 7ª edición: 2004
 1ª reimposición: enero de 2005
 2ª reimposición: julio de 2005
 3ª reimposición: julio de 2006
 4ª reimposición: julio de 2007
 8ª edición: 2008
 1ª reimposición: noviembre de 2008
 2ª reimposición: agosto de 2009
 3ª reimposición: abril de 2010

1ª edición: 1984
 2ª edición: 1985
 3ª edición: 1990
 4ª edición corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995: 1996
 1ª reimposición: noviembre de 1996
 2ª reimposición: septiembre de 1997
 5ª edición: 1998
 1ª reimposición: diciembre de 1998
 2ª reimposición: julio de 1999
 3ª reimposición: julio de 2000
 4ª reimposición: agosto de 2001

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:
 © B de P Lda.
 Buenos Aires 671 (CP 11000)
 Tel./Fax: (00)982 916-3238
 e-mail: bde@reygula.com.uy
 www.editorialbde.com

En Buenos Aires, República Argentina:
 © Euroa Editores S.R.L.
 Av. Congreso 4744 (C1431AAP)
 Tel./Fax: (005411) 4572-1483
 e-mail: euroaeditores@fibertel.com.ar
 www.euroaeditores.com

ISBN: 9974-578-31-5 (Uruguay)
 ISBN: 9974-578-36-1 (España)

REPPERTOR, S.L.
 Puzosilg de Gracia, 44, 5ª C
 08007-Barcelona

© Santiago Mir Puig

Distribución exclusiva en España:
 EDISOFER S. L.
 Calle San Vicente Ferrer 71
 28015 - Madrid
 Tel: 91-521-0924
 Fax: 91-532-2863
 www.edisofer.com

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del Copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o total de esta obra por cualquier medio o procedimientos, comprendidos los reprográficos y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo público.

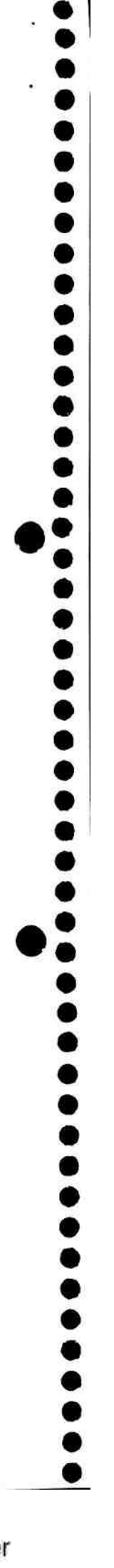
Hecho el depósito que establece la ley.

Encuadernado por: Encuadernación Laitino América
 Ceballos 885 - (CP 1870) Avellaneda - Provincia de Buenos Aires
 Tel: (005411) 4222-8040

Impreso en la Argentina, en el mes de julio de 2011 por:
 Su Gráfica, Torner 950, José Martí, Buenos Aires.
 Tel/Fax: (005411) 4214-7663 - República Argentina

A Francesca, que lucha y da sentido a mi lucha por la vida.

A Oriol y Susana, a Carlos y Teresa, y al resto de mi familia, a Diego y Agustín, a Jesús, Joan, María Teresa y Mirentxu, y a mis discípulos y amigos que sé que de verdad están conmigo en estas horas difíciles.



BIBLIOGRAFÍA

- Baldó, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Revista*, Die subjektiven Rechtfertigungselemente, Bonn 1980; *Boletín*, El exceso intencional en la legítima defensa negativa, Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminet.uva.es/revcp>, 03 (2001) (= ADPCP 1998, pp. 613 ss.); *Coronelli*, El sistema de justificación en el artículo 20 CP/1995, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 121 ss.; *el mismo*, La justificación penal, 1982; *el mismo*, El sistema de justificación en el art. 20 del CP de 1995, CD, 1997; *Cerezo*, Consideraciones generales sobre las causas de justificación, en Festschrift für Lebeck, 1985, pp. 441 ss.; *Constamiridze*, Die actio illicita in causa, 1982; *Corcovy*, «Razionalità» jurídica en relación al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad, ADPCP 1991, pp. 903; *Costado Rodríguez*, Las causas de defensa: legítima defensa y principio de legalidad, Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 147 ss.; *Cuervo*, Sobre el curso entre causas de justificación, ADPCP 1990, pp. 519 ss. (= en Luzón/Mir [coords.], Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, 1995, pp. 215 ss.); *Djelicman*, Plädoyers für die eingeschränkte Schuldhilfe bei Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Jura 1994, pp. 178 ss.; *Dies Ripollé*, La categoría de la antijuricidad en Derecho penal, ADPCP 1991, pp. 715 ss. (= en Luzón/Mir [coords.], Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, 1995, pp. 87 ss.); *zu Dobner*, Die Rechtmäßigkeit als allgemeindringliches Merkmal..., 1905; *Dreier*, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, en Festschrift für Heintz, 1972, pp. 207 ss.; *Engelert*, Der Unrechttatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, I, pp. 401 ss.; *Eser/Gimbernat/Vorron (ed.)*, Justificación y exculpación en Derecho penal, 1995 (con colaboración de Cerezo, Hirsch, Gimbernat, Vorron, Bacigalupo, Meinwald, Mir Puig, W. Fritsch y Fritsch); *Fritsch*, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, en Festschrift für Leckner, 1987, pp. 115 ss.; *Gelinas*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, en Festschrift für Boedeker, 1979, pp. 155 ss.; *García de Vicente*, Homicidio por necesidad. La legítima defensa en la *teoría del delito*, Frankfurt, 1999; *Gimbernat*, El estado de necesidad, un problema de antijuricidad, en el mismo; *Estudios de Derecho penal*, 3^a ed., 1990, pp. 218 ss.; *Gómez Benítez*, El elemento legítimo del cargo, 1980; *Gübert*, Überlegungen zum Verhältnis von Norm, Tatbestand und dem Irrtum über das Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts, en Festschrift für Triffler, 1996, pp. 93 ss.; *Greul*, «Legítima defensa o defensas parciales», RDPC (3) 1999, pp. 183 ss.; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsauschluss, 1983; *el mismo*, Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, en Festschrift für Spandl, 1992, pp. 189 ss. (= en Luzón/Mir [coords.], Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, 1995, pp. 45 ss.); *Hamermer/Lamert*, Justificación material y justificación penal, en el mismo; *Heimberger*, Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtfertigung, JA, 1986, pp. 90 ss.; *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *el mismo*, Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, en Gedächtnisschrift für Tjontj, 1985, pp. 30 ss.; *Hruschka*, Extrajuristische Rechtfertigungsgründe, en Festschrift für Dreher, 1977, pp. 189 ss.; *el mismo*, Der Gegenstand des Rechtfertigungskriteriums nach heutigem Strafrecht, GA, 1980, pp. 1 ss.; *el mismo*, Regeln de comportamiento y reglas de imputación, en Luzón/Mir [coords.], Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, 1995, pp.

171 ss.; *Alcázar*, Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales, 1999; *el mismo*, Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa, 1999; *Isabá*, Comentarios a la justificación (und Entschuldigungs) bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflanzenschnitt), en *Esser/Nehrherr* (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigungs*, IV, 1993, pp. 143 ss.; *Armin Kaufmann*, Zum Stande der Lehre von personalem Unrecht, en *Festschrift für Weizsäcker*, 1974, pp. 393 ss.; *el mismo*, *Lebendige und Tote in Bindung Normenlehre*; *Armin Kaufmann*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, *JZ* 1954, pp. 632 ss.; *el mismo*, *Notstand, Rechtfertigung und Irrtum*, *JZ* 1956, pp. 333 ss.; 393 ss.; *el mismo*, *Rechtfertiger Raum und eigenverantwortliche Entscheidung...*, en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 327 ss.; *el mismo*, *Strahlengewehrverbot*, *StW* 1982, pp. 169 ss.; *el mismo*, *rechtfertigend, rechtmäßig oder was?*, *JZ* 1982, pp. 981 ss.; *Kern*, Große der Rechtfertigung, *ZStW* (1952), pp. 255; *Kneibohr*, Unterschiedliche Rechtfertigungsgründe in einer einheitlichen Rechtsordnung, 1978; *Lampert*, Unvollkommenen strafrechtliche Rechtfertigungsgründe, *GA* 1978, pp. 7 ss.; *Langer*, Gesetzgebungstragen bei den Rechtfertigungsgründen, en *Festschrift für H. v. Weizsäcker*, 1963, pp. 162 ss.; *Langer*, Voraussetzungen für Rechtfertigungsgründe, *JR* 1963, pp. 1 ss.; *Lorenz*, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis präventiver Prüfung, en *Festschrift für H. Meyer*, 1966, pp. 165 ss.; *Lozza*, Zum Grundriss der Überlegung als Grundlage der Rechtfertigung, *GA* 1985, pp. 293 ss.; *Lozza*, Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, en *Festschrift für Oehler*, 1985, pp. 227 ss.; *Luzán Peña*, El doble cumplimiento de la legítima defensa, *CPC* nº 3 (1977), pp. 101 ss.; *el mismo*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978; *el mismo*, El error sobre causas de justificación..., *La Ley* 1989-3, pp. 573 ss.; *el mismo*, *Adiño illicita in causa y provocación en las causas de justificación*, en *Silva* (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Libro Hommage a Roxin, 1997, pp. 243 ss.; *el mismo*, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, en *Luzán/Mir* (ed.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, (1995) *Alcázar*, Los elementos subjetivos de justificación, *La Ley*, 11 mayo 84, pp. 1 ss.; *Alcázar*, Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de justificación, *LH* Barbero Santos, (Vol. 1) 2001, pp. 1179 ss.; *Juria Minus-von Gringy*, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982; *Mollins*, El estado de necesidad como ley general. Aproximación a un sistema de causas de justificación, *RDICP* (nº extra) 2000, pp. 199 ss.; *Noch*, Die Apellfunktion des Tatbestandsmerkmals, *JZ* 1961, pp. 210 ss.; *Neßl*, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, *SchwZStR*, 80 (1964), pp. 160 ss.; *el mismo*, Übergangliche Rechtfertigungsgründe, insbesondere die Einwilligung des Verletzten, 1955; *el mismo*, *Tatbestand und Rechtfertigungsgründe*; die Weibung als Prinzip der Rechtfertigung, *ZStW* 68 (1956), pp. 181 ss.; *Nonatowatz*, Zur Lehre von der Rechtfertigung, *ZStW* 63 (1951), pp. 287 ss.; *Reiffers*, Anmerkungen zum Erlaubnisabstandsprinzip, en *Geleitschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 399 ss.; *Polermo*, La legítima defensa: una revisión normativa, 2006; *Ponzo*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im deutschen und spanischen Strafrecht, 1988; *el mismo*, Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán, en *Luzán/Mir* (comp.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, 1993, pp. 45 ss.; *el mismo*, *Rechtfertigungsgründe* Betreffungen zur Notwehr, en *Festschrift für Albin Eszter*, 2005; *Ponzo*, Legítima defensa, Buenos Aires 2001; *Ponzo*, La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes, 2004; *Puppe*, Zur Struktur der Rechtfertigung, en *Festschrift für W. Strese* und J. Weizsäcker, 1993, pp. 183 ss.; *Requero*, La legítima defensa, 1999; *Roxy*, *Echternéer*, La antijuridicidad, Bopará, 1981; *Rodríguez-Muñillo*, Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad, en *Libro-Homenaje a Antón Ojeda*, 1982, pp. 309 ss.; *el mismo*, Legítima defensa real y penal, *Revista de la doctrina del TS*, 1976; *Rovinsky*, Las eximentes por analogía en el CP español de 1995, en *RDPC*, nº 16, 2005; *Roxin*, Política criminal y sistema del Derecho penal, trad. Muñoz Conde, 1972; *el mismo*, Offense Tatbestände und Rechtfertigungsgründe, 2ª ed., 1970 (= *Teoría del tipo penal*, trad. Rodríguez, Buenos Aires, 1979); *el mismo*, Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de atipicidad de la pena, *CPC* nº 46 (1992), pp. 169 ss.; *el mismo*, Las causas de justificación y de atipicidad y su delimitación de otras causas de exclusión de la pena, en *el mismo*, *Dogmática penal y Política criminal*, Lina, 1998, pp. 83 ss.; *Rudolph*, Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts, en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 51 ss.; *el mismo*, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, en *Geleitschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 371 ss.; *Sanz*, Teoría general de la justificación, *RP* (J) 2000, pp. 74 ss.; *el mismo*, Los elementos subjetivos de justificación, *LH* Valle Muñiz, 2001, pp. 723 ss.; *el mismo*, Los elementos subjetivos de justificación, 1993; *Schaffner*, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, *MDR* 1951, pp. 186 ss.; *Schaffner*, Der Präzisionsabstandsprinzip und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente, *Jura* 1993, pp. 617 ss.; *Schmidhäuser*, Der Unrechtfertigkeitsbestand, en *Festschrift für English*, 1969, pp. 453 ss.; *el mismo*, Zum Begriff der

Rechtfertigung im Strafrecht, en *Festschrift für K. Lachner*, 1987, pp. 77 ss.; *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen (1978; *el mismo*, Solidaritätspflicht im Strafrecht, en *Jung/Müller-Diesz/Neumann* (ed.), *Itzchi und Morak*, 1991, pp. 293 ss.; *Semerro*, Riffaestioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio, en *Cassazione Penale*, nº 3, 2006; *Silva*, Sobre las actuaciones en una situación de necesidad que no implican el deber de tolerancia, en *Cuadernos de la teoría del delito* (Luzán Peña/Mir Puig [dirs.]), 1999, pp. 155 ss.; *Siebsch*, Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungsgründen..., 1978; *Sivonenwerth*, Prinzip der Rechtfertigung, *ZStW* 68 (1956), pp. 41 ss.; *Therens*, Laxerkenntnis subjektives in las causas de justificación de atipicidad penal, 2006; *el mismo*, El examen conforme a deber: Especial elemento subjetivo de justificación, *LH* Valle Muñiz, 2001, pp. 827 ss.; *Therens*, El error en las causas de justificación, 2004; *Wille*, El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal, 1994; *el mismo*, *Fundamento, alcance y función de las causas de justificación* incompletas en el Código penal español, *ADPCP* 1992, pp. 361 ss.; *Wagner Shimizu*, Las agresiones extrajudiciales en la legítima defensa, en *Rev. Penales de Jurisprudencia*, nº 32, 2003; *Wessell*, La doctrina italiana del antijuridicidad, en *Festschrift für H. H. Jeschke*, 1985, I, pp. 427 ss.; *Wille*, Antijuridicidad y justificación, 2ª ed., *Temido*, Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 143 ss.; *Wobler*, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, *JZ* 1951, pp. 261 ss.; *Wolke*, Der abgrenzende Notstand und die Irrtumproblematik, *JZ* 1953, pp. 611 ss.; *Wolke*, Die Teilbarkeit der Unrechtfertigungsgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin, *GA* 1996, pp. 207 ss.; *Ziefliński*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtfertigungsgründe, 1973.

I. Ausencia de antijuridicidad: consideraciones generales

1. Para la presencia de un delito es preciso, como se ha visto en las lecciones anteriores, un comportamiento humano subsumible en un tipo de conducta previsto en principio en la Parte Especial del Código penal. Pero ello no basta, pues pueda suceder que tal comportamiento típico se halle justificado por la concurrencia de una causa de justificación. Faltará entonces la antijuridicidad de la conducta y desaparecerá la posibilidad de considerar que la misma constituye un delito.

Adviértase que, según esto, la comprobación última de la antijuridicidad de una conducta tiene carácter negativo. Primero se trata de determinar si concurren positivamente los elementos fundadores del injusto penal — esto es, si se realizaban los elementos específicos de un tipo de injusto penal—. Ahora, en cambio, importa averiguar a continuación si concurre alguna causa de exclusión de la antijuridicidad. Si no concurre ninguna causa de justificación, el hecho será sin más antijurídico.

Ejemplo: Lesionar a otro es un hecho típico, y en general será antijurídico, pero para confirmar si lo es en el caso concreto, habrá que comprobar que no concurre ninguna causa de justificación, como, p. ej., legítima defensa.

La exclusión de la antijuridicidad puede tener lugar por las causas de justificación en sentido estricto, previstas en principio en el Libro I del Código penal

(art. 20) pero también por la suposición errónea objetivamente inaneble de que concurren los presupuestos típicos de alguna de ellas (cfr. infra 5).

5 La relación existente entre el tipo y la exclusión de la antijuridicidad se contempló ya en la lección de introducción a la teoría del delito y en la correspondiente a la antijuridicidad en general. Baste aquí recordar lo más fundamental. Existen dos opciones contrapuestas en este punto: por una parte, la posición tradicional, según la cual, la exclusión de la antijuridicidad no implica la desaparición de la tipicidad y, por consiguiente, cabe hablar de conducta típica justificada; por otra parte, la teoría de los elementos negativos del tipo, que considera que las causas de justificación eliminan la tipicidad. Esta última posición entiende que el tipo de la doctrina tradicional constituye sólo la parte positiva del tipo total de injusto, a la que debe añadirse la parte negativa representada por la no concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación. Aunque nos apartamos de esta concepción del tipo, ya señalé que debe admitirse que la concurrencia de causas de justificación excluye la presencia del supuesto de hecho antijurídico. El tipo del delito no describe por completo el hecho antijurídico, sino sólo los elementos que lo fundamentan positivamente. Los tipos de una causa de justificación (o, si, cabe no concurriera una agresión ilegítima ante la que hubiera necesidad de defenderse). Puede pues decirse que las causas de justificación, al no eliminar los elementos negativos del tipo, al no eliminar los tipos de una causa de justificación, también desvirtúan las causas de justificación, imponen situaciones típicas (y de la legítima defensa, la del estado de necesidad, etc.), calificables de tipos negativos, que, a diferencia de los tipos de delito, no fundamentan positivamente el injusto, sino que lo niegan (cfr. Lección 6, IV 1). Ello tendrá, como veremos, consecuencias a la hora de decidir el tratamiento del error sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación.

6 Ha de subrayarse, no obstante, el reconocimiento del distinto significado de la parte positiva y la parte negativa del supuesto de hecho antijurídico. La doctrina actual tiene razón al señalar, desde el punto de vista de la relación formal entre ambas partes, que su función respectiva es inversa: aparte de lo que acabamos de decir (el tipo del delito fundamenta positivamente el injusto y las causas de justificación lo excluyen), a la parte positiva pertenecen los elementos específicos (típicos) de la clase de delito de que se trate y que lo diferencian de otros delitos, mientras que la parte negativa, la ausencia de causas de justificación, es genérica para todo hecho. También es cierto que a este distinto significado estructural corresponde a su vez un diverso sentido material. Así, la sola concurrencia del tipo positivo ya basta para considerar irrelevantes al hecho para la consideración jurídico-penal (como Weizel ha dicho, malair a una persona, aunque sea justificadamente, tiene siempre mayor relevancia que malair a

7 «un mosquito»! Dicha irrelevancia es suficiente para que de la concurrencia del tipo del delito se desprenda ya una función de llamada o de advertencia. La razón de todo ello es que la realización del tipo del delito supone ya un atque imputable del bien jurídico correspondiente, aunque que no desaparece, sino que sólo se justifica cuando concurre alguna causa que excluye la antijuridicidad.

8 Quien usa el término «normas» en el sentido de texto legal prescriptivo, deberá acoger la primera construcción, puesto que el hecho típico justificado es subsanable tanto en el texto legal que describe el tipo (que entonces podría verse como «norma prohibitiva o preceptiva»), como en el que prevé la causa de justificación (que podría considerarse una «norma permisiva»). No es éste el sentido en que suele usarse el término «normas» en la dogmática del delito, ni es el que se emplea en esta obra. Aquí utilizamos aquél término en su sentido usual en la teoría del delito, de prohibición o mandato definitivamente dirigido al ciudadano, que surge de la puesta en relación de varias textos legales (ver Lección 2). Que el hecho sea subsanable en el precepto que prevé el tipo no significa, todavía, que infrinja una norma prohibitiva o preceptiva; puede entenderse que ello no sucede cuando el hecho está justificado.

9 Ahora bien, una extensa separación de los conceptos de tipicidad y antijuridicidad ha conducido al finalismo ortodoxo a entender que el tipo agota la descripción del hecho prohibido (lo que llama «materia de prohibición»), mientras que la antijuridicidad o la justificación supondrían solamente la relación jurídica de dicho hecho como no permitido o permitido. Ello le ha llevado a acoger la primera de las dos construcciones normativas acabadas de exponer, por una razón distinta a la equiparación de los conceptos de norma y texto legal prescriptivo: el hecho típico, concebido como la «materia de prohibición», infringiría siempre la correspondiente norma prohibitiva (o preceptiva, en la omisión), aunque está justificado, pero se hallaría permitido por una norma permisiva.² En cambio, si se admite — como hace la teoría de los elementos negativos del tipo, pero también como hacemos en esta obra — que el hecho efectivamente prohibido supone la ausencia de causas de justificación, cabe afirmar que el hecho justificado no puede infringir en ningún momento norma prohibitiva alguna. La disposición que establece la causa de justificación recorta el ámbito de lo prohibido. Esta conclusión evita la importante dificultad lógica con que tropieza el otro modelo,

1. Cfr. Weizel, Lk. p. 81 (=trad. pp. 118 s.). Mezger, Tratado, I, pp. 340 s., menoscaba la importancia de la relevancia jurídico-penal del hecho «típico». También Roxin, Teoría del tipo, p. 285; sin embargo, éste reconoce la utilidad de distinguir la parte fundamentadora y la parte excluyente del injusto, como hace sucesivos en la resolución de casos prácticos: p. 275.

2. Así, Weizel afirma que la conducta «típica» justificada es «antinormativa» (cfr. Weizel, Lk. p. 80 (=trad. p. 116)). Pero cómo puede ser antinormativa para el Derecho una conducta ajustada a Derecho?

al por prohibición no se entienda un mero texto legal, sino el mensaje finalmente dirigido al ciudadano: se contradice, en este sentido, sostener que el hecho justificado se halla prohibido y permitido a la vez por un mismo ordenamiento jurídico-penal.

- 10 Pero que el hecho típico justificado no está prohibido por la norma no significa que dicho hecho no guarde relación alguna con la norma. Como se dijo en su momento (cf. *supra*, Lec. 6 IV 1 B), la norma presupone una *relación negativa* del hecho típico en cuanto a su *causa*. Único no desvalorar cuando concurre una causa de justificación y al hecho de estar prohibido, sino que aparece entonces como un *mal menor* (cf. *infra*, 4 A). Por tanto, aunque el hecho típico justificado no está prohibido por la norma, cuando concurre con las valoraciones que la norma presupone. Por otra parte, en esta obra se parte de negar que la antijuridicidad penal suponga por sí sola la infracción de la norma primaria concretamente dirigida a cada ciudadano. Esta infracción conlleva, además, ciertas condiciones que permiten su imputación personal (ver Lec. 5, III 2, y Lec. 6, III 1). La justificación no es, pues, la única causa que permite restringir la prohibición. Pero sí previene del desvalor objetivo necesario para considerar prohibido el sujeto la conducta. La ausencia de causas de justificación, pues, condición necesaria, pero no suficiente del ilicetativo normativo.

- 11 4. A) La razón material de la justificación es distinta en las causas de justificación en sentido estricto, como las previstas en el art. 20 CP (legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber), y en la exclusión del injusto por error inveniible (*suposición errónea inveniible* de que concurren los presupuestos típicos de alguna de ellas: cf. *infra*, 5).¹

- 12 El fundamento material de las causas de justificación en sentido estricto puede verse en una situación de *conflicto*, que se produce en el momento de la conducta (*ex ante*) y que ha de *cominarse* *ex post* como efectivamente concurrente, entre el valor propio del bien jurídico-penal atacado y otros intereses que el Derecho considera prevalentes². Estas causas de justificación excluyen tanto el desvalor *global* de la conducta como el desvalor *global* del resultado. Esto

1. Temo esta distinción de Buitó, Estado de necesidad, p. 27, que surge de ella importantes consecuencias. Es próxima la distinción que aplica Laredo, *Curso*, pp. 573 s., entre causas de justificación más de las que sólo excluyen el desvalor subjetivo de la acción, el estado de necesidad y otras que excluyen sólo el desvalor objetivo de la acción; a mi juicio, tal vez pueda afirmarse que en ellas concurre algún incremento, no obstante, los distintos efectos que atribuye Laredo a las causas de justificación que también en su opinión excluyen el desvalor del resultado y las que convalida que excluyen sólo el desvalor objetivo de la acción (op. cit., pp. 578 s.).

2. Sobre el principio del interés preponderante: cf. Meager, *Tratado*, I, pp. 340 s.; Jenebeck, *Tratado*, p. 444. Distinguen estos autores, además, el caso en que la justificación procede no ya de un conflicto de intereses, sino de una ausencia de interés en la protección penal, lo que ocurre cuando concurre consentimiento de la víctima. Así también Sáenz Curiel, *Lecciones*, pp. 571 s. Mas ya veremos, al estudiar esta figura, que cuando el consentimiento determina la ausencia de interés indicada falta ya el tipo (por ausencia de objeto a proteger) y no sólo la antijuridicidad. Así Cobarrubias, *PO* pp. 433-434; Carbonell Mates, *Justificación*, p. 63 (ver también en este autor una amplia exposición uoluntaria sobre el principio del interés preponderante: pp. 43 ss.).

último puede generar el deber de tolerar la conducta típica justificada, p. ej., por parte del agresor ilegítimo contra el que se reacciona, que no puede defenderse a su vez justificadamente.³ Además, la ausencia de desvalor global del resultado puede tener otros efectos, como la desaparición de la necesidad de reparar civilmente el daño (cf. *infra*, 7). En cambio, cuando tiene lugar la exclusión del injusto por suposición errónea inveniible (que da lugar a las llamadas causas de justificación putativas), el conflicto descrito sólo es aparente *ex ante*, por lo que no desaparece el desvalor global del resultado, sino sólo el de la conducta. Pero, igual como la tipicidad requiere un resultado (*ex post*) imputable a una conducta peligrosa *ex ante* (cf. *supra* Lec. 6/48-51), también la antijuridicidad falta cuando, aun existiendo un resultado globalmente disvalioso, éste no puede imputarse a una conducta globalmente disvaliosa *ex ante*. El desvalor de resultado subsistente puede, no obstante, tomarse en consideración en orden a una posible responsabilidad civil por daño (cf. *infra*, 7).

- 13 En todo caso, como se dijo más arriba, las causas de exclusión del injusto nunca eliminan la agresión al bien jurídico (que, al menos, globalmente considerada, puede seguir considerándose como un *mal*), sino que sólo determinan que el Derecho deje de desvalorar globalmente dicha agresión.

14 Ejemplo: En el homicidio en legítima defensa se hallan en conflicto la vida de un hombre por una parte, y la afirmación del Derecho respecto a bienes jurídicos del defensor, por otra parte. Esto último se considera prevalente.

- 15 B) La doctrina causalista tradicional no consideraba necesaria, en principio, la concurrencia del elemento subjetivo de justificación para la exclusión de la antijuridicidad, sino que se contentaba con la presencia de los presupuestos objetivos de la causa justificadora correspondiente.⁴ En parte bajo la influencia del *finalismo*, la doctrina dominante en Alemania acoge en la actualidad la teoría de los elementos subjetivos de justificación. Según ésta, el fundamento de la justificación debe ser doble, no sólo objetivo, sino también subjetivo.⁵

16 Para la estimación plena de las distintas causas de justificación el Código penal exige que los presupuestos objetivos de tales causas de justificación sean

3. Cf. sobre esto, con amplia y convincente fundamentación y desarrollo, Buitó, Estado de necesidad, pp. 37, 178 ss., 326 ss., con abundantes referencias doctrinales en el mismo sentido, y mencionando otros efectos de las causas de justificación en sentido estricto en p. 38 y a lo largo de las partes II y III del libro.

4. Así en España Iodanis Rodríguez Dreves, *PO* pp. 484 s. y Carbonell Mates, *Justificación*, p. 107, 16, 65.

5. Por todos Jenebeck, *Tratado*, p. 447 s., y sobre todo Gómez Benítez, *Ejercicio del cargo*, pp. 130 ss. También Cárdoca Rada, *Notas*, I, pp. 370 ss. Ver STS 29 en. 98.

conocidos y queridos por el autor, del mismo modo que en el tipo positivo es preciso el dolo. No hace falta, en cambio, un *ánimo adicional* de obrar en el ejercicio de la causa de justificación.⁸ El conocer y querer necesario para la justificación constituye la *contrapartida del dolo típico* en las causas de justificación, no la contrapartida de los elementos subjetivos del injusto.

Ejemplo: Para la legítima defensa es necesario no sólo defenderse objetivamente, sino también saber que se está repeliendo una agresión ilegítima. Pero no es preciso un ánimo especial de defenderse legítimamente, sino que cabe (también) actuar por odio u otro móvil. En el CP lo confirma, a *serius contraria* y ahora como argumento histórico, el hecho de que con anterioridad a la Reforma de 1983 la ley sólo excluía estos motivos para la legítima defensa de extraños (anterior art. 8. 6º).⁹

17

El fundamento dogmático de la necesidad de que el sujeto conozca y quiera los presupuestos objetivos de la causa de justificación no ha de verse en una pretendida necesidad de un «valor subjetivo» que compense el «desvalor subjetivo» del hecho típico, pues ni éste es el fundamento (la razón de ser) del injusto, ni aquél lo es de la justificación. La razón última del valor o desvalor de una conducta ha de ser, en un Estado social y democrático de Derecho, objetiva: saber su necesidad para bienes jurídicos salvo que existan intereses prevalentes. Desde este prisma objetivo cabe decir lo siguiente: cuando el sujeto desconoce que actúa bajo los presupuestos objetivos de una causa de justificación, la imputación que se planteará será materialmente análoga a la de la tentativa iniciada punible, en la medida en que, *ex ante*, un espectador imaginario, dotado del conocimiento de la situación que tenía el autor al actuar, hubiera podido estar en el mismo error que éste.¹⁰ Existirá entonces peligro intersubjetivo *ex ante* de una situación objetivamente incorrecta que no llega a producirse y existirá por tanto todo el desvalor de la conducta *ex ante*, aunque la lesión típica resulte (*ex post*) justificada (falta de desvalor global de resultado).

19

Siendo así, resulta materialmente satisfactorio, pues, el tratamiento que propone un sector importante de la doctrina alemana para los casos de desconocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación: la aplicación analógica de la pena señalada a la tentativa.¹¹ Ahora bien, nuestro Derecho

8. Cfr. Gómez Benítez, Ejercicio del cargo, pp. 134 ss., 194; Illániz op. cit., p. 134; Rudolph, op. cit., p. 57.

9. Vid. infra, II 2. 1c.

10. Cfr. Mir Puig, Función, p. 89.

11. Cfr. en este sentido Jacchick, Tratado, p. 449; Rudolph, op. cit., p. 58; Gimbernat, Introducción, p. 51 (último frustrado imposible); Huerta Tociño, op. cit., pp. 121 ff.; Luzón Toña, en Cobo (dir.), Comentarios, V, 1º, p. 254; el mismo, Curso, pp. 485, 580 s., pero sólo en los últimos párrafos; Mir Puig, Función, p. 89 (no me refiero al Derecho positivo, sino a una solución materialmente conminante); Sainz Morán, Elementos subjetivos, pp. 93 ss.

ofrece otra vía de solución plenamente satisfactoria que no requiere acudir a la analogía: la estimación de la tentativa incompleta.¹² El hecho no está justificado en cuanto concurre el desvalor de la acción propio de su peligrosidad (peligro de una situación objetivamente indeseable), pero deberá atenuarse la pena por falta del desvalor global de resultado.¹³

20

El finalista ortodoxo propone la punición por delito consumado, sin atenuación, por entender que el elemento subjetivo es esencial para la justificación.¹⁴ Pero esta solución olvida la disminución de la gravedad del «desvalor del resultado», disminución que en cambio el Derecho positivo toma en cuenta rebajando la pena de la tentativa.¹⁵

21

Si la falta de conocimiento de los presupuestos objetivos de la justificación se da en un delito imprudente, deberá apreciarse también la tentativa incompleta correspondiente. Así, en el ejemplo que propone Luzón de unos empleados que llevan por la escalera de un edificio una viga, golpean y rompen por descuido la puerta de una casa y al hacerlo salvan sin saberlo a una persona agredida ilegítimamente por el dueño de la casa y que logra escapar a la agresión, no debe admitirse la excepción completa, como propone aquel autor,¹⁶ sino la existencia incompleta de legítima defensa. No puede considerarse que en este caso el dolo imprudente no se ha consumado y la excepción viene obligada por el hecho de que la ley no castiga la tentativa imprudente. La solución alemana de aplicar la pena de la tentativa por *analogía* cuando falta el elemento subjetivo de justificación no supone desconocer que se ha producido una efectiva consumación del delito. La consumación sólo depende de que se alcance la lesión típica —y ello ha de valer también para quien admita la teoría de los elementos negativos del tipo. La solución de la tentativa incompleta tiene la ventaja de permitir distinguir con más

12. Esta vía tiene además la ventaja de que permite resolver de forma sencilla los posibles casos de falta de elemento subjetivo de justificación cuando el tipo (positivo) no llega a consumarse. La solución de la tentativa tendrá que afrontar la dificultad de apreciar en tal caso por partida doble la atenuación de la tentativa. No plantea esto problema aplicar en este supuesto la tentativa incompleta a la tentativa. Por otra parte, evidencia la necesidad de atenuar la pena también en el caso de que al desconocimiento de los presupuestos objetivos de la justificación tenga lugar en un tipo imprudente. Ver lo que se dice sobre esto más abajo.

13. En contra de la aplicabilidad de la tentativa incompleta que propongo Maqueda Abreu, La Ley, 11 marzo 84, p. 8. También en contra Sainz Morán, Elementos subjetivos, pp. 87 ss. En esta obra entiendo que el resultado conlleva el punio de partida del tipo legal del delito y, también, del tipo legal de las tentativas. Éste parte de la descripción de situaciones objetivas resultantes. Cuando concurren estas ya la base conceptual de la tentativa de que se trate y la posibilidad de afirmar, por tanto, su concurrencia incompleta al falta algún otro elemento. Admite la solución de la tentativa incompleta a los casos de falta elemento subjetivo de justificación Valle, Elemento subjetivo, pp. 119 ss. Propone también una atenuación de la pena Trifflinger, AT, Kap. 11 n.º 50.

14. Vid. el análisis de las posiciones finalistas de Gómez Benítez, op. cit., pp. 163 ss. (este autor se inclina por esta solución de la pena íntegra del delito consumado); p. 175 s. También en Córdoba, Comentarios, I, pp. 247 ss., 253, 258; Miquelada, La Ley, 11 mayo 84, pp. 6, 8 s.

15. En contra de la estimación de un delito consumado alega con razón Roxin, AT, §14/103 (3º ed.), que obligaría a admitir legítima defensa para el agresor inicial. La negación de ésta, única solución justa, presupone que se niegue al carácter de «agresión» a la actuación objetivamente necesaria para impedir la primera agresión. Ello es posible si se reconoce que dicha actuación no encuentra su desvalor de resultado en la lesión propia del delito consumado correspondiente (puesto que dicha lesión es necesaria para impedir la agresión inicial), sino en un desvalor de peligro paralelo al de la tentativa inicial. Vid. infra, II, 2. A. s. c.

16. Cfr. Curso, pp. 513, 518.

claridad la cuestión de la tentativa —súplica en los delitos imprudentes— y de la subsistencia del dolo de acción cuando falta el elemento subjetivo de justificación —situación que puede darse en un tipo imprudente igual que en uno doloso.

22 5. La suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación constituye un error sobre el tipo negativo (es decir: sobre el supuesto de hecho típico de una causa de justificación, como cuando alguien cree erróneamente que es objeto de una agresión ilegítima) y debe tratarse, por tanto, como una especie de error de tipo (en este caso, de tipo negativo). Si la suposición es objetivamente invencible determinará la impunidad, y si es objetivamente vencible, la aplicación de la imprudencia (art. 14,1 CP). Debe rechazarse la opinión contraria del finalismo (teoría estricta de la culpabilidad), que considera presente en estos casos un error de prohibición (como error de permisión). Sólo concurrirá un tal error de permisión cuando el sujeto crea erróneamente que le asiste una causa de justificación que en realidad *el Derecho* no admite, o cuando yerra sobre los límites *normativos* de una causa de justificación admitida legalmente (cfr. sobre esto más ampliamente *infra*, Lección 21, II 2).

23 El carácter vencible o invencible de la suposición errónea debe decidirse en función de la situación *ex ante*, esto es, retrotrayendo la observación al momento de la actuación del sujeto desde la perspectiva de un espectador ideal en la posición del autor, no en base a un juicio *ex post* que cuente con todos los datos que cabe tomar en consideración después del hecho. Bastará, pues, para la justificación por error invencible (exclusión de injusto doloso o imprudente) ¹⁷ el *examen cuidadoso* de la situación por parte del sujeto antes de actuar.

Ejemplo: Ante una situación de necesidad y creyéndolo necesario para salvar el buque, el capitán del barco ordena arrojar al mar parte del cargamento tras un examen todo lo cuidadoso que permite la urgencia de la situación. Con posterioridad se demuestra que el barco se hubiera salvado sin necesidad de prescindir de la carga arrojada. El capitán actuó justificadamente.

