

El estado de necesidad como aspecto negativo de la violación del deber jurídico penal

María Cruz Caifiactio Brindis*

Sumario: Introducción. / 1. Teoría tradicional. / 2. Marco teórico: teoría del modelo lógico. / 3. Concepto. / 4. Elementos del estado de necesidad. / 5. Casos específicos de estado de necesidad como causa de licitud en el Código Penal mexicano. / 6. Jurisprudencia.

Introducción

Se aborda la problemática que plantea el estado de necesidad en que se sacrifica un bien jurídico de menor valor que el que se salva. A partir de su ubicación en la *Teoría del modelo lógico*, se tratan cuestiones fundamentales, que van desde una referencia a la teoría tradicional, conceptualizaciones y un desglose a partir de la base legal que el artículo 15 fracción V del Código Penal en México proporciona.

1. Teoría tradicional

El estado de necesidad como causa de licitud se ubica en la estructura del delito, concretamente en uno de sus elementos: la antijuridicidad.

El delito se define como la acción típica, antijurídica y culpable. Tanto la corriente causa lista como la finalista así lo han conceptualizado. Sus diferencias esenciales estriban en el concepto de acción. Del movimiento corporal ciego, mecánico del casualismo, se pasa al ejercicio de la acción final en el finalismo, es decir el movimiento corporal regido por la voluntad.

La acción por estar descrita en el tipo -con independencia de su connotación teórica- es contraria siempre a derecho, contraria a una prohibición penal, contraria a la norma jurídica. Es antijurídica.

Para Jescheck la esencia de la antijuridicidad ha de verse en la violación por parte de un comportamiento del deber de actuar o de omitir que establece una norma jurídica.¹ Es de observar que para designar la antijuridicidad se emplea también el término de *injusto*: sin embargo, antijuridicidad es la contradicción de la acción con una norma jurídica, en tanto que injusto es la propia acción valorada antijurídicamente.²

La antijuridicidad guía al legislador en la creación de tipos penales y permite la graduación del injusto según su gravedad y su expresión en la medición de la pena. El tipo aclara el bien jurídico que le da sentido a la norma penal y las modalidades de ataque que han de comprenderse, es decir, la materia prohibición se describe exhaustivamente por el tipo ya que el legislador ha de expresar la totalidad de elementos que integran el hecho y la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.³

Así, se han diseñado algunas formulaciones en torno al concepto de antijuridicidad. Para Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídica penal;⁴ Max Ernesto Mayer dice que la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocida por el Estado.⁵

* Profesora titular del Área de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Autónoma Metropolitana.

1. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*. traducción y adiciones de derecho español por S. MLR Puní y F. MUÑOZ CONDE, Vol. I. Bosch, Casa editorial. S.A.. Barcelona. 19X1. p. 315.

2. *Ibidem*.

3. VID CASTELLANOS, Fernando, *Lincamientos elementales de derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1984, p. 176.

4. *Ibidem*, p. 175.

5. *Ibidem*, p. 177.

El estado de necesidad como causa de licitud se ubica en la estructura del delito, concretamente en uno de sus elementos: la antijuridicidad

En este juicio que es la antijuridicidad los juristas perciben dos aspectos: formal y material. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.⁶

Para Cuello Calón hay un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica que es la antijuridicidad formal y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía que es la antijuridicidad material⁷. Es decir, la antijuridicidad, es un juicio unitario que al mismo tiempo en que entra en contradicción con el orden jurídico niega los valores sociales. En términos de Jiménez Huerta: "sin contrariedad formal con un mandato o prohibición del orden jurídico no puede formularse un juicio des valorativo sobre una conducta. Lo que contradice dicho orden ha de representar una substancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón de ser del orden jurídico"⁸

En Alemania, de acuerdo con Jescheck, en la expresión antijuridicidad formal se toma en consideración sólo la contradicción de la acción con el mandato de la norma. En tanto, en la antijuridicidad material se atiende al menoscabo que supone en el bien jurídico protegido por la norma correspondiente: en su lesión. Lesión no ha de entenderse en sentido naturalístico, como causación de un daño a un determinado objeto de la acción (por ejemplo como muerte de una persona o daños a una cosa) sino como contradicción del valor ideal que debe protegerse por la norma jurídica (lesión del bien jurídico).⁹ La lesión es un daño a la comunidad. En España es dominante la consideración de la antijuridicidad formal y material (Cuello Calón, Antón Oneca, Rodríguez Mourullo), y a decir de Mir Puig "existe amplio acuerdo en ver la esencia mate

rial de la antijuridicidad en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Un sector entiende dicho ataque a bienes jurídicos como comportamiento socialmente dañoso, mientras que otros autores destacan el carácter de valor ideal o ético social del bien jurídico".¹⁰