25 Cuestión distinta, aunque relacionada, es la de si la propia concurrencia *objetiva* de los presupuestos de las causas de justificación debe decidirse desde un punto de vista *ex ante* (en el momento de la acción) o *ex post* (con posterioridad, a la vista de los datos que luego se advierten). La doctrina tradicional parte de la perspectiva *ex post*, asimismo respecto a algún requisito particular —como el de «necesidad racional» de la defensa en la legítima defensa—. Una corriente actual, en parte vinculada al finalismo, ¹⁸ sostiene en cambio la necesidad de

17. Ello no supone la exclusión del «tipo (positivo) doloso o imprudente, pero sí que el mismo constituye un injusto doloso o imprudente. Sobre la distinción de «tipo-doloso» e «injusto doloso» cfr. supra, Lec. 10/66.

18. Así, desde el finalismo, Armin Kaufmann, *Waldz-Fest.*, p. 401. Pero también desde una concepción estrictamente objetiva del injusto Cobarr-Vives, FC, p. 430.

generaliz., al punto de vista *ex ante*. Según esto, si *ex ante* aparecían como concurrentes los presupuestos de una causa de justificación (así, por ejemplo, la agresión legítima), deben sólo estimarse como efectivamente presentes, sin necesidad de acudir a apreciar un error (inven-cible), aunque *ex post* resulte desvirtuada la apariencia inicial. La cuestión tiene importancia dogmática si se entiende que la suposición errónea invencible de los presupuestos de una causa de justificación no excluye el injusto, sino sólo la culpabilidad —como sostiene la teoría estricta de la culpabilidad del finalismo—, pues la perspectiva *ex ante* permitirá, en cambio, afirmar la objetiva justificación. Mas la cuestión pierde trascendencia si, como aquí, se admite que también la suposición errónea objetivamente invencible de los presupuestos de una causa de justificación excluye la antijuridicidad (error de tipo negativo invencible). En todo caso, quien actúa correctamente según los datos existentes en el momento de su acción, no puede obrar antijurídicamente. ¹⁹ Ahora bien, en cualquier caso parece preferible mantener la distinción entre los casos en que concurren efectivamente los presupuestos objetivos típicos de una determinada causa de justificación y aquellos otros en que existe únicamente su suposición errónea invencible. En éstos la eximente imaginada (la causa de justificación en sentido *stricto*) no concurre realmente, sino sólo como *eximente putativa*. La distinción tiene efectos si se considera que una eximente putativa no genera en el sujeto sobre quien recae sus efectos lesivos (p. ej., el supuesto agresor) el mismo grado de deber de tolerancia que una causa de justificación real. Así, mientras que el verdadero agresor ilegítimo no puede oponerse en absoluto a la defensa necesaria, el supuesto agresor no puede alegar legítima defensa frente al que actúa en error invencible, pero sí puede oponerse dentro de los límites del estado de necesidad defensivo. ²⁰

26 Cuando la suposición errónea de los presupuestos típicos de una causa de justificación no es objetivamente invencible, pero sí *personalmente* invencible, subsistirá la antijuridicidad, pero faltará la infracción personal de la norma primaria.

6. Cuando falta alguno de los requisitos no *fundamentales* de una causa de justificación, puede proceder una atenuación especial. Se habla entonces de una «eximente incompleta», que conduce a la *atenuación* de la pena en *uno o dos grados* por debajo de la pena señalada por la ley (art. 21, 1º en relación con art. 68 CP) ²¹, lo que supone una disminución de la pena mayor que la prevista para las atenuantes ordinarias —que sólo determinan la imposición de la pena señalada al delito en su mitad inferior (art. 66, 2º CP)—. La determinación de las causas de justificación que pueden conducir a una eximente incompleta se efectuará con relación a cada una de aquéllas. También se examinará entonces la cuestión más problemática en esta materia: la determinación de los requisitos no *fundamentales* cuya falta puede dar lugar a la respectiva eximente incompleta. Pero aquí debe establecerse el criterio general que ha de servir de guía para decidir qué requisitos de una eximente son *fundamentales* y cuáles no lo son.

19. Así, refiriéndose a la necesidad objetiva *ex ante* como criterio de justificación, Gómez Benítez, op. cit., p. 292.

20. Así, con sólidos argumentos, Baldo, Estado de necesidad, *passim*.

21. Cfr. Córdoba Roda, Eximentes incompletas, *passim*.

La ley no ofrece tal criterio, sino que se limita a considerar como atenuantes (de efectos especiales) los supuestos en que «no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos» (art. 21, 1º CP). Ahora bien, esta redacción obliga a admitir la extensión incompleta siempre que, faltando algún elemento de una eximente, exista la *base conceptual* de la eximente que permita decir que concurre *una parte* de la misma. Deberá negarse la extensión incompleta cuando los requisitos que falten sean tan fundamentales que hagan desaparecer por completo, y no sólo de forma parcial, la eximente.

28

Ejemplo: La agresión ilegítima es un elemento fundamental de la legítima defensa, porque sin agresión ilegítima no puede hablarse de ninguna clase de legítima defensa, ni completa ni incompleta. Sin dicho elemento no puede apreciarse ni esta eximente completa, ni la atenuación que supone estimarla como eximente incompleta. En cambio, al concurrir agresión ilegítima y necesidad de defenderse pero existe un exceso en la intensidad de la defensa empleada, no cabe la eximente completa, pero sí una eximente incompleta, porque existe una base de legítima defensa.

29

→ 7. La ausencia de antijuridicidad tiene importantes efectos.²² Aparte de determinar la exclusión de responsabilidad penal, la justificación del hecho conlleva ciertas consecuencias específicas que, en cambio, no supone la sola imposibilidad de imputación personal al autor:

30

A) Mientras que no es precisa la posibilidad de imputación personal al agresor para que quepa frente a él legítima defensa, ésta no es posible contra un hecho justificado (p. ej. STS 271/2005 de 28 febr.).

31

B) Aunque cabe la participación en el hecho no imputable personalmente a su autor, no es posible cuando el autor actúa justificadamente (principio de «excepcionalidad limitada» de la participación). En cambio, sí cabe la *autoría mediata* por parte de quien utiliza a otra persona como instrumento que obra justificadamente.

32

C) No procede la imposición de las medidas de seguridad post-delictuales, a diferencia de lo que sucede cuando concurre el injusto aunque falte la posibilidad de imputación personal del hecho. Ello se debe a que la ley requiere como presupuesto de tales medidas la comisión de un «hecho delictivo» (art. 1º CP) o «infracción penal» (art. 20, 1º y 2º CP), términos que en su uso por el CP equiparados a «hecho típicamente antijurídico».²³

22. Cfr. p. ej., *Justicia*, *Tramador*, p. 422; *Justicia*, *Defensa*, PG p. 483; *Cobo Vives*, PG, pp. 424; *Baldó*, *Estado de necesidad*, pp. 176 ss., 323 ss.

23. Cfr. *Mir Puig*, ADPCP 1973, 322 ss.

D) La justificación puede excluir la responsabilidad civil derivada de delito, 33 cosa que no ocurre cuando sólo falta la imputación personal (art. 118 CP). Quien se ha defendido legítimamente no tiene obligación de indemnizar civilmente al agresor lesionado. No obstante, el injusto no es siempre presupuesto necesario de la responsabilidad civil.

34

Ésta se basa en un *dóno económico* que no se considera justo que deba soportar la víctima, y un *dáño* de estas características puede subsistir pese a la licitud de la conducta. Ni la falta de tipicidad ni la justificación suponen siempre la ausencia de *todo* daño. Pléñase en los casos de error invencible, que según el art. 118, 2º CP, no excluye la responsabilidad civil. Así aunque el hecho esté justificado por estado de necesidad, «serán responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya prevenido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado» (art. 118, 1.ª regla 3ª CP). En este caso no es precisa ni siquiera la tipicidad positiva, sino sólo el perjuicio evitado. Ello se debe a que la responsabilidad civil no es una sanción impuesta a consecuencia de una conducta antijurídica, sino una forma de restablecer una situación económica anterior.

35

Como se ve, la distinción de antijuridicidad e imputación personal no sólo 35 posee un significado teórico, sino también importantes consecuencias prácticas.

36

8. Es posible que el hecho típico no llegue a estar justificado pero se produzca 36 en una situación tal de conflicto de intereses que resulte hasta tal punto disminuido que el resto de injusto subsistente resulte *insuficiente* para que merezca ser castigado *penalmente*. Pléñese, por ejemplo, en casos mínimos en la defensa, que impiden apreciar la eximente de legítima defensa, como el de revolvase levemente (así, mediante un empujón) contra el agresor una vez concluida la agresión (faltaría aquí la «actualidad» de la agresión y, por tanto, toda necesidad de defensa: Cfr. *infra*, 1 B b). En tal caso no sería suficiente la atenuación prevista para las eximentes incompletas, sino que es necesaria una construcción que permita negar el carácter punible del injusto. Günther²⁴ ha propuesto, por ello, distinguir entre justificación (exclusión del injusto) y exclusión del injusto *penal* (esto es, del carácter penal del injusto). La segunda no hace desaparecer el carácter antijurídico del hecho —lo que podría tener efectos en otros sectores del Derecho, como en orden a la responsabilidad civil—, pero sí su naturaleza penal. Del mismo modo que el tipo penal no se refiere a todo posible injusto, sino sólo a los que alcanzan la gravedad suficiente para ser contemplados por el Derecho penal, no sería preciso tampoco una plena justificación del hecho típico para que dejara de ser punible. No todo injusto ha de ser penal, porque el injusto penal ha de ser un injusto *cuantificado*. Ello puede fundarse en el principio de insignificancia, ya ampliamente admitido como criterio interpretativo limitador

24. Cfr. Günther, *Stm*, *Rechtswidrigkeit*, *passim*; el mismo, SK StGB 1998, antes de § 32/34 ss. Crimamente Diez Ripollés, ADPCP 1991, pp. 747, 749. En principio de acuerdo, aunque con otra terminología, Laredo, *Crim*, pp. 353 s., 377. Sobre todo esto vid. también, Baldó, *Estado de necesidad*, p. 278, nota 628.

germánico, en cambio, la legítima defensa se fundamentó desde la perspectiva colectiva de defensa del orden jurídico. Al defenderse, el individuo representaba a la comunidad. De ahí que cualquiera —no sólo la víctima— pudiera dar muerte al ladrón sorprendido *in fraganti*.²⁵

39 B) Ambos aspectos —Individual y colectivo— se hallan hoy en la base de la legítima defensa.²⁶ Así, en el CP el principio individual se manifiesta en el hecho de que sólo se permite la defensa de bienes individuales, mientras que no la de bienes colectivos (p. ej., no es lícito defender la seguridad interior del Estado o la Administración de Justicia: sólo cabe la defensa de la propia persona o derechos; o los de un pariente o «extraños»). Se ha dicho también que el punto de vista individual juega un papel en el principio básico de la legítima defensa según el cual es lícita toda defensa que resulte necesaria, aunque el bien que con ella se lesione sea objetivamente más valioso que el que se defiende.²⁷ Mas este principio encuentra mejor fundamento en el aspecto colectivo de la legítima defensa. Desde el prisma exclusivamente individual podría considerarse tan importante el punto de vista del agresor como el del defensor, lo que conduciría a resolver el conflicto en favor del bien más valioso (ponderación de bienes, proporcionalidad estricta). Pero ello sería desconocer el significado colectivo de la legítima defensa. *Agresor y defensor no se hallan en una posición igualmente válida frente al orden jurídico. Mientras que el agresor niega el Derecho, el defensor lo afirma.* Siendo así, el Derecho se inclina a favor del defensor y, en principio, le permite lesionar al agresor en la medida en que resulte necesario para impedir que el injusto prevalezca sobre el Derecho. Ho aquí el fundamento del aforismo de cuño hegeliano que explica la esencia de la legítima defensa: «el Derecho no tiene por qué ceder al injusto». El TS expresa esta idea refiriéndose al principio del interés preponderante del que es agredido injustamente (cfr. p. 6), SSTs 332/2000 de 24 febr., 470/2005 de 14 abr., 962/2005 de 22 jul. y 1233/2005 de 26 oct.).

40 ¿En qué relación se encuentran el aspecto individual y el colectivo de la legítima defensa? Importa evitar la impresión de que se trata de una mera mezcla desarticulada de dos principios antagónicos. El elemento colectivo, de defensa y afirmación del orden jurídico, constituye el fundamento específico de la legítima

25. Cfr. Ischebeck, pp. 499 s.

26. Cfr. Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 58 ss. y, fundamentalmente, personalismo, pp. 79 ss.; Rodríguez Mourullo, Legítima defensa, p. 60. Siglosímbolos incluso en su terminología, suaga el doble fundamento, individual (emoción de defensa de los bienes jurídicos atacados) y extraindividual (prevalencia del Derecho), la STS 19 dic. 79. También STS 13 abr. 87. También así Rozán, CPC 1982, pp. 299 ss.; KÖN, Strafrecht, AT, 3ª ed., 7/11, 7/13, incluyendo también el principio de responsabilidad del agresor por su conducta agresiva y por la situación de peligro, 7/14.

27. Cfr. Ischebeck, Tratado, p. 460. Más matizadamente, Rozán, CPC 1982, pp. 299 s., añade el fundamento colectivo de la defensa del Derecho.

defensa, que distingue esta figura del estado de necesidad. El elemento individual es el que otorga legitimación al particular para desempeñar en nombre del Estado la función de afirmación del Derecho. Podría decirse, según esto, que la legítima defensa encuentra su razón de ser en la *defensa del Derecho en el marco de los bienes jurídicos individuales*.

41 C) La evolución doctrinal actual apunta hacia una cierta restricción de la legítima defensa.²⁸ Ello es producto de la acentuación, en un sentido realista, de la dimensión social de la legítima defensa, y resulta en todo caso coherente con el paso del Estado liberal al Estado social.²⁹ Así, se tiende a restringir la posibilidad de legítima defensa en los casos en que ésta conduciría a la lesión de bienes del agresor de mucha mayor importancia que los bienes a defender (casos de *extrema desproporción*), y cuando el ataque procede de *sujetos a quienes no puede imputarse personalmente el hecho* (niños, enajenados, etc.). En todos estos supuestos se viene a pedir que el atacado se limite a *esquivar o rebuñir* la agresión.³⁰ Se aprecia aquí una progresiva toma en consideración de la persona del agresor y la introducción paralela de la idea de que la contemplación de ambas partes pueda conducir al Derecho a aceptar su vulneración antes que la lesión del agresor en ciertas condiciones extremas. Late tras todo ello el tránsito del *idealismo* liberal decimonónico al *realismo* propio del Estado social de nuestros días. Desde el prisma idealista el agresor supone sólo la negación del orden jurídico, mientras que desde la perspectiva de la realidad social sigue siendo una persona cuya lesión constituye un mal real, que puede estar justificado pero que a ser posible sería preferible evitar.

2. Requisitos

42 La estructura fundamental de la legítima defensa, tal como se contempla en el art. 20, 4º CP, requiere obrar en defensa de una persona o derechos concurriendo agresión ilegítima (requisito primero) y necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelearlo (requisito segundo). El análisis de esta estructura puede girar en torno a los dos elementos siguientes: a) Una agresión

28. Cfr. Rozán, CPC 1982, pp. 297 ss. También los trabajos de Haldé, Courakia, Hensemer, Kratsch, Krause, Kroy, Mirzan, Sedman y Schumann etc., en la bibliografía.

29. Cfr. F. Chr. Schneider, *Maunich-Fest*, pp. 127 ss.

30. Cfr. Ischebeck, *Tratado*, pp. 470 ss.; Rozán, *Folleto* univ. pp. 373 s., y CPC 1982, pp. 298-307 ss. Según Rodríguez Mourullo, Legítima defensa, pp. 63 ss., seguido por la STS 19 dic. 79, el principio de proporcionalidad sería un límite de la legítima defensa, impidiéndola en casos extremos. Favoreble de leg. favorece a negar la legítima defensa frente a inculpables Luzón Peña (vid. infra nota 44). Sin embargo, la jurisprudencia española restringe demasiado el derecho de defensa, más allá de lo que permite la ley: cfr. Corzo, ADPCP 1991, pp. 905 ss.

ilegítima; b) Una defensa necesaria. Además, el art. 20, 4º requiere que la agresión no haya sido provocada por el defensor (requisito tercero).

A) Agresión ilegítima

a) La agresión

43 aa) La agresión se ha entendido tradicionalmente por la jurisprudencia del TS como acometimiento físico contra la persona.³¹ La evolución actual de la jurisprudencia tiende a admitir también ataques a bienes inmateriales, como la honestedad (ya en STS 15 oct. 43) y el honor (SSTS 18 en. 60, 11 oct. 67, 14 dic. 70, 12 feb. 79), antes excluidos.³² Mas una cosa es el concepto, material o inmaterial, de agresión, y otra la cuestión de qué bienes jurídicos son defendibles: que se haya extendido el elenco de éstos no significa siempre que se amplíe el concepto mismo de agresión, y así el TS sigue exigiendo en la misma un *acto de fuerza* (STS 21 abr. 80).³³ No obstante, algunas SSTS prescinden de tal exigencia material (así SSTS 1708/2003 de 18 dic., 470/2005 de 14 abr., 1147/2005 de 13 oct., 1253/2005 de 26 oct., 1131/2006, de 20 nov. y 1172/2006 de 28 nov.).³⁴

44 Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la concepción materialista de la agresión resulta inadmisibles.³⁵ Según el Diccionario de la Real Academia, el término «agresión» puede entenderse no sólo como «acometimiento físico», —primera acepción—, sino también como «acto contrario a Derechos» —segunda acepción—. Por otra parte, el CP admite tanto la defensa de la persona como la de sus derechos, como dos alternativas en pie de igualdad que han de poder darse independientemente la una de la otra. Esto último no es posible si se requiere siempre el acometimiento físico, pues aunque tenga lugar para atacar otros derechos, su exigencia siempre supondrá la necesidad —*contra legem*— de que en todo caso resulte atacada la persona, o lo que es lo mismo: la imposibilidad de defender sólo los derechos.³⁶

45 bb) La respuesta a esta cuestión, del carácter necesariamente material o no de la agresión, condiciona el sentido de la regulación especial de la agresión a la

31. Cfr. Magaldi, *Legítima defensa*, pp. 29 ss.; Lázaro Peña, *Legítima defensa*, pp. 132 ss. También en SSTS 22 en. 87, 2 nov. 88.
32. Cfr. Córdoba Roca, *Comentarios*, I, pp. 219 s.
33. Cfr. Magaldi, *Legítima defensa*, pp. 33 ss., 39 ss., en donde recoge SSTS que exigen el acometimiento material incluso para la legítima defensa del honor. También STS 12 julio 94.
34. Cfr. Lázaro, *Curso*, p. 398.
35. Por todas cfr. Lázaro Peña, *Legítima defensa*, pp. 33 ss.; Magaldi, *op. cit.*, pp. 40 y 43.
36. Así Rodríguez Devesa, *YO* p. 339. De acuerdo Gubernat, *Introducción*, p. 34.

propiedad y a la morada contenida en el inciso segundo del requisito primero del art. 20, 4º CP:

«En caso de defensa de los bienes, se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya *delito o falta*³⁷ y los ponga en *grave peligro* de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias se reputará agresión ilegítima la *entrada indebida* en aquélla o éstas».³⁸

47 Este inciso procede de 1944. Su introducción habría tenido un sentido restrictivo de la legítima defensa si la agresión abarcara también los ataques inmateriales, como parece correcto interpretar. Tendría, en cambio, una finalidad extensiva de la legítima defensa desde el primer grado de la interpretación materialista de la jurisprudencia.³⁹ Posiblemente tuvo esta finalidad extensiva, a juzgar, por una parte, por la mayor protección de la propiedad, mediante penas más graves, que dispensó el CP 1944 por razones políticas evidentes; y, por otra parte, porque no se explicaría bien que se quisiera limitar la legítima defensa de la morada, tan afirmada en las leyes fundamentales del régimen franquista, cuando el verdadero problema eran las injurias o la honestedad. Pero la finalidad del legislador no es siempre la que resulta expresada en la ley, y la reforma no fue suficientemente explícita para modificar el alcance que, como se ha visto, impone a la agresión la doble alternativa de «defensa de su persona o derechos».

48 cc) Para que exista una «agresión» no es necesario que se llegue a la consumación de una lesión. Basta el *irritio idóneo* de tal lesión (Cfr. STS 29 en. 98). Sobre la cuestión del momento a partir del cual dicho intento puede ser objeto de legítima defensa, y sobre cuándo la consumación efectiva de la lesión impide ya dicha defensa, ver lo que se dice más adelante sobre la *actualidad* de la agresión. Aquí importa precisar que no constituye agresión la tentativa inidónea (p. ej., disparar con una pistola descargada), ni el supuesto materialmente análogo de la defensa objetivamente necesaria efectuada sin conocimiento de su necesidad (alta de elemento subjetivo de justificación).⁴⁰

49 dd) Por lo que se refiere al aspecto subjetivo de la agresión, ¿requiere ésta propósito lesivo? Para que concorra una «agresión» que pueda ser calificada de «ilegítimas», es preciso al menos que se halle consultada por un comportamiento humano. Será necesario, pues, que concorra una voluntariedad no excluida por fuerza irresistible, inconsciencia o actos reflejos.⁴¹ Más discutible es si dicha voluntariedad debe dirigirse a agredir al defensor (agresión dolosa)

37. Véase infra b).

38. El texto introducido en 1944 añadió «durante la noche o cuando reduquen en lugar solitario»; pero este inciso final se suprimió por la reforma de junio de 1983.

39. Cfr. Lázaro Peña, *Legítima defensa*, p. 449; Magaldi, *op. cit.*, pp. 167, 187.

40. Cfr. Ruz, *AT*, § 14/102 y § 13/9; Balbué, *Estado de necesidad*, pp. 263 ss.

41. Por todos Lázaro Peña, *Legítima defensa*, pp. 142 ss., aunque reconoce que es insatisfactoria la solución que ello supone en los casos de ataque de una persona sin acción: que sólo cabe justificar la defensa (tenida a ella por estado de necesidad), con el límite estricto consiguiente de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar (art. 20, 5º primer CP). Por ello propone esta autor la introducción en nuestro Derecho del estado de necesidad «funcional» del § 228 BGB Alemán, que permite llevar la

o si basta que se dirija a cualquier otra meta. La jurisprudencia y un sector de la doctrina exigen que la agresión sea dolosa, lo que excluiría la posibilidad de agresiones imprudentes. Se acude para justificarlo al argumento de que la palabra «agresión» implica de suyo la necesidad de ánimo agresivo, y se alega la incompatibilidad práctica entre la estructura de la legítima defensa y de la agresión por imprudencia.⁴² Pero ninguna de ambas razones es convincente para sustraer la posibilidad de legítima defensa a quien se ve objeto de una agresión imprudente: ni el término «agresión» excluye literalmente la posibilidad de imprudencia, ni cabe descartar la posibilidad práctica de una agresión imprudente que permita una legítima defensa según los requisitos legales.⁴³ Piénsese que si el mal causado en la defensa es mayor que el que se quería evitar no cabría aplicar la eximente de estado de necesidad (art. 20, 5°).

b) La ilegitimidad de la agresión

50 «Agresión ilegítima» equivale a agresión antijurídica. Ello significa que no basta que sea *lícita*, pero también que no es preciso que sea *personalmente imputable* a su autor: cabe también legítima defensa frente a la agresión antijurídica de un inimputable o de quien actúa bajo una causa de exculpación.⁴⁴ Siendo el dolo o la imprudencia elementos que condicionan el injusto en nuestro esquema finalista, la agresión ilegítima deberá ser dolosa o imprudente. No cabrá legítima defensa frente a una agresión en caso fortuito, pues tal agresión no será antijurídica.⁴⁵

51 La doctrina española discute la cuestión de si la antijuridicidad de la agresión debe ser de carácter *penal* (esto es, si la agresión tiene que constituir una infracción penal o no). Para la agresión a los bienes el CP requiere que constituya «delito o falta», esto es, una «infracción penal».⁴⁶ Cabe deducir de ello,

defensa más lejos que nuestro estado de necesidad: cfr. Mir Puig, *Adicciones*, p. 477; pero también cabe, en su caso, modo insuperable (art. 20, 6° CP).

42. Así Luzón Peña, *Legítima defensa*, pp. 117 ss., con referencias. También Baldo, *Estado de necesidad*, pp. 281 ss., aunque por razones axiológicas. En contra, sin embargo, un sector importante: cfr. Córdoba Roda, *Comentarios*, I, pp. 241 s.; Magaldi, *op. cit.*, pp. 130 s.; Quintana Ripollés, *Tratado*, I (1972), p. 639; Rodríguez Domínguez, *PG*, p. 342 nota 51.

43. Cfr. Mir Puig, *Adicciones*, p. 478.

44. Así Magaldi, *op. cit.*, pp. 70 ss.; Roxin, *AT*, § 15/14; Baldo, *Estado de necesidad*, pp. 304 ss.; Luzón Peña, *Legítima defensa*, pp. 195 ss. (aunque propone de lege ferenda que la ley exija que la agresión no sólo sea antijurídica, sino también culpable: el mismo, en Cobos [Luzón], *Comentarios*, p. 230).

45. Cfr. Luzón Peña, *Legítima defensa*, pp. 231 ss.; Magaldi, *op. cit.*, p. 31; Roxin, *AT*, § 15/14; Baldo, *Estado de necesidad*, pp. 280 ss.

46. Bajo la vigencia del CP anterior esta interpretación era más discutida, por cuanto el anterior art. 8, 4° exigía que la agresión a los bienes constituyera «delito» (sin añadir, no fallos). Sin embargo, un sector de la doctrina entendía ya aquel término en el sentido amplio de infracción penal y derivaba la misma conclusión a *sensu contrario* (en este sentido la edición anterior de este libro, p. 464; Magaldi, *op. cit.*,

a *sensu contrario*, que las agresiones que no afecten a los bienes no han de ser necesariamente infracciones penales (por ejemplo: bastará una agresión a derechos protegidos sólo civilmente, como la utilización de la imagen de una persona sin su consentimiento).⁴⁷

c) Actualidad de la agresión

52 Aunque la letra de la ley se limita a exigir que la agresión sea «ilegítima», del segundo elemento fundamental de la legítima defensa, la necesidad de defenderse, se deriva la necesidad de que la agresión sea también *actual*.⁴⁸ Es éste, pues, un requisito «puente» entre la agresión y la defensa. En efecto, si el CP exige que se actúe «en defensa de la persona o derechos», será necesario que ya *haya o todavía haya*, posibilidad de defensa, o lo que es lo mismo, que sea posible evitar la lesión del bien jurídico amenazado. Ello exige que la agresión suponga ya un peligro próximo y que dicho peligro no haya desaparecido al convertirse en lesión consumada y agotada. Esto es lo que significa que la agresión debe ser actual.

53 Importa subrayar que fallará esta nota cuando la víctima ha sido ya objeto de la lesión perseguida y es tarde ya para evitarla. El requisito de actualidad de la agresión distingue la defensa de la venganza. Sólo la primera se permite al particular; el castigo se halla reservado al Estado.

54

Ejemplo: El agresor ha logrado su propósito de huir a su víctima y se dispone a abandonar el lugar de los hechos. Si la víctima dispara sobre él por la espalda cuando ya se marchaba, no actúa en legítima defensa (*excessu extemporaneo*). En este sentido la STS 25 abr. 79 denegó la legítima defensa, tanto completa como incompleta en un caso en que la agresión con una barra de hierro ya había cesado cuando tal procesado recurrente, ayudado por un hijo suyo de quince años, logró dominar y desarmar al agresor, de 66 años, al que después de todo esto golpeó. En cambio, cabe aún legítima defensa frente al ladrón que huye con el botín, pues aún existe posibilidad de defender los bienes arrebatados.

pp. 83 ss., alegando razones de Política criminal y citando a favor la doctrina: cfr. también STS dic. 79. En contra Luzón Peña, *Legítima defensa*, pp. 454 ss. 524 ss., con argumentos materiales imperiosamente, pp. 518 ss. Cfr. también en este sentido Gimbernat, *Introducción*, pp. 55, nota 84, y la jurisprudencia. (Sobre ésta ver Luzón, *op. cit.*, pp. 462 s. y Magaldi, *op. cit.*, p. 187).

47. Así ya antes de 1985 p. de Córdoba Roda, *Comentarios*, I, p. 242; Díaz Pablos, *Legítima Defensa*, pp. 52, 58; Magaldi, *op. cit.*, p. 44.

48. Cfr. Magaldi, *op. cit.*, pp. 34 ss. (dolo y jurar. undinimo). La STS 30 mar. 87 habla de agresión actual o inminente, y la STS 5 abr. 89 declara que no es preciso esperar a que la agresión se termine que basta con que el ataque se asegure o preveiga como muy próximo o inmediato. Sobre ello y también sobre la llamada legítima defensa preventiva, véase, Baldo, *Estado de necesidad*, pp. 284. Véase también SSTS 1252/2001 de 26 jun., 1861/2001 de 17 oct., 2442/2001 de 18 dic., 399/2003 de 13 mar., 411/2003 de 17 mar., 618/2003 de 20 jun., 1466/2003 de 7 nov., 445/2004 de 2 abr., 1147/2003 de 13 oct., 1151/2006 de 20 nov., 1172/2006 de 28 nov. y 973/2007 de 19 nov.

d) El problema de la riña

55 La riña mutuamente aceptada no da lugar a legítima defensa.⁴⁹ El TS ha fundamentado este principio, constantemente proclamado por el mismo, en la inexistencia de agresión o en la falta de voluntad defensiva en los participantes de la riña, cuyo ánimo sería precisamente el contrario, el de ataque.⁵⁰

56 Podría objetarse a esto que en la riña se dan agresiones y a ellas se responde, al menos en parte, con voluntad defensiva. Sin embargo, es cierto que la riña libremente aceptada no se inicia como respuesta a una agresión previa de una de las partes, sino por el acuerdo de dos partes ninguna de las cuales ha obligado a defenderse a la otra mediante una agresión. El caso paradigmático de una riña libremente aceptada es el del duelo. Aquí se advierte claramente que los dos participantes empiezan a atacarse el mismo tiempo. La primera acción de cada parte no es defensa ante una agresión previa. Los dos contendientes empiezan por agresión a la vez. No respondiendo ninguno de ambos a una agresión previa, sus actos inician en la riña (cf. STS 30 abr. 81). Esta ausencia de agresión previa y de necesidad de defenderse mediante los actos (agresivos) iniciales de la riña hace a éstos tan injustos como la agresión ilegítima individual y, consiguientemente, excluye la posibilidad de considerar justificados los actos posteriores de defensa, del mismo modo que el agresor legítimo individual no puede alegar legítima defensa frente a la reacción del agredido.⁵¹

57 La inmensa mayoría de riñas que se aceptan de forma verdaderamente libre suponen desde un principio la voluntad de agresión por ambas partes, lo que da lugar a la situación acabada de describir. Lujón sugiere que también es posible que alguien acepte libremente una riña pensando en mantenerse únicamente a la defensiva, en cuyo caso no podría decirse que su actuación no constituye verdadera defensa motivada por una agresión. No faltaría un elemento fundamental de la legítima defensa, sino sólo el elemento no fundamental de falta de provocación del defensor, por lo que subsistiría la posibilidad de apreciar la exigente incompleta.⁵²

58 En cualquier caso, la jurisprudencia reciente admite la posibilidad de que ciertos supuestos la existencia de riña no sea óbice a la legítima defensa, por lo que es preciso un análisis cuidadoso de cada caso «a fin de evitar que bajo su

49. Aquí no sobran que la aceptación de la riña es libre, no forzada, por ambas partes. Distinguido es el caso de la riña que una de las partes se ve obligada a aceptar y empuja con ánimo defensivo. 50. A veces el TS admite la imposibilidad física de establecer de quién partió la agresión: cf. Megaldí, op. cit., pp. 121 ss. Cf. además SSTS 1902/2006 de 13 dic., 2123/2001 de 15 nov., 399/2003 de 13 mar. y 397/2005 de 18 mar.

51. No es éste el caso cuando la única forma de evitar la riña sería huir o ceder ante determinadas condiciones, pues también se ve poder defenderse el derecho a permanecer donde uno está y a la libertad de actuación, bien que en el supuesto planteado sería necesario delimitar (como correctamente indica Luzón Peña, La Ley 1989, p. 495, y en Comenarías ib., p. 257.) Pero entonces ya no habría riña libremente aceptada.

52. Cf. Luzón Peña (en Cubo [dir.], Comentarios, V.º, p. 238; cf. mismo, La Ley, 1989, pp. 494 ss.; cf. mismo, Curso, pp. 203 s.

manto se oculte la prueba insuficiente con olvido del principio *in dubio pro reo*, que la aceptación implique la imposibilidad de despegarse del verdadero agresor, o que la aceptación sea rebasada por uno de los contendientes a causa de un acontecimiento desproporcionado y notorio...» (SSTS 1147/2005 de 13 oct., 1253/2005 de 26 oct., 1131/2006 de 20 nov. y 1172/2006 de 28 nov.).

La falta de cualquiera de las notas del concepto de agresión ilegítima y actual determina la imposibilidad de apreciar no sólo la exigente completa, sino también la exigente incompleta (art. 21. 1.º CP), pues tales requisitos son *juridamentales* y sin ellos no puede hablarse ni siquiera de legítima defensa incompleta (jurisprudencia constante).⁵³

B) Defensa necesaria

a) Bienes defendibles

El TS empezó limitando la legítima defensa a la vida e integridad física de 60 las personas, pero en ocasiones ha admitido además la defensa de otros bienes inmateriales como la *libertad sexual* y, sobre todo desde la S. 1 mayo 1958, el honor. Así la S. 12 febr. 79 admite legítima defensa en quien golpea a otro que le ha insultado considerando ésta la doctrina ya admitida del TS.⁵⁴ La reforma de 1944 introdujo, por otra parte, la referencia expresa a la *propiedad* y la *morada*. La STS 19 dic. 79 declaró la posibilidad de legítima defensa frente a «todos los bienes jurídicos puestos en trance de perecer o ser acometidos, dada la fórmula abierta y ejemplar contenida en el núm. 4.º del art. 8 CP» (CP anterior).

En realidad la letra de la ley no consiente más límite que el del que se trate de la persona o derechos de alguien. No cabe la defensa de bienes suprapersonales, como por ejemplo el orden público.⁵⁵ Más plausible parece la posibilidad de defensa del Estado o de sus derechos, puesto que también él posee personalidad jurídica. La dificultad radica, sin embargo, en el hecho de que también los bienes colectivos pudieran verse como propios del Estado. Las guerras civiles se presentan a menudo como defensa del Estado. Para evitar una tal aplicación de la legítima defensa, no pensada evidentemente para estos casos, se propone en la doctrina admitir la legítima defensa del Estado sólo con relación a aquellos derechos que posee con el mismo carácter que ostentan los derechos de otras personas jurídicas (por ejemplo: el patrimonio económico del Estado).⁵⁶

53. Cf. Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 128 ss.

54. Cf. Megaldí, op. cit., pp. 166 ss., 172 ss., 181 ss.; Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 240, 244; Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 384 ss.

55. Cf. Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 531 ss.; Megaldí, op. cit., p. 267.

56. Cf. Jescheck, Trauado, pp. 463 ss.; Megaldí, op. cit., p. 267.

b) Necesidad de la defensa

62 El CP exige que exista «necesidad racional del medio empleado para impedir o repelerla» (la agresión). Es precisa tanto la necesidad de defenderse de alguna forma (necesidad abstracta de la defensa), como la necesidad del medio defensivo concretamente empleado (necesidad de la concreta defensa). La distinción tiene consecuencias importantes: si falta toda necesidad de defenderse (necesidad abstracta), no cabe apreciar ni la legítima defensa completa ni la eximente incompleta (art. 21, 1º), puesto que falta un elemento fundamental de la eximente; si, en cambio, habiendo necesidad de defenderse, la defensa concretamente empleada es excesiva (exceso intensivo), podrá apreciarse la eximente incompleta (STS 26 jun. 73, 2 oct. 81, 30 nov. 94, 29 nov. 99).⁵⁷

63 Importa distinguir claramente el «exceso extensivo» del «exceso intensivo», puesto que el primero excluye tanto la legítima defensa completa como la incompleta, mientras que el segundo permite la eximente incompleta (SSTS 332/2000 de 24 febr., 1861/2001 de 17 oct., 86/2002 de 28 abr., 1581/2002 de 27 nov., 1630/2002 de 2 oct., 1372/2003 de 30 oct., 1708/2003 de 18 dic., 445/2004 de 2 abr., 1515/2004 de 23 dic., 962/2005 de 22 jul., 932/2007 de 21 nov. y 973/2007 de 19 nov.). El exceso extensivo se da cuando la defensa se prolonga durante más tiempo del que dura la actualidad de la agresión (cfr. *supra*, A c). El exceso intensivo supone, en cambio, que la agresión es actual pero que la defensa podría y debería adoptar una intensidad lesiva menor (SSTS 26 jun. 73, 2 oct. 81, 23 sept. 87, 29 abr. 88). El exceso extensivo es, pues, un exceso en la duración de la defensa, mientras que el exceso intensivo es un exceso en su virtualidad lesiva.

64 El TS ha elegido a menudo la falta de toda necesidad de defenderse para excluir la legítima defensa de «derechos», por existir posibilidad de recurso a los Tribunales.⁵⁸

65 Es discutible si la necesidad (abstracta) de defensa falta también cuando pudiéndose «impedir» la agresión, se espera a tener que «repelerla». En todo caso, la necesidad ha de ser «racional». Se entiende que tal adjetivo hace suficiente una necesidad aproximada, no estricta, para cualquier persona de las características del autor, colocada en su situación en el momento de defenderse (consideración *ex ante*).⁵⁹

57. Cfr. Magaldi, *op. cit.*, pp. 164, 214 s.; Rodríguez Mourullo, *Legítima defensa*, p. 57. Sin embargo, el exceso puede cubrirse por la eximente completa de miedo insuperable, si se dan los elementos de esta otra eximente (como estimaron las SSTS 332/2000 de 24 febr. y 1708/2003 de 18 dic.).

58. Cfr. Luzón Peña, *Legítima defensa*, p. 398, que se refiere también a un sector doctrinal español (pp. 403 ss.) que exige la irremediabilidad de la lesión; con razón estima Luzón que no debe confundirse la eximente que excluye la legítima defensa y la «razonabilidad», que no la excluye p. 407.

59. Cfr. Magaldi, *op. cit.*, p. 223, que recoge en este sentido, como ejemplo, la STS 26 en. 57. Así también Antón Ojeda, *PO* p. 247. De laica Rodríguez Mourullo, *Legítima defensa*, pp. 68 s., el carácter

66 *Ejemplo:* La defensa será racionalmente necesaria cuando la mujer clavó el cuchillo de cocina al ladrón que había forzado la puerta y no abalanzaba sobre ella con una navaja, aunque luego se comprueba que había en el lugar un jarro con el que hubiera podido golpear al intruso sin producirle la muerte. La urgencia del momento no permite esperar un examen frío de todas las posibilidades.

67 Palará la necesidad de la (concreta) defensa, cuando el sujeto pueda claramente utilizar un medio *interius lesivo*. Es incorrecto, sin embargo, decidir la cuestión mediante la sola comparación material de los instrumentos de ataque y de defensa, como ha solido hacer el TS, se por «medio empleado» debe entenderse no sólo el instrumento o arma, sino la modalidad de la defensa. Así, el medio puede resultar innecesario por exceso de la intensidad de la defensa.

68 *Ejemplo:* Aunque el agresor llevase también una navaja, la defensa no resultará necesaria si el agredido podía arajar fácilmente el ataque de otra forma menos lesiva en lugar de herirle mortalmente con el arma blanca que a su vez portaba. Viceversa, es posible que el agredido se encuentre en una situación de inferioridad que haga necesario que utilice un instrumento de defensa más peligroso que el agresor. Así, concretamente, la STS 26 marzo 80 admite legítima defensa cuando el agredido usa un cuchillo frente al agresor físicamente superior que sólo utiliza su fuerza.

69 Debe admitirse la existencia de necesidad abstracta siempre que la agresión obligue a hacer algo para impedirle, aunque pueda evitarse por medios no lesivos, como la huida, o requiriendo la ayuda estatal o de otra persona. Respecto a la huida, la opinión dominante no la considera exigible (la jurisprudencia irredicible la consideraba desahonrosa). Es cierto que ya el huir significa escapar una lesión de un bien jurídico como la libertad de estar donde uno quiera o de hacer lo que desea, por lo que no supone un medio de evitar por completo la agresión.⁶¹ Pero, si se acoge la tendencia actual a negar la legítima defensa en casos de extrema desproporción, no podrá admitirse que sea una defensa legítima el huir con grave lesión a otro cuando podía impedirse la agresión inicial aumentando el coste poco grave que supone la huida. Y digo coste poco grave porque en nuestra Sociedad el huir para evitar tener que lesionar gravemente al agresor no puede considerarse desahonroso como problemáticamente fuera en otro tiempo. La huida puede, pues, ser exigible para evitar una defensa que resultaría extremadamente desproporcionada. Ahora bien, no huir en tal caso no excluye la posibilidad de ulteriores incompleta, pues sólo fallará la necesidad concreta de la defensa. Lo mismo ocurrirá cuando pueda requerirse la intervención de la autoridad y ésta pudiese ofrecer una

objetivo de la racionalidad y cita así SSTS 14 febr. 80 y 7 oct. 71; así también Baldo, *Estado de necesidad*, pp. 106 ss. Insisten en el punto de vista ex ante las SSTS 332/2000 de 24 febr., 1861/2001 de 17 oct., 399/2003 de 13 mar., 614/2004 de 15 mayo, 470/2003 de 14 abr., 962/2005 de 22 jul., 823/2006 de 21 jul. y 973/2007 de 19 nov.

60. Cfr. Magaldi, *op. cit.*, pp. 219 ss. Siguen abducidos a una exigencia de proporcionalidad un cuento a los hechos, aunque matizada por la situación de agobio, SSTS 6 nov. 86, 11 abr. 88 y 3 mar. 89. Ver también STS 9 mar. 96. Muñira más concretamente la STS 24 feb. 2000. Ver también SSTS 16 nov. 2000 y 28 en. 2002.

61. Cfr. Luzón, *Curso*, pp. 606 s.

defensa más segura y menos lesiva. Esto último no sin... sucederá, por lo que no puede aceptarse sin más el pretendido carácter subsidiario de la legítima defensa.⁶²

c) *Elemento subjetivo de la defensa*

- 70 Como toda causa de justificación, la legítima defensa requiere el elemento subjetivo de justificación consistente en el conocer y querer los presupuestos objetivos de la situación. El sujeto debe saber que se defiende de una agresión ilegítima. Cabe interpretar en este sentido la expresión legal «el que obra en defensa de...» (SSTS 86/2002 de 28 en., 399/2003 de 13 mar., 1708/2003 de 18 dic., 470/2005 de 14 abr., 962/2005 de 22 jul. y 1253/2005 de 26 oct.)⁶³
- 71 Según la solución propuesta más arriba el desconocimiento de la situación de defensa haría aplicable la eximente incompleta, mientras que según la doctrina dominante en Alemania procedería la pena de la tentativa.⁶⁴

72 *Ejemplo:* Después de la discusión violenta, y iras habido dado la espalda a su adversario B. A se gira y dispara repentinamente sobre B, quedando sin saber que con ello evitaba que B lo hubiera hecho antes, pues por su posición no había advertido que B se disponía a dispararle.

73 No es preciso, además, que guíe al sujeto el ánimo de defensa. Puede obrar por motivos distintos como el de venganza u odio. Lo confirma el hecho de que antes de 1983 el art. 8. 6º CP sólo excluía tales situaciones para la defensa de extraños.⁶⁵

C) *La falta de provocación suficiente*

74 Requisito específico de la legítima defensa de la propia persona o derechos es la falta de provocación suficiente por parte del defensor (art. 20. 4º requisito tercero).

75 *Ejemplo:* Quien ha insultado gravemente a otro no puede defenderse legítimamente si es agredido levemente por éste.

76 Se ha visto el fundamento de este requisito en el verazur *in re illicita*⁶⁶ y, por tanto, en el pensamiento que hace responsable al sujeto, objetivamente de las consecuencias de su

62. Cfr. Luzón, Curso, pp. 598 s.

63. Así, Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 247 s., y Rodríguez Mourullo, Legítima defensa, p. 49.

64. Así, Rodríguez Mourullo, Legítima defensa, p. 55, propone tentativa imposible.

65. Ver nota 55 anterior.

66. Así, criticamente, Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 231 s.

actuación ilícita originaria. Pero el sentido del verazur *in re illicita* es atribuir al sujeto las consecuencias imprevisibles de su actuación ilícita, de modo que el requisito que ahora examinamos sólo respondería a este principio en cuanto permitiera castigar lesiones imprevisibles para el defensor. Ello no es así en el momento de la defensa. Tampoco lo será en el momento de la provocación si cabe contar con la reacción agresiva del provocado. Sin embargo, es claro que no resulta plausible que se haya provocado al agresor de cualquier modo para perder el derecho a la defensa. El Derecho puede reprochar, al no es lícito, la provocación, pero es preciso algo más para que sea justo obligar a soportar una agresión antijurídica o exponerse a ser castigado. Ahora bien, hay que hacer las siguientes puntualizaciones:

En primer lugar, según la opinión dominante el requisito de falta de provocación no tiene el carácter de fundamental, por lo que si sólo falta el mismo cabe la atenuación propia de la eximente incompleta.⁶⁷

En segundo lugar, la ley sólo excluye el requisito si la provocación es «suficiente». Para determinar cuándo lo es, se siguen distintas vías.⁶⁸

El TS exige la adecuación de la provocación en orden a explicar la reacción mediante la agresión (SSTS 2442/2001 de 18 dic. y 399/2003 de 13 mar.). La provocación suficiente se considera equivalente a la «provocación adecuada» que antes de 1983 el art. 9. 5º CP contemplaba atenuante para el agresor.⁶⁹ Tal planteamiento no elimina, sino que sólo restringe, los efectos indeseables del presente requisito. Lo consiguio, pero a costa de eliminar la necesidad del mismo, la solución que propone un sector doctrinal español: para que la provocación excluya la legítima defensa debe hacer justo la reacción, es decir, tiene que constituir una verdadera agresión ilegítima que justifique como defensa necesaria la reacción del provocado.⁷⁰ Es evidente que, así limitado, el requisito examinado sería innecesario, pues aun sin él sería innegable que el provocador no puede defenderse cuando a su vez el provocado se está defendiendo legítimamente de él (faltaría la agresión ilegítima por parte del provocado). Esta anulación de la necesidad del requisito se ha juzgado insatisfactoria por la doctrina.⁷¹ Afirmando en contra de la restricción propuesta el argumento de que chocaría con el derogado art. 8. 3º CP el cual admitía la legítima defensa de un pariente aunque el defendido hubiera provocado la agresión: si ha de ser posible la legítima defensa, la agresión procedente del provocado ha de ser antijurídica, y no a su vez legítima defensa frente a la provocación.

Otra solución sería considerar «provocación suficiente» únicamente la provocación intencional, esto es, aquella que se produce por el sujeto con la intención de determinar la agresión por parte del provocado con objeto de poder lesionarle a través de la defensa. En casos como éstos, la doctrina alguna dominante excluye la posibilidad de legítima defensa, pues a que no obliga a ello la letra del SIOB.⁷² Pero para ello se cree necesario requerir que la

67. Cfr. Córdoba, Comentarios, I, p. 233 (aun cuando la provocación sea intencional); buscándolo la agresión, en cuyo caso se derogaría también el elemento incompleta; Luzón Peña, en Cobo (dir.), Comentarios, V, p. 263.

68. Cfr. Magallán, op. cit., pp. 144, 155 ss.

69. Cfr. Silver, Derecho penal, II, p. 192; Ferrer Serna, Comentarios, I, pp. 187 ss.

70. Así Córdoba, Comentarios, I, p. 232.

71. Cfr. por todos, y a favor, Riccio, CFC 17 (1982), pp. 310 s. En España se rechaza también la legítima defensa si la provocación es imprudente (responso de la agresión, que no se quiso aunque era previsible); cfr. Antón Otero, FC, p. 248. Si es intencional se niega además la eximente incompleta (ver nota 39 anterior). En contra, un sector de la doc. alemana se opone, incluso en este caso, a negar toda

provocación intencional sea ilícita. Se discute si basta para excluir el derecho a la defensa que la provocación sea *liminari* o contraria a las normas sociales, aunque parece preferible la opción que lo niega y exige que la provocación sea antijurídica.⁷²

81 No será ilícito, por ejemplo, no seguir la corriente al camorrista o no ceder a sus bravatas, aun sabiendo (o incluso desconociendo) que ello determinará a éste a agredir. Así se desprende del derecho a la libertad de expresión y de movimientos. Pero conlleva el caso siguiente: el amante, conocedor de las amenazas de muerte que contra él ha efectuado el marido burlado, y sabiendo que éste incluso se ha procurado una pistola para hacerlas efectivas, llegado el caso, lo espera con la mujer en el domicilio conyugal para provocar una situación de agresión por parte del marido y poderle matar al defendérselo; al marido hubiera dado muerte al provocador si éste no se hubiese delincido matándolo antes.

82 Luzón entiende que únicamente concurre provocación «suficiente» cuando la misma ha sido desaparecida por la necesidad de defensa del Derecho por el provocador, lo que a su juicio sólo sucede en los casos de *rápida inmensurablemente aceptada* o *de duelo*; sólo entonces «los contenidos renuncian a la protección y defensa jurídicas» y, por tanto, ello pueden aparecer legítimos (ni lo quieren) para defender el orden jurídico.⁷³ Pero en la rfa libremente aceptada no sólo falta el requisito no fundamental tercero del art. 20, 4.º (cuya falta permitiría apreciar la eximente incompleta), sino toda necesidad de defensa (cfr. supra A. b).

3. La legítima defensa putativa

83 Se habla de «legítima defensa putativa» cuando el sujeto cree *erróneamente* que concurren los presupuestos objetivos de la legítima defensa.

84 *Ejemplo:* Tras haber tenido una violenta discusión en un bar, A cree que quien viene corriendo hacia él en una calle vecina próxima es su adversario B que quiere agredirle; A dispara antes de que pueda advertir que quien corre y es herido ni era B ni pretendía atacar a nadie.

85 El Tribunal Supremo viene distinguiendo entre «defensa putativa» y «exceso putativo en la legítima defensa». La primera supondría suposición errónea de todos los requisitos de la eximente, mientras que el segundo concurriría cuando la errónea creencia recayese sólo sobre la necesidad de la defensa: Cfr. SSTs 23 mayo 65, 2 oct. 81.⁷⁴ Sin embargo, es incorrecto hablar de «exceso putativo» en estos casos, porque en ellos el exceso es real, no putativo.

72. posible defensa, y admite sólo su restricción a lo imprescindible y en cuanto no quepa huir o adquirir. Cfr. ad. Roca-Saura, *Honig-Fest.*, pp. 28 ss.; Jeschke, *Tratado*, p. 471.

73. Cfr. Roca-Saura, *op. cit.*, pp. 313 s.

74. Cfr. Luzón Peña, en Cobo (dir.), *Comentarios*, V, p. 208. Otras opiniones crean que la provisión sólo será suficiente si excusa (aunque no justifique) la agresión (cfr. Cobo/Vives, PG p. 471), o al menos a convertir al provocador en instrumento en manos del provocado, que actuaría entonces a modo de autor mediato (cfr. Haimmer, en Roca-Saura-Fest., p. 244).

75. Cfr. Rodríguez Mourullo, *Legítima defensa*, pp. 92 ss.

El tratamiento que merece la legítima defensa putativa es el propio de todo error sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación (cfr. supra, I 5). En España la doctrina tradicional sigue la *teoría del dolo*, y considera que el error excluye en este caso el dolo: si el error es veniable concurrirá imprudencia y si no lo es, impunidad.⁷⁵ Así, SSTs 21 en. 69, 11 marzo 72, 20 marzo 72, 21 abril 80, 20 en. 84, 20 jun. 84, 14 dic. 85, 26 oct. 86 (aunque hablan de «error de prohibición» y lo sitúan en la culpabilidad).⁷⁶ La STS 10 mayo 89 (ponente: Díaz Palao) sostiene que la jurisprudencia considera que en la legítima defensa putativa concurre error de tipo. Según esto habrá que acudir, pues, al número 1 del art. 14 CP. Esta me parece la solución correcta, aunque el error no afecte al tipo del delito, pues sí afecta a la situación descrita en el tipo de la legítima defensa (error de tipo negativo), y no sólo a su regulación jurídica.⁷⁷

87 Distinto tratamiento propone la teoría estricta de la culpabilidad, según la cual el error sobre una causa de justificación será siempre error de prohibición, que niega o excluye la culpabilidad según sea veniable o invencible.⁷⁸ Por otra parte, una importante corriente jurisprudencial ha tendido a apreciar la propia existencia de legítima defensa completa o incompleta, según que la errónea creencia fuera plenamente racional y «fundada», o simplemente veniable (cfr. p. ej. SSTs 17 feb. 52 y 26 en. 57).⁷⁹ La SSTS 19 dic. 79 calificó el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como «error de prohibición» que sí es invencible excluye la culpabilidad y no la antijuridicidad, pero ello no le impidió seguir estimando la legítima defensa del anterior art. 8, 4.º.⁸⁰

88 Del supuesto de error sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa debe distinguirse el error sobre los límites jurídicos de la eximente.

89 *Ejemplo:* El agredido cree que puede perseguir la «defensa» una vez que tiene desarmado e indiciado al agresor. Se trata aquí de un error de prohibición que sigue leyes distintas al error de tipo (cfr. infra la Lacción 24).

75. Cfr. en el sentido de la teoría del dolo Antón Orosa, PG pp. 211 s.; Quintano Ripollés, *Curso*, I, p. 313; Rodríguez Deyas, PG p. 602, que si bien distingue error de tipo y error de prohibición trata ambos del mismo modo; también así Cobo/Vives, PG p. 612, y el TS, que aquí parece seguirlo por Rodríguez Mourullo, *Legítima defensa*, pp. 77 ss.

76. Cfr. Irujo, ADJCP 1987, pp. 713 s.

77. Cfr. desde la teoría de los elementos negativos del tipo Cimbarnat, *Faustus*, p. 171 nota 32. Sobre la teoría restringida de la culpabilidad cfr. infra Laccón, I, p. 2 C.

78. Cfr. infra Laccón, I, p. 2 B. En este sentido SSTs 14/38/2004 de 10 dic. y 442/2006 de 18 abr.

79. Cfr. Córdoba Roldán, *Comentarios*, I, pp. 261 ss.

80. Cfr. Rodríguez Mourullo, *Legítima defensa*, pp. 41 ss., considera superada esta línea jurisprudencial.

LECCIÓN 17.
ESTADO DE NECESIDAD

BIBLIOGRAFÍA

Anleitung. Erwirkern allgemeiner Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, behelfliche Eingriffsbezugnahme des Staates? NJW, 1977, pp. 833 ss.; *el mismo*, Nachweise: § 34 StGB in der strafrechtlichen Eingriffstheorie, NJW, 1978, pp. 623 ss.; *Bajohr*, La intervención médica contra la voluntad del paciente, ADP/CJ 1979, pp. 491 ss.; *el mismo*, Agrégación médica y consentimiento del paciente, CPC nº 25 (1985), pp. 127 ss.; *Baldó*, Estado de necesidad y legitimación defensiva, 1994; *von Barlow*, Der Notstand, ein Schulds- oder ein Unrechtausschließungsgrund?, 1928; *Beretta*, Antinomia giuridiche e conflitto di correttezza, 1963; *Baumgartner*, Notstand und Notwehr, 1911; *Bernol*, Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad, LH Valle Maullú, 2001, pp. 81 ss.; *el mismo*, Conflictos penales originados por el cumplimiento de deberes profesionales y públicos, en RDJ nº 21, 2007; *Bochmann*, Hegels Notstandstheorie, 1935; *Carbonei*, La giustificazione penale, 1982; *Carrizo*, Grundriss und Rechtsnatur des Notstands im spanischen StGB, en *Creditrechtlich für Hilde Kaufmann*, 1985, pp. 689 ss.; *el mismo*, La regulación del estado de necesidad en el CP español, *Pernández Albor* (ed.), en *Estudios penales y criminológicos*, X, 1987; *el mismo*, Noción del estado de necesidad como rúbrica obligatoria y el derecho a la salud, 1928; *Cárubas*, Las eximentes incompletas en el Código penal, 1966; *Cuenca Arzu*, El núcleo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad, 1997; *de* 1991; *Cuervo Riera*, La solución de deberes en Derecho penal, 1984; *De la Cueva Aguado*, Estado de necesidad: estructura normativa y naturaleza jurídica, en RDJP nº 17, 2007, pp. 83 ss.; *Dencker*, Der verbotene furchtvolle Notstand, Jus 1979, pp. 779 ss.; *Diez Hilar*, Estado de necesidad, en NEJ, I, VIII, pp. 904 ss.; *De Pavesce*, La proporzionalità nello stato di necessità, 1978; *Geiler*, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, en *Festschrift für Mezger*, 1954; *Gomberg*, Sobre algunos puntos problemáticos de antijuricidad, en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 2º ed., 1981; *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, *Österr. ZStR*, 1913, pp. 129 ss.; *Groes*, Die Regeln hinter der Ausnahme Gedanke zur Fülle in sog. Tötungs Bomb-Konstellationen, en GA 2007, pp. 628 ss., con comentario de *Schiffmoller*, GA 644 ss.; *Groes*, Difesa legittima e stato di necessità, 1964; *Grünhut*, Grenzen der übergesetzlichen Notstands, ZStW 51 (1931), pp. 455 ss.; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtausschluss, 1983; *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), 1953; *Heiser*, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigen Recht, 1932; *Hirsch*, La regulación del estado de necesidad, *Frankfurter Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 1922; *el mismo*, Hürden fündellos y misterio, en *El estado de necesidad en materia penal*, Buenos Aires, 1922; *el mismo*, Hürden fündellos y misterio, en *El Criminalista*, III, Buenos Aires, 1949, pp. 69 ss.; *Jordan*, Inkreationsbewegung im rechtfertigten

frente a una persona que agrede antijurídicamente; en el estado de necesidad, en cambio, se permite lesionar intereses de una persona que no realiza ninguna agresión ilegítima —salvo si ataca bienes colectivos, no susceptibles de legítima defensa (cfr. *infra*, III 1 A c bb).⁴ Al estudiar el significado de la legítima defensa dijimos que en ella se enfrentan dos sujetos que se encuentran en diferente situación ante el Derecho: mientras que el agresor infringe el Derecho, el defensor se halla en una situación legítima respecto a su agresor. En cambio, en el estado de necesidad entran en conflicto sujetos que se hallan en la misma posición frente al Derecho: ninguno de ellos es aquí un injusto agresor.

Ejemplo: Cuando alguien defiende su propiedad del ataque de un ladrón dentro de los límites legales, concurre legítima defensa. Cuando una lancha amenaza con hundir el barco si el capitán no echa al mar una parte de la carga, concurre estado de necesidad que puede justificarse esta medida. Nótese que en este segundo caso entran en conflicto intereses de personas ninguna de las cuales se enfrenta al Derecho con una agresión: el dueño o dueños del cargamento, por una parte, y los tripulantes del barco y su propietario, por otra.

Esta diferencia es la que explica los distintos límites que fija la ley a la legítima defensa y al estado de necesidad.⁵ Mientras que en principio es legítima toda defensa necesaria para repeler la agresión ilegítima —salvo en casos de extrema desproporción y siempre que no medie provocación previa suficiente por parte del que se defiende—, el estado de necesidad sólo justifica cuando «el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar» (requisito primero del art. 20, 5º). Además del principio de necesidad, en el estado de necesidad, debe respetarse, pues, una versión estricta del principio de proporcionalidad de los intereses en conflicto. Ello se debe al distinto significado de las dos eximentes: ante el injusto agresor el defensor, amparado por el Derecho, puede reaccionar en principio con todos los medios que sean necesarios para evitar que el injusto triunfe sobre el Derecho; en cambio, el conflicto entre dos personas que se encuentran en la misma situación ante el Derecho, que es lo que se produce en el estado de necesidad, sólo puede solucionarse a favor de uno de ellos si no causa en el otro un mal mayor que el que le amenaza: a igualdad de legitimidad en las situaciones de los sujetos, lo que decide el conflicto es la importancia de los intereses en juego. ¿Por qué uno de los sujetos habría de soportar una lesión más grave que la que amenaza al otro?⁶

4. Cfr. Cerezo, *La regulación*, p. 62.

5. Cfr. Lutzón Peña, *Legítima defensa*, pp. 72 a., 69 ss.

6. Cfr. el planteamiento propuesto de Andón Omeza, *RC*, p. 267. Cuando la lesión causada es menor grave que la que amenaza, el deber de soportar aquella es menor, según Kühn, *Strafrecht*, AT, 3ª ed., 7/9, en el principio de solidaridad.

No sería suficiente, sin embargo, decir que la diferencia entre el estado de necesidad y la legítima defensa es la concurrencia o no de una agresión ilegítima. Para la legítima defensa es preciso que además se reacciona contra el agresor. Si ante una agresión ilegítima el agredido se defiende interponiendo a un tercero no agresor sobre el que ha de recaer la agresión, la lesión del sujeto interpuesto no puede quedar cubierta por legítima defensa, sino sólo, si concurren sus requisitos, por el estado de necesidad.⁷ La razón es que en este caso el conflicto a enjuiciar se produce entre dos personas, el agredido y el tercero, que se encuentran entre sí en una misma situación frente al Derecho: ninguno de ambos agrede al otro. La consecuencia es que, el agredido no puede defenderse poniendo para ello a un tercero en un peligro más grave que el que le amenaza. Ello parece justo. Este grupo de casos puede designarse con el nombre de «defensas que recaen sobre un tercero», a condición de que se advierta que frente al tercero no hay defensa alguna.

b) También el ejercicio de un deber (art. 20, 7º CP) puede tener de común con el estado de necesidad una situación de conflicto entre intereses. Así, cuando un agente de la Autoridad ha de detener a un delincuente: aquí entran en conflicto el interés del delincuente en su libertad y los intereses del Derecho que exigen su detención. El agente de la Autoridad ha de actuar en defensa del orden jurídico. En casos como éste el ejercicio del deber constituye una causa de justificación intermedia entre la legítima defensa y el estado de necesidad. Como la legítima defensa, recae sobre un sujeto que se enfrenta al Derecho; pero, al no constituir defensa de un bien jurídico de una persona concreta, el ejercicio de un deber no puede llegar tan lejos como la legítima defensa. Cuando recae sobre un infractor del Derecho, el ejercicio de un deber permite, pues, si es necesario; lesionar intereses de aquí en sí más importantes que los que se defiendan (*principio de necesidad*), pero sólo en la medida en que la lesión guarde proporcionalidad con la gravedad de la infracción (*principio de proporcionalidad*). En suma: en estos casos de ejercicio del deber se permite ir más allá del estado de necesidad —no hace falta respetar el límite exacto de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar—, pero sin que pueda desaparecer la proporcionalidad.

B) Estado de necesidad y colisión de deberes

Se dice que concurre colisión de deberes cuando para cumplir un deber es preciso infringir otro. Concorre entonces una situación de conflicto que en la doctrina se considera una manifestación particular del estado de necesidad.⁸ También

7. Ya así von Liszt, *Tratado II*, p. 346. Cfr. también STS 8 oct. 71, que además contempla la posibilidad de estos casos de imputencia o caso fortuito. Cfr. Rodríguez Mourullo, *Legítima defensa* (cit. en Lec. ant.), pp. 70 ss.; Lutzón, *Cursos*, p. 620.

8. Así Leuback, *Tratado I*, p. 483; Rodríguez Devesa, *PO*, p. 556. Sobre la colisión de deberes en general cfr. Otio, *Pflichtenkollision*, *Journal*; Cuenda, *Colisión de deberes*, *psim.*; Baldo, *Estado de necesidad*, *Caps. III y V*.

en la colisión de deberes se produce un conflicto de intereses en sentido amplio, porque los deberes protegen intereses personales o colectivos; pero lo peculiar de la colisión de deberes es que en ella el sujeto *debe* actuar u omitir, a diferencia de lo que sucede en los demás casos de estado de necesidad, en los cuales *se faculta* (pero no se obliga) al agente a efectuar la lesión de un bien jurídico.

Ejemplos: Según la doctrina, concurre una colisión de deberes cuando el médico sólo dispone de un pulmón artificial y se encuentra ante dos enfermos que lo precisan y a los cuales tiene el *deber de auxiliar*. En cambio, cuando alguien causa unos daños en la propiedad ajena como único modo de salvar su vida, actúa en un estado de necesidad que le permite hacerlo pero que *no le obliga* a ello.

La figura de la colisión de deberes se maneja por la doctrina alemana con objeto de diferenciar su tratamiento respecto de los demás casos de estado de necesidad. La diferencia de tratamiento vendría requerida por el hecho de que en la colisión de deberes el sujeto no sólo puede, sino que *debe* actuar u omitir. Así, mientras que en el estado de necesidad genérico sólo quedaría justificada la lesión de un bien jurídico esencialmente inferior al que se salva, en la colisión de deberes, resultaría justificada la infracción de un deber *ligeramente* inferior al que se cumple⁹ o incluso, según la opinión mayoritaria, la infracción de un deber *igual* al que se respeta.¹⁰ Esta diferencia de tratamiento no se acoge en la doctrina española, que cree necesario equiparar ambos grupos de casos a la vista de la regulación unificada del art. 20, 5º CP. Después vemos que esta interpretación no resulta satisfactoria y que, al contrario, la regulación del art. 20, 5º CP debe ser concretamente distinguida del tratamiento de la colisión de deberes.

La situación característica de la colisión de deberes, en la que el sujeto *debe* actuar u omitir, y no sólo *puede* hacerlo, se da tanto en caso de concurrencia de dos deberes de actuar, como cuando coliden un deber de actuar y otro de omitir. En el ejemplo propuesto del pulmón artificial entrarán en conflicto dos deberes de actuar (deber de auxiliar); en cambio, concurriría un deber de actuar con otro de omitir si para salvar la vida de un paciente (deber de auxilio) hubiera que dañar la propiedad ajena (infracción del deber de omitir la lesión de la propiedad).

La letra del art. 20, 5º CP permite dar entrada en él a todas las clases de colisión de deberes, al referirse al que, impulsado por un estado de necesidad, «para evitar un mal ajeno» «infringe un deber». Entra aquí el supuesto de que el agente tenga deber de evitar el mal ajeno (deber de auxilio) y para cumplirlo no tenga más remedio que infringir un deber de actuar (habría entonces colisión de

9. Auf Jaehoch, Tratado I, p. 497.

10. Al menos respecto a los tipos de omisión; cfr. Misuruchi/Zipf, AT, § 27 IV 53, 55; Armin Kaufmann, *Unterlassungspflicht* (1959) p. 137; Lenzner, *op. cit.*, pp. 5, 7; Küper, *JuS* 197, pp. 474 ss.; Baumann, *AT*, 8ª ed., pp. 364 ss. Cfr. *infra* nota 21.

dos deberes de actuar) o un deber de omitir una lesión (concurriría colisión de un deber de actuar y otro de omitir).¹¹

Ejemplos: Para evitar la muerte de un enfermo, al que el médico tiene deber de socorrer, éste no puede auxiliar a otro paciente menos grave (colisión de deberes de actuar). Para socorrer a un accidentado alguien utiliza el vehículo de otra persona (colisión de un deber de actuar y un deber de omitir la utilización de vehículos ajenos).

Los casos que es más discutible que resulten abarcados por el art. 20, 5º CP, son aquellos en que se infringe un deber para cumplir otro cuya inobservancia no producirá un mal a otra persona determinada, sino al orden público, a la cosa pública, etc. La decisión de estos supuestos depende del alcance que se dé a la expresión legal «mal ajeno». Más adelante veremos que conviene interpretarla en sentido amplio, de modo que alcance a casos como el ahora planteado.

La expresión «colisión de deberes» se admite aquí por su arraigo doctrinal y utilidad conceptual, pero en puridad resulta discutible. Si se admite que el Derecho no puede imponer «deberes que no hay *deber* de cumplir», habrá que considerar inexacto afirmar que existe una propia colisión de deberes cuando sólo *debe* cumplirse el más importante o, siendo de igual valor, cualquiera de ambos. El problema debe resolverse del modo siguiente: en la llamada colisión de deberes concurren dos normas que en general imponen deberes contrapuestos, pero en concreto, cuando coliden, sólo subsiste un deber. Ocurra aquí algo parecido a lo que sucede en el llamado «concurso de leyes». Puede decirse, pues, que el sujeto habrá actuado en cumplimiento de un deber, por lo que su conducta podría resultar también amparada por la existencia de este nombre (art. 20, 7º CP), si no fuera porque este otro existente debe reservarse para casos más específicos (cfr. *infra* Lección 13 I 3 A).

II. Fundamento y clases

1. La historia dogmática del estado de necesidad ha ofrecido tres fundamentaciones de esta eximente: la teoría de la adecuación, la teoría de la colisión y la teoría de la diferenciación.¹²

a) La teoría de la adecuación (*Adäquationstheorie*) parte de la idea de que la acción realizada en estado de necesidad no es conforme a Derecho, no es jurídicamente correcta, pero que no puede castigarse por razones de equidad (de ahí su nombre), habida cuenta de la situación de *coacción psicológica* en que actúa el sujeto. Procede de Kant.¹³

11. Aunque en su origen la expresión «infringo un deber» se pensó seguramente para deberes de actuar, ahora frecuentemente los deberes de omitir; cfr. así Silva, ADPCH, 1982, p. 676.

12. Cfr. Jaehoch, *Tratado*, pp. 483 ss.; Roldán Barbero, *CP* 1983, pp. 483 ss.; Arlón Ornes, *TC*, p. 265; Baldo, *Estado de necesidad*, Cap. 1 y II.

13. Cfr. Kant, *Metaphysik der Sitten*, pp. 343 s. (se refiere únicamente al caso de la tabla de Carnados, en que un marino arroja de su tabla de salvación a otro que había llegado antes a ella). Sobre esto y su contexto histórico véase Hruschka, *GA* 1991, pp. 8 ss.

- 18 b) La teoría de la colisión —que proviene de Hegel—¹⁴ sostiene, por el contrario, que el fundamento del estado de necesidad radica en el mayor valor objetivo que para el Derecho tienen los intereses salvados en comparación con los intereses que se sacrifican. A la vista de dicha superioridad valorativa, en caso de colisión (de ahí el nombre de la teoría) debe considerarse objetivamente correcta, justificada y no sólo disculpada personalmente al autor, la acción que salva el interés más importante. Ello es independiente de que el sujeto actúe o no bajo el influjo de una coacción psicológica.
- 19 c) La teoría de la diferenciación, es la dominante en la actualidad. Entiende que el criterio del conflicto psicológico señalado por la teoría de la adecuación y el principio del interés predominantemente destacado por la teoría de la colisión deben utilizarse para explicar, respectivamente, dos grupos de casos diferentes de estado de necesidad.
- 20 a) En un primer grupo de supuestos puede decirse que el fundamento de la exención es la salvación del interés objetivamente más importante: son los casos en que se lesionan un interés-esencialmente inferior al que se salva. Concurrer entonces un estado de necesidad justificante (causa de justificación: SSTS 159/2002 de 8 febr., 233/2002 de 15 febr., 888/2002 de 14 mayo y 924/2003 de 23 jun.).
- 21 b) El segundo grupo de supuestos sería el de los casos en que el interés lesionado no es esencialmente inferior al que se salva, o incluso es igual o superior a éste. Aquí no puede considerarse objetivamente justificada la conducta lesiva con arreglo al criterio de la colisión, pero puede resultar disculpada al sujeto, si éste actúa bajo una situación de conflicto en la cual no le es exigible que deje sacrificar el interés amenazado. Así sucede cuando se halla en juego la vida o la integridad física, aunque se salve a costa de bienes iguales (vida contra vida) o superiores. Se entiende que cuando peligran bienes personalísimos como aquéllos, exigir su sacrificio sería exigir una heroicidad, y el Derecho no se dirige a héroes, sino al ciudadano medio. Pero, como no se salva un interés esencialmente superior, no cabe justificación, sino sólo exención de la culpabilidad (esto es, de la imputación personal): se habla aquí de un estado de necesidad excusante.¹⁵

- 22 2. Este planteamiento que diferencia un estado de necesidad justificante y un estado de necesidad excusante (y de ahí el nombre de la teoría) ha encontrado consagración legal en el Código penal alemán de 1975, que destina sendos

14. Cfr. Hegel, *Philosophie des Rechts*, p. 115, donde se refiere sólo al caso de intervención de la fuerza a costa de la propiedad ajena.

15. Cfr. Maurach/Zipf, AT, § 27, 3.ª ed., especialmente § 37; Jeschke, Tratado, pp. 493 y 699 ss.; Rodríguez Barbero, CPC 1983, pp. 484 ss. Ver la STS 24 en. 9.

parágrafos (el 34 y el 35) para ambas modalidades. La doctrina española ha acogido también hace tiempo esta teoría de la diferenciación, pero en una versión no coincidente que conduce a consecuencias prácticas muy insatisfactorias y que resulta difícilmente compatible con la regulación del Código Penal español.

La interpretación que hace la doctrina española dominante de la teoría de la diferenciación es la siguiente: en el art. 20, 5º CP se contienen dos especies diferentes de estado de necesidad. Por una parte, el estado de necesidad entre bienes de distinto valor, en el que resulta justificada la salvación del bien superior (estado de necesidad justificante). Pero, como el art. 20, 5º CP alcanza a todos los supuestos en que el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar, también habrá que incluir en la extimación el estado de necesidad entre bienes iguales. Este no tendrá, sin embargo, eficacia justificante, sino sólo excusante (estado de necesidad excusante).¹⁶ Esta construcción no coincide con la teoría de la diferenciación alemana.

Por un lado, para la justificación, en Alemania se exige no sólo que el bien salvado sea superior, sino que «el interés protegido sea esencialmente más importante que el menoscabado» (parágr. 34 StGB). Se exige, además, para la ponderación de los intereses no sólo tener en cuenta el valor de los bienes jurídicos, sino también el grado del peligro que les amenaza, así como que el hecho lesivo constituya un medio «adecuado» (parágr. 34 StGB).¹⁷ La doctrina añade que deben tomarse en consideración todas las demás circunstancias (así al peligro proviene o no de la parte sobre la que recae la lesión, la meta final perseguida por el agente, etc.), de modo que llega a admitirse que pueda lesionarse un bien jurídico que en sí posea mayor rango que otro que se salva. La «adecuación» exigida por la ley se refiere en atención al sentido físico-social de la acción realizada en estado de necesidad.¹⁸ En comparación con todo este planteamiento, la construcción española del estado de necesidad excusante resulta *muy más amplia*: así como en muchos más casos. Por otro lado, para la excusación en Alemania no se exige como en España que el bien salvado sea igual y no menor que el lesionado. El parágr. 35 StGB requiere sólo que se realice un hecho antijurídico para evitar un peligro para la vida, la integridad física o la libertad del agente o de una persona a él allegada. Este límite no es cuantitativo (valor de los bienes), sino cualitativo (clase de bienes protegidos). La razón es que la concepción alemana del estado de necesidad excusante no parte, como se vio más arriba, de la comparación del valor de los bienes en conflicto —criterio de la colisión que sólo se maneja para el estado de necesidad justificante—, sino de la idea de la anormal motivación subjetiva del sujeto. Esta anormalidad motivacional concurre sólo en forma suficiente cuando el sujeto se ve ante un peligro para un bien personalísimo suyo o

16. Cfr. Sáinz Cantero, *Exigibilidad*, p. 123 y Lecciones, pp. 604 s.; Antón Oveca, PG pp. 264 ss.; Cuello Calón, PG, pp. 393 s.; Rodríguez Domínguez, PG, pp. 339 (con reparos); Díaz Palao, Estado de necesidad, p. 16. Especialmente clara es la comparación de las doctrinas alemana y española que, equiparando a éstas, efectúa Gimbernat, *Estudios*, p. 136. Sobre la evolución y situación actual de la doctrina española cfr. Jiménez de Rada, CPC 1983 pp. 300 ss., que cita a favor de la diferenciación las SSTS 29 sept. 63, 15 jul. 71, 3 febr. 74, 24 sept. 74 y 20 nov. 73. Cfr. también STS 13 abr. 87.