El ordenamiento jurídico no sólo consta de prohibiciones. La antijuridicidad resulta excluida ante ciertas conductas. Hay ocasiones que, prohibidas por una pena, sin embargo, se realizan porque el ordenamiento jurídico consta de autorizaciones que levantan la prohibición bajo ciertos presupuestos. Así es que no toda conducta humana es delictuosa, aun cuando se haya realizado una hipótesis típica.

El derecho se enfrenta a situaciones sociales conflictivas en que la ponderación de valores debe inclinarse por el mantenimiento del bien jurídico protegido ante otro valor también reconocido por el ordenamiento jurídico, y ello dentro de límites de necesidad y de proporcionalidad. Son situaciones que, frente a la norma prohibitiva, tienen un contenido valorativo propio.¹¹ Tales conductas resultan justificadas y no se sancionan en virtud de las denominadas causas de licitud: "la acción típica, pero justificada, no resulta merecedora de pena porque, pese a lesionar el bien jurídico protegido, no *errona*. injusto material alguno... la acción típica y en particular su resultado 110 pueden desaparecer sino que únicamente resultan aprobados jurídicamente.¹² A las causas de licitud también se les llama de justificación o eliminatorias de la antijuridicidad y constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad. Las causas de justificación a decir de Castellanos Tena, son objetivas porque se refieren al hecho y no al sujeto. Favorecen a cuantos intervienen, quienes resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica.

Las causas de licitud, al constituir el aspecto negativo de la antijuridicidad, excluyen la existencia del delito.

6. Vid. Franz VON LISZT, citado por CASTELLANOS, Fernando, *ob. cit.*, p. 178.
7. *Ibidem*.
8. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *La Antijuridicidad*, Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 31.
9. Vid. Jescheck., *OB. CIT.*, p. 316.

10. *Ibidem*, p. 328.
11. *Ibidem*, p. 340.
12. *Ibidem*, p. 442.

2. Marco teórico: teoría del modelo lógico

El estado de necesidad como causa de licitud, es un aspecto negativo del delito, específicamente de la *violación del deber jurídico penal típico*, que es un elemento del mismo.

El delito es un hecho y se sitúa en el mundo de la facilidad; aparece después del proceso legislativo, una vez que el legislador ha creado la norma que con toda precisión lo describe y sanciona. La norma jurídico penal y el delito dan lugar a dos niveles conceptuales: nivel normativo y nivel fáctico. Niveles, cuya correspondencia da lugar a la existencia del delito.

En el nivel normativo, la norma se integra de tipo y punibilidad. El tipo es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos.¹³ La punibilidad es conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.¹⁴

El tipo, al integrar una definición en abstracto de lo que es el delito, contiene una estructura propia (elementos), que a su vez es el fundamento del delito.

En virtud del principio de legalidad y para que exista el delito, debe darse una correspondencia entre elementos del tipo legal y los contenidos del delito, además de un específico grado de culpabilidad.

La correspondencia que se da entre tipo y delito es la *tipicidad* y, se insiste, es necesaria para configurar el delito.

La *tipicidad* es "la correspondencia unívoca, uno a uno, entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito; es decir, que para cada elemento del tipo tiene que haber una porción de contenido del delito que satisfaga la semántica de aquél y para cada porción de contenido del delito tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción."¹⁵

Además de esta correspondencia, para que se configure el delito se requiere un grado específico de culpabilidad, determinado por el conocimiento de la violación del deber jurídico penal.¹⁶

Lo expuesto se expresa en el siguiente cuadro. En él aparecen 22 elementos del tipo legal, distribuidos en 8 subconjuntos en adecuación con los contenidos del delito. Se aprecian dos niveles conceptuales: normativo (tipo) y fáctico (delito).