17. Cfr. p. ej., Jeschke, *Tratado*, pp. 493 s.; Maurach/Zipf, AT, § 27 III 38; Stratenwerth, AT, 9/107; Roth, *Jeschke-Fests.*, pp. 464 s.; Lenzner, CA 1985, pp. 293 ss.

18. Vgl. Lenzner, CA 1983, pp. 295 ss., 298; Rosen, *Jeschke-Fests.*, p. 463; Jeschke, pp. 494 s.

de la imputación personal lo único decisivo es la presencia efectiva de la anomalía motivacional, no la comparación objetiva de bienes, que sólo importa para la justificación.

4. La única manera de evitar tan graves inconvenientes es empezar por desistir del empeño de cobijar en el art. 20, 5º tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante, y a continuación limitar el alcance de aquel precepto al estado de necesidad justificante, entendido en un sentido más restringido que el usual en nuestro país. El estado de necesidad exculpante debe entenderse comprendido por la expresión de modo insuperable (art. 20, 6º CP) y, en lo que pueda resultar insuficiente, por una expresión analógica.²¹ A continuación desarrollaré este planteamiento.

a) En primer lugar hay que reconocer que el art. 20, 5º CP no puede regular a la vez supuestos de naturaleza tan distintas como el estado de necesidad justificante y el exculpante. Lo indica ya el hecho de que el art. 20, 5º prevé un solo tratamiento para todos los supuestos a que alcanza, en abierta contradicción con el planteamiento diferenciador que requeriría si diese cabida a instituciones tan diversas. La admisión ilimitada del auxilio necesario de terceros, la no limitación de los bienes tutelados a los de carácter personalísimo y la exigencia de una comparación objetiva del valor de los males en juego ponen de manifiesto que la expresión 5º sólo resulta adecuada para el estado de necesidad justificante.

b) En segundo lugar, hay que restringir el alcance del art. 20, 5º CP y del estado de necesidad justificante a que aquel precepto debe concretarse. No resulta admisible que pueda quedar sin más crenia (justificada) con arreglo al art. 20, 5º, toda lesión de un bien para salvar otro de igual o de poco mayor valor. Contra lo que entiendo la doctrina dominante, a ello no obliga la redacción del art. 20, 5º, pues, como ha advertido Córdoba, la misma no se refiere a que el bien salvado sea igual o mayor que el sacrificado, sino a que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, lo cual impone una comparación de males y no de bienes, comparación que puede dar distinto resultado. Este planteamiento, que se desarrollará más adelante, al examinar el requisito primero de la circunstancia quinta del art. 20, conducirá a la conclusión de que este precepto sólo ampara los supuestos en que el bien salvado posea un valor esencialmente superior al que se sacrifica, salvo cuando el mal que amenaza constituye una conducta penalmente típica.²²

21. Delicó en nuestro país la concepción según la cual el anterior art. 8, 7º CP (hoy art. 20, 5º) contempla sólo una causa de justificación. Gimbernat, *Fundobis*, pp. 164 ss., seguido por Latorre Peña, *Legítima defensa*, pp. 243 s. Mas la construcción que se propone en el texto diverge en dos sentidos de este sector doctrinal. Por una parte, no se opone a la teoría de la diferenciación tal como se defende en Alemania, en cuyo CP hoy en día, según expusimos, ni tampoco discute la posibilidad de sostener esta teoría en nuestro país. Gimbernat dirige en cambio sus ataques a la teoría de la diferenciación y sostiene que todo estado de necesidad es causa de justificación. Frente a esto, en el texto su admitir la distinción del estado de necesidad esencialmente (para el art. 20, 5º) en principio cobijado en el art. 20, 5º no supone que existe menoscabura de justificación, sin más, toda lesión de un bien para salvar otro de igual o poco mayor valor; en principio este supuesto ha de conducir en su caso a la pronunciación de un estado de necesidad exculpante comprendido en el elemento de modo insuperable o en una analógica; cfr. Mir Puig, *Adiciones*, pp. 506 s., y Libro-Homenaje a Pérez-Villoria, I, pp. 506 ss.

22. Acoge esta planteamiento Silva, *ADPCP* 1982, p. 664. En próxima edición la posición de Ribó del, *CPC* 1983, que acepta tanto la naturaleza justificante del estado de necesidad del anterior art. 8, 7º (actual art. 20, 5º) (pp. 323 ss., 337 s.), como su restricción oscureciendo que se aplique automáticamente

de un allegado, y con independencia de la ponderación cuantitativa de los bienes en conflicto. En cambio, en España se admite el estado de necesidad exculpante de terceros (auxilio necesario) sin límite alguno.¹⁹

25 La versión española de la teoría de la diferenciación no es satisfactoria en sus consecuencias. El ámbito que se atribuye al estado de necesidad justificante es demasiado amplio, mientras que el alcance que se da al estado de necesidad exculpante resulta en parte excesivo y en parte insuficiente.

26 a) No es satisfactorio que todo estado de necesidad enire bienes desiguales en que se salva el más valioso justifique necesariamente el hecho —y no sólo no es satisfactorio— que «justifique», sino que tampoco lo es que exista automáticamente.²⁰ pues tampoco tiene por qué faltar en estos casos la imputación personal—. No es satisfactoria tampoco la justificación porque en los casos de *proce* o hasta *minima* diferencia entre los bienes en conflicto resulta político-criminalmente excesivo que el Derecho atribuya sin más la perturbación del orden jurídico y, en su caso, la inimización en derechos ajenos que supone la acción lesiva realizada en estado de necesidad. Y tampoco ha de faltar necesariamente en estos casos la imputación personal puesto que el bien amenazado puede no ser personalísimo y no afectar en absoluto a la normalidad motivacional del sujeto.

27 b) Por otra parte, el estado de necesidad exculpante se concibe por la doctrina española en términos demasiado amplios cuando admite que pueda abstrair el auxilio necesario de terceros sin exigir que el salvador sea un pariente o persona próxima que pueda compartir la situación de conflicto psicológico del necesitado. Ello no resulta comprensible tratándose de una causa de exclusión de la imputación personal, que en principio ha de ser estrictamente personal, y sólo debería afectar a quien sufre la presión motivacional en su persona. Por esta misma razón el mal a él o a una persona estrechamente vinculada con él mismo. Por esta misma razón, también resulta excesivo que el estado de necesidad exculpante no limite a la salvación de bienes personalísimos, sino que se admita en toda clase de bienes, a condición sólo de que sea igual, y no menor, que el lesionado. Carece de fundamento que se admita la exculpación automática en todos los casos en que alguien priva a otro de un bien para no perder otro de igual valor. Considérese el ejemplo siguiente: Ante la fuerte tormenta alguien toma el paraguas de otra persona en lugar del suyo con el sólo objeto de evitar que el suyo, de igual valor, se estropee. No estando justificada la conducta por razón de la importancia cuantitativa del bien salvado, sólo merece quedar imputa cuando exige evitar la imputación automática de un acto de una conducta heroica, y ello sólo sucede cuando poligran bienes personalísimos.

28 En cambio, resulta insuficiente limitar el estado de necesidad exculpante a los casos en que se salva un bien igual y no inferior al que se sacrifica. La situación de conflicto motivacional puede concurrir también en el sujeto aunque fuere un bien superior, y para la exclusión

19. Escribe Rodríguez Domínguez, *PC*, p. 556: «El auxilio necesario puede darse en todas las hipótesis previstas para el auxilio propio—que, según la interpretación dominante, abarca también al estado de necesidad exculpante de bienes iguales—. Más estrictamente aún Gimbernat, *Exculpación*, p. 160.

20. En este sentido crítico Rodríguez, *CPC* 1983 p. 504. Ello ha llevado a la doctrina española a intentar evitar la aplicación de la expresión de estado de necesidad en casos como el de quien, ante una lluvia repentina, toma el paraguas de un alhajero cuyas joyas tienen un valor inferior a las suyas (c. de Walsal contemporado por Antón Ocaso, *PC*, p. 266 y Córdoba, *Comentarios*, I, p. 288), y la extracción de un órgano no vital de quien no sufre de ello, con objeto de salvar la vida de otra persona (cfr. Rodríguez Domínguez, *PC*, p. 559; Biejo, *ADPCP* 1979, pp. 493 ss.).

III. Elementos

32 La eximente de estado de necesidad regulada en el art. 20, 5º será analizada tomando como base los elementos que exprese la redacción legal. Siguiendo también el orden de la ley, puede sistematizarse la materia en torno a los cuatro extremos siguientes: 1) el estado de necesidad; 2) que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; 3) la no provocación de la situación de necesidad; 4) la falta de obligación de sacrificarse el necesitado.

I. El estado de necesidad

33 El art. 20, 5º empieza diciendo que está exento de responsabilidad criminal el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes...» Antes, pues, de estos «requisitos siguientes» tiene que concurrir «un estado de necesidad» en el que actúe el sujeto. Como se ve, la ley no define dicho estado de necesidad, aunque contiene referencias que ayudan a precisar su concepto. Habrá que partir, pues, del concepto previo de estado de necesidad que se examinó en el apartado I de este Capítulo y concretarlo a la vista del encabezamiento del art. 20, 5º. Así, si el estado de necesidad se definió como un «estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no dé lugar a legítima defensa ni al ejercicio de un deber», el art. 20, 5º exige precisar que: A) el peligro se refiera a un mal propio o ajeno; B) la acción interpusiera como único modo de evitar aquel peligro «lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber»; y C) el sujeto actúe «en» el estado de necesidad. Estas tres exigencias legales servirán de ejes sistématicos de la exposición que sigue.²⁴

A) Peligro de un mal propio u ajeno

34 Para que exista «un estado de necesidad» en el sentido del encabezamiento del art. 20, 5º —o sea: como primer elemento de la eximente— tiene que concurrir ante todo un peligro de un mal propio ajeno. Este presupuesto ocupa aquí el lugar fundamental que desempeña la agresión ilegítima en la legítima defensa; sin dicha base no cabe hablar de estado de necesidad completo ni incompleto

en base a la sola comparación de bienes (pp. 504 ss.) y, por último, la necesidad de reinterpretar en consecuencia, desde una amplia ponderación de intereses, el elemento de malicia inasportable —que ve sintetizar el artículo § 54 StGB alemán— (p. 513).

24. Cfr. una sistemática parecida en Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 272 ss. Para doctrina general sobre el estado de necesidad véase STS 9 de dic. 83.

(sin ella no cabe ni siquiera la *eximente incompleta* del art. 21, 1º). Cabe distinguir tres aspectos: a) el peligro, que ha de ser *inminente y actual*; b) que dicho peligro sea de un mal; c) que este mal sea propio o ajeno.

35 a) El peligro.— Peligro significa algo más que posibilidad. No basta la sola posibilidad de un mal, sino que tiene que existir una *probabilidad inminente*. La STS 20 sep. 78 requiere una «necesidad momentánea e imperiosa», y la de 14 febr. 78 una «necesidad aguda e insuperable». La STS 5 dic. 94 distingue entre peligro inminente y «simplemente probable», considerando bastante éste último si la situación de necesidad es «acuciante y grave». La inminencia concretará la exigencia de actualidad del peligro que requerimos en la definición general de estado de necesidad. Supone tanto que el peligro no deba hallarse demeritado alejado aún, como que no debe haberse producido ya la lesión —puesto que en este caso ya ha desaparecido el peligro—.

36 Para decidir si concurre la probabilidad inminente, el juez debe retrotraerse al *momento en que actuó el agente (ex ante)* y enjuiciar la situación según lo haría un *hombre medio* con sus conocimientos y con los que personalmente pudiera tener el agente (como se hace en la teoría de la adecuación en materia de imputación objetiva del resultado). El error (el sujeto cree que existe un peligro inminente cuando el hombre medio, según lo dicho, no lo creería) puede fundar un *estado de necesidad primitivo* (véase *infra* IV).

37 El TS ha denegado el estado de necesidad alegando falta de inminencia del peligro en casos de «estrechez o angustia económica» (así SSTS 1998/2000 de 28 dic., 640/2002 de 22 abr. y 933/2007 de 8 nov.), entendiendo que sería preciso un peligro inminente para la vida (así, todavía, STS 2 jul. 79 considera, en cambio, que no es necesario que el necesitado se halle al borde de la extenuación o de perecer por inanición), sino que basta exigir que no se trate de carencias leves o de privación de lo superfluo, sino de indigencia, o de falta prolongada y total de medios de subsistencia. En realidad, la solución de estos casos depende de cuál sea el mal que se considera que puede evitarse en estado de necesidad: la jurisprudencia ha exigido tradicionalmente que sólo la muerte por inanición es un mal suficiente, y por ello exige el peligro inminente de su producción; pero si se reputa suficiente «mal» el hambre o la indigencia en sí mismas, entonces es evidente la concurrencia del peligro inminente. El problema debe trasladarse, por tanto, al apartado correspondiente al concepto del «mal» que amenaza. Es el que sigue a continuación (b).

38 Aunque la existencia de una situación de peligro es presupuesto fundamental del estado de necesidad, la jurisprudencia ha admitido la *eximente incompleta* en casos en que afirma la *falta de inminencia* de peligro. Sucede esto en supuestos de estrechez económica (STS 3 abril 78). Otra dirección jurisprudencial no admite, en cambio, la *eximente incompleta*.²⁵

b) El concepto de «mal».— La precisión del concepto de «mal» aconseja plantear las siguientes cuestiones, contempladas por nuestra doctrina:

24. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 273. Ver SSTS 71/2000 de 24 en., 1352/2000 de 24 jul., 1652/2000 de 30 oct., 1964/2000 de 15 dic., 1998/2000 de 28 dic., 1597/2002 de 8 febr., 233/2002 de 15 febr., 640/2002 de 23 abr., 888/2002 de 14 mayo, 1123/2002 de 14 jun., 156/2003 de 10 febr., 924/2003 de 23 jun., 186/2005 de 10 febr. y 933/2007 de 8 nov.

25. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 276.

40

1º) ¿Es «mal» todo aquello que lo sea «naturalistamente» o sólo lo que lo sea según valoraciones sociales? En el primer sentido sería «mal» todo aquello que dañe, cause un resultado materialmente lesivo, aunque la sociedad lo valore positivamente, mientras que en el segundo sentido no importaría aquel mal material, sino sólo lo que la sociedad valore negativamente. 2º) Me parece innegable que el concepto de «mal» es esencialmente valorativo. No existe ninguna lesión material que pueda considerarse como «mal» desde el punto de vista naturalístico. Tanto el «mal» como el «bien» presuponen necesariamente una valoración que hace el hombre. La cuestión es, entonces, no si el concepto de «mal» es valorativo, sino qué valoración debe decidir si algo constituye un «mal», ¿la valoración del sujeto afectado, las valoraciones sociales, dominantes o no, la valoración jurídica?

41

2º) La doctrina y la jurisprudencia entienden que no hay que atender a la valoración individual del sujeto. Así, no bastaría para fundar el estado de necesidad el hecho de que la madre, nuevamente embarazada, se represente el nacimiento de un nuevo hijo como un grave mal y acuda a la comadrona para que le provoque el aborto. 27 Hay que atender a una valoración más objetiva. Pero, ¿es preciso que sea el Derecho el que desvalore? Algún autor entiende incluso que sólo será un «mal» relevante para el estado de necesidad un mal penalmente típico, la lesión de un bien jurídico penalmente protegido. Argumenta diciendo que el mal causado en estado de necesidad, que no debe ser más grave que el que trata de evitarse, tiene que ser penalmente típico a la fuerza. —de otro modo no sería la justificación—. por lo que siempre sería más grave que un mal no previsto por la ley penal. 28 La posición contraria defendería, en cambio, la posibilidad del estado de necesidad para evitar un mal que no suponga ningún resultado penalmente típico. 29 Se alarga en esta sentido la STS 18 dic. 63, que admitió que el mal que se trataba de evitar eran los fuertes dolores causados por una enfermedad cancerosa; dichos dolores no constituirían ningún resultado penalmente típico. En el mismo sentido se indica la STS de 3 mayo 74, que considera «mal» a los trastornos provocados por la crisis de abstinencia en casos de drogadicción. 30 Me inclino por no descartar la posibilidad de que un mal no previsto como resultado típico pueda ser tanto o más grave que un resultado típico, y ello sería suficiente para admitir el estado de necesidad. Pero, como se ve, todo depende de si en estos casos el mal causado es o no necesariamente mayor que el que se trata de evitar, y ésta es una cuestión que afecta a este otro requisito de la existencia.

42

3º) Si es discutible que el mal a evitar se halle previsto por la ley penal, es seguro que la conducta que produce dicho «mal» no ha de valorarse positivamente por el Derecho: no cabe estado de necesidad justificante (art. 20, 5º) para evitar un mal cuya producción la ley valora positivamente. 31 Así, no puede alegar estado de necesidad el condenado a prisión que

26. En el primer sentido Rodríguez Mostello, Comentarios, I, p. 311; en el segundo, Córdoba, Comentarios, I, p. 277.

27. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 277. Tampoco basta la representación subjetiva de un mal para dar lugar al estado de necesidad penalmente, pues éste exige que el sujeto crea verdaderamente que comete un mal objetivamente tal, cosa que no sucede cuando el sujeto es consciente de que su valoración de algo como mal no se halla compartida por la sociedad o el Derecho. De ahí que fuera inusitada la fundamentación de la famosa sentencia de la Audiencia de Bilbao de 24 mar. 82; cfr. Mir Puig, Aborto, p. 108.

28. Cfr. Luzón Peña, Legítima defensa, p. 530; el mismo, Estado de necesidad e intervención médica, pp. 70 ss.

29. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 276. En contra Cerezo, La regulación, p. 59, alegando la STS 3 mayo 82.

30. Cfr. Silva, Estado de necesidad (vicina), p. 69.

31. Silva, ADPCP 1982, pp. 668 s. lo expresa diciendo que el concepto de mal amenazante ha de verse como jurídico-social: no basta ni el punto de vista jurídico (no se preside el carácter típico del mal) ni el social (no puede consistir en un «mal» valorado positivamente por el Derecho).

se evadire, aunque el encierro constituya un mal, para el Derecho tiene un significado positivo de realización del mismo. 32 Tampoco cabría estado de necesidad justificante (art. 20, 5º) para el agresor frente a la legítima defensa. Sin embargo, en caso de conflicto de males iguales sí puede admitirse estado de necesidad justificante frente a quien también actúa en estado de necesidad justificante, porque en este caso el Derecho no puede valorar más positivamente la producción de ninguno de los dos males que amenazan (son iguales). 33

43

Esto es argumenta por un sector de la doctrina alegando que el estado de necesidad de bienes iguales supone la no prohibición de la conducta, pero no la valoración positiva del resultado lúcido que causa. Por ello, si el art. 20, 5º se refiere a un «mal», la lesión amparada por estado de necesidad de bienes iguales no deja de ser «mal» pese a la justificación de la conducta. Y si sigue siendo un «mal», otro sujeto podría actuar también en estado de necesidad para evitar ese «mal», puesto que el mal que causa no es mayor. 34 Justificación de la conducta no significaría, pues, necesariamente exclusión del «mal», para esto sería preciso además una valoración positiva del hecho, y no sólo la no prohibición de la conducta. Esta valoración positiva se daría en la legítima defensa o en el cumplimiento de un deber, pero no en el estado de necesidad de bienes iguales.

44

No se trata a mi juicio, de que en el cumplimiento de un deber o en la legítima defensa la actuación haga desaparecer el «mal». Ninguna causa de justificación puede hacer desaparecer la lesión del bien jurídico (o sea: el «mal») que ampara. Por otra parte, nadie negará que el estado de necesidad que justifica una lesión esencialmente menor que el mal que evita debe valorarse positivamente por el Derecho, porque éste prefiere la lesión producida; y, sin embargo, también en este caso se refiere el art. 20, 5º al «mal causado». Que la legítima defensa no deba caer en la peñora «mal» del art. 20, 5º y sí, por el contrario, el estado de necesidad entre males iguales, no resulta fundado. En ambos supuestos, igual como en el estado de necesidad entre males esencialmente desiguales, se produce un «mal» en el cumplimiento de un deber o en el estado de necesidad que evita un «mal» en el sentido del art. 20, 5º (lesión de un bien jurídico). Lo que sucede es que en la legítima defensa, en el «mal causado» siempre deberá considerarse menor que el que se trataba de evitar; por lo que no cabe oponer frente a dichas víctimas el estado de necesidad. En cambio, en el estado de necesidad de males iguales cualquiera de ambos amenazados puede lesionar al otro porque el «mal» que causa no será mayor que el que evitará. Que en el primer caso la conducta que produce el «mal» se valore positivamente por el Derecho no significa, pues, que desaparezca el mal de la lesión del bien jurídico.

45

4º) Si el «mal» que amenaza constituye un hecho típicamente antijurídico, será una agresión ilegítima frente a la cual no procede la aplicación del estado de necesidad, sino de la legítima defensa. De ahí que la discusión antes examinada en el número 2º acerca de si el «mal» amenazado debe o no ser penalmente típico, se plantea en el sentido de si es preciso un resultado previsto por la ley penal. Si se trata de una conducta típica, queda desplazado el estado de necesidad frente a ella por ser preferible la aplicación de la legítima defensa.

32. Cfr. Jiménez de Asúa, Estado de necesidad, p. 69; Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 277.

33. No admitir que pueda considerarse un «mal» la lesión de un bien jurídico justificada Cerezo, La regulación, p. 60.

34. Así Gimberni, Estudios, p. 167 ss., e Introducción, p. 63; Luzón Peña, Legítima defensa, p. 250.

46

Ello no se opone, sin embargo, a la posibilidad del estado de necesidad motivado por una agresión ilegítima, cuando la *défensa recurre sobre un tercero*. Lo que no cabe es estado de necesidad frente a la agresión ilegítima.

47

c) El carácter «propio» o «ajeno» del «mal».— El «mal» que amenaza puede ser *propio o ajeno*. Cuando es «ajeno» aparece la figura del auxilio necesario y se plantea la posibilidad de la colisión de deberes.³⁵

48

aa) El auxilio necesario se da cuando alguien resuelve una situación de necesidad de otra persona lesionando un bien jurídico ajeno: en lugar de actuar el necesitado, lo hace un tercero que le ayuda.

49

Ejemplo: Como último recurso, el médico toma un vehículo ajeno para trasladar con urgencia al hospital a un herido muy grave. El art. 20, 5º CP admite el auxilio necesario sin limitación de las personas que pueden serlo; no exige que el auxiliador sea un pariente o persona vinculada al necesitado.³⁶

50

Ya vimos que esta falta de limitación del auxilio necesario proporciona un argumento importante en favor de la concepción del art. 20, 5º CP como restringido al estado de necesidad justificante (*id.*, *supra*, II 4). Una consecuencia que se sigue de la ilimitada admisión del auxilio necesario es que con mayor motivo deberá quedar impune el tercero que se limita a participar (induciendo o cooperando) en la acción necesaria del auxiliador. Una consecuencia sólo explicable también si se concibe el art. 20, 5º como causa de justificación. Desde esta concepción ello resulta coherente con el principio de la *proportionalidad de la participación*. Como según este principio la participación requiere un hecho antijurídico del autor, otra consecuencia será que quedarán también justificadas los participes del auxiliador necesario —pues éste actúa justificadamente.

51

bb) Cuando se trata de evitar un «mal ajeno» puede surgir la figura de la colisión de deberes. Ello sucede cuando existe deber de evitar dicho mal y, para cumplir con aquél, sólo cabe infringir otro deber. La colisión de deberes puede producirse en supuestos de auxilio necesario. *Ejemplo:* Para asistir a un accidentado frente al cual hay deber de socorro (art. 195 CP), alguien infringe un deber de obediencia a un superior jerárquico (art. 410 CP). A veces se piensa también en los casos en que para salvar a una persona hay que lesionar a otra, en donde concurriría un conflicto del deber de socorro con el deber de no lesionar la vida o la integridad de otro. Sin embargo, es discutible que en tales casos exista deber jurídico de socorro, pues no cabe derivar dicho deber del art. 195 CP, que exige para el delito de omisión de socorro que no hubiere riesgo propio ni de tercero.³⁷

35. También se hace necesario distinguir entre facultades y deberes de auxilio ajeno, *vid.*, *Reidó*, Estado de necesidad, Cap. III.

36. Admisión con carácter general al auxilio necesario: Rodríguez Domínguez, *FG* pp. 556 s.; Cerdoba Rodá, *Comentarios*, I, pp. 285 s.; Silva, *ADPCP* 1982, p. 670. Restrictivamente, un cambio, en el estado de necesidad de males iguales (el que considera sólo escufojano), Antón Omeza, *FG*, p. 272.

37. *Así* Olimbriani, *Estudios*, pp. 158 ss.

38. Sobre las cláusulas con riesgo propio o ajeno, *vid.* Baldo, Estado de necesidad, Cap. III y X.

La redacción legal exige para la colisión de deberes que tenga lugar para evitar un «mal ajeno». No parecen imaginables casos de conflictos de deberes en que uno de ellos tienda a evitar un «mal propio»: yo no tengo «deber» jurídico de evitar un «mal propio», sino sólo, en su caso, la *facultad* de hacerlo en estado de necesidad. Pero: ¿Cuál es el alcance exacto de la expresión «mal ajeno»? Puede entenderse como «mal de otra persona», y entonces sólo permitiría la colisión de deberes en casos de auxilio necesario de otro. Según esta interpretación, el art. 20, 5º no ampararía los casos de colisión de deberes en que se trata de cumplir un deber cuya infracción hubiera de reportar sólo un mal *impersonal*, como, por ejemplo, una perturbación del orden público. Si, en cambio, se interpreta la expresión legal «mal ajeno» en el sentido más amplio de «mal no propio»,³⁸ el art. 20, 5º abarcará a todos los supuestos en que se trata de evitar la infracción de un deber, puesto que esta infracción siempre será un «mal no propio». Creo preferible por razones político-criminales esta segunda interpretación amplia.³⁹

53

La cuestión es importante no sólo para la colisión de deberes, sino, sobre todo, para las demás modalidades de estado de necesidad. Los casos de colisión de deberes en que no se trata de evitar un mal de otra persona siempre cabrían en la extensión de cumplimiento de un deber (art. 20, 7º CP). Pero si se unifican en el sentido individualista restringido la expresión «mal ajeno», no cabría admitir conductas que causen algún mal penalmente relevante como único modo de evitar un mal no personal de importancia superior. Esto originaría algunas insatisfactorias: no parece admisible que deba castigarse a quien evita un mal mayor que el que produce. Piénsese en el ejemplo de quien para evitar un grave desorden público tiene que cometer una falta de conexiones leves con la persona del alcoholizador. Pero piénsese también en los casos extremos en que se halla en juego el destino del Estado, sea por causa de peligros extremos o procedentes de los mismos titulares del poder (los casos de estado de necesidad del Estado y del derecho de resistencia). En casos como éste inimaginablemente no ha cabido estimar legítima defensa, porque hasta la reforma de 1983 ésta se hallaba reservada a la defensa propia, de un pariente o de un extraño. Puede ser razonable negar las amplias facultades de la legítima defensa en tales casos. Pero *ha de haber algún mecanismo en el ordenamiento jurídico que impida que en casos como los contemplados resulte castigado quien no cause un mal mayor que el que evita*. Este mecanismo puede ofrecerse el estado de necesidad, si se interpreta ampliamente la expresión del art. 20, 5º «mal ajeno». La solución me parece adecuada porque esta interpretación amplia no impide que al comprobarse si el mal impersonal evitado es igual o menor que el causado se tenga en cuenta, para valorar éste, el factor de perturbación social que representa la intervención de un particular en lugar de los órganos públicos normalmente competentes.⁴⁰ Ello puede exigir que sólo en casos graves se permita actuar en estado de necesidad para salvar intereses colectivos. Pero negar absolutamente incluso esta posibilidad conduciría a castigar conductas socialmente positivas.

B) Necesidad de lesionar un bien jurídico de otra persona o de infringir un deber

Para que concorra un estado de necesidad es preciso que no haya un modo menos lesivo de evitar el mal que amenaza (STS 3 abr. 78). Esto es lo

39. A favor de esta interpretación Silva, *ADPCP* 1982, p. 671.

40. El estado de necesidad para salvar bienes colectivos, admitido por la doctrina alemana (*inf.* p. el, *Meunach/Wolff*, AT § 27 III 42; Jeschek, *Tratado*, pp. 464, 492), se acepta en nuestro país por Lucón Peña, *Legítima defensa*, p. 171; Rodríguez Domínguez, *FG* p. 356, y Silva, *ADPCP* 1982, pp. 670 s.

41. Apoya a un argumento próximo a favor de la solución de admitir en ciertos casos estado de necesidad y no legítima defensa Jeschek, *Tratado*, p. 464 s.

que se quiere expresar cuando se exige el carácter necesario o la necesidad de la acción lesiva realizada. Se trata de un requisito no explicitado literalmente por el art. 20, 5º, pero inherente al concepto legal de «estado de necesidad» y que el TS exige como fundamental. La ley al se refiere, en cambio, a que la acción salvadora «lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber». Por guardar estrecha relación con el apartado anterior, trataré en primer lugar de esta expresión.

a) *La lesión de un bien jurídico de otra persona o infracción de un deber*

La actual redacción del art. 20, 5º procede en este punto del Código de 1932. Anteriormente, el CP 1870 sólo permitía el estado de necesidad que lesionara la propiedad ajena, y el CP 1928 aludía a que el hecho «produzca daño en la propiedad o derechos ajenos». No se mencionaba la infracción de un deber, porque en el art. 8, 3º CP 1870 y en el art. 61, 3º CP 1928 se prevenía expresamente una eximente para «el que incurra en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima e inexcusable». Este origen histórico ha hecho pensar que la «infracción de un deber» sólo se refiere a los supuestos de omisión, en los cuales se infringe un deber de actuar.⁴² Pero tal interpretación no resulta obligada, como veremos a continuación.

La fórmula legal resulta de la máxima amplitud. En primer lugar, no limita los bienes jurídicos de otra persona que pueden lesionarse, y sólo hará falta que su lesión constituya un hecho previsto en algún precepto penal, pues de otro modo no sería precisa la eximente. En segundo lugar, tampoco se limitan los deberes que pueden infringirse. Aunque el origen histórico de la fórmula actual pudiera sugerir que el legislador pensó en los deberes de actuar y en su infracción mediante una omisión, lo cierto es que ello no encontró reflejo en el texto de la ley. Éste permite también su aplicación a los casos de infracción de deberes de omitir. Y dentro de éstos tienen cabida los casos de lesiones de bienes, y por tanto también los bienes no personales, en cuanto en estos casos se infringe el deber de omitir la lesión. La fórmula del art. 20, 5º da entrada, pues, no sólo a la lesión de un bien de otra persona, sino también a la lesión de un bien no personal a través de la infracción de un deber de omitirla.⁴³ Además, claro está, de la infracción de un deber de actuar o de otros deberes de omitir.

Ejemplos: Se infringe un deber de actuar cuando se desobedece una orden vinculante (art. 410 CP) para evitar un grave mal propio. Se infringe un deber de omitir que determina la lesión de un bien supraindividual (la seguridad del tráfico) cuando se conduce intencionalmente según lo previsto en el art. 381 CP para evitar un hurto muy grave.

42. Así Uuebo Calón, FG, p. 414. Cfr. sobre esta problemática Silva, ADPCF 1982, p. 676.
43. Así Silva, ADPCF 1982, pp. 676, 678.

Puesta en relación con lo dicho en el apartado anterior sobre la noción amplia de «mal ajeno», la fórmula analizada permite, como se ve, todas las combinaciones de colisiones de deberes: colisiones de deber de actuar, de omitir o mixtas. Cuando para evitar la infracción de un deber hay que lesionar un bien jurídico, según la doctrina debe plantearse el caso como de colisión de aquel deber con el deber de omitir la lesión (no del deber con la lesión, términos heterogéneos). De ahí, pues, que la expresión legal «o infrinja un deber» deba dar cabida en tales casos a lesiones de bienes jurídicos «de otra persona» —pese a estar puestas éstas expresamente en la primera parte de la alternativa legal estudiada.

b) *La necesidad (carácter absoluto)*

El TS designa con la expresión «carácter absoluto» la exigencia de que la lesión o infracción realizadas fueran la vía menos lesiva para evitar el mal amenazante (SSTS 640/2002 de 22 abr. y 156/2003 de 10 febr.). A menudo se dice que la acción realizada debe constituir el único medio para evitar el mal, pero ello debe entenderse en el sentido expresado de que sea el medio menos lesivo, porque evidentemente el estado de necesidad no dejará de existir por el hecho de que existan otros medios más lesivos. Se trata del mismo principio que requeriría la necesidad de la defensa para la legítima defensa: el principio de necesidad de la acción realizada. Todo lo dicho en materia de legítima defensa sobre este elemento es aplicable al estado de necesidad —salvo, por supuesto, que aquí no es nunca suficiente si no va acompañado de la exigencia de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

Así, debe distinguirse también para el estado de necesidad entre «necesidad abstracta» y «necesidad concreta». La primera faltará si no hay necesidad de ninguna acción salvadora, y la segunda si existe dicha necesidad pero podía haberse empleado un medio menos lesivo. La estimación de la eximente incompleta no cabrá si falta la necesidad abstracta, pero deberá considerarse si sólo falta la necesidad concreta.

Puede discutirse si existe la necesidad abstracta cuando puede evitarse toda lesión física huyendo, esquivando, accediendo a la ayuda casual o de terceros. Si se admite la necesidad abstracta en estos casos, por entender que de todos modos hay necesidad de hacer algo —aunque sea huir, etc.—, al no usar de los medios no lesivos se considerará un caso en que sólo falta la necesidad concreta (y vale la eximente incompleta). En cualquier caso, no se discute que tales medios impliquen la exención total, pues se entiende que el estado de necesidad es subsidiario de los mismos (carácter subsidiario) —mientras que este carácter se discute respecto a la legítima defensa (sobre todo cuando se niega que ante una agresión ilegítima sea exigible la huida).⁴⁴

44. Cfr. Luedin, Curso, pp. 629 s., 589 s., 606 s., que afirma el carácter subsidiario del estado de necesidad y lo niega para la legítima defensa. Sobre todas estas cuestiones, véase Baldo, Estado de necesidad, pp. 149 ss.

62

También, como en la legítima defensa, debe valorarse la necesidad o no del hecho no en abstracto, sino en la concreta situación en que se produjo el hecho según el juicio del hombre medio situado *ex ante* con todos los condicionamientos circunstanciales.⁴⁵ En el estado de necesidad puede a veces exigirse mayor frialdad al sujeto que en la legítima defensa, puesto que en ocasiones el peligro se prolonga durante el tiempo sin que se produzca una necesidad evidente de respuesta inmediata como suele suceder ante una agresión. Es lo que sucede en las llamadas «situaciones de estrechez». El TS requiere que el sujeto «antes de violar el derecho ajeno haya procurado por todos los medios a su alcance remediar sus males» (STS 20 febr. 57).⁴⁶

C) El elemento subjetivo

63

a) El anterior art. 8. 7º CP exigía que el sujeto actuase *impulsado* por un estado de necesidad para evitar el mal que amenaza. Era evidente que ello venía a exigir un elemento subjetivo de justificación en esta extimación. La nueva redacción de 1995 ha suprimido la expresión «impulsado por» y la ha sustituido por la preposición «en». Tal vez se pretenda con ello objetivar en mayor medida el elemento, pero sigue siendo perfectamente posible seguir exigiendo el conocimiento del estado de necesidad, si se entiende, por razones dogmáticas, que el elemento subjetivo de justificación es necesario en general para que desaparezca por completo el dvalor del hecho típico (ver *supra*, Lec. 16, I 4 B). La nueva redacción viene a confirmar, no obstante, que no es preciso que el estado de necesidad constituya el *único* motivo del hecho, sino que puede coexistir con otras motivaciones, incluso ilegítimas.⁴⁷ También, que *lápoco* es necesario que suponga un *conflicto psicológico* que prive al autor de una decisión fría: no se trata de una causa de exculpación, sino de justificación, en que puede concurrir una ponderación objetiva y lúcida de los hechos. Para el problema que plantea la falta de concurrencia de este requisito cfr. *supra*, Lección 16, I 4 B.

64

b) La necesidad de que el sujeto conozca el estado de necesidad no excluye la posibilidad de apreciar la extimación en los hechos imprudentes.

65

Ejemplo: Para procurar asistencia a un herido grave de carretera, alguien lo conduce al hospital a velocidad excesiva, causando lesiones graves a un peatón.

45. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 280, refiriéndose a las SSTS 10 febr. 41 y 18 dic. 63.

46. Cfr. también SSTS 28 mar. 58, 16 jun. 69, 29 sept. 78, 23 oct. 93.

47. No será posible ahora excluir la extimación por concurrir en el agente un móvil de lucro económico, como sin embargo hizo la STS 5 dic. 94. En este mismo sentido SSTS 1352/2000 de 24 jul., 1964/2000 de 15 dic. y 1125/2003 de 14 jun.

Esta posibilidad, reconocida mayoritariamente por la doctrina alemana,⁴⁸ se había rechazado, sin embargo, por la jurisprudencia del TS cuando la ley exigía que el sujeto actuase «impulsado por» el estado de necesidad. Pero, como señaló Córdoba,⁴⁹ la imprudencia no excluye la voluntad referida a la conducta imprudente y ésta podrá realizarse el autor *impulsado* por un estado de necesidad y para evitar un mal propio o ajeno. Ya antes había, pues, que el estado de necesidad cubriese la acción imprudente (por ejemplo, conducir demasiado deprisa). Con mayor razón ahora que ya no se requiere que el autor actúe «impulsado por» el estado de necesidad, sino sólo que la actuación tenga lugar «en un estado de necesidad». Y si esta acción está *permitida* por el estado de necesidad, el resultado de dicha acción lícita no podrá tampoco castigarse (resultado de acto ilícito). Se trata de una manifestación particular de *riesgo permitido*: si está permitido el riesgo, no puede castigarse si el riesgo produce un resultado lesivo.

2. «Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar»

6:

A) Este requisito expresa una *versión muy estricta del principio de proporcionalidad* como límite característico del estado de necesidad. La interpretación tradicional entiende que se trata de comparar los bienes jurídicos en conflicto, de modo que no sea más importante el lesionado. Ya se anunció al contemplar el fundamento de la extimación que tal planteamiento conduce a consecuencias político-criminales inadmisibles. La redacción legal, sin embargo, no obliga, sino al contrario, a dicho planteamiento. La ley no compara «bienes», sino «males», y en la gravedad del «mal» no sólo influye el valor del «bien» típico lesionado, sino también la *forma* en que se lesiona. Una lesión producida por la Naturaleza no permite más valoración que la del bien típico lesionado, por lo que la gravedad del «mal» es aquí igual a la importancia de dicho «bien». Pero el «mal» causado al lesionar un bien jurídico penalmente protegido supone no sólo el menoscabo de un bien, sino *además* una perturbación del orden jurídico y, siendo individual el bien, una injerencia anormal en la esfera del lesionado.⁵⁰ De ello cabe deducir que el «mal» causado por la acción realizada en estado de necesidad *necesariamente* deberá ser mayor que la lesión del bien típico que supone. Se alcanza por esta vía una conclusión importante, que modifica la interpretación tradicional y

48. Cfr. Jacheczi, Tratado, p. 811, 812 s.

49. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 284. De acuerdo Silva, pp. 678 s., que incluye estos casos en la expresión del art. 20. 5º «infringe un deber» (de cuidado), a cuya infracción refiere el requisito subjetivo que exige dicho precepto.

50. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 288. La Jefe Jefe Fernández, ADPCF, 1979, pp. 493 s. De acuerdo Rodríguez Barbero, CPC, 1983, p. 304; Luño, Curso, p. 630. Admiten también en definitiva que no basta comparar los bienes en conflicto: Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 482; Carbonell Mateu, Justificación, p. 59. En contra de tomar en consideración la perturbación del orden jurídico Cuenda, Colación de deberes, pp. 231 s. Abude, en cambio, a la valoración de la «epos sociata» la STS 23 nov. 85.

afecta en particular al supuesto de igualdad de males: si el «mal» ha de ser siempre mayor que la lesión del bien típico que implica, la igualdad entre los bienes en conflicto no bastará para que se dé la igualdad de males que requiere la ley; cuando en situación de necesidad se lesiones un bien típico igual que el que salva, podrá ser mayor el mal causado (porque éste encierra la perturbación inherente a la realización del hecho típico) que el evitado (que generalmente sólo consistirá en la lesión del bien impedido). Por lo mismo, tampoco bastará la superioridad del bien típico salvado, salvo que sea lo suficientemente amplia como para compensar el plus representado por la perturbación que supone el hecho realizado en estado de necesidad.

68

Este planteamiento no excluye, sin embargo, que pueda resultar aplicable el art. 20, 5º (estado de necesidad justificante) en caso de conflicto de bienes iguales. Puede suceder que el peligro que se trata de evitar lo sea también de una perturbación del orden jurídico. Así, sucede en el ejemplo clásico de los dos náufragos que luchan a muerte por conseguir la tabla de salvación (caso de la tabla de Carnéades). Aquí el mal que se trata de evitar implica la misma perturbación del orden jurídico que la lesión que se pretende producir. La solución sería distinta si uno de los náufragos estuviera previamente asido a la tabla y el otro pretendiera arrebársela: éste segundo no puede hacerlo con arreglo al art. 20, 5º (justificadamente), sino a lo sumo amparado por una eximente como la de miedo insuperable (art. 20, 6º CP), que excluyese sólo la imputación personal.

69

Por esta vía también puede admitirse el estado de necesidad justificante del art. 20, 5º aunque el bien salvado no sea mayor que el lesionado cuando el peligro que da lugar a la situación de necesidad proceda de la persona o cosa a la que se lesiona defensivamente (el llamado «estado de necesidad defensivo»).

70

B) Particular interés puede tener la aplicación de esta construcción al ámbito de los trasplantes quirúrgicos. La interpretación dominante tendría que llegar a la insatisfactoria conclusión de que actúa amparado por estado de necesidad el médico que con violencia o engaño extrae un órgano, acaso vital, de una persona sana como único modo de salvar la vida de un paciente. Pléñese en el caso extremo de que el médico prive a alguien de uno de sus ojos para evitar la ceguera de un paciente. En estos casos es evidente que el médico no lesiona

51. Como necesario configurar para estos casos una causa de justificación extralegal por analogía, que permita causar un mal algo mayor que el que amenaza. Luzón Puja, *Legítimos defensas y estado de necesidad defensivo*, pp. 269 ss. También Baldo, p. 174. Más opinable me parece la cuestión —que Luzón resuelve negativamente— de si cabe aplicar estado de necesidad para las transfusiones de sangre a Testigos de Jehová contra su voluntad. Sobre caso problema, rechazando también el estado de necesidad, Cabrerola, *Tratamiento*, pp. 295 ss., 318. Han admitido en cambio estado de necesidad en estos casos para la transusión forzosa los Autores del TS de 14 de marzo 79, 22 dic. 83 y 25 enero 84. Sobre el Auto de 22 dic. 83 cfr. también Bejo Fernández, ADPCP 1979, pp. 127 ss.

un «bien» típico mayor que el que salva y, sin embargo, ¿es admisible que su actuación quede impune por resultar comprendida en el estado de necesidad? La exigencia de consentimiento que para la extracción de órganos de personas vivas ha venido a expresar el art. 4 c) de la Ley de 27 oct. 79 hace ilícitos estos supuestos, pero no impone por sí sola su punibilidad. Ésta seguirá excluida en cuanto el hecho resulte subsumible en la eximente de estado de necesidad. La única forma de evitar esta consecuencia insostenible es entender que la privación dolosa de la vida o integridad física de una persona constituye siempre un «mal» mayor que la sola producción naturalística, o su no evitación, de una lesión corporal o de la muerte. Dado el especialísimo valor no sólo de la vida, sino también de la integridad física, pues de ambos depende la persona como «fin en sí misma», ello debe concretarse en el sentido de que, *excepto normalmente*, tampoco la integridad física del hombre puede instrumentalizarse por nada, ni siquiera como medio de salvar la vida o la integridad física de otra persona, salvo que se trate de evitar una agresión procedente de la persona lesionada. No cabría, pues, admitir que obra en estado de necesidad el cirujano que extrae un órgano no principal de alguien sin su consentimiento para salvar la vida de otro⁵¹. Debería entenderse que causa un «mal» mayor (privación dolosa de la integridad física de una persona que es «fin en sí misma») que el que evita (la muerte como proceso biológico normal). Queda a salvo la posibilidad de que concorra miedo insuperable o, de reputarse éste insuficiente, acudir a una causa *supralegal de exculpación*, pero en todo caso no bastaría y la mera composición *objetiva de los bienes típicos en conflicto*, sino que todo dependería de la concurrencia en el sujeto de una situación motivacional suficientemente anormal (no exigibilidad) (cfr. Lección 24).

71

C) El principio, vinculado al valor constitucional de la dignidad humana, según el cual no es lícito admitir que se instrumentalice al individuo por otros sacrificando derechos fundamentales del mismo, puede conducir a negar también el estado de necesidad del art. 20, 5º para justificar un ataque grave a otros bienes personalísimos, como la libertad sexual o la libertad de movimiento, ni siquiera para evitar algún otro delito que no proceda del lesionado, aunque este delito sea más grave que aquel ataque. No debe considerarse un «mal» menor justificable la violación de una persona inocente por quien se ve amenazado de muerte por un tercero si no lo hace. Ni tampoco la detención de una persona podría considerarse justificada por el hecho de que fuese el único medio para evitar una amenaza de muerte efectuada al secuestrador por un tercero. Es cierto que en estos casos no se trata sólo de evitar una muerte natural, sino un delito de

52. Como esta solución se deriva del principio constitucional de «dignidad humana», como límite independiente y ajeno a la ponderación de males, Cerezo, *La regulación*, p. 88.
53. De respuesta negativa a esta cuestión Bejo Fernández, ADPCP 1979, pp. 493 s.

asesinato que implica también el mal inherente a la perturbación que tal infracción supone para el orden jurídico; pero hay buenas razones para rechazar que pueda concederse un *derecho* a violar o secuestrar a una persona que no tiene nada que ver con aquella infracción. El amenazado de muerte no tiene derecho alguno a trasladar su problema a otro no afectado (no tiene derecho a cambiar el curso del destino *Jugend a Dios*). Tampoco puede justificarse que alguien viole o secuestre a otra persona para evitar que se mate, viole o secuestre a un tercero.⁵⁴ Cosa distinta es que pueda concurrir un *medio insuperable* (art. 20, 6º) que *impida la imputación personal* del hecho objetivamente antijurídico, o, por lo menos, una *eximente incompleta* de estado de necesidad o de miedo insuperable.⁵⁵

72

D) La aplicación del mismo planteamiento a la colisión de deberes abona la necesidad del tratamiento diferenciado que para la misma propugna la doctrina dominante en Alemania.⁵⁶ La razón es que aquí la comparación de la importancia de los deberes en principio ya determina la importancia de los males a que da lugar su infracción. Y, así, mientras que en un estado de necesidad entre bienes en principio no bastará para que concorra el requisito ahora examinado que los bienes típicos sean iguales, sino que habrá que probar que la lesión de uno de los bienes ha causado un mal no mayor que el mal que supone la lesión que se evita, en cambio, ante una colisión de deberes de igual rango podrá afirmarse en principio que el mal causado por la infracción de uno de ellos es también igual que el que supondría la del otro. Digo *en principio* porque en el caso concreto podría suceder que ante una colisión de deberes iguales la infracción de uno tuviera consecuencias más graves que la del otro, en cuyo caso no podría infringirse el primero para evitar la infracción del segundo.

54. Deje entonces de ofrecer dificultades derivadas del principio de accesoriedad limitada de la participación el caso que propone en la tercera colisión de esta obra el que viola a una persona para evitar sino con un injusto sólo atenuado por una eximente incompleta, y a lo sumo, sin responsabilidad penal jurídico al inductor que le amenaza.

55. Propone esta eximente incompleta para el que viola a otra persona por estar amenazado de muerte Díez y Cereza Condecho, RDPCT nº 2 (1998), pp. 426 s.

56. En contra, sin embargo, Cuervo, Colisión de deberes, pp. 231 s. La doctrina dominante alemana sostiene esta conclusión respecto a la colisión de deberes de evitar, mientras que en la colisión de deberes de omitir y otro de actuar (p. ej., colisión del deber de no desconectar a un paciente del corazón-pulmón artificial con el deber de conectar a otro paciente que lo necesita) se considera que sólo actúa justificadamente quien infringe el deber de omitir. Así Murnich/Zipf, AT § 27 IV 53; Stratenwerth, AT, 9/119. Pero esto significa solamente que el valor del bien jurídicamente protegido por el deber no es el único criterio decisivo y que, por lo tanto, no basta la igualdad de los bienes en conflicto para afirmar que los deberes en colisión son iguales. En la colisión entre un deber de actuar y otro de omitir lo que sucede es que, aunque ambos empueren un mismo bien jurídico, como la vida, el deber de omitir es considerablemente más importante que el de actuar. Ello no constituye, pues, ninguna exculpación al principio según el cual basta la igualdad de los deberes en colisión (no de los bienes en juego) para que concurren justificadón si se infringe cualquiera de ellos.

73

Ejemplo de colisión de deberes iguales que propone la doctrina sería el del padre que se encuentra ante una situación en la que dos hijos suyos se hallan en peligro de perecer y sólo puede socorrer a uno de ellos (a cualquiera, pero sólo a uno). La doctrina alemana considera también casos de colisión de deberes iguales, todos aquellos en que hay que optar entre el deber de salvar a una o varias personas y el de salvar a mayor número de ellas. Se entiende que una vida vale tanto como muchas vidas, por principio kantiano de que el hombre es un fin en sí mismo.⁵⁷

74

Por último, dos observaciones: 1º) A menudo los males en juego serán difíciles de comparar. Según Córdoba, cuando concurren dos males incomparables habrá que apreciar la eximente, puesto que el art. 20, 5º sólo exige que el mal causado no sea mayor, y si no es susceptible de comparación con el mal evitado no podrá decirse que es mayor que éste.⁵⁸ Esta afirmación parece demasiado general. 2º) En los delitos imprudentes no hay que comparar el resultado lesivo no sólo el que se trataba de evitar, sino la gravedad del hecho imprudente en cuanto tal (que será menor que la gravedad del resultado si se hubiera producido dolosamente) y el peligro que se conjura con la conducta imprudente.

75

Ejemplos: Es difícil comparar la necesidad de estar a cubierto durante una enfermedad que exige guardar cama y el deber de obediencia a una sentencia judicial de desahucio. Si alguien conduce imprudentemente un vehículo que corre peligro de perder una pierna y causa un accidente en el que perece otra persona, no hay que comparar la pérdida de la pierna con la muerte de la víctima del segundo accidente, sino el peligro de aquélla pérdida con la gravedad del hecho imprudente (previata con una pena menor que la del homicidio doloso).

3. «Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto»

76

A) La doctrina dominante y la jurisprudencia entienden que falta este requisito en cuanto el sujeto causa la situación de peligro que amenaza.⁵⁹ No sería preciso para apreciar provocación que el sujeto haya querido, además, el estado de necesidad consistente en la situación no sólo de peligro, sino de necesidad de optar entre un mal u otro. Así, quien provocase un incendio y se viera envuelto en él no podría alegar la existencia de lesiones a otro para salvarse aunque no hubiese querido la situación de tener que elegir entre su vida y la integridad física del otro (el sujeto quiere el incendio pero no tener que salvarse de él lesionando). Por otro parte, en los delitos de tráfico ni siquiera requiere el TS que el sujeto haya querido dolosamente la concreta situación de peligro. Basta, para que estime la provocación, que el conductor del turismo que tuvo que atropellar a un ciclista para evitar una colisión frontal con un camión que hubiera producido la muerte de los ocupantes del automóvil, hubiera llegado a dicha situación por una conducción imprudente. En caso como éste el TS deniega el estado de necesidad y castiga por imprudencia.⁶⁰

57. Cf. Córdoba Rola, Comentarios, I, pp. 292 s.

58. Cf. Cuervo Calón, FC, pp. 415 s.; SSTS 11 jun. 66 y 13 nov. 76.

59. Cf. p. ej., SSTS 23 jun. 59, 30 oct. 60. A favor Luzón Domingo, Derecho penal del TS, I, 1964, p. 217.

77

Una dirección doctrinal no opone a este planteamiento. Por una parte, es necesario entender la expresión legal «situación de necesidad» como equivalente a la de «estado de necesidad»; no sólo como situación de peligro, sino como situación de conflicto sin más salida que la lesión de uno de los bienes en juego. En el ejemplo del incendio, el sujeto habría creado dolosamente el peligro, pero no la situación de conflicto. Por otra parte, se exige que la provocación de la situación de conflicto sea intencional (dolosa).⁶⁰ En el ejemplo de tráfico propuesto no habría siquiera provocación dolosa de la situación de peligro concreto.

78

La letra de la ley parece, en efecto, obligar a exigir, para la falta del requisito estudiado, que el sujeto haya provocado dolosamente la situación de conflicto, y no sólo el peligro sin conciencia de que iba a provocar la situación de necesidad. Las formulaciones doctrinales y jurisprudenciales contrarias resultan, pues, incorrectas al negar la presencia de la eximente de necesidad en casos de provocación. Sin embargo, la solución de castigar por imprudencia en casos como el de tráfico citado resulta razonable, aunque así mal fundamentada. Si como el de tráfico citado resulta razonable, aunque así mal fundamentada. Si el sujeto en definitiva ha causado un resultado lesivo por una *imprudencia anterior* a la situación de necesidad. ¿Cómo puede dicha imprudencia desaparecer por el hecho de que aparezca en el último momento la necesidad de tener que elegir entre un mal u otro?

79

La solución de la imprudencia me parece correcta, pero debe fundamentarse acudiendo a un razonamiento paralelo al de la *actio libera in causa*.⁶¹ El acto último (generalmente doloso) motivado por el estado de necesidad, está justificado porque la situación de necesidad en sentido estricto (situación de conflicto) no ha sido provocada intencionalmente. Mas con ello no desaparece la *imprudencia de la conducta anterior*, y esta imprudencia es causa última del resultado final (*condictio sine qua non*). Imaginemos que la situación de peligro ha sido causada por una persona distinta a la que luego se ve en la necesidad de lesionar a otra para escapar al peligro: si el causante del peligro actuó imprudentemente, nada podrá dudar de que el resultado lesivo final ha de imputarse a título de imprudencia, pues bien, no puede cambiar las cosas el hecho de que quien se ve envuelto en la situación de necesidad sea el propio provocador del peligro.

80

Ello no obsta a que la fundamentación que de la solución de la imprudencia de el Tribunal Supremo sea inapropiada.⁶² Si niega todo estado de necesidad eximente, debería conducir a castigar el hecho doloso que generalmente dará lugar a la lesión final. El conductor que elige arrojarse al ciclista antes de colisionar con el camión, toma una decisión dolosa, que debería castigarse como tal si no se entiende justificada por el estado de necesidad. La fórmula aquí propuesta culmina la eximente para el acto doloso realizado ante la situación de necesidad, pero admite que subsiste una *imprudencia anterior* a la que cabe imputar la lesión final y que, por tanto, debe castigarse.

60. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 295; Silva, ADPCP 1982, p. 684.

61. La doctrina actual habla en este caso de *actio illicita in causa*; cfr. Kasper (1983), pp. 165 ss.; Silva, ADPCP 1982, pp. 681 ss. (ambos señalando los límites de esta construcción). Luzón Peña, *Justitiae*, f. Recht u. Ethik, I, 2 (1994), pp. 360 ss., admite la aplicación de esta construcción en el estado de necesidad, por entender que «así justifica la conducta final, pero sólo en ple al desarrollo del resultado».

62. Sin embargo, como el texto STS 15 Jun. 71.

81

B) La ley requiere que sea «el sujeto» el que no haya provocado intencionalmente la situación de necesidad. Ello no plantea problema en el estado de necesidad en que se salvan intereses propios, pero en el auxilio necesario de otra persona hay que decidir si «el sujeto» es el auxiliador o el auxiliado. La doctrina española se manifiesta mayoritariamente en el sentido de que ha de ser el *auxiliador*, y no el necesitado, el que no debe haber provocado intencionalmente la situación de necesidad —con independencia de si el auxiliado la provocó o no.⁶³ Ello se basa en argumentos literales, históricos y vinculados a la ratio de la institución. La redacción de la ley, parecería indicar que se trata del *sujeto de la acción* amparada por la eximente: la acción de quien «actúa impulsado por un estado de necesidad...» a que se refiere el encabezamiento del art. 20. 5°. También se argumenta que la finalidad del requisito 2° del art. 20. 5° es evitar que se aproveche de la exención por estado de necesidad *quien lo ha provocado dolosamente*.⁶⁴

82

¿Son definitivos estos argumentos? Desde el prisma del fundamento del requisito 2° del art. 20. 3° podría replicarse que no deja de resultar insatisfactorio que la provocación producida por un sujeto no necesitado haya de perjudicar al sujeto necesitado que nada tiene que ver con la provocación, determinando la prohibición de que el primero auxilie a éste. En realidad, al menos cuando el ordenamiento jurídico considere mayor el mal que amenaza al necesitado, lo más coherente y correcto parecería que si la provocación sólo tuvo lugar por parte del no necesitado no hubiera de impedir su acción auxiliadora. ¿Puede considerarse antijurídica una conducta que viene a evitar un mal mayor en quien no tiene ninguna culpa de la situación de necesidad en que se encuentra?

83

También es cierto, sin embargo, que no resultaría justo que el auxiliador que provocó la necesidad de lesionar uno de los bienes en conflicto quede absolutamente impune cuando lesiona uno de ellos.

84

Subsiste, no obstante, la dificultad antes expuesta: si se castiga al provocador que auxilia, ¿no significa ello que se le prohíbe auxiliar a quien no tiene ninguna culpa de verse envuelto en la situación de necesidad? La única solución a este dilema que se me alcanza es la de entender que el castigo del provocador no tiene lugar *porque auxilia*, sino *porque ha provocado dolosamente* la situación de necesidad de la cual habla de resultar necesariamente lesionado un bien. Siendo así, el *provocador* no se le *prohíbe auxiliar*, sino sólo que provocara la situación de conflicto. Es más, puede entenderse que al haber creado el peligro, el provocador queda situado en una posición de garante frente a los bienes en conflicto que le obliga a salvar el más importante. Quien pone a otra persona frente a un bien ajeno tiene el *deber de salvarlo*. Y, sin embargo parece justo castigarle por la muerte del bien (bien jurídico propiedad de alguien). Habrá que castigarle, pero no por haber campado el deber de auxilio, sino porque la lesión es imputable a una provocación dolosa anterior.

85

Así fundamentada, la doctrina dominante que, en el auxilio necesario, identifica el «sujeto» del requisito 2° del art. 20. 5° con el *agente auxiliador*, puede sostenerse satisfactoriamente.

63. P. ej., cfr. Antón Oñeda, PG, p. 268; Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 301; Ferrer Samsó, Comentarios, pp. 204 s.; Silva, ADPCP 1982, p. 682. En contra, Luzón, Curso, p. 652.

64. Cfr. Córdoba, Comentarios, I, p. 301; Antón, PG, p. 268.

86. 4. «Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse»
 Determinadas profesiones o cargos conllevan un especial deber de soportar ciertos riesgos. Así, el bombero ha de asumir los riesgos del fuego y de otras tareas de salvamento, el capitán del barco debe dejar que en caso de peligro se salven primero los pasajeros, la policía debe correr el riesgo de que algún delincuente se resista a su detención, etc. Existen situaciones de necesidad en las cuales generalmente podría actuarse al amparo de la eximente quinta y que, sin embargo, no permiten justificar la conducta de los profesionales citados que optan por no sacrificarse. Es lo que viene a suponer el último requisito, ahora aludido, del art. 20, 5.^o»

87. Para que falte este requisito es preciso, pues, que el deber de sacrificio se halle *especialmente* vinculado a un determinado oficio o cargo: no bastaría un deber genérico de sacrificio como la obligación de respetar la buena fe lesionada por el delito de falsedad (como erróneamente sostiene la S 29 oct. 51), pues en todo delicto existe el deber de respetar el bien jurídico respectivo y, de admitirse que basta este deber, nunca podría estimarse la eximente. Por otra parte, ha de tratarse de un deber jurídico, es decir, basado en normas jurídicas. Por último, el deber de sacrificio tendrá sus límites, derivados del alcance que le confieran las normas jurídicas que lo establecen y también de lo exigible a cada función.⁶⁵

88. *Ejemplos:* La tripulación de un buque no podrá pretender su salvamento a costa de la muerte de los viejeros, pero sí podrá arrojar al mar la carga para salvar sus vidas.⁶⁶ Tal límite de su deber de sacrificio ya se deriva de la regulación que prevé el Código de comercio de la figura de la cohzón. Al bombero le es exigible sufrir riesgos en su persona antes de atacar a otros con el fin de escapar a las llamas, pero no para salvar un bien de poco valor.

89. Según la redacción legal, quien no ha de tener deber de sacrificio es «el necesitado». En caso de que sean distintos el agente y el necesitado (aquí actúa para salvar a éste: auxilio necesario), parece que la exigencia no se referirá al agente, sino al auxiliado por él, único «necesitado». No cabría, pues, apreciar la eximente en el particular que lesione un bien jurídico para evitar un mal de un profesional que tiene obligación de sacrificarse.⁶⁷

65. Sobre el significado y fundamento de este requisito cfr. Silva ADPCP 1982, p. 689.

66. Así Córdoba Rada, Comentarios, I, pp. 303, 305 s.

67. Cfr. Antón Oñeca, PC, p. 266.

68. En contra, la doc. doni. entendida por encasillada al auxiliar, aunque no se halla en peligro; cfr. Ferrer Sams, Comentarios, I, pp. 207 s.; Córdoba, Comentarios, I p. 307; Rodríguez Domínguez, PC n. 552; Díaz Palao, Estado de necesidad, p. 97. Silva ADPCP 1982, p. 690, exige que el auxiliado sea el que sufre el mal.

Cuando únicamente falte el presente requisito, cabrá apreciar la eximente 90 incompleta (art. 21, 1.^o).

IV. Estado de necesidad putativo

Véase lo dicho supra sobre la suposición errónea de algún presupuesto objetivo de una causa de justificación (Lección 16, I 3) y sobre la legítima defensa putativa (Lección 16, II 3). Todo ello es aplicable aquí.

LECCIÓN 18.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO. LA OBEDIENCIA DEBIDA

BIBLIOGRAFÍA

- Almilla Camillan*, La naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida, en *Anales del Centro de la UNED de Albacete*, 1980, pp. 17 ss.; *Amelung*, Die Rechtfertigung von Polizeiverfügungen, *Ius* 1986, pp. 129 ss.; *Amós Cusoz*, Notas Críticas al CP. Las lesiones, en *Estudios penales*, en homenaje al P. Pereda, 1965; *Bajo Fernández*, La realización arbitral del propio Derecho, 1976; *el mismo*, *Agresión médica y consentimiento del paciente*, CPC nº 25 (1985), pp. 127 ss.; *Baldá*, Estado de necesidad y legitimación de defensa, 1994; *Becher*, Sportverletzung und Strafrecht, *DI* 1938, pp. 1720 ss.; *Berlingo Gómez de la Torre*, El delito de lesiones, 1982; *Beitzel*, Ordnung der Autorität und Strafrecht, 1934; *Bieri*, *Probleme des politischen Verwendungsrechts*, *IZ* 1955, p. 625 ss.; *Brubio*, Contribución a la teoría del Derecho, ed. de Ruiz Miguel, 1980; *Buckelmann*, Das Strafrecht des Arztes, 1968; *el mismo*, *Der ärztliche Heilberuf*, *ZStW* 93 (1981), pp. 103 ss.; *Burillo*, Justificación y descargo por obediencia en derecho penal, Colembra 2006; *Dringewer*, Der rechtswidrige Befehl, *NZM* 1971, pp. 126 ss.; *Bruno*, *Die strafrechtliche Diskussion über das Zuchtigungsverbot des Lehrers*, *IZ* 1937, pp. 410 ss.; *Bueno Añón*, El consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico..., en AA.VV., *Estudios de Derecho penal y criminología*, UNED 1989, I, pp. 133 ss.; *Bustos*, Las funciones de la policía y la libertad y seguridad de los ciudadanos, en *Nuevo Foro Penal*, 1986, pp. 163 ss.; *Cayula Hernández*, Sobre el discurso jurídico, 1982; *Corrección*, *Exención del delito*, 1965; *Carbonei Meireu*, La justificación penal, 1982; *Cerezo Mir*, La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, ADPCP 1987, pp. 273 ss.; *el mismo*, Los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, REP 1966, pp. 319 ss.; *Cobo del Rosal*, Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el CP, ADPCP 18 (1964), pp. 243 ss.; *Colverus*, Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud, 1988; *Curroy*, Libertad de torpeza versus consentimiento, en *Casado del*, *Biología, Derecho y Sociedad*, 1998, pp. 109 ss.; *Córdoba Roeder*, Las eximentas incompletas en el CP, 1966; *Covezal*, *Castilla deportiva como causa de exención del reato*, 1984; *Del Rosal*, De la responsabilidad médica, *IZ* (1959), pp. 365 ss.; *Díaz Palao*, En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida, en *Estudios jurídicos en honor al prof. Pérez-Villosa*, I, 1983, pp. 191 ss.; *Díaz Ripollés*, La huelga de hambre en el ámbito penitenciario, CPC nº 30 (1986), pp. 603 ss.; *Dalpécheff*, Sind rechtswidrige bindende Befehle möglich?, *ZStW* 58 (1939), p. 238; *Dölling*, Die Behandlung über Körperverletzungen im Sport, *ZStW* 96 (1984), pp. 316 ss.; *Eingelecht*, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, *ZStW* 58 (1939), pp. 1 ss.; *Ezer*, *Problemas de justificación y culpación en la actividad médica*, en *Mir Puig* (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho penal*, 1988, pp. 7 ss.; *el mismo*, *Medizin und Strafrecht*, *ZStW* 97 (1985), pp. 1 ss.; *el mismo*, *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers*, *IZ* 1978, pp. 368 ss.; *Fuhrmann*, *Der höhere Befehl als Rechtfertigungsgrund im Völkerrecht*, 1963; *García Arán*, Algunas consideraciones sobre la exención de responsabilidad en Derecho penal español, en *Estudios jurídicos en honor del prof. Pérez-Villosa*, 1983, I, pp. 251 ss.; *García Valdés*, *El Derecho penal y disciplinario y la Ley del Deporte*, CPC nº 39

en todo el resto del ordenamiento jurídico, como lo demuestra el hecho mencionado de que no todo lo lícito por el Derecho penal lo debe ser para las demás ramas del Derecho. Si lo lícito de un actor no penal del Derecho no puede al mismo tiempo castigarse por el Derecho penal es por algo más que la unidad del ordenamiento jurídico: es por la función de *ultima ratio* del Derecho penal dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico.

B) Pero, para que un deber o un derecho no penales pueda justificar un hecho castigado con carácter general por la ley penal, ha de poder entenderse con carácter previo que efectivamente el ordenamiento jurídico mantiene la exigencia del deber o la existencia del derecho pese a la prohibición general que el Derecho penal prevé de la conducta debida o permitida. Si se pudiera sostener que la ley penal general deroga la norma no penal que establece el deber o derecho, desaparecerían éstos y por tanto la valoración positiva de la conducta que impide su castigo penal. Las normas penales pueden, en efecto, como toda norma jurídica, derogar otras normas definidoras de deberes y derechos: así sucederá cuando al introducir un nuevo delito el legislador quiera castigar incluso las conductas obligadas o permitidas por otras normas anteriores (Ver el ejemplo que se propone el final de la siguiente letra C). Pero, en principio, y salvo que conste lo contrario en algún supuesto particular, el art. 20, 7º *visita o negar la voluntad del Derecho penal de derogar los deberes y derechos definidos en otras normas jurídicas. En otras palabras: cuando un hecho se halla a la vez previsto en una ley penal y en otra norma jurídica no penal que obligan o permite positivamente su realización, se plantea una situación de *concolato de leyes* que el art. 20, 7º decide en favor de la norma no penal. La consecuencia es que el hecho ha de considerarse obligado o permitido y no contrario a la ley penal, de modo que no puede considerarse antijurídico. La razón de la ausencia de antijuridicidad ha de verse vinculada a la existencia de determinadas intenciones que han llevado a obligar o permitir el hecho de que se trate. Estas intenciones entran en conflicto con las penalmente prohibidas que lesionan la conducta correspondiente, y el conflicto se resuelve a favor de la norma no penal en favor del deber o derecho. Se trata de la estructura de una *causa de justificación*: el aunque el bien jurídico no desaparece, sino que se permite (u obliga) por razón de intenciones que se califican *prevalecientes*.*

C) Puede plantearse la duda de si el art. 20, 7º es o no *superfluo*. En otros países (así, en Alemania) no se prevé ningún precepto paralelo y, sin embargo, nadie ha puesto en duda que quien actúa en el ejercicio de un deber o de un derecho no ha de incurrir en responsabilidad penal. Cuando el deber o derecho se prevé en una norma posterior a la ley penal y de rango no inferior a ella, no es preciso ninguna disposición legal como la del art. 20, 7º para decidir la preferencia de la norma no penal, pues constituye una *lex specialis* y posterior que deroga a la ley penal, más general. Pero resulta útil que el Derecho resuelva expresamente el conflicto de normas cuando el deber o el derecho se establecen por una disposición anterior o inferior a la ley penal. Cuando es anterior, pese a ser especial podría resultar dudoso que no

2. Argumentan, sin embargo, únicamente con la idea de la unidad del ordenamiento jurídico: Antón Ojeda, PG, p. 231; Rodríguez Duessa, PG p. 489; Cobay/Vives, PG, 3ª ed., p. 471; Carbonell Mateu, justificación, pp. 111 ss.

3. Plenas, p. 61, este interrogante Córdoba Roda, Notas I, p. 365. Sobre la cuestión de la incoherencia o no del anterior art. 8, 11º (actual art. 20, 7º), cfr. Carbonell Mateu, justificación, pp. 123 ss., que no considera *superflua* la cuestión, sino como expresión de una cláusula general de justificación que viene a autorizar legítimamente la eficacia justificante en lo penal del resto del ordenamiento jurídico, incluso del derecho consuetudinario. Con ello se combinate al respecto al principio de la *unidad de la norma* y la *unidad de la totalidad del Derecho* que, como función de justificación, dando lugar a una *norma unitaria* (ver de las pp. 115 ss.).

4. Cfr. Jochheim, *Thesid*, pp. 535 ss.

quedase desplazada por la ley penal posterior. Lo mismo sucedería en el caso de que la norma no penal especial tenga rango inferior a la ley penal. Más difícil aún sería mantener la exclusión de la ley penal cuando la misma fuera a la vez posterior y superior a la no penal especial. Ninguno de estos casos de conflicto tiene una solución automática en la teoría general de la colisión de normas sino que exige una ponderación de los distintos puntos de vista concurrentes. La doctrina ha sostenido tradicionalmente en el problema que nos ocupa la solución de dar preferencia en todo caso a la norma no penal que establece el deber o derecho, pero es acertado que al leerlo *ad hoc* posibles dudas consiguientemente este criterio como lo hace el art. 20, 7º. Este precepto no se limita, pues, como se ha dicho, a expresar un principio tan obvio como el de que quien obra conforme a derecho no se comporta antijurídicamente, puesto que podría resultar dudoso si el deber o derecho establecido por una ley no penal puede justificar el hecho desvirtuando la ley penal que en general lo castiga.

6 Cuando con una nueva ley penal se quiere derogar algún deber o derecho previamente establecidos en otra norma, habrá que manifestarlo expresamente entre las disposiciones derogatorias. Así, por ejemplo, si, al regular la punición de conductas que violen la intimidad del individuo, se quisiera acabar con la posibilidad legal de instaurar en determinados casos (así, por orden judicial) *operarios de custodia* para averiguar las conversaciones privadas de alguna persona, sería preciso que se derogasen expresamente las disposiciones que lo permitían, pues de otro modo el art. 20, 7º impediría la aplicación de la nueva normativa penal a tales casos.

7 En algún caso es la propia ley penal la que establece el deber de lesionar algún bien jurídico-penalmente protegido. Así, por ejemplo, el art. 430 impone el deber de impedir determinados delitos, lo que supone un deber de realizar las coacciones, malos tratos o incluso lesiones que sean precisos para impedir el delito de que se trate. La letra del art. 20, 7º abarca a estos casos, pero para ellos si resulta perfectamente *superfluo*, puesto que la misma solución de excepción se alcanza por aplicación del principio de *especialidad* (el deber de impedir el delito es más específico que la prohibición de realizar las conductas activas que ello exige), principio que aquí no colide con otros como el de jerarquía o posterioridad normativas.

2. Contenido del art. 20, 7º

El art. 20, 7º enumera cuatro supuestos: 1º) cumplimiento de un deber, 2º) ejercicio de un derecho, 3º) ejercicio de un oficio y 4º) ejercicio de un cargo. Pero el párrafo y el cargo no se toman en consideración con independencia de

3. Cfr. Bobbio, Contribución, pp. 362 ss.; Capella Hernández, Discurso jurídico, pp. 56 ss.; Rosas, Sobre el Derecho, p. 127; Nino, Introducción, p. 276.

4. Cfr. Antón Ojeda, PG, p. 231. Tampoco debe entenderse que el art. 20, 7º abarca los casos de deberes reconocidos por la propia ley penal como causas de justificación (p. ej., la legítima defensa) (pero así Rodríguez Duessa, PG 489), pero aunque caben en la letra de aquel precepto, es evidente que la voluntad de la ley no puede ser una repetición tan literal.