En el nivel fáctico, la culpabilidad aparece como elemento del delito.

Los contenidos del delito adquieren la connotación de "típico" o "típica", que se deriva del concepto de tipicidad que los ubica en un nivel conceptual diferente: *el delito*.

NIVEL NORMATIVO	TIPICIDAD NIVEL FÁCTICO
Tipo legal	Delito
DEBER JURÍDICO PENAL Deber Jurídico Penal	DEBER JURÍDICO PENAL TÍPICO Deber Jurídico Penal Típico
BIEN JURÍDICO Bien Jurídico	BIEN JURÍDICO TÍPICO Bien Jurídico Penal típico
SUJETO ACTIVO Voluntabilidad Imputabilidad Calidad de garante Calidad específica ■ Pluralidad específica	SUJETO ACTIVO TÍPICO Voluntabilidad típica Imputabilidad típica Calidad de garante típica Calidad específica típica Pluralidad específica típica
SUJETO PASIVO . Calidad específica Pluralidad específica	SUJETO PASIVO TÍPICO Calidad específica típica Pluralidad específica típica
OBJETO MATERIAL Objeto material	OBJETO MATERIAL TÍPICO Objeto material típico
KERNEL Voluntad dolosa Voluntad culposa	KERNEL TÍPICO Voluntad dolosa típica Voluntad culposa típica
Conducta Actividad Inactividad	Actividad típica Inactividad típica
Resultado material Medios	Resultado material típico Medios típicos
Modali- Referencias temporales dades Referencias espaciales Referencias de ocasión	Referencias temporales típicas Referencias espaciales típicas Referencias de ocasión típicas
LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO Lesión del bien jurídico Puesta en peligro del bien jurídico	LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO TÍPICAS Lesión del bien jurídico típica Puesta en peligro del bien jurídico típica
VIOLACIÓN DEL DEBER JURIDICO PENAL	Violación del deber jurídico penal típica C U L P A B I L I D A D

13. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*. Trillas, México, 1991, p. 27.

14. *Ibidem*, p. 24.

15. *Ibidem*, p. 57.

16. *Ibidem*.

Cuando no se satisface el requisito de la exacta adecuación al tipo legal, se estará frente a la hipótesis de atipicidad y, en consecuencia, en el caso concreto, no habrá delito. Esto puede suceder con cualquier elemento del tipo legal. En este análisis se centra la atención en la violación del deber jurídico penal.

La violación del deber jurídico penal es un elemento del tipo legal y un elemento del delito. A nivel tipo legal es oposición al deber jurídico de la conducta que, al lesionar o poner en peligro el bien tutelado en el tipo, no va a salvar bien jurídico alguno o es innecesario por existir otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.¹⁷ Cuando, en el caso concreto, la violación del deber jurídico penal que exige el legislador se presenta en la realidad, junto con los otros elementos del delito, entonces hay tipicidad y habrá delito. Cuando esto no ocurre, se estará frente a la hipótesis de atipicidad por ausencia de violación del deber jurídico penal y en consecuencia no habrá delito. Esta situación está dada por las causas de licitud y el estado de necesidad es una de estas causas.

Las causas de licitud constituyen estos aspectos negativos y su efecto está dado en la eliminación del delito.

TIPO LEGAL	TIPICIDAD	DELITO	ATIPICIDAD
Violación del deber jurídico penal		Violación del deber jurídico penal típico	Causas de licitud No hay delito

La iuspenalista, doctora Olga Islas, observa que "si los tipos son prohibiciones de conducta en función de la tutela de uno o más bienes jurídicos, entonces la realización de la conducta que lesiona o pone en peligro esos bienes jurídicos es violatoria del deber jurídico penal, excepto cuando esa misma conducta está ordenada o permitida por una norma jurídica diversa, ya sea penal o extrapenal.¹⁸ Consecuentemente, toda causa de justificación se sustenta en la *necesidad de salvar un bien jurídico* que se encuentra en peligro de ser lesionado y que el sujeto, al actuar, 110 tenga otra alternativa de actuación que dé margen a salvar los dos bienes en conflicto, o que sea menos lesiva.¹⁹

Es la necesidad de salvación de un bien jurídico lo que caracteriza a este aspecto negativo de la violación del deber jurídico penal. Estado de necesidad en que se sacrifica un bien jurídico de menor valor que el que se salva.