5. Esto último si se admite la interpretación dominante del anterior art. 318 bis (actual art. 430), según la cual debe entenderse la salvad que establece este precepto, de que no haya riesgo propio o ajeno, en el sentido de que no existe riesgo para el auxiliar ni para un tercero (cfr. Rodríguez Duessa, PE, p. 887; Muñoz Conde, PE, 11ª ed., pp. 822-823). Cabría otra interpretación: excluir el deber penal de impedir el delito cuando también hubiera riesgo para el atacante. Esto no impediría, por supuesto, la posibilidad de la legítima defensa, pero sí el deber de precaución bajo pena.

cumplimiento de un deber o del ejercicio de un derecho, sino en cuanto fuentes de posibles deberes y derechos. Una clasificación simplificada del contenido del precepto puede partir de la distinción de deberes y derecho, por una parte, y del hecho de si son o no derivados de un oficio o cargo, por otra.⁸

9 Resultan así los siguientes supuestos:

10 A) Cumplimiento de un deber:

11 a) derivado de un oficio o cargo

12 b) no derivado de un oficio o cargo

13 B) Ejercicio de un derecho:

14 a) derivado de un oficio o cargo

15 b) no derivado de un oficio o cargo.

3. *Cumplimiento de un deber*

16 A) El presupuesto básico de esta modalidad de la existencia es que concurra un deber de lesionar el bien jurídico vulnerado. Ello supone, por de pronto, que la ley penal realizada no ha derogado el deber jurídico no penal. Ya se ha dicho más arriba que en principio el art. 20, 7º da preferencia al deber de actuar, pero excepcionalmente podría el legislador penal acabar con el deber en ciertos casos (cfr. *supra*, I C). Por otra parte, no basta con la existencia de cualquier deber de actuar, sino que ha de consistir en un deber específico de lesionar el bien jurídico vulnerado. Se excluyen así de la existencia 7º los casos de colisión de deberes comprendidos en el art. 20, 5º (estado de necesidad). Entra en juego la colisión de deberes cuando, para cumplir un deber en sí mismo no consistente en el de lesionar el bien jurídico vulnerado, alguien se ve obligado a lesionar dicho bien jurídico (ya sea infringiendo un deber de actuar, ya sea infringiendo el deber de omitir la lesión)

17

Ejemplos: Si un agente de Policía practica una detención, a que está obligado, actuando por la existencia 7º porque obra en cumplimiento de un deber que le obliga específicamente a practicar la detención. En cambio, si, para lograr detener a unos delincuentes que huyen a gran velocidad, en un coche, la Policía se ve obligada a conducir temerariamente y a poner en concreto peligro bienes ajenos, el delito de conducción temeraria del art. 381 quedará suscitado por colisión de deberes del art. 20, 5º (estado de necesidad) y no por el art. 20, 7º, porque el deber de detener no consiste específicamente

8. Así Córdoba Rada, Comentarios, I, p. 360.

en la violación de la seguridad del tráfico. Esta última constituye un bien jurídico que entra en colisión con el deber de detener y sólo puede vulnerarse en la medida en que sea tanto o más importante (así, por la peligrosidad de los delincuentes persiguidos) el deber de detener que el de evitar la lesión de la seguridad vial. Ello se debe a que, al no implicar conceptualmente el deber de detener la lesión de la seguridad del tráfico rodado, no constituye *lex specialis* respecto a la ley penal que impone en general el deber de respetar la seguridad del tráfico, la cual por tanto, no puede entenderse desplazada en virtud del principio *lex specialis derogat generalis* consagrado por el art. 20, 7º en esta materia. Al faltar la relación de deber especial y deber general, el son de distinta importancia sólo puede prevalecer el más importante, y si son iguales, cualquiera de ambos. ⁹

1: Delimitando así el ámbito del art. 20, 7º, será difícil encontrar deberes cuyo cumplimiento dé lugar a su aplicación que no procedan de un cargo público.⁹ En principio, la ley sólo establece deberes específicos de lesionar bienes jurídicos para quienes ejercen determinados cargos públicos —así, por ejemplo: para las fuerzas de orden público, para los Tribunales o para los funcionarios de prisiones—. Es discutible que haya que incluir aquí el caso de algún deber mencionado por la doctrina, como el deber de informar de los testigos,¹⁰ o el deber de denunciar los delitos (arts. 259 y 264 LECr).

2: Estos deberes sólo serán precisos para justificar imputaciones injuriosas, no para justificar la puesta en marcha o condicionamiento de un proceso que pueda acabar redundando en la lesión legítima, a través de una condena, de bienes jurídico-penales del imputado, puesto que, aun sin el deber de informar o denunciar, el hacerlo sería participar en un hecho justificado, lo cual es impune. Y en cuanto a la posibilidad de imputaciones injuriosas, depende de si se admite que una imputación con arreglo a aquellos deberes pueda ser injuriosa. En cambio, debe reconocerse que el art. 450 CP impone a todo ciudadano un deber de impedir determinados delitos que implica la lesión de algún bien jurídico-penal. Por último, parece claro que el deber de guardar secreto que tienen abogados, procuradores, jueces, fiscales y otras personas relacionadas con la Administración de Justicia o que intervengan en el proceso (arts. 263 LECr y 466 CP) no constituye un deber de los previstos en el art. 20, 7º.¹¹ El contenido específico de este deber no es la lesión de bienes jurídico-penales, sino que tiende en principio a metas lícitas; si en algunos casos puede chocar con intereses protegidos por la ley penal, justificará únicamente en cuanto se produzca una colisión de deberes en la que no sea más importante el deber de omitir la conducta lesiva que el deber que se alegue de realizarla (art. 20, 5º CP).

9. De acuerdo Queral Jiménez, R(Cat 1983, p. 644, nota 2.

10. Cfr. Córdoba Rada, Comentarios, I, pp. 360 s.

11. En contra Rodríguez Devesa, PG pp. 490 s.

B) Especial referencia a las deberes derivadas de un cargo público

20 El Derecho en general y el Derecho penal en particular suponen la posibilidad de recurrir a la coacción como medio de imponer sus normas. La ley vincula a determinados cargos el ejercicio de dicha coacción: la Policía, los Jueces y Fiscales y sus agentes, los funcionarios de prisiones, los superiores militares respecto a sus subordinados, y otras Autoridades. Cualquiera de estos cargos obliga a adoptar medidas coactivas y lesivas de bienes jurídicos ajenos en determinados supuestos: una detención ajustada a Derecho, un auto de prisión, una sentencia condenatoria, la ejecución forzosa, una sanción disciplinaria inipuesta a un soldado, etc., constituyen ejemplos de actos lesivos que ampara el art. 20, 7º CP si se efectúan con arreglo a lo previsto por la ley.

21 En muchos de estos casos las condiciones de legalidad del acto se hallan previstas por el Derecho de un modo lo suficientemente preciso para que no planteen dudas excesivas su justificación. Así, por ejemplo, en principio, y salvo que constituya el delito de prevaricación, será lícita toda sentencia condenatoria dictada por un Juez o Tribunal competentes con arreglo al procedimiento legalmente establecido. En algún caso, en cambio, el deber se condiciona a la concurrencia de ciertas circunstancias concretas de apreciación más discutible. Es lo que sucede con respecto al deber del uso de la fuerza por parte de la Autoridad o sus agentes encargados de la seguridad ciudadana (art. 2 LO 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹²). No es posible describir legalmente todas y cada una de las concretas situaciones en que es preciso el uso de la fuerza para mantener el orden y la seguridad ciudadana. Hay que acudir a una delimitación general de los presupuestos de dicho uso de la fuerza:¹³

22 a) Como presupuesto subjetivo de la eximente debe concurrir, obviamente, la condición de Autoridad o agente de la misma en el sujeto activo. Importa precisar que ello debe entenderse en un sentido no sólo orgánico, de posesión de la condición, sino también funcional, que exige que el sujeto se halle en el momento del hecho ejerciendo su cargo (STS 20 oct. 80).

23 b) Los principios de necesidad y proporcionalidad, examinados con relación a la legítima defensa y al estado de necesidad, deben fijar los límites objetivos

12. El art. 5, 2º a) de esta Ley obliga a «actuar con la decisión necesaria cuando ello dependa de evitar un daño grave, inmediato e irreparable, rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance». En su apartado 2º d) establece el mismo artículo: «Solamente deberán utilizarse las armas en las situaciones en que exista un riesgo razonablemente grave para su vida, su integridad física o las de terceros personales, o en aquellas circunstancias que puedan suponer grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior». Sobre estos límites cfr. SSTS 1 dic. 99, 13 sep. 2001, 24 dic. 2001, 13.

13. Se trata de concretar conceptos jurídicos indeterminados, para que puedan ser controlados judicialmente: cfr. Gómez Benítez, op. cit., p. 122.

del uso de la fuerza por la Autoridad o sus agentes,¹⁴ atendiendo para ello a las exigencias específicas del ejercicio del cargo en materia de orden público (SSTS 1682/2000 de 31 oct., 1633/2001 de 18 set., 1601/2002 de 30 set., 1810/2002 de 5 nov., 601/2003 de 25 abr., 277/2004 de 5 mar., 26/2005 de 22 en., 793/2005 de 20 jun. y 850/2006 de 12 jul.).

24 a) El uso de la fuerza ha de ser necesario para cumplir la función pública. Este es requisito básico sin el cual no nace el deber de recurrir a la fuerza, y no cabe, por tanto, estimar la eximente completa ni incompleta.

25 La jurisprudencia ha venido sosteniendo en numerosas sentencias que es preciso que se produzca una agresión ilegítima por parte de aquéllos sobre los que ha de recaer la fuerza. Sin una agresión no podría apreciarse la eximente completa ni la incompleta (cfr. SSTS 14 jun. 1919, 28 mar. 30, 28 dic. 35, 6 feb. 45).¹⁵ Sin embargo, con frecuencia ha estimado el TS la eximente incompleta pese a faltar la agresión (SS. 9 mar. y 25 mayo 51, 6 abr. 56, 10 oct. 58, 23 jun. 59, 16 mar. 61, 10 oct. 80). Por último, en varias ocasiones el TS ha prescindido de la exigencia del requisito de agresión ilegítima (SS. 25 jun. 1889, 23 mar. 42, 22 en. 43).¹⁶ La STS 20 oct. 80 consideró definitivamente abrogada por el TS la exigencia de agresión ilegítima. Este requisito deberá concurrir cuando el empleo de la fuerza no sea estrictamente necesario para cumplir la función pública (así, para mantener el orden público), sino, p. ej.: sólo para que una Autoridad o agente de la misma pueda hacer uso de las armas frente a quien discute con ellos. También cuando, aun siendo necesaria la fuerza para el cumplimiento de una función pública, ello no basta por sí solo para justificar la gravedad de la función empleada. Posiblemente sean casos dudosos como éstos los que con más frecuencia llegan a los Tribunales, y tal vez por ello, por no estar probada la necesidad de la fuerza para la función pública, exigen la agresión ilegítima. En la gran mayoría de supuestos de clara necesidad de la fuerza para el orden público no se llega a los Tribunales. Puro, en principio, si es necesaria la presencia de una agresión ilegítima, será para que pueda justificarse el hecho por legítima defensa, no por la eximente de cumplimiento de un deber.

26 Ello significa que la agresión ilegítima no constituye, en principio, un requisito específico de la eximente 7ª.¹⁷ Lo que hace nacer el deber de emplear la fuerza amparado por el art. 20, 7º es sólo que dicha fuerza resulte necesaria para el cumplimiento de la función pública de que se trate: por ejemplo, para detener a unos delincuentes peligrosos, para mantener el orden público en situaciones de grave perturbación, etc. (STS 20 oct. 80). Lo que motiva la utilización de la fuerza no es en

14. En este sentido, Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 372 s.; Carbonell Mateo, Justificación, pp. 138 s.; Ourell Jiménez, RJC, 1983, pp. 646 ss.; el mismo, Oblicuidad debida, pp. 282 ss.; Ourell Jiménez, Manual de Policía, pp. 143 ss., atribuyendo etímicamente dos principios generales de toda actuación de la Administración: el de habilitación legal y el de idoneidad (pp. 644 s.). Del tenor del art. 5, 2 de la Ley Fuerzas y Cuerpos Seguridad cabe desprender todas estas exigencias. Cfr. también SSTS 9 dic. 86, 2 jul. 87.

15. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 166.

16. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 367.

17. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 367.

18. Cfr. Quiniano Ripollés, Curso I, p. 369; Ourell Jiménez, RJC, 1983, p. 646; Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 369 (aunque admite que este ordenamiento es preciso una agresión ilegítima).

estos casos una agresión a la Autoridad o sus agentes, sino una infracción del Derecho que debe ser impedida o un peligro para los demás que ha de ser atajado. La exigencia de cumplimiento de un deber no entra en juego para amparar la defensa de las personas de la Autoridad o sus agentes, sino para garantizar la defensa del Derecho y de los intereses ajenos por los que debe velar la fuerza pública.

La necesidad puede faltar porque (ex ante) no sea precisa ninguna clase de fuerza para realizar el cometido público de que se trate (necesidad abstracta), o porque, aun siendo necesario cierto grado de fuerza, no lo sea la clase o cantidad que se ha empleado (necesidad concreta). En el primer caso no cabrá de ningún modo apelar la exigencia completa ni la incompleta, mientras que en el segundo el exceso puede dar lugar a la exigencia incompleta.¹⁹ (STS 112/2005 de 31 en.).

bb) Además de necesario, el empleo de la fuerza ha de resultar proporcional a la gravedad del caso.²⁰ Si la infracción que habría que evitar por la fuerza no es grave, la exigencia de proporcionalidad impedirá todo recurso a la violencia. Y aun siendo grave el hecho motivador de la fuerza, ésta deberá siempre mantener una cierta proporcionalidad con aquél. No es preciso que se respete el estricto límite que fija el art. 20, 5º para el estado de necesidad, según el cual el concreto mal no ha de ser mayor que el que se trata de evitar, si por émba se entiende el hecho típico realizado y la infracción o peligro concretos que se tratan de evitar: la existencia de un deber de salvaguardia del Derecho y de los intereses ajenos permite llegar a lesionar bienes jurídicos que aisladamente contemplados sean más importantes que la gravedad de la infracción o puesta en peligro que se evita, porque además está en juego la afirmación del Derecho por encima de lo injusto. Pero, aun así, deben excluirse del deber las lesiones claramente desproporcionadas atendida incluso esta función de tutela del orden jurídico.²¹

c) En el uso de la fuerza por la Autoridad o sus agentes se plantea con especial frecuencia el supuesto de errónea suposición por parte del sujeto de la necesidad o proporcionalidad de su intervención.²² Deben seguirse aquí las reglas generales (cfr. supra, Lección 16, I 5).

19. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 368. Carbonell Mateu, Justificación, pp. 168 ss. delinque, de forma parecida, una necesidad cuantitativa y una necesidad calificación. Cfr. también STS 24 Jun. 88, n.º/10.000. Manual de Policía, pp. 143 ss. También SSTs 22 Dic. 88, 6 mar. 89, 27 abr. 94.

20. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 373 y La STS 6 abr. 76 estimó sólo la exigencia incompleta para un disparo de un Policía Municipal sobre un delincuente contra la propiedad de no excesiva importancia, efectuado con objeto de evitar su huida. La STS 20 oct. 80 declaró que sólo cabe disparar sobre el delincuente que huye si el delito cometido por el que huye era de capital importancia, y no así la transgresión no era especialmente grave.

22. Esto ha motivado que se adopte un sentido monográfico al error sobre los presupuestos de una causa de justificación precisamente a partir de su incidencia en el ejercicio del cargo: cfr. Gómez Rendi. tez, Ejercicio legítimo del cargo, p. 197 ss.

Según esto, si el error afecta a la existencia de alguna necesidad de fuerza (necesidad en abstracto), que es un elemento esencial de la exigencia, habrá que absolver si el error es invencible y castigar, en su caso, por imprudencia si es vencible. Pero, si concurriendo la necesidad básica de alguna violencia, falta la concreta necesidad o la proporcionalidad de tanta como se empleó, en caso de error vencible la imprudencia debe atenuarse apreciándose sobre la misma la exigencia incompleta: ésta porque concurre la necesidad básica de violencia y la imprudencia porque el concreto grado de fuerza se empleó por error vencible.²³

d) La exigencia puede apreciarse tanto en tipos dolosos como imprudentes, es decir, tanto al el sujeto que emplea la fuerza causa voluntariamente un mal al que le obliga su deber (dolo típico), como si no quería producir una lesión tan grave como la que pretendía (quería herir en las piernas y causa la muerte del que huye), si en este caso obró dentro de su deber. Esto sucederá si el cumplimiento del deber impedía realizar con mayor precisión el empleo de la fuerza, de modo que ex ante, al actuar el sujeto, se comportó éste como lo habría hecho una Autoridad o agente diligente. Siendo así, es indiferente que el resultado efectivamente producido sin la voluntad del sujeto fuera objetivamente excesivo y no hubiera sido lícito provocarlo dolosamente para cumplir el deber.

4. Ejercicio de un derecho

La ley reconoce ciertos derechos que permiten lesionar algún bien jurídico-penal. El art. 20, 7º se refiere tanto a derechos nacidos de un oficio o cargo como a los que no derivan de los mismos: Empecemos por estudiar éstos.

A) Derechos no procedentes de un oficio o cargo

La doctrina acostumbra a estudiar aquí la problemática de las vías de hecho, el derecho de corrección y los deportes.

Debe excluirse de antemano el derecho a ejercer la legítima defensa o el estado de necesidad. Aunque son derechos que caben en la letra del art. 20, 7º, constituyen causas de justificación específicas que la ley diferencia de la genérica de ejercicio de un derecho.²⁴

a) Las vías de hecho suponen la realización de un derecho al margen de los Tribunales y en contra de la voluntad de otra u otras personas que se oponen a

23. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 377.

24. De diferente opinión Rodríguez Druas, PG, p. 492.

40 No cabe reconocer, en cambio, ningún derecho del marido sobre la mujer que pueda ser realizado por vía de hecho. El anterior texto del art. 57 CC, que imponía la obligación de la mujer de obedecer al marido, ha sido derogado por la ley de 2 mayo 1975, y el art. 32 de la Constitución de 1978 establece la «plena igualdad jurídica» de los cónyuges. No cabe, pues, alegar la existencia de la «plena igualdad jurídica» de los cónyuges. Una vez suprimida también la obligación de la mujer de seguir al marido en donde éste fije un lugar de domicilio, no cabe ya ninguna duda de que el forzamiento a hacerle constituir el delito de detenciones ilegales —solución ésta que ya en la correcta jurisprudencia del anterior art. 58 CC, porque el deber de la mujer de seguir al marido no implicaba inapropiada la facultad del marido a imponer su cumplimiento por su cuernis, a pesar de que la jurisprudencia se había negado a admitir la presunción del delito de detenciones ilegales salvo cuando concurrieran además malos tratos innocestarios.²⁶

41 b) El derecho de corrección permite a los padres y tutores corregir moderadamente a sus hijos o pupilos que se encuentren bajo su patria potestad o tutela (arts. 154, 2º y 268, segundo inciso, CC). Requisitos del ejercicio de esta facultad son la necesidad y proporcionalidad²⁷ en orden a la *finalidad educativa* y al *bien del menor* (todo ello a valorar *ex ante*).

42 El límite máximo de la facultad de corrección no ha de buscarse tanto en la gravedad material del resultado lesivo, que puede ser aleatorio, como en la moderación (arts. 154, 2º y 268 CC) de la conducta correctiva. El concepto de moderación es relativo y se halla condicionado a las circunstancias culturales y del medio social, así como, especialmente, a la edad del menor. En nuestros días cabe constatar una evolución favorable a restringir las facultades correctivas, y ya quedan lejos los tiempos en que el Fuero de Llanes eximía a padres y maestros que hiriesen a sus hijos o discípulos «por razón de aprender o de corregir», aunque muriesen de las heridas.²⁸ Los excesos punitivos pueden motivar la apreciación de la eximente Incompleta, aunque el TS ha oscilado más bien entre la condena plena o la eximente completa.²⁹ Cabe imaginar frecuentes proyecciones de error, tanto sobre los presupuestos del tipo negativo como acerca de

29. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 363 s.
 30. Se refiere a la «eximente propiamente» Rodríguez Devasa, PG p. 494.
 31. Cfr. Antón Orosa, PG, p. 234. Según Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 476 s., el derecho de corrección otorga al padre o tutor el deber de educar a los hijos, pero no el deber de castigarlos. En la misma línea de evolución normativa debe situarse la derogación del último párrafo del anterior art. 420 CP por obra de la reforma de junio de 1985, párrafo que sustrala de la aplicación de las lesiones graves entre inconductas y desobediencias. La reforma penal, de 1985, (1985), p. 137. En el mismo sentido ha de interpretarse el art. 153 CP, que procede de 1989, que castiga, entre otros supuestos, el de ejercer violencia física habitualmente sobre hijos o nietos a petición o pupilos sometidos a tutela o guarda de hecho. Por último, el art. 617 CP castiga como falta, pero con pena agravada, los malos tratos infligidos a los hijos.
 32. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 362; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 477, siguiendo a Orosa Berenguer, Aumento de antijura significación, 1978, p. 124, admiten además la eximente análoga al caso en que es muy grave.

43 En algunos casos el CP excluye de ciertas figuras delictivas determinadas vías de hecho, que resultan impunes.

36 Así, la realización de un derecho actuando fuera de las vías legales sólo es punible cuando se efectúa con violencia, intimidación o fuerza en las cosas (art. 455 CP).³⁰ El procedimiento de subrepticio de una cosa del deudor por parte del acreedor, para hacerse pago con ella, no constituye hurto (art. 234 CP) por faltar el ánimo de lucro. Tampoco será punible la sustracción subreptiva de una cosa mueble por parte de su dueño (o de quien actúa con el consentimiento de éste) de quien está obligado a entregársela, o incluso de su deudor para hacerse pago con ella, pues el art. 236 CP sólo castiga al dueño (o al que actúa con su consentimiento) de una cosa mueble que la sustraera de quien la tenga legítimamente en su poder —lo que no sucede en el primer supuesto mencionado— con perjuicio del mismo —lo que no sucede en el segundo supuesto indicado— o de un tercero.

37 Por otra parte, el art. 172 CP sólo castiga como coacción el impedir con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, lo que permite excluir de su ámbito la defensa fáctica de derechos reales como la posesión, que el Código civil prohíbe perturbar (art. 349, 44) y 446 CC). Téngase en cuenta que la legítima defensa resultaría inaplicable para amparar esta defensa constitutiva de otras lesiones más graves (así, la expulsión atemporales del intruso de una finca que se niega a abandonar), puesto que el art. 20, 4º no de cabida a estas agresiones de los bienes. En cambio, el art. 172 CP incluye en su tipo toda vía de hecho en la realización de derechos de carácter obligatorio, porque ésta sólo puede tener lugar mediante el compliance con violencia al obligado a efectuar lo debido, y talia competer violento cabe en el art. 172 CP, aunque sea a hacer una cosa justa.³¹

38 Pero en todos los casos mencionados en los cuales las vías de hecho resultan impunes esta impunidad no precisa fundamentarse en la eximente 7ª del art. 20, sino que viene determinada ya por la falta de tipicidad positiva de la conducta. Tampoco cabe invocar dicha eximente para justificar, con carácter general, la lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos por el hecho de que tenga lugar para realizar un derecho reconocido por la ley. Que el Derecho conceda un derecho no significa que permita realizarlo de cualquier modo y a costa de lesionar bienes jurídicos-penales: significa sólo que permite realizarlo dentro de los cauces legítimos.³² De ahí que el art. 20, 7º hable de «ejercicio legítima de un derecho...».

39 Ello no obsta a que en algún caso, como los antes contemplados, la ley penal deje de prever en sus figuras típicas de la Parte Especial ciertas vías de hecho que admiten como formas legítimas de defensa o cuya legitimidad parece insuficiente para determinar su castigo. También puede suceder que la ley considere algún derecho con la expresa voluntad de castigarlo por vía de hecho. Es el caso de las facultades que se atribuyen a los padres y tutores para ordenar la conducta de los hijos o pupilos que se hallan bajo su patria potestad o tutela (arts. 154 y 268 CC).

35. Cfr. Bajo Fernández, Realización arbitraria, pasiva; Carbonell Milnes, justificación, pp. 133 s.
 36. Cfr. Mir Puig, RJC 1977, 1º, 804 s. (=ADJCP 1977, pp. 206 s.).
 37. La STS 7 abr. 80 procedim., en este sentido, el principio de proporcionalidad de las vías de hecho.
 38. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 363; Rodríguez Devasa, PG, p. 492; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 472 s. (aunque estos dos autores entienden «legítimas» en un sentido más amplio, como equivalente a «jurídicas»).

los límites de la permisividad, que habrá que resolver según las reglas generales: imprudencia si el error es vencible, e impunidad si es invencible; la imprudencia puede verse atenuada, además, por la extenuación incompleta, si además del error hay un exceso relativo (cfr. *supra*, Lección 16, 15). No hace falta añadir que *esta finalidad educativa no cabe extensión completa ni incompleta*.

¿Cabe la corrección de niños ajenos acudiendo a castigos moderados? El problema se plantea respecto a los maestros, pero también respecto a otras personas en ausencia de los padres o tutores. La doctrina y la jurisprudencia dominantes en Alemania van abandonando la concepción tradicional que admitía un derecho de corrección para los maestros basado en el *Derecho consuetudinario*.³³ La corrección de niños ajenos por otras personas se condiciona a la *delegación o consentimiento* de los padres o tutores, sean expresos o presuntos, aparte de los casos de legítima defensa o estado de necesidad.³⁴ Respecto a los maestros el problema corresponde al ámbito de los derechos derivados de un oficio o cargo, que se estudiará más adelante. En los demás casos habrá que distinguir entre correcciones mínimas socialmente adecuadas y castigos de mayor entidad.

44

aa) Entre las primeras contaría, por ejemplo, el impedir a un niño muy pequeño hacer algo inconveniente, aunque no llegue a motivar legítima defensa de alguien, el regañarle por algo mal hecho, etc. Se trata de intervenciones que, si se hacen con finalidad educativa y respetando los principios de necesidad y proporcionalidad, *deben admitirse con independencia de si concurre o no delegación o consentimiento expresos o presuntos de los padres o tutores*; las mínimas injerencias que suponen en la esfera del niño más se consideran socialmente un «bien» para él que un auténtico mal —en determinadas situaciones puede considerarse más negativo el abstenerse de intervenir por comodidad—. La impunidad puede fundarse aquí o bien en la *«adecuación social»* de la conducta cuya escasa relevancia podría excluir el tipo, o bien en la presencia de un *«estado de necesidad»*, puesto que, siendo necesaria la corrección, su carácter de mínima gravedad y aceptación social impediría entender, sin lugar a dudas y con independencia de lo que opinen los padres o tutores, que constituye un mal mayor que el que se trata de evitar (art. 20, 5º CP).

15

bb) Los castigos más graves (así, por ejemplo, el encierro del niño en una habitación durante largo rato) sólo podrán inferirse, si son necesarios y proporcionados, *por delegación o con consentimiento de los padres o tutores*. Es preciso aquí el apoyo del derecho de corrección de los padres o tutores, que sólo se traslada a otras personas cuando se les delega o cuando se consiente expresa o tácitamente que lo ejerzan. No cabe aquí fundar la extensión en el estado de

33. Cfr. Jachetsch, *Tratado*, pp. 542 s. (4ª ed., Alemania, § 35 III 2); Maurach/Zipf, *AT*, § 28 IV 27.

34. Cfr. Maurach/Zipf, *AT*, § 28 IV 29; Aulón Ornes, *PD*, p. 233; Cobo/Vives, *PG*, 5ª ed., p. 477.

necesidad, puesto que, tratándose de castigos de cierta gravedad, la Sociedad deja en manos de los padres o tutores la decisión de si serán o no beneficiosos para la educación de sus hijos o pupilos —con los límites, claro está, señalados más arriba al derecho de corrección—. Ello no obsta, desde luego, a la posibilidad de legítima defensa o estado de necesidad cuando exista peligro para alguien o para el niño mismo.

4

c) Los deportes se considerarán, a veces, actuaciones que permiten, por ejercicio de un derecho, producir determinadas lesiones jurídico-penales. Se menciona el boxeo, el rugby, el fútbol, etc. No cabe duda de que se trata de actividades permitidas, siempre que se respeten las reglas del juego. Así se desprende del art. 43, 3 de la Constitución de 1978, que obliga a los Poderes públicos a fomentar el deporte, y de la Ley del Deporte de 1990.³⁵ Más discutible es si la licitud de los deportes proviene de que confiere un «derecho» en el sentido del art. 20, 7º, o si ha de fundamentarse por otros caminos. La primera solución sólo es posible para los casos en que el deporte se practica con estricta observancia de las reglas permitidas por el Estado, pero deja sin resolver los casos en que se infringe el reglamento deportivo dentro de lo corriente en el juego.³⁶ Aunque las faltas deportivas con frecuencia implican malos tratos y hasta lesiones, nadie puede pensar que deban someterse a castigo penal en cuanto no excedan de lo «normal» en el juego.³⁷ Para eximir en estos casos habrá que acudir a las ideas de *«adecuación social»* y de *«insignificancia»* de la conducta, que permitirán excluir ya la tipicidad del hecho. Pero ello presupone la intervención de otro principio: el *«consentimiento de la víctima»*. Sin el consentimiento en participar en el deporte no cabe ni cometer ni presentar un «derecho» en el sentido del art. 20, 7º, ni socialmente adecuada la práctica del deporte. Piénsese, por ejemplo, en el caso de quien obliga a otro a boxear, que sin duda será punible por los malos tratos o lesiones que produzca.

El consentimiento bastaría por sí solo, en la mayoría de los casos, incluso para las lesiones imprudentes que constituyen «delitos» puesto que en tales lesiones, como en las que constituyen «faltas» de imprudencia, no existe el abstrácto que a efectos de admisión del consentimiento supone el art. 135 CP (que sólo permite que éste atenúe la pena). Pero puede suceder que quien es objeto de una determinada falta lesiva «normal» (p. ej.: una patada dolosa en un partido de fútbol) no haya consentido en dicha falta concreta —aunque en principio cabría pensar de que al aceptar el juego supone consentir en el riesgo de que se produzcan hechos así con los que cabe contar—. También es posible que algún deporte muy

35. Cfr. Rodríguez Dreyse, *PG* pp. 494 s.

36. Cfr. Parada, *ADPCP* 1990, pp. 631, 633 s.

37. Cfr. García Valdés, *CFC* nº 39 (1989), p. 705; y *ADPCP* 1993, p. 967, alegando en esto sentido el art. 73 de la Ley del Deporte (Ley 10/1990, de 15 de nov.), que considera a las infracciones de las reglas del juego o competición infracciones administrativas (no penales).

38. Tiene razón Zipf, en *Maurach/Zipf*, *AT* § 17 II 20, al considerar inusitadas las ideas del consentimiento, que obligaría a comprobar su concurrencia caso por caso, para explicar la licitud de las lesiones normales en un fenómeno social tan extendido como el deporte, por lo que reclama aquél autor acudir a

violento, como el boxeo, produzca lesiones dolosas que constituyan «delitos» («no faltas»), en cuyo caso el art. 153 CP obstaculizará la exención en base al sólo consentimiento.³⁹

B) *Derechos procedentes de un oficio o cargo*

48 a) Se acostumbra a incluir aquí los derechos derivados de la profesión médica y de la abogacía. También cabe hacer referencia a los maestros. Estas profesiones suponen la realización de actos previstos en varios tipos de delito: intervenciones quirúrgicas, internamientos coactivos en establecimientos psiquiátricos, etc., en el médico, imputaciones que afecten al honor de alguna persona en el abogado y algunas medidas que afecten a la libertad de los alumnos en el maestro. Importa insistir en que la eximente 7ª del art. 20 sólo precisará entrar en funciones cuando los actos profesionales de que se trate realicen efectivamente un tipo. Habrá que excluir previamente las conductas cuya tipicidad pueda negarse por razones previas. Por otra parte, se plantea el problema de los actos profesionales realizados correctamente por una persona a la que falta la calidad subjetiva de profesional. A continuación examinaremos ambos aspectos con relación al tratamiento médico, ámbito especialmente importante en esta materia.

b) *Especial consideración del tratamiento médico-quirúrgico*

19 aa) Las intervenciones quirúrgicas parecen realizar los tipos de lesiones. En este sentido, la doctrina tradicional en España y nuestra jurisprudencia creen necesario justificar estos tipos acudiendo a la eximente del art. 20, 7º.⁴⁰ Sin embargo, la doctrina alemana y un sector de la española excluye de los tipos de lesiones las intervenciones curativas practicadas con arreglo a la *lex artis* y con resultado positivo. Se entiende, correctamente, que en estos casos la consideración global de la salud del paciente impide afirmar que se le ha menoscabado (*lesionado*), porque, al contrario, ha resultado mejorada.⁴¹

la figura de la «obediencia social», que permite enjuiciar el nivel de riesgo permitido con carácter objetivo y con independencia de la opinión de cada deportista. Cf. también en esta línea Deusch, «Witzel-Fest», pp. 219 s.

39. Antón Ojeda, PO p. 261 sugiere añadir la uoalización de un «objetivo consentimienta (en sentido de desuso del concepto penal), plus la opinión pública, inclusive de las autoridades y agentes interesados, no cree necesarias más que sanciones deportivas.

40. Cf. sobre este estado doctrinal y jurisprudencial Romeo Casabona, El médico, pp. 46 ss., 66 ss. Irina española: Romeo Casabona, El médico, pp. 317, y Manríquez/Pizar, AT, p. 242. En la doctrina española: Rodríguez, Ferrer Sams, Comentarios I (1946), pp. 245 ss.; Dehügo, Lesiones, pp. 31 ss.; Jorge Barreiro, CFC 1982, p. 12; Orosdi Arán, Homenaje a Pérez-Vitoria, pp. 260 s.

50 En el CP español ello puede fundamentarse tanto mediante una interpretación acienta al bien jurídico protegido, que no resulta dañado sino beneficiado, como a través de la interpretación del término «lesiones», que emplea la ley para designar estos delitos, en referencia al estado global del paciente y no tomando sólo en consideración los microcambios particulares que produce toda intervención. Cabe, asimismo, la vía de negar la imputación objetiva del resultado en sí mismo lesivo de una intervención en definitiva positiva, si ésta supone una «diminución del riesgo»: se produce aquí un supuesto parecido al de quien desvía un golpe dirigido a un órgano vital de otro hacia otra parte menos importante de su cuerpo, caso en el que hoy se niega la imputación objetiva del resultado pese a su indudable causalidad.⁴²

51 Más discutible es si las intervenciones curativas *correctamente* efectuadas pero con resultado fallido realizan o no el tipo que prevé la lesión o muerte producida. La finalidad curativa del médico excluirá, así dicha, el dolo directo, puesto que quien quiere curar no busca lesión, sino el resultado contrario, el éxito, pero no necesariamente el dolo eventual (en interés de no poder saber seguro que lesionará). Y, sobre todo, se plantea la cuestión de si concurre el tipo imputando un resultado de gran riesgo). Un sector doctrinal niega su presencia entendiendo que las intervenciones practicadas correctamente con arreglo a la *lex artis* no infringen en ningún caso el cuidado debido.⁴³ Otra vía posible es admitir en virtud del consentimiento del paciente.⁴⁴ Una solución intermedia podría admitir la exclusión del tipo por observancia del cuidado debido en las intervenciones poco peligrosas y requerir el consentimiento para la exención en las más arriesgadas. En éstas resulta dudoso que no se alcance aquel grado de peligrosidad para un bien jurídico que hace a la acción penalmente relevante y que requiere la presencia de otras razones que permitan correr dicho riesgo. El consentimiento puede ser una de estas razones. Pero si el consentimiento falta —o si no se admite la eficacia autónoma del consentimiento— se plantea el problema de qué tratamiento jurídico-penal es el procedente. De esto nos ocuparemos más abajo.

52 Por lo que se refiere a las intervenciones médicas no curativas, como las efectuadas por razones meramente estéticas, sin indicación terapéutica, habrá que negar que realicen un tipo de lesiones, siempre que produzcan un resultado que socialmente se considere positivo, porque no cabrá hablar entonces de «lesión», aunque no supongan una mejora de la salud. Cuando el resultado sea *fallido* o se produzca algún accidente (p. ej., la muerte por causa de la anestesia), pese a haberse realizado correctamente la operación, volverán a plantearse las posibilidades mencionadas en el párrafo anterior para las intervenciones curativas correctas pero fracasadas. En las intervenciones que no persigan un resultado «positivo» para el paciente (como las de extracción de órganos de una persona para trasplantes, transfusiones, investigación, etc.) la imputación deberá ampararse en el consentimiento, cuando sea eficaz (así, expresamente, respecto a los trasplantes, art. 156 CP).⁴⁵

42. Cf. supra, Lec. 10 13 s). En el tema de las intervenciones quirúrgicas se refiere a este principio de la «diminución del riesgo», pero sigue otra vía para negar la imputación: Romeo Casabona, El médico, p. 129.

43. Cf. Romeo Casabona, El médico, p. 273; Jorge Barreiro, op. cit., p. 12. También Gimbernat, Estudios, p. 143.

44. Así Dehügo, Lesiones, pp. 36 ss., considera que el consentimiento excluye el tipo objetivo, por entender que en las lesiones se protege sólo la salud personal en cuanto a la capacidad de disposición del sujeto sobre la misma. Si no concurre consentimiento, entiendo que habrá la imputación objetiva cuando el tratamiento médico se ajuste a la *lex artis*, por tratarse de una conducta que queda fuera de la finalidad de protección de la norma del tipo de lesiones. También Muñoz Conde, PC, 11ª ed., p. 105, requiere el consentimiento.

45. El Reglamento sobre hematocentesis considera también eficaz el consentimiento, por lo que en este caso podrá entenderse concurrente un derecho reconocido por una norma no penal, que justificará según el art. 20, 7º CP: así Romeo Casabona, El médico, p. 289.

53

¿Qué ocurre, con carácter general, si falta el consentimiento del paciente? Según el planteamiento efectuado, cuando falta la tipicidad del delito de lesiones por ausencia de «lesión» o por imposibilidad de imputarla a una conducta suficientemente peligrosa, la falta de consentimiento sólo podrá dar lugar a otro tipo de delito: el de coacciones ilegales.— Más discutible es la solución de los casos de resultado fallido típicos cuando falte el consentimiento.

54

Caben aquí dos alternativas: 1.º admitir la justificación de las lesiones producidas por las intervenciones correctas pero infrascasas, en virtud de la eximentes del art. 20, 7.º por ejercicio de oficio o cargo, o de alguna otra causa del art. 20 como la de estado de necesidad, pero excluir la presencia de un delito de coacciones (art. 172 CP); 2.º rechazar la justificación de las lesiones producidas, salvo en algunos casos de urgencia y gravedad en que la intervención pueda emprenderse en un estado de necesidad, por entender que, fuera de este caso, el art. 20, 7.º sólo ampara el ejercicio legítimo del oficio o cargo y sin consentimiento del paciente el médico no puede ejercer legítimamente su cargo.

55

Mientras que la jurisprudencia española (como la alemana) y una importante parte de nuestra doctrina se inclinan por la segunda solución y exigen el consentimiento para acudir al delito de lesiones (o homicidio) en base al ejercicio legítimo de la profesión (art. 20, 7.º) la doctrina dominante alemana y un sector de la española defienden la solución de excluir sólo un delito de coacciones.⁴⁷ Se discute por otra parte si la oposición del paciente ha de impedir o no la justificación por estado de necesidad del tipo que se admite (lesiones o coacciones) si concurre una situación de urgencia y gravedad.⁴⁸

56

La discusión se centra, pues, en los casos en que no cabe acudir a un estado de necesidad para amparar las intervenciones peligrosas y fallidas practicadas sin consentimiento. Resulta preferible entender que no constituyen meras coacciones, sino homicidios o lesiones imprudentes. Me parece difícilmente admisible considerar que en tales supuestos la persona lesionada o muerta por haber sido sometida contra su voluntad, y así que lo justifique un estado de necesidad, el peligro de la intervención, sólo ha sido objeto de un atentado contra su libertad de obrar y no contra su salud o vida.⁴⁹ El caso me parece comparable al siguiente: alguien es obligado a

47. Cfr. especialmente la STS 10 mar. 59. También la Memoria del Pleno del TS de 1973. En la doctrina: Cuervo Calzón, PG, p. 397; Ferrer Sainza, Compendio, I, pp. 245 ss.; Cobo, ADPCP 1964, pp. 793 ss.; Muñoz Conde, PE, 1.ª ed., p. 105.

48. En este sentido: Antón Oñeca, Notas Críticas, p. 761 y PG, p. 260; Jiménez de Asúa, Tratado IV, p. 683; Rodríguez Deyesa, PG, p. 498; Rincón Casabón, op. cit., p. 288 s.; Berdugo, Lesiones, p. 40, que admitieron la imposición de una intervención de necesidad sin consentimiento del paciente (artigo de Jéhu). En contra: Cebros, Tratamiento, pp. 293 ss., 318; Buono Arca, Consentimiento, pp. 162 ss. Cabe también negar la licitud del tratamiento médico contra la voluntad del paciente en general y admitirla, en cambio, en algunos casos como los de intervención para evitar un suicidio o para interrumpir una huelga de hambre: así Balzo, CPC n.º 25 (1989), pp. 135-138; Lusafo, Estado de necesidad, pp. 72 ss. En contra, en principio, pero admitiendo excepciones, Diez Ripollés, CPC n.º 30 (1986), pp. 650 ss.

49. A la vista de la escasa parte prevista para el delito de coacciones, muchos de quienes se oponen a esta calificación piden o bien una nueva figura de tratamiento médico arbitrario, o bien una agravación para estos casos del delito de coacciones. En el primer sentido, p. q. Jeschick, Tratado, p. 317 y Maruschky ZfP, AT § 17 III 32 in fine, y el § 110 StGB austriaco (obra citada en ZfP, en Mir Puig (ed.), Avances

ocupar el puesto de la persona sobre la que en un circo lanza sus puñales uno de los artistas y resulta alcanzado gravemente a pesar de la habilidad del lanzador. ¿se admitiría aquí castigar a éste sólo por coacciones y no por lesiones u homicidio imprudente? La finalidad cautelar no puede cambiar las cosas si no basta para justificar el hecho por estado de necesidad.

bb) ¿Qué tratamiento merecen las actuaciones médicas *correctamente* realizadas por alguien que carece de la condición legal de médico? Si objetivamente realiza la misma conducta que efectuaría el médico, ¿cabe castigarle por ello? Es evidente que el realizar actos propios de una profesión careciendo de ella, las condiciones legalmente requeridas constituye un delito de intrusismo (art. 403 CP). La cuestión que se plantea es si, además, debe castigarse al intruso por un delito de lesiones, homicidio, etc., que en cambio hemos negado para el médico. Ello se plantea, p. ej., cuando el intruso practica una intervención quirúrgica, que afecta siempre a la salud y que pese a realizarse correctamente, puede producir además lesiones o muerte. Afirmar la responsabilidad penal del intruso por estos conceptos cuando actúa igual que el médico, resulta insatisfactorio. Téngase en cuenta que un intruso sólo podrá realizar una operación correcta cuando tenga suficientes conocimientos de Medicina y ello tendrá lugar normalmente en personas que se hallan en posesión de un título no reconocido en nuestro país, estudiantes de últimos cursos que practican pequeñas intervenciones o, en todo caso, curanderos con experiencia. El planteamiento aquí recogido, que niega la tipicidad de lesiones en las operaciones curativas correctas y con éxito, y en otras muchas, por faltar una «lesión» o no ser imputable a una conducta suficientemente peligrosa, resuelve favorablemente estos problemas también respecto al intruso, que al faltar la tipicidad no será tampoco punible (salvo por el delito de intrusismo). Faltando el consentimiento, cabe también el mismo tratamiento propuesto más arriba para el médico.

II. La obediencia debida

1. Según el art. 8, 1.º del anterior CP, estaba exento de responsabilidad penal el que obra en virtud de obediencia debidas. No era fácil la distinción de esta eximente respecto de la de cumplimiento de un deber. Ya se señalaba en las ediciones anteriores de esta obra que, si la obediencia había de ser «debidas», había de admitirse que quien la presta cumple con un deber derivado de su cargo, deber que cabría en la eximente de cumplimiento de un deber. El anterior art. 8, 1.º constituía, en realidad, un precepto *innecesario*.⁵¹ El actual CP lo ha suprimido.

51. En el segundo sentido, Rincón Casabón, El médico, p. 289. Sobre el problema cfr. Jorge Barreiro, CPC 1982 pp. 17 s.

52. En este sentido Quenli, Obediencia debida, p. 448, que conlucra a la obediencia debida como una variante de la eximente de cumplimiento de un deber.

abstracción basta, en cambio, que el acto ordenado pertenezca a la clase de los que normalmente puede ordenar el órgano. Así, una sentencia injusta, pese a su ilegalidad en concreto, entra dentro de la clase de actos (sentencias) que puede realizar un juez o Tribunal. Esta especie de competencia abstracta es la única necesaria para que una orden genere deber de obediencia. Deberá concurrir tanto en el que dicta la orden como en quien la ha de cumplir.

63 Por lo que se refiere a las «formalidades legales», hoy que tener en cuenta que existen defectos *inexistentes* que la legislación administrativa no considera suficientes para determinar la nulidad ni la anulabilidad del acto (art. 63. 2 y 3. Ley 30/1992, de 26 de nov., de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Tales defectos no pueden excluir ni la competencia ni las formalidades legales requeridas por el art. 410 CP y necesarias para la existencia de cumplimiento de un deber.

64 La consecuencia de la falta de competencia en la orden es, según el TS, la imposibilidad de estimar no sólo la cámente completa, sino también la incompleta (art. 20, 1º CP). Ello no obsta a que en alguna ocasión se haya apreciado la atenuante de arrebató y obediencia (actual art. 21, 3º CP).

2. ¿Cumple un deber sólo quien cumple una orden ajustada a Derecho o también existe en algunos casos el deber de cumplir determinadas órdenes antijurídicas? La doctrina española se hallaba dividida en cuanto a si en estos últimos casos existía «obediencia debida»,⁵² mientras que la jurisprudencia se inclinaba como regla en favor de la segunda opción.⁵³ Esta parece la interpretación preferible. Por de pronto, el art. 410 CP, básico en esta materia, castiga la desobediencia de los mandatos de la Autoridad competente que no sean *manifiestamente* antijurídicas. En seguida estudiaremos el alcance del deber de obediencia a órdenes antijurídicas que ello supone.

60. Existe, pues, deber de obedecer ciertas órdenes antijurídicas. Pero es seguro que *no toda* orden antijurídica genera deber de obediencia. Para que este deber nazca es preciso que concurran determinados requisitos de forma y de contenido. Veámoslos.

3. Requisitos de forma

61 La jurisprudencia suele requerir, la competencia del órgano del que emana la orden (así las SSTs 25 nov. 50 y 10 dic. 70; SAP Bizkaia 36/2007 de 19 abr.). La doctrina acostumbra a exigir también la competencia y las formalidades legales, aunque se admita que no es precisa la adecuación a Derecho del contenido de la orden. Ello puede basarse en el art. 410 CP, que si bien castiga la desobediencia de ciertas órdenes antijurídicas (las que no lo sean manifestamente), lo condiciona en todo caso a que las mismas hayan sido «dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales». Pero, ¿es posible que algún órgano tenga competencia para dictar una orden antijurídica, aunque no lo sea manifestamente?

62 Para resolver esta cuestión, en la doctrina alemana se ha elaborado la distinción entre competencia concreta y competencia abstracta.⁵⁴ distinción acogida por un sector doctrinal español.⁵⁵ El Derecho no concede a nadie competencia concreta para dictar una orden antijurídica que constituya delito, porque la competencia concreta se refiere al concreto acto de que se trata. Para la competencia

52. En favor de la primera alternativa (sólo órdenes ajustadas a Derecho) se han reunido Vidua, Aramburu, Irujo, Cuello Calón, etc. Resquemando defendiendo esta postura Vives Antón, Obediencia debida, p. 143. En favor de la segunda opción (también órdenes antijurídicas) la doctrina dominicana Silvestre, Rueda, López Hoy, Anión Orca, Quiliano Ripollés, Ferrer Serna, Del Real, Rodríguez Devesa, Córdoba Rueda, Muñoz Conde, Olivetti Trinchés. Últimamente cfr. Díaz Pison, Obediencia debida, pp. 197 ss.

53. Aunque en algunas sentencias se castiga la legalidad de la orden, ello se hace porque falta la mínima competencia formal en el órgano y no sólo la legalidad del contenido de la orden. Exige que el mandato sea legítimo la STS 25 feb. 86.

54. Cfr. Stratenwerth, op. cit., p. 105.

55. Así Córdoba Rueda, Comentarios, I, p. 190, y Rodríguez Devesa, PCJ p. 516.

4. Requisitos de contenido

65 Admitido que no sólo las órdenes ajustadas a Derecho dan lugar a «obediencia debida», importa determinar qué contenido debe tener una orden antijurídica para que haga nacer el deber de obedecer. En este punto existen en la actualidad dos corrientes doctrinales fundamentales. Por una parte, la que llamaremos «teoría de la apartencia», que considera suficiente y necesario que la orden no sea manifestamente antijurídica. Por otra parte, la que podríamos calificar de «teoría de la nulidad», porque juzga necesario (y suficiente) que la orden no sea nula de pleno derecho.

66 a) La «teoría de la apartencia» se apoya en el art. 410 CP. Como ya sabemos, este precepto castiga a las autoridades o funcionarios que «se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la Autoridad superior, dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales», salvo que el incumplimiento se refiera a un mandato⁵⁶ que constituya otra infracción general. Este precepto ven- dría a limitar el deber de obedecer las órdenes no manifestamente antijurídicas.

56. Puede entenderse que el término «mandatos» no alcanza a las «resoluciones judiciales» a que se refiere el art. 410 CP, de modo que la desobediencia a las mismas sería siempre delictiva.

decisiones no es posible exigir el mismo deber de control de legalidad que existiría si la decisión tuviese otro origen.

73

Aunque la ley no condicionase la exclusión del deber de obediencia al carácter manifiesto de la antijuridicidad de la orden, la misma conclusión debería alcanzarse mediante una construcción del error que atendiese a las particulares circunstancias de la relación jurídica: sólo debería reputarse vencible (y, por tanto, punible) el error del funcionario que cumple una orden manifiestamente antijurídica. La doctrina alemana ha alcanzado un resultado parecido, pese a no considerar jurídicamente vinculante la orden que constituye delito, considerando *exculpante* la obediencia de una orden cuya antijuridicidad no sea reconocible o evidente, según los casos, por el subordinado.⁶²

74

La solución materialmente adecuada a la realidad y exigencias de la función pública ilena que conducir, pues, a mantener que debe extimir toda orden que no se presente *ex ante* con una apariencia cualificada de legalidad —una apariencia mayor que la que normalmente se exigiría para considerar vencible el error—. *Dependientemente* ello permite dos soluciones: a) considerar que, faltando *ex ante* aquel grado de apariencia de antijuridicidad, la orden es siempre vincularia y genera obediencia *debida* (art. 20, 7º, en relación con el art. 410 CP); b) entender que sólo cuando no sea nula el pleno derecho según la legislación administrativa tendrá la orden carácter obligatorio (a los efectos estrictos del art. 20, 7º), pero admitiéndose, en los demás casos en que la antijuridicidad de la misma no sea manifiesta, que también procede la exención en base a un error que hay que considerar inexcusable por razón de la materia.⁶³

75

Más arriba tomé posición en favor de la primera alternativa. Desde el punto de vista formal, excluir el deber de obediencia frente a órdenes no manifiestamente antijurídicas por el hecho de que son nulas de pleno derecho según la legislación administrativa es contrario, a mi juicio, a una correcta interpretación del art. 410 CP. Tal conclusión de las órdenes no manifiestamente antijurídicas se apoya, como antes se dijo, en la expresión del primer número del art. 410 CP «debido cumplimiento», que se interpreta como «cumplimiento jurídicamente debidos» según la legislación administrativa. Pues bien, esta interpretación no es admisible.

76

El nº 2 del mismo art. 410 CP se halla vinculado de tal forma al nº 1 que presupone que el funcionario niega el «debido cumplimiento» a la orden manifiestamente antijurídica (esta vinculación se manifiesta en la expresión inicial del segundo párrafo: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior...»). Ello supone que el nº 2 del art. 410 CP se refiere al hecho de no prestar el «debido cumplimiento» a órdenes manifiestamente antijurídicas. Pero, si el «debido cumplimiento» fuese —según quiere la opinión doctrinal combatida— el «cumplimiento jurídicamente debido», habría que extraer la insatisfactoria conclusión de que el art. 410 CP considera «jurídicamente debidos» el cumplimiento de órdenes manifiestamente antijurídicas. Para ello haría que admitir que «debido cumplimiento» no significa «cumplimiento jurídicamente debido», sino adecuado o correcto cumplimiento.

62. Cfr. Jeschke, *Thesaco*, pp. 539 s. y 676 s.

63. En nuestro Derecho sería difícil defender la solución alemana de la exención absoluta de obediencia *debida*, como habría que hacer si se negase el deber de obedecer. No obstante, un sector de la doctrina española entiende que la obediencia *debida* no justifica, sino que sólo excusa. Cfr. *infra* 5.

Pero existe otra dificultad que encuentra la tesis impugnada, que afecta a su misma raíz. Dicha tesis parte de que las órdenes nulas no son vinculantes y en cambio sólo lo son las anulables o meramente irregulares.⁶⁴ Ello presupone que los actos administrativos nulos son inválidos desde un principio (*ex tunc*) y los anulables sólo desde que se consigue su anulación (*ex nunc*). Este planteamiento no es exacto. Tanto los actos nulos como los anulables son inválidos y sólo se distinguen en cuanto al procedimiento de cesación de la eficacia.⁶⁵ Mientras que el acto nulo no precisa ser *anulado* para ser privado de eficacia (basta una declaración de nulidad por parte de la Administración, art. 102 Ley 30/1992), el acto anulable requiere su *anulación* (previa impugnación o de oficio, según los casos [art. 103 Ley 30/1992]), pero siempre con efectos *constitutivos*. Pero ambas clases de actos son eficaces hasta que se declara su nulidad o se anulan, respectivamente. Ello se desprende del principio de ejecutoriedad, basado en la presunción de legalidad del acto administrativo, que se establece inequívocamente en preceptos como el art. 94 Ley 30/1992 («Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos»). El art. 101 de la misma Ley refleja el alcance práctico de este principio al excluir la posibilidad de interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos, con tal únicamente de que sean realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.⁶⁶ Ello supone que todo acto administrativo, aunque sea nulo, es eficaz desde que se dicta con competencia y forma. Lo confirma el hecho de que el art. 111 de la citada Ley prevé sólo la *posibilidad* de que el órgano a quien compete resolver la impugnación de *determinados* actos nulos de pleno derecho (solamente de los previstos en el art. 62, 1 de la misma Ley), suspenda su ejecución, pues ello presupone que hasta entonces ha sido eficaz y, sobre todo, que para la suspensión es precisa la decisión del órgano competente. Todo esto se explica por el principio de que, concurriendo los requisitos formales que fundamentan la presunción de legalidad del acto administrativo, sólo puede entrarse a enjuiciar su validez intrínseca, y en especial suspender su eficacia, por medio de un proceso legalmente regulado que debe culminar con una resolución del órgano competente. Lo cual es independiente de que tal resolución haya de ser meramente declarativa (como sucede respecto a los actos nulos) o constitutiva (como ocurre en relación a los actos anulables).⁶⁷

78

Ahora bien, lo dicho ha de valer también para las órdenes dictadas por un órgano competente y con arreglo a las formalidades legales esenciales: como todo acto administrativo de estas características será inmediatamente ejecutivo, lo que supone que *deberá cumplirse*, con independencia de que sea materialmente válido, o no, y de la clase de invalidez que pueda afectarle, hasta tanto no se decretar su suspensión por la autoridad competente. Ni el particular ni el subordinado pueden impedir la ejecución de dicha orden. Así lo exige la presunción de legalidad que envuelve a los actos administrativos formalmente correctos. La única excepción al principio de obligatoriedad de las órdenes que poseen ese carácter formal, podrá concurrir cuando la presunción se desvanezca por la *manifiesta* antijuridicidad de la orden. La regulación del art. 410 puede interpretarse coherentemente con este pensamiento, según la teoría de la apariencia más arriba adoptada.

64. Cfr. Cerco Mir, REP 1966, pp. 349 ss.; Larzón Peña, *Legislación* defensiva, pp. 307 ss.

65. Cfr. Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, I, 9ª ed. (reimp. 1989), pp. 233 ss.; Larzón Peña, *Legislación* defensiva, p. 283.

66. Cfr. Entrena Cuesta, Curso I, p. 250.

67. Sobre todo lo anterior cfr. García de Enterría/Fernández, Curso de Derecho Administrativo, 6ª ed., 1993, p. 387.

5. *Fundamento y naturaleza dogmática*

79 A) El fundamento del deber de obedecer las órdenes no manifiestamente antijurídicas que emanan de un órgano competente, se dirijan a un subordinado igualmente competente y se hallen revestidas de las formalidades legales esenciales, ha de verse en las *necesidades de funcionamiento de la Administración pública*.⁶⁸ Del mismo modo que estas necesidades exigen una organización jerárquica, es preciso que dicha organización no pueda resultar obstaculizada a cada momento por dudas de los subordinados acerca de la legalidad de las órdenes que reciben, sino sólo cuando exista suficiente motivo para considerar manifiesta su ilegalidad.

80 B) La naturaleza dogmática que tal fundamento confiere a la obediencia debida es la de *oposición de justificación*. Ante una orden no manifiestamente antijurídica se produce un conflicto entre el bien jurídico afectado por la orden y las necesidades de funcionamiento de la Administración pública que la ley resuelve en favor de las segundas. Tal estructura de conflicto que se decide en el sentido de permitir la lesión del bien jurídico, es la característica de toda causa de justificación. Y no hay duda de que la ley no sólo disculpa, sino que *permite* la lesión del bien jurídico cuando impone *deber* de obedecer (art. 410 CP). Si la obediencia es «debida», ha de ser permitido y no puede ser prohibida, antijurídica, máximo si la desobediencia se castiga. La obediencia debida habrá de *justificar* el hecho, y no sólo excluir la responsabilidad penal de su autor.⁶⁹ Todo ello confirma que es correcto incluir la obediencia debida a órdenes no manifiestamente antijurídicas dentro de la *eximente de cumplimiento de un deber* (art. 20, 7º CP).

81 Mas que el cumplimiento de una orden no manifiestamente antijurídica se halle justificada no significa que quede excluida la antijuridicidad de la orden, y la responsabilidad penal que por la misma merezca el superior. Éste es un autor mediato de la lesión que produce la orden, el cual utiliza el subordinado como *instrumento* que actúa.⁷⁰ Se trata de una figura generalmente admitida por la doctrina. Compárese el supuesto ahora examinado con el caso del particular

68. Queral, *Obediencia debida*, p. 414, la concreta refiriéndose a la «especialidad de prestación de servicios públicos» de la que depende la legitimación del Estado social y democrático de Derecho.

69. En el anterior CP era un argumento a favor de lo dicho en el texto el hecho de que no se previene responsabilidad civil en caso de obediencia debida (interior art. 20). Alegaban este argumento López Rey y Puga, cit. por Antón Orosa, PG, p. 273, quien replicaba que tampoco se previene responsabilidad civil para la fuerza fructífera y el caso fortuito; pero también estas causas impiden la antijuridicidad por falta de acción o de finalidad dolosa o imputables. A favor también de considerar la obediencia debida causa de justificación Queral, *Obediencia debida*, pp. 413 ss. y RICA, 1983, p. 644; Rodríguez Devasa, PG pp. 528 ss. (pase a incluir, como aquí, muerdos [no manifiestamente] ilícitos); En contra del dicho justificativo de la obediencia debida Antón, PG p. 273; Vives Antón, *Obediencia debida*, pp. 139 ss.; Díaz Palos, *Obediencia debida*, p. 20; Quintana Olivares, *Introducción*, p. 213.

70. En este sentido Queral, *Obediencia debida*, pp. 415 ss.

que denuncia a su enemigo de forma que la Policía se ve obligada a practicar su detención: la Policía constituye sin duda un instrumento que actúa justificadamente en manos de un autor mediato. Por lo demás, en todos los demás casos de autoría mediata en que el instrumento no realiza un tipo penal, ocurre también que la falta de antijuridicidad de su conducta no impide que la misma sea realización del hecho antijurídico del autor mediato (cfr. *supra* Lección 14, II 2).

Que sea evidente la subsistencia de antijuridicidad en la orden del superior no constituye, pues, ningún obstáculo para admitir la justificación de la conducta del subordinado que cumple en obediencia debida.⁷¹ Tampoco se opone a ello la necesidad de considerar la ejecución de la orden como una *agresión ilegítima* del superior (a través del instrumento representado por el subordinado) contra la persona sobre la que recae.⁷² Así, p. ej., contra quien va a ser detenido injustamente en virtud de una orden cuya antijuridicidad no puede resultar manifiesta para el subordinado. Esto sucede en todo supuesto de autoría mediata con instrumento que actúa sin antijuridicidad y en los casos en que alguien se vea de otra persona que se halla en una causa de ausencia de comportamiento humano. Párase en el caso del que utiliza a un niño engañado para dañar bienes ajenos ocultándole su identidad o el de quien emplea a un hipnotizado, etc. En todos estos casos existe, sin duda, una agresión ilegítima del autor, que se realiza a través de una conducta no antijurídica de otra persona. Y en todos estos casos se plantea el mismo problema: la relación contra la agresión ilegítima ha de recaer sobre quien no actúa antijurídicamente. Pero el problema no es exclusivo de estos supuestos, sino común a todos los casos de *defensas* que recae sobre un tercero, y debe resolverse con el mismo criterio de admitir únicamente repetir la agresión dentro de los límites del *estado de necesidad*, lo que supone que la defensa no puede causar un mal mayor que el que amenaza (cfr. *supra*, Lección 17). No sería justo admitir otra solución que diese preferencia al agraviado por una orden cuando el que la ejecuta se halla obligado por la ley a hacerla.⁷³

6. *La obediencia doméstica y laboral*

La doctrina dominante reduce la eficacia eximente de la obediencia debida al ámbito de las órdenes dictadas dentro de la Administración pública (la llamada «*obediencia jerárquica*»)⁷⁴. Sin embargo, algún autor consideraba también aplicable el anterior art. 8, 1º CP, a otras relaciones jerárquicas, como las laborales o familiares, ya sea con relación a toda clase de órdenes, aunque no sean ajustadas a Derecho,⁷⁵ ya sea respecto únicamente a órdenes lícitas.⁷⁶

71. Contra lo que argumenta un sector de la doctrina: Antón Orosa, PG p. 273; Vives Antón, *Obediencia debida*, pp. 137 s.; Díaz Palos, *Obediencia debida*, pp. 193, 203.

72. Contra lo que afirma Antón Orosa, PG, p. 273; también contra Díaz Palos, op. cit., p. 194.

73. En este sentido, Queral, *Obediencia debida*, pp. 432 ss.

74. Cfr. por todos Queral, *Obediencia debida*, pp. 33 ss.

75. Así Antón Orosa, PG p. 277. También parece admitir esta posibilidad —aunque no admita la existencia en el caso concreto— la STS 18 nov. 80, con la que se muere de acuerdo Díaz Palos, *Obediencia debida*, pp. 202 s.

76. Cfr. Rodríguez Devasa, PG p. 511.

84

La posibilidad de que se admita la obediencia debida en relaciones laborales o familiares incluso frente a órdenes antijurídicas se basa en una concepción subjetiva de la eximente que ve un posible fundamento de la misma en la suposición errónea de que la orden es lícita por parte del subordinado, o en el hábito u obedecer, el temor al castigo o el poder de sugerión del superior.⁷⁷ Una tal concepción de la obediencia debida no puede admitirse, pues ya se ha visto en el apartado anterior que este precepto se refiere sólo a la obediencia impositiva como un deber jurídico (debida) y cuya inobservancia se castiga como delito de desobediencia. Un tal deber de obedecer no lo impone el ordenamiento jurídico más que respecto a órdenes ajustadas a Derecho y a aquellas otras no manifestamente antijurídicas que excepcionalmente impone obedecer al art. 410 CP por emanar de un órgano administrativo en condiciones formales que generan una apariencia de legalidad y por razón de las necesidades de funcionamiento de la Administración pública. Ningún precepto semejante obliga al hijo o al trabajador a obedecer órdenes antijurídicas (aunque no lo sean manifestamente) de sus padres o de sus jefes.

85

Tratándose de órdenes antijurídicas, la obediencia doméstica o laboral no puede esmir *directamente* en base al art. 20, 7.º, sino, en su caso, por *error invencible, por estado de necesidad o por miedo insuperable*. Ahora bien, es evidente que la actuación en el marco de una relación jerárquica en principio legal puede influir en la concurrencia de alguna de estas otras eximentes. En particular, debe admitirse que el cumplimiento de órdenes de una empresa, cuyo funcionamiento depende de la división de funciones y una determinada jerarquía, pueda ampararse en una apariencia de legalidad que rebaje el nivel de *deber de cuidado* y, por tanto, haga más probable el error invencible. Ello es particularmente importante en el ámbito, cada vez más relevante, de la delincuencia económica, que con frecuencia supone la intervención de subordinados cuya función no les obliga a detectar o comprobar determinadas ilegalidades no manifiestas. Por lo demás, nada impide que pueda estimarse obediencia debida cuando la orden entra dentro de las facultades legítimas del padre o jefe. Así, p. ej., si el padre ordena al hijo de 17 años que no deje salir de casa al hermano menor al que el primero ha castigado en uso moderado de sus facultades correctivas.⁷⁸

77. Cfr. Anón. Ornesa, JG pp. 274, 277; Córdoba Roda, Comentarios I, p. 398.

78. La STS 13 marzo 81 admite la obediencia debida en relación jerárquica ultrínica a la funcional. Ver también STS 7 nov. 2001.

LECCIÓN 19.

ENTRE LA JUSTIFICACIÓN Y LA EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD: CONSENTIMIENTO Y ADECUACIÓN SOCIAL

BIBLIOGRAFÍA

- A.L.V.X., El consentimiento. El error, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1993; *Anleitung. Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechts*, 1981; *el mismo*. Die Einwilligung des Unfreien, ZStW 95 (1983), pp. 1 ss.; *el mismo*. Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 104 (1992), pp. 525 ss.; 621 ss.; *el mismo*. Volontate beachrntet Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Interventionen, 1995; Arroyo, Los menores de edad y los incursos ante el aborto y la esterilización, en Estudios penales y criminológicos, XI, 1987, pp. 9 ss.; *Arzt. Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970; *Beilage/Erbschaftliche. Das Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger bei medizinischen Eingriffen*, 1994; *Beitrag*, Errato de necesidad médica, Los menores de edad, 1994; *Beitrag*, Die Einwilligung mit Irreversibel bewirkten Personen und mangel, El delito de latencia, 1982; *Bemerkung*, Der Umgang mit Irreversibel bewirkten Personen und mangel, El delito de latencia, 1982; *Bemerkung*, Die Indication der Sterilisationsfähigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, ZRP 1996, pp. 87 ss.; *Benz*, Die Indication der Sterilisationsfähigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, CA 1989, pp. 145 ss.; *Blog*, Freiheitseraubung ohne Verletzung fremder Autonomie?, ZStW 96 (1984), pp. 703 ss.; *Burckmann*, Das Strafrecht des Arztes, 1968; *Bonafé*, La víctima del delito (La autopsia en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto), 1999; *Buoro/Flornitzschel*, Significancia social y tipicidad, en Estudios penales y criminológicos, Fernández Albor (ed.), 1982, pp. 1 ss.; *Canale*, La teoría de la adecuación social en Waisel, ADPCP 1993, pp. 607 ss.; *el mismo*, Conclusión de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, 1988 (Seg. 2.ª ed. de 2001); *el mismo*, Los orígenes de la teoría de la adecuación social, Univ. Excmo. de Colombia, 1994; *Casas Barmann*, El consentimiento en el Derecho penal, 1987; *Cerco Mir*, El «verano de la licitud» en el CP español ADPCP 1982, pp. 47 ss.; *Cobarrubias*, Resolución del problema del consentimiento en las lesiones en el CP, ADPCP 1964, pp. 243 ss.; *Corcoy*, Consentimiento y dispensabilidad sobre bienes jurídicos personales, En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, LH Torío López, 1999, pp. 281 ss.; la misma, El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor, Eficacia del consentimiento, en Protección de menores en el Código penal, CD 1998, pp. 296 ss.; *Darabon*, Hacia un nuevo concepto de la libertad penal del autor, 2004; *Díaz Ripollé*, La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal, en Jueces para la Democracia, nº 37, nov. 2006; *Dölling*, Die Behandlung der Körperverletzungen in Sport..., ZStW 96 (1984), pp. 36 ss.; *Engelsh*, Ärztlicher Eingriff zu Holzwachen und Einwilligung, ZStW 98 (1996), pp. 1 ss.; *el mismo*, Die Strafbarkeit des Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, en Festschrift für H. Meyer, 1966, pp. 199 ss.; *Früh*, Die Selbstbestimmtheit von Art. 103 II GG bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 108 (1996), pp. 286 ss.; *Früh*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, ZStW 98 (1996), pp. 368 ss.; *el mismo*, Depone y justicia penal, RP (6) 2000, pp. 53 ss.; *el mismo*, Sozialadäquanz eine überhöhtige oder unverhältnismäßig Rechtfertigung?, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 199 ss.; *Früh*, Lesione socialmente abstruse nel diritto penale, 1966; *Friedrich*, Rechtfertigung und Einwilligung bei Vergewaltigung, *Leh. Bonn*, 1930; *Früh/Luzius*, El consentimiento informado. [El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica], 1999; *Frisch*, Das Fahrheitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *W. Frisch*, Selbstgefährdung im Strafrecht, NSJZ 1992, 1, pp. 62 ss.; *De*

2 a) Por una parte, ciertos delitos se dirigen directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio. Es lo que ocurre en los delitos contra la libertad, como las detenciones ilegales, las coacciones o el allanamiento de morada. Faltando la oposición del sujeto pasivo, es indudable que desaparece toda lesividad de la conducta; no puede haber delito de detenciones ilegales si el detenido quiere ser detenido, ni puede concurrir allanamiento de morada si el morador acepta en su casa al extraño. En algunos casos el consentimiento del sujeto pasivo hace desaparecer la propia acción definida por la ley: así, dejará posiblemente de concurrir una verdadera «detención» —y no sólo su ilegalidad— en muchos supuestos en que el sujeto pasivo se ponga voluntariamente en manos del agente. Ello sucede también en delitos que no parecen exclusivamente dirigidos a atacar la voluntad ajena, como los delitos contra la propiedad. Cuando alguien toma una cosa de otro con consentimiento de éste, no puede hablarse de «hurto», ni de «robo». No se trata de que concurre un hurto o un robo que queda exento de responsabilidad penal, sino de que emplea por falta el concepto mismo de «hurto» o «robo». La doctrina alemana emplea en este primer grupo de casos un término específico para designar la conformidad del afectado: el «acuerdo» (*Einwilligung*).

3 La ley permite a veces reconocer estos casos porque requiere expresamente la ausencia de conformidad por parte del sujeto pasivo. Así, en el allanamiento de morada, es preciso que un particular «que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador» (art. 202 CP). Del mismo modo, el art. 234 CP requiere para el hurto que se tome la cosa mueble ajena «sin la voluntad de su dueño». Mas es mayor el número de casos en que el texto legal no requiere literalmente la falta de conformidad del sujeto pasivo, sino que ello constituye sólo una exigencia implícita. Así, p. ej., en el delito de detenciones ilegales del art. 163 CP.

4 b) En un segundo grupo de casos se contemplan los supuestos en que el consentimiento de la víctima tiene lugar en hechos que atacan un bien jurídico del que puede disponer su titular, pero cuya lesión no desaparece por virtud del consentimiento. La doctrina alemana mayoritaria incluye en este grupo el consentimiento en las lesiones (p. ej., el consentimiento en una operación de cirugía estética no justificable por estado de necesidad). La lesión de la integridad física no desaparece por el hecho de que el afectado consiente, y sin embargo se admite en ciertos casos (como el del ejemplo) que este consentimiento excluya el delito. Mientras que en el primer grupo de casos mencionados en el apartado a) la conformidad del sujeto pasivo excluye toda lesión en este segundo grupo el consentimiento excluye la responsabilidad penal por tratarse de bienes jurídicos disponibles, en ciertas condiciones, por su titular, pero no impediría la lesión de dichos bienes.

5 **Ejemplos:** Quien entra en morada ajena con su consentimiento no llega ni siquiera a lesionar el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada, como no lesiona tampoco el bien jurídico protegido en el delito de coacciones quien determina a otro a hacer algo que éste acepta; en ninguno de ambos casos resulta atacada la voluntad del sujeto pasivo. En cambio, la realización de una lesión consumada puede no constituir delito, pero no por ello implique que deba reconocerse afectada la integridad física. Lo mismo sucede con un ataque consentido al honor de una persona.

6 Este segundo grupo de casos se designa en Alemania como «consentimientos» (*Einwilligung*) en sentido estricto.²

7 En cualquier caso, *consentir* (en sentido amplio) no es la única forma relevante en que un sujeto puede intervenir en un hecho cuando lo acepta. Su intervención puede influir en la realización del hecho más allá del mero consentir: así, cuando alguien pide a otro que destruya un bien suyo (del primero) o que le ponga en un determinado peligro, o cuando comparte con otro una actividad arriesgada. En estos casos la intervención de la víctima puede hacer que el hecho deba imputarse a ella y no a la otra u otras personas que intervienen en el hecho. Estas otras no realizarán entonces un tipo penal, aunque contribuyan a causar la lesión típica. Y ello no se deberá sólo al consentimiento de la víctima, sino a su influencia objetiva en el hecho.

II. Naturaleza dogmática

8 La distinción de los dos grupos de casos mencionados sirve a la doctrina alemana mayoritaria de punto de partida para decidir la naturaleza dogmática de la conformidad del afectado. Respecto al primer grupo («acuerdo») existe unanimidad en considerar que resulta excluida la tipicidad de la conducta: no sólo resultaría excluida la antijuridicidad (justificación), sino que ni siquiera llegarían a concurrir los elementos que fundamentan positivamente su tipicidad. Así, p. ej., en el allanamiento patrimonial consentido no habría un «hurto justificado», sino que ni siquiera podría hablarse de «hurto». En cambio, en el segundo grupo («consentimientos» en sentido estricto) se discute si sucede lo mismo o, por el contrario, concurre sólo una causa de justificación

2. La doctrina española no maneja la distinción terminológica de «acuerdo» y «consentimientos» en sentido estricto, sino que emplea únicamente este segundo término. No obstante, si se distingue entre los casos en que la ley condiciona expresamente la tipicidad a la ausencia de conformidad de la víctima (como sucede en el hurto) y aquellos en que tal ausencia se deduce implícitamente del contexto o del objeto de protección de la ley (cf. Arón Omega, PG, pp. 257 ss.; Rodríguez Domínguez, VC, p. 487. Sobre esto cf. Mir Puig, Adicciones, pp. 329 s. Aunque sin utilizar la doble terminología germana, se sigue una distinción materialmente coincidente con la recogida en el texto Coboy-Vives, PG, 3ª ed., pp. 491 ss. También debe distinguirse entre el consentimiento de la víctima y el consentimiento de la «persona en peligro» respecto a ser auxiliado por otro, así, Baldo, Estado de necesidad, pp. 191 ss. y pp. 331 ss.).

3. Cf. Canales, Conducta de la víctima, pp. 173 ss., 276 ss.; Mir Puig, Significado y alcance de la imputación objetiva, p. 407.

que no excluye la tipicidad. Esta última solución es la mantenida por la doctrina dominante.⁴

9

La consideración de la conformidad del afectado como causa que impide la realización del tipo o, por el contrario, como causa de justificación, depende del criterio que se maneje para distinguir el tipo y las causas de justificación. En esta obra se parte de que existe una diferencia sustancial y funcional entre aquellos elementos que *fundamentan* positivamente el infortunio y aquellos otros que lo *excluyen*. Mientras los primeros expresan el riesgo al bien jurídico especialmente tutelado, los segundos no lo hacen desaparecer, sino que únicamente lo *permiten* (cfr. *supra*, Lección 16, i. 2). Sólo estos últimos dan lugar a causas de justificación, las cuales presuponen la concurrencia previa de aquellos otros elementos que determinan una lesión imputable del bien jurídico. Cuando lo que falta sea esta lesión imputable, no deberá hablarse de causas de justificación, sino de ausencia de la tipicidad específica descrita como regla en la Parte Especial.

10

Todo depende, entonces, de si la conformidad del afectado impide ya la lesión imputable del bien jurídico o sólo la permite. En el primer caso excluirá el tipo, mientras que en el segundo sólo constituirá una causa de justificación. Como hemos visto, la doctrina dominante en Alemania entiende que en el supuesto de «acuerdos» (primer grupo de casos examinados) ésta impide incluso la lesión del bien jurídico, por lo que lo consideramos causa de falta de tipicidad, mientras que considera que en el segundo grupo de casos (del «consentimiento en sentido estricto») el consentimiento no impide la lesión del bien jurídico, sino que sólo la permite, por lo que aquí constituiría sólo una causa de justificación. Pero último es lo que sucedería, por ejemplo, en las lesiones que puede conllevar el afectado a su consentimiento por el abandono del interés y la renuncia a su protección jurídico-penal.⁵ Bien porque el valor representado por la libertad de disposición del individuo pesaría más que la lesión producida —estructura de conflicto de intereses caracterizada de toda causa de justificación.

11

Sin embargo, un sector doctrinal importante considera que el consentimiento, cuando es eficaz, siempre excluye la propia tipicidad por desaparición del objeto de tutela, que consistiría en la libertad de disposición del sujeto sobre determinado objeto o en el valor que dicho objeto tiene para su titular.⁶ Por otra parte, va ganando adeptos la consideración de que, en determinados casos, el consentimiento de la víctima excluye ya la imputación objetiva del hecho típico, por ser éste imputable al que consiente (así, en casos de puesta en peligro de otro con su consentimiento, en determinadas condiciones).⁷

4. Cfr. por todos Iembeck, *Tratado*, pp. 531 s. En España así Cobo/Vives, PG, 3ª ed., p. 491 s.; Romeo Casabona, CFC 1982, p. 276.

5. Doctrina tradicional; cfr. García, ZStW 72 (1966), p. 43.

6. Cfr. Noll, *Übersetzliche Rechtsfertigungsgründe*, pp. 74 s.; y ZStW 77 (1975), pp. 15 s.; *check*, *Tratado*, p. 516.

7. Cfr. Siremworth, ZStW 68 (1956), pp. 42 s.; Arzi, Willensmäßig, p. 43; Zopf, Einwilligung, pp. 28 s.; Beruogo, *Lesiones*, pp. 71 s.; Rodin, AT, § 13 (11 s. (3ª ed.)).

8. Así Rodin, AT § 11/106 (cuando la puesta en peligro de otro con su consentimiento requiere a una autopuesta en peligro del que consiente). Fundamentada esta posición en el principio de autonomía y libertad de la víctima Holmann, *Klein-Festschrift*, pp. 379 s. En España desarrolla una teoría de la imputación preferente a la víctima de los hechos co-organizados por ella Casado, *Conducta de la víctima*.

En nuestro Derecho nada impide admitir la eficacia del consentimiento cuando el tipo exige, expresa o tácitamente, la oposición de la víctima, como sucede en los casos de «acuerdos». Más problemático resulta si es posible admitir que, además, la conformidad del afectado pueda operar en España como causa de justificación («consentimiento» en sentido estricto). El Código penal no prevé el consentimiento entre las causas de justificación generales. Sin embargo, en la Parte Especial el Código concede eficacia justificante al consentimiento en algunos casos de lesiones (art. 156). Y, por otra parte, el art. 10 de la Constitución, al declarar fundamento del orden político y de la paz social el «libre desarrollo de la personalidad», ha de conducir a considerar, por lo menos, justificadas aquellas conductas típicas que aparezcan como una forma del libre desarrollo de la personalidad del que las comete. En algunos casos, este principio constitucional ha de determinar la imputación del hecho al que consiente (como desarrollo de su personalidad) y a negar, en consecuencia, la imputación objetiva del hecho al que actúa con su consentimiento.

Según un sector de la doctrina española, el consentimiento podría desplazar su eficacia a través de la existencia de un derecho legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20, 7º CP), y así, se afirma que el consentimiento da lugar a un derecho en el médico a cruzar el riesgo o la lesión que sus actividades consentidas impliquen.⁸ La posibilidad de acudir a la existencia de ejercicio legítimo de un derecho es innegable cuando la voluntad de la víctima comete formalmente un delito al autor con arreglo a lo dispuesto por alguna norma penal. Pero entonces no será necesario acudir a la figura jurídico-penal del consentimiento, sino a la causa de justificación del art. 20, 7º. La figura del consentimiento que maneja el Derecho penal, que posee presupuestos distintos que la voluntad negocial jurídico-civil (cfr. *infra*, IV), no supone la existencia de un derecho subjetivo en sentido técnico. Por otra parte, tampoco requiere la *licitud* que exige el ejercicio legítimo de un derecho. Así, p. ej., el curandero o el que no tiene su título médico convalidado, no podrían alegar el ejercicio de un derecho, pese a que la conducta que realizan con el consentimiento del paciente puede coincidir materialmente con la de un médico y ser tan correcta como ésta. No me parece justo que al curandero se le pueda considerar enajenado reo de un delito de lesiones ni de coacciones. Lo único conveniente es castigar a estos sujetos sólo por intrusismo. Pero ello exige fundamentar la imputación por otra vía distinta a la del ejercicio de un derecho (cfr. *supra*, I 4 B b bb).

III. Ámbito de aplicación

Según la conclusión obtenida en el apartado anterior, la conformidad del afectado extinguirá en nuestro Derecho cuando ello se desprenda del tipo legal

pp. 276 s., considerando el consentimiento una subinstitución del sistema de imputación (op. cit., pp. 173 s.) Ver también la obra de Bonet cit. en bibliografía.

9. Antón Ojeda, IC, p. 238. Lo fundamenta, al menos a Bindig, en que, por lo menos, en algunos casos de consentimiento, el sujeto ejercita un derecho que le es transmitido por el titular del bien jurídico. En sentido parecido Cobo/Vives, PG, 3ª ed., p. 492.

10. Cfr. Rodríguez Dervia, PG, p. 498; Córdoba Rodríguez, *Comentarios*, I, pp. 365 s.; Romeo Casabona, El médico, pp. 273 s. Respecto a las lesiones cfr. Suárez Montes, Consentimiento en las lesiones, p. 124, nota 9, y Lesiones consentidas en el Proyecto, pp. 15 s.; Cobo del Rosal, ADPCP 1964, p. 263 s.

del delito respectivo o algún precepto le conceda expresamente eficacia justificante, pero también cuando el consentimiento pueda verse como el símbolo desarrollo de la personalidad tutelado por el art. 10, 1.º Const. Con carácter general puede afirmarse que nada de ello sucederá en los delitos contra la colectividad, puesto que en ellos se protegen bienes independientes de la voluntad de un individuo, aunque supongan que la acción reca sobre una persona concreta. Así, por ejemplo, en el delito de atentado contra la Autonomía, el consentimiento de ésta no podría excluir el tipo porque el bien atacado tiene carácter público y no es susceptible de disposición por ninguna persona. Por el contrario, en los delitos contra los particulares debe partirse del principio de la eficacia del consentimiento. Ello resulta evidente cuando el interés protegido es exclusivamente privado y renunciabile, como sucede no sólo en los delitos contra la libertad de voluntad, sino también por ejemplo, en los delitos contra la propiedad —como se desprende de la propia redacción legal— y en los delitos contra el honor. Mas ocurre que en algunos delitos contra los particulares es discutible que el interés protegido sea exclusivamente privado y renunciabile.

15 a) En los delitos contra la vida humana es seguro que el Código no concede eficacia eximente al consentimiento. Ello pone de manifiesto que nuestro Derecho concibe el derecho a la vida como irrenunciable —lo que puede fundarse ya sea en la consideración de la vida humana y/o de la prohibición de matar a otra persona como bienes dotados de un valor social que trasciende al interés particular de su titular, ya sea en el hecho de que, a diferencia de otros derechos fundamentales, la renuncia a la vida es irreparable e imposibilita para siempre del disfrute del contenido esencial de éste y de cualquier otro derecho—. El CP castiga el homicidio cometido por la víctima (art. 143, 3) así como la inducción u otro auxilio al suicidio (art. 143, 1 y 2). Sin embargo, la presencia del interés privado permite en estos casos que la voluntad de la víctima influya, no para eximir, pero sí para disminuir la penalidad:

16 El que da muerte al suicida que se lo pide, es castigado con la pena de prisión de seis a diez años, o con la pena inferior en uno o dos grados, en los casos de sustitución del nº 4 del art. 143. Estas penas son menos graves que la señalada al homicidio (prisión de diez a quince años) y aún menos que la del asesinato (cuyas circunstancias pueden concurrir).¹¹ También al auxilio y la inducción al suicidio se castigan con menor rigor que los referidos a otro homicidio, los cuales constituirían autoría asimilada del art. 28. Nótese, sin embargo, que el art. 143 no se concuerda con el consentimiento de la víctima, sino que requiere más: que la misma

11. Aunque esta concepción acogida por el CP está perfilada terreno en la conciencia social, que parece evolucionar hacia una consideración de la vida como un bien personal del que no se puede disponer libremente su titular. En esta línea véase, p. ej., Arthur Kaufmann, en Mir Puig (ed.), *Avances de la Medicina*, pp. 33 s. No obstante, el TC ha declarado, con razón, que el derecho a la vida reconocido por la Const. no incluye el derecho a la muerte (STC 146/1990, de 1 oct.).

12. Quintano Ripollés, *Tratado*, I, p. 670, exce que la concurrencia de agravios es invariable en este caso. Ello es discutible.

quiera suicidarse. En el art. 143, 3 y 4 no cabe todo homicidio consentido, sino sólo el homicidio solicitado.¹³ Puede decirse, pues, que el mero consentimiento es ineficaz en los delitos contra la vida.

b) En el aborto el consentimiento de la embarazada por sí solo no exime, pero atenúa la pena: el art. 144 CP castiga el aborto sin consentimiento con mayor pena que la que prevé el art. 145 para el consentido. No obstante, si al consentimiento de la mujer se suman las indicaciones (médica, eugénica y ética) previstas en el art. 417 bis del anterior CP (mantenido en vigor por la Disposición derogatoria única, 1.º, del CP 1995); procede la impunidad. Puede decirse que el consentimiento decide la impunidad en los supuestos previstos en dicho artículo.¹⁴ Pero aquí el consentimiento no opera como causa de justificación independiente, sino como presupuesto del conflicto entre la vida del feto y los intereses de la madre que sirve de base a las indicaciones, pues sin consentimiento de la mujer no existe tal conflicto.

c) Especial complejidad encierra la problemática del consentimiento en las lesiones.

17 Es discutible si la integridad física y la salud del ser humano debe protegerse penalmente como intereses exclusivamente privados y/o renunciables. Tal vez la respuesta no pueda ser uniforme para todo el ámbito de la integridad física y la salud, pues son bien distintos los casos que comprende, desde la mutilación de un miembro principal hasta golpes o malos tratos. En los Códigos penales de Alemania (de 1975) y Austria (de 1975), se admitió la eficacia eximente del consentimiento en las lesiones salvo que el hecho se oponga a las buenas costumbres (§ 226 a StGB alemán y § 90) StGB austríaco). Una fórmula no lejana a ésta se propuso en el Proyecto de CP español 1980: disponía que salvo en los supuestos en que expresamente se establezca otra cosa, las lesiones castigadas en este título que sean producidas con el consentimiento del ofendido, sólo se sancionarán cuando se estimen socialmente reprochables, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la señalada para las lesiones de que se trata (art. 177). El defecto de estas fórmulas es que condicionan la intervención del Derecho Penal al dato moralizante de la reprochación social,¹⁵ que nada tiene que ver con la presencia o ausencia del bien jurídico protegido en estos delitos: la integridad física en cuanto condición de posibilidades de participación del sujeto en la vida social.

18 Con anterioridad a la reforma de 1983, el CP regulaba de forma muy insatisfactoria esta materia.

19 En la reforma de 1983 se había introducido, como Disposición general en un último Capítulo del Título VIII del libro II, la siguiente redacción del art. 428: «Las penas establecidas en el Capítulo anterior —relativo a las lesiones— se impondrán en sus respectivos casos

13. Cfr. Rodríguez Dreves, PE (1983), p. 69.

14. En caso de urgencia por riesgo vital de la gestante, podrá prescindirse del consentimiento expreso (art. 417 bis 1.º del CP 1975), pero ello debe entenderse en el sentido de que no es necesario que el consentimiento sea expreso, bastando que pueda presumirse (consentimiento presunto).

15. Criticamen: Borjugo, Lesiones, p. 74; Jorge Barreiro, CPC 1982, pp. 14 ss. Así también la enmienda nº 171 del Grupo Comunista al Proyecto 1980.

25
Es discutible la exigencia del carácter de «facultativo» del autor, si se entiende en el sentido de persona en posesión del título formal de médico, pues el mismo puede fallar por causas puramente burocráticas (títulos no convalidados). Tal vez debiera prosperar una interpretación no formal del término «facultativo». Por último, la enumeración del nuevo párrafo del art. 156 es insuficiente: pidiérase en deportes como el boxeo, en los supuestos de sado-masoquismo dentro de ciertos límites, etc. Es cierto, no obstante, que estos casos no llegan a los Tribunales.

26
Debe tenerse en cuenta que los tipos de lesiones no incluyen en general la conducta del que se autolesiona, por lo que tampoco cabe reputar punible la participación en una autolesión (induciendo o cooperando a ella). Por otra parte, hay que subrayar que el criterio del art. 155, de atenuar y no eximir con carácter general, sólo alcanza a «los delitos de lesiones», no a las faltas de lesiones leves o de malos tratos.¹⁹

27
d) El consentimiento puede eximir tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes. En éstos se plantean, sin embargo, las dos cuestiones siguientes: primera, ¿ha de referirse el consentimiento al resultado lesivo, sólo a la conducta descuidada o a ambas cosas a la vez?; segunda, ¿cabe considerar eficaz el consentimiento en los delitos imprudentes con resultado de muerte? La primera cuestión debe resolverse previamente a la decisión de la segunda.

28
Con frecuencia se consiente en una conducta descuidada que pone en peligro la integridad física o la vida, sin que ello suponga que se consiente en el eventual resultado. Ejemplo: el acompañante consiente en que el conductor conduzca imprudentemente, pero no por ello consiente en tener un accidente y sufrir graves lesiones. Es raro que se consiente en la lesión. La pregunta es, en tales casos, si puede resultar eficaz el consentimiento que sólo alcanza a la acción y no al resultado, para eximir en caso de que se produzca el resultado lesivo. Me inclino por entender que basta que el consentimiento se refiera a la conducta descuidada.²⁰

29
Esta solución permite abordar la segunda cuestión planteada, de si cabe admitir la virtualidad eximente del consentimiento en los delitos imprudentes de los que resulta la muerte del que consiente. No habría duda de que la respuesta debería ser negativa si el objeto del consentimiento se considerase que ha de ser el resultado de muerte, puesto que nadie puede consentir eficazmente en su muerte. Más discutible puede parecer la cuestión si el consentimiento sólo se refiere a la conducta imprudente, puesto que no es tan grave el riesgo para la vida como el resultado de muerte. Así, un sector de la doctrina admite la eficacia del consentimiento en las acciones peligrosas para la vida.²¹ En Derecho

19. Cfr. Beldugo, *Lesiones*, pp. 75 y 84 y Muñoz Conde, PE, 10ª ed., 1995, pp. 110-113.

20. Así Jeschke, *Thuidio*, p. 814; Beldugo, CFC, 1981, pp. 215 ss.

21. Así, p. ej., Schaffstein, *Wetzel-Festl.*, pp. 570 ss. En contra Jeschke, *Tratado*, n. 813; respecto al acompañante que consiente en la conducción imprudente: Cerep, *ZaW 83* (1971), pp. 947 ss. Roxin, *Problemas*, pp. 190 ss., está acertadamente para la inpunibilidad algo más que el mero tolerar

22
aun cuando mediante consentimiento del lesionado». Tal declaración, que resultaba inoportuna, podía interpretarse como exclusión de toda virtualidad atenuatoria al consentimiento en las lesiones.¹⁶ Mas un importante sector de la doctrina estimaba que, pese al art. 428, la regulación que el Código prevía para las lesiones obligaba a mantener la solución contraria y admitir con carácter general la eficacia del consentimiento.¹⁷

23
De hecho, la realidad social hacía intolerable castigar en ciertos casos de intervenciones quirúrgicas como los de esterilizaciones voluntarias,¹⁸ cirugía transexual, etc., sin contar con la problemática de ciertos deportes como el boxeo. La reforma de 1983 introdujo un segundo párrafo en el art. 428 CP que consagró la eficacia del consentimiento en los casos más importantes. Su texto se modificó en 1989.

24
El CP 1995 ha vuelto a modificar esta materia admitiendo con carácter general que «el consentimiento válido, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido» conduce a la pena inferior en uno o dos grados a la en su caso señalada (art. 155). El art. 156 mantiene sustancialmente el mismo contenido del párrafo segundo del anterior art. 428. Sigue admitiendo la eficacia eximente del consentimiento en los mismos casos:

25
«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido vejadamente, o mediante precio o recompensa, o el portante sea menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz».

16. Así Suárez Montes, *Lesiones consentidas* en el Proyecto, pp. 8 ss.; Muñoz Conde, PE, 10ª ed., 1995, pp. 110-111; Romeo Casbona, *El médico* (p. 89 ss.); Ferrer Sams, *Comentarios*, IV, pp. 334 ss.

17. Así Rodríguez Doreas, PE (1983), p. 148 (que alige considerándolo imune toda lesión consentida, incluso después de la Reforma de 1981, por entender que puede verse como cooperación en una autolesión, que es atípica); Quiñero/Olinari, *Tratado*, I, 1 (1972), p. 792; Olinari, en Quiñero/Olinari, *op. cit.*, pp. 794 ss. Personalmente me manifesté a favor de la inpunibilidad de las lesiones no sólo aceptadas, sino solicitadas por la víctima, supuesto paralelo al del auxilio ejecutivo del llamado homicidio-solicitud (homicidio solicitado por el suicida) previsto ahora en el art. 143; siendo la autonomía de la vida física y no estando un proceso como el art. 143 que castiga el auxilio a la misma, ésta podría considerarse también atípica. Cfr. Mir Puig, *Adiciones*, p. 533. No hay que descartar que una interpretación como esta pueda seguir siendo aplicable.

18. Vid. García Arán, *Homosje a Pérez-Villoria*, pp. 231 ss.

español, ello puede fundarse en la consideración de tales acciones como manifestación del «libre desarrollo de la personalidad» que tutela la Constitución. Téngase en cuenta que respetar la voluntad del que consistente en el riesgo no es respetar la voluntad de ser matado —cosa que rechaza el Derecho vigente—, sino la de vivir peligrosamente, y que no son raros los ejemplos de la vida actual ofrece de deportes u otras actividades socialmente aceptadas que implican someterse a peligros para la vida.²¹

30 Debe distinguirse el caso del que consistente en que otro le ponga en peligro de muerte, del supuesto de quien se pone a sí mismo en peligro de forma desulada y solicita u obtiene el auxilio de otros. En este caso debe admitirse la *impunidad de los cooperadores* porque el supuesto es estructuralmente coincidente con el auxilio al suicidio previsto en el art. 143 CP y, sin embargo, no se halla previsto por la ley. Se trata de una conducta de participación en un hecho imprudente, que —si se admite, como hace la doctrina española— no puede castigarse si la ley no considera típico el hecho principal (accidentalidad de la participación). Pues bien, es evidente que es lícito el hecho principal de ponerse a uno mismo en peligro, como lo es el propio suicidio. Lo mismo vale para la inducción a otro a ponerse en peligro de morir.²²

IV. Requisitos

31 El consentimiento no requiere reunir los requisitos necesarios para una declaración negocial del Derecho civil, puesto que constituye una *institución del propio del Derecho penal*. No importan aquí los principios de protección del menor de edad o del tráfico jurídico, sino sólo si el consentimiento excluye el merecimiento de pena del hecho consentido.²³ De este punto de partida arranca la teoría jurídico-penal de los requisitos del consentimiento.

32 a) No es preciso que el sujeto que consistente disponga de la *capacidad jurídico-civil* para negociar válidamente, sino que basta en principio la *capacidad natural de discernimiento* que le permita advertir el significado y

por parte de la víctima que otro le ponga en peligro: requiere que la aceptación del peligro equivaque plenamente a una autoposición en peligro (al, sin duda, cuando el acompañante induce al conductor a infringir la norma de cuidado). Weber, Baumann-Festschrift, pp. 47 ss., admite la eficacia del consentimiento en el riesgo cuando no se ilícito y no se opona a las buenas costumbres (en base a la cláusula del § 226 a StGB que exceptúa de la impunidad de las lesiones consentidas las que se opongan a las buenas costumbres).

22. Cfr. Mir Puig, ADPCF 1991, p. 267. Admite este punto de partida y desarrolla el principio de imputación preferente a la víctima de los hechos que le ponen en peligro y que co-organizan con otras personas. Conducta de la víctima, pp. 276 ss.

23. Otros argumentos en favor de esta conclusión Luzán Peña, Notas a Roxin, Problemas, pp. 189 s. En Alemania la jurisprudencia (BGHSt, 32, 262) y la doctrina, según también a la solución de la impunidad del partícipe, pero por la vía de inquirir únicamente si hecho al que a consecuencia se pone a sí mismo en peligro (criticados de la «autoresponsabilidad» [Eigenverantwortlichkeit] y del fin de protección de la norma); cfr. Weber, Spandl-Festschrift, pp. 374 ss., qui, sin embargo, no admite esta solución cuando la actuación peligrosa está prohibida.

24. Auf Jauch, Tratado, p. 520, y Jorge Barreiro, CFC 1982, p. 22.

consecuencias esenciales de su consentimiento.²⁵ Sin embargo, en algunos delitos se señalan límites de edad más elevados. Por ejemplo, el CP considera abuso sexual no consentido el que se ejecute sobre una persona menor de 13 años, siendo ineficaz su consentimiento aunque tenga discernimiento natural. Los arts. 155 y 156 no confieren validez al consentimiento de un menor de edad o incapaz.

b) Se discute si es preciso o no que el consentimiento se manifieste *externamente*. Anteriormente se contraponían la teoría de la declaración de voluntad, que exigía la manifestación externa como en un negocio jurídico, y la teoría de la dirección de voluntad, que se contentaba con la conformidad interna del afectado. En la actualidad se ha impuesto una dirección intermedia, que exige (sólo) que el consentimiento sea *reconocible* externamente, por cualquier medio, aunque no sea de los previstos por el Derecho civil.²⁶ Ello no es óbice a que en algún caso la ley pueda requerir que el consentimiento se *manifieste expresamente*, como hacen los arts. 155 y 156, en las lesiones, y el art. 417 bis del anterior CP (aún vigente), en las indicaciones del aborto. En cualquier caso, el consentimiento no puede producirse con posterioridad (sin perjuicio de la posibilidad del «consentimiento presunto»: *infra*, V).

c) ¿Es necesario que el autor conozca el consentimiento? No es preciso que el autor tenga conocimiento del «acuerdo» —si éste es *reconocible* externamente, según lo dicho—, para que quede desplazado el tipo de delito de que se trate. Sin embargo, quien actúa desconociendo el consentimiento no quedará impune, sino que será punible por tentativa inidónea. Aunque la efectiva existencia del consentimiento hace desaparecer el tipo consumado, el autor que lo desconoce intenta, si quiera sea de forma inidónea, realizarlo.²⁷

25. Auf Jorge Barreiro, CFC 1982, p. 23, quien alaba la reforma de 13 mayo 1981 del Código civil, que ha dado lugar a que el nuevo art. 162.1º CC exceptúe de la representación legal que se concederá a los padres respecto de sus hijos emancipados «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». A ello hay que añadir que la Ley Orgánica de 3 de mayo 82 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dispone en su art. 3. 1, que «el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil». Sin embargo, en materia de tratamiento quirúrgico la reforma de 1983 ha venido a exigir la mayoría de edad del que consenta.

26. Cfr. por todos Jauch, Tratado, p. 521. En España, se decantan a favor de la teoría de la dirección de voluntad Cobos/Vives, PG, 5ª ed., pp. 499 s., pero exigen también una manifestación objetiva del consentimiento.

27. Auf la op. cit. de Roxin, en Akmenia, cfr. Manuvel/Zif, AT, § 117/63 s.; Roxin, AT, § 13/46 (aunque para Zif y Roxin esta solución vale para toda conformidad de la víctima, porque en todo caso la conformidad excluye de la tipicidad).

35

Ejemplo: Quien toma una cosa mueble sin saber que su dueño la ha abandonado no realiza el delito de hurto, porque existe consentimiento, pero es punible por tentativa inl. dónes de hurto.

36

En cuanto al «consentimiento» justificante, su desconocimiento plantea la problemática general de *falta del elemento subjetivo de justificación*. Según la opinión mantenida en esta obra, habrá que aplicar una *eximente incompleta* (cfr. *supra*, Lec. 16, I 4 B).

37

d) No es aplicable la teoría jurídico-civil de los vicios de la voluntad. La coacción excluye siempre la eficacia del consentimiento, pero el error y el engaño sólo lo hacen cuando afectan a la *cantidad y calidad* de la injerencia consentida. No hace ineficaz el consentimiento el error en los motivos, el error sobre la identidad de la persona a la que se consiente intervenir, cuando no tiene trascendencia suficiente, ni el error en la declaración.²⁸ Existe error en los motivos cuando afecta sólo a la razón o motivo por el cual se consiente.

38

Ejemplo: La vecina consigue, alegando un pretexto falso, que se le permita la entrada en una casa, y puede así curiosear los muebles; hay consentimiento eficaz aunque el motivo por el que se prestó fuera falso.²⁹ El error sobre la identidad de la persona del autor no tiene trascendencia suficiente, por ejemplo, cuando no varía la *justificación* de su intervención. Así, cuando se yerra sobre la persona que debe practicar una intervención quirúrgica si no se halla menos cualificada. Por último, concurre error en la declaración cuando la *declaración* del consentimiento se aparta de la *auténtica voluntad* del sujeto. Este error no puede perjudicar a quien actúa confiando en la declaración efectuada.

39

Puede suceder, por otra parte, que la ley penal alga atribuyendo eficacia al consentimiento aunque concorra cualquier clase de engaño o error. Es lo que ocurre en las agresiones sexuales. El consentimiento de la víctima excluye la concurrencia de estos delitos aunque se deba a error o engaño. Si existe engaño podrá concurrir únicamente un delito de abuso sexual (art. 183). Pero ni siquiera concurrirá éste otro delito, aunque el consentimiento de la víctima se base en un error, si éste no se debe a engaño por parte del autor, pues sólo dicho engaño da lugar al delito.

28. Cfr. Fechech, *Tratado*, p. 322.

29. Cfr. un ejemplo parecido en Kern/Schmid/Haller, *Strafrechtliche*, I, 1975, pp. 13 s. Distinto sería el caso del médico que consigue el consentimiento para operar *siempre* una *rápida* necesidad de hacerle; aquí el motivo de la necesidad es fundamental, porque la operación necesaria puede dilaminar un riesgo existencial, lo cual ha de tenerse en cuenta para ponderar la importancia de la intervención. Ello concuerda con el lema del deber de información del médico; cfr. sobre el mismo Jorge Barreiro, CPC 1982, pp. 25 s.

V. El consentimiento presunto

En ocasiones el titular de un bien jurídico determinado no puede manifestar su consentimiento, pero resulta seguro que lo prestaría si pudiera. Ello puede suceder cuando el titular se halla *ausente o inconsciente*. Si en tal caso otra persona interviene en sus derechos en la seguridad de que el titular lo consentiría si pudiera, obra amparado por el llamado consentimiento presunto.³⁰

41

Ejemplo: El médico puede practicar una operación que requiere el consentimiento del paciente, aunque éste no pueda prestarlo por hallarse inconsciente, si es seguro que lo consentiría si estuviera consciente. Al ver un escape de agua en un piso vecino durante una larga ausencia de su morador, el vecino entra forzando la cerradura para reparar la avería.

42

Cuando la intervención resulte necesaria para salvar un bien no disponible por su titular, como la vida, no hará falta acudir a la figura del consentimiento presunto, sino que bastará que el hecho resulte amparado por estado de necesidad (*auxilio necesario*).³¹ En cambio, si el bien en peligro es disponible por su titular, sólo es lícito intervenir si concurre consentimiento presunto, pues podría suceder que el titular prefiriese asumir la lesión del bien en peligro antes que la intervención lesiva necesaria para evitar aquélla.

43

Ejemplo: El médico puede intervenir quirúrgicamente a quien se halle inconsciente si ello constituye la única forma de salvar su vida, aunque pudiera haber dudas de si el paciente consentiría (*auxilio necesario*). En cambio, en el ejemplo antes propuesto el vecino no puede entrar en la vivienda inundada si sabe que el morador no lo consentiría ni siquiera en ese caso. La situación sería distinta si el agua amenazara con dañar otras viviendas.

44

Lo decisivo para la eficacia exigente del consentimiento presunto es la probabilidad *ex ante* de que el titular consentiría. No dejará de eximir aun- que luego (*ex post*) resulte que, contra todo pronóstico, el titular no aprueba la intervención. Concurriendo la suficiente probabilidad *ex ante* conocida por el autor, los delitos en que puede eximir, así como los requisitos que exige, son *servata distantia* los mismos que para el consentimiento efectivamente formulado.

30. Cfr. Ratin, *Wetzal-Fest.*, pp. 447 ss.

31. Considera preferible la solución del estado de necesidad a la del consentimiento presunto en el tratamiento médico-quirúrgico, Romeo Caebron, *El médico*, pp. 356 s. En esta línea, aunque sin descartar la posibilidad del consentimiento presunto, Jorge Barreiro, CPC 1982, pp. 21 s.

B. LA ADECUACIÓN SOCIAL³²

45 1. La vida social conoce un buen número de *actividades peligrosas o lúscas lesivas que por su utilidad social se consideran perfectamente lícitas*: los transportes terrestres, marítimos y aéreos, el tráfico automovilista, ciertas empresas peligrosas como las explotaciones mineras y muchas otras, la investigación espacial, los deportes, etc. Desde Weizel se habla en estos casos de conductas socialmente adecuadas. Tras ciertas vacilaciones en cuanto a la naturaleza de la adecuación social como causa de *justificación* o de exclusión de la propia tipicidad, la doctrina dominante en Alemania se inclina por la segunda solución. Se entiende que la adecuación social constituye un *criterio de interpretación* que obliga a restringir el alcance literal de los tipos de la Parte Especial, excluyendo de los mismos aquellos comportamientos que resultan socialmente adecuados. Ello se funda en el principio de que no puede ser voluntad de la ley, al delimitar las conductas *penalmente relevantes* —función propia de los tipos (penales)—, el incluir actividades socialmente adecuadas.³³

46 La adecuación social determinaría, por esta vía, la impunidad de hechos que de otro modo aparecerían como imprudentes, o incluso dolosos. El supuesto más importante en la práctica es el primero. Las conductas socialmente adecuadas se suelen permitir porque, siendo útiles, no son directamente lesivas, sino sólo peligrosas. Quien respeta el margen de riesgo permitido no ha de incurrir en responsabilidad penal aunque cause un resultado que, tratándose de otra clase de actividad peligrosa no adecuada socialmente, sería imputable a imprudencia. Pero a veces se permiten socialmente conductas que implican en sí mismas lesiones dolosas: es el caso del boxeo, que entraña malos tratos de obra. Por otra parte, una actividad peligrosa socialmente adecuada no dejará de estar permitida por el hecho de que un determinado sujeto la emprenda con el deseo de que se produzca una lesión. En este sentido suele mencionarse el caso del sobriño que hace subir repetidamente a su tío rico en baratos vuelos chárter con el propósito de que sufra un accidente y le deje su herencia.³⁴

47 2. En la doctrina española actual algunos autores han rechazado la teoría de la adecuación social por distintas consideraciones. Así, se considera «inadmisible en nuestro Derecho» por entender que todos los casos para los que se piensa la teoría deben forzosamente incluirse, cuando merezcan ser tomados en consideración, en la causa de justificación del art. 20, 7º CP, como ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber.³⁵ Si efectivamente el art. 20, 7º CP

32. Vid. Hirsch, ZStW 74 (1962), pp. 78 s.; Peters, Weizel-Fest., pp. 420 ss.; Roßin, Klug-Fest., pp. 303 ss.

33. Cfr. Weizel, *ib. pp.* 55 ss.; Jeschek, *Tratado*, pp. 341 s.; MünchKZPrf., AT, § 17 II 21.

34. Cfr. Weizel, *ib. p.* 36.

35. Así Rodríguez Domínguez, *PG*, p. 483, y Sáiz Cantero, *Locales*, p. 358.

bastase para la correcta solución de los casos que intenta resolver la teoría de la adecuación social, ésta perdería su sentido. Más no siempre que se realiza una conducta «socialmente adecuada» que en absoluto determina reprobación social (aparte quedan los comportamientos meramente *tolerados*) puede afirmarse el ejercicio de un derecho, ni menos el cumplimiento de un deber. Ya resulta forzoso afirmar la presencia de un «derecho» en los casos en que el sujeto no se halla en situación jurídica concreta alguna que le otorgue un específico derecho subjetivo, e identificar, así, el «ejercicio de un derecho» con la «actuación lícita o no prohibida». Pero, sobre todo, no siempre puede decirse que la conducta adecuada socialmente se halle permitida por el Derecho, lo que en particular sucederá siempre que falte a la conducta algún requisito de licitud concomitante y tal falta no aumente su normal peligrosidad. Éste será el caso de la conducción de vehículos perfectamente ajustada al riesgo permitido en el tráfico por quien carece de permiso de conducción pero sabe conducir correctamente. Concurrirá aquí la responsabilidad inherente a la ilicitud concomitante, pero sería absurdo añadir la responsabilidad penal por el resultado causado.³⁶

48 Por lo tanto, tampoco en nuestro Derecho puede obviarse la necesidad de acudir a la adecuación social como criterio propio.³⁷ Por supuesto que la fundamentación de su operatividad en Derecho penal ha de ser *jurídica*,³⁸ pero es plenamente jurídica la fundamentación siguiente: el intérprete debe partir de que la *voluntad de la ley* deja tácitamente fuera del tipo legal las conductas perfectamente adecuadas a la vida social. Esto es un punto de partida que debe adoptarse para un Derecho penal *democrático*, que evite en lo posible la contradicción entre las valoraciones jurídicas y las de la sociedad.

3. Naturaleza dogmática

49 Es discutible si la adecuación social debe excluir el propio tipo o constituir una causa de justificación. La cuestión depende, evidentemente, del concepto de tipo que se maneje y de su distinción respecto de las causas de justificación.

36. Por ello, tampoco podía sustituir a la teoría de la adecuación social la regulación del anterior art. 8.º CP (ley suprimida), según la interpretación que del mismo propuso Rodríguez Muñoz, *Notas* II p. 39, como relativo al riesgo lícito, pues como se ve no siempre concurre la licitud requerida, por aquel precepto, aparte de que el mismo sólo alcanzaría a los hechos no intencionados.

37. Cautela la necesidad de la adecuación social como criterio independiente de exclusión de la tipicidad Roßin, Klug-Fest., pp. 203 ss. Tiene razón al advertir que la moderna teoría de la imputación objetiva contempla ya, como uno de los presupuestos de la imputación típica, la creación de un riesgo que no resulta socialmente adecuado (cf. supra, Loc. 10), pero ello no obsta en absoluto a que, la adecuación social constituya uno de los criterios que condicionan la tipicidad, sino que ésta sólo al lugar sistemático en que debe situarse dicho criterio: la teoría general de la imputación objetiva.

38. Rodríguez Marullo, *PG* I pp. 265 s., objeta a la teoría de la adecuación social que no es la «socialidad», sino la adecuación a Derecho y las valoraciones jurídicas lo que importa para decidir la tipicidad.