3. Concepto

La situación de peligro frente a la lesión de bienes jurídicos permite realizar una actividad salvadora que la impida. No se está ante una agresión contraria a derecho. Por ejemplo, el sujeto que lanza al mar una pesada carga porque de otra manera se hundiría su barco, no actúa frente a una agresión, actúa salvando un bien. Ante tal situación, el estado de necesidad surge como justificación cuando el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar.²⁰ Se sacrifica un bien jurídico de menor valor que el que se salva.

Las definiciones en torno a esta permisión para salvar bienes jurídicos coinciden con la idea de salvación. Una de ellas es la que otorga el iuspenalista alemán Jescheck: "estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de los intereses legítimos de otra persona".²²

Para Castellanos Tena, el concepto indica que rige siempre el interés preponderante "ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el Estado opta por la salvación de uno de ellos; nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, porque sólo entonces el atacante obra con derecho jurídicamente".²²

En México, el artículo 15, fracción V del código penal, conceptúa el estado de necesidad como:

Art. 15 CPDF, frac. V: "Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro, real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

4. Elementos del estado de necesidad

4.1 Bien jurídico propio o ajeno

La situación de estado de necesidad se orienta a la vida, la integridad física, el honor, el patrimonio u otro bien jurídico que sólo pueda ser conjurado mediante una acción típica.²³ Jescheck afirma: "El estado de necesidad puede referirse, pues, a todo bien

24. *Ibidem*. p. 53.

25. *Ibidem*. p. 65.

26. *Ibidem*. pp. 65. 66.

20. MIR PuiG, Santiago, *Derecho penal*. Parte general, 3ª. Edición. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990. p 478.

21. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 483.

22. CASTELIANOS, Femando, *ob. cit.*, p. 176.

23. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 492.

jurídico, incluso a los de la comunidad, por ejemplo, suministro de comestible, seguridad del tráfico, interés en la existencia del Estado".²⁴

La doctrina considera que se da la figura del "auxilio necesario" 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. Ejemplo: como último recurso, el médico toma un vehículo ajeno para trasladar con urgencia al hospital a un herido muy grave.²⁵ Lo que demuestra la afirmación de la salvación de un "bien jurídico propio o ajeno".

4.2 Situación de peligro

Para Olga Islas *peligro* es la "probabilidad de que un bien jurídico sea lesionado".²⁶ Según el texto citado ha de ser real, actual o inminente. Para Castellanos Tena es la "posibilidad de sufrir un mal".²⁷

Tal probabilidad de lesión debe ser real, actual o inminente.

Real significa que la probabilidad como tal existe, no es imaginaria. Si son suposiciones no se justifica la conducta.

Actual significa que existe en el momento en que se actúa por la necesidad de salvaguardar el bien jurídico.²⁸ Jescheck afirma: "el peligro es actual cuando una consideración objetiva *ex-ante* muestra que la producción de un daño con carácter inmediato o en un momento posterior (peligro continuado), es hasta tal punto probable, que es racionalmente preciso adoptar en seguida las medidas necesarias^ para la protección del bien jurídico amenazado²⁹. La medida necesaria es que uno de los bienes aparezca, de antemano, como medio de salvación disponible para el otro. Frente a ello debe considerarse la importancia de los bienes afectados, la idoneidad de la acción que se realiza en estado de necesidad, la insustituibilidad del daño producido. Por ejemplo, Jescheck menciona que en el incendio de un bazar, los bomberos pueden emplear sus equipos de extinción aunque exista el peligro de que los curiosos se mojen y posiblemente se enfríen.³⁰ El Legislador califica el peligro como *actual o inminente*, cuando en realidad inminente significa lo

El estado de necesidad como causa de licitud, es un aspecto negativo del delito, específicamente de la violación del deber jurídico penal típico, que es un elemento del mismo.

muy próximo, lo cercano y el peligro si ya es actual -ya existe- no puede ser próximo. Lo inminente -lo próximo-es la lesión del bien jurídico que pretende impedirse con una acción salvadora.

Otro requisito para que se configure el peligro es: "*no ocasionado dolosamente por el agente*". El peligro para que sea relevante no debe haber sido ocasionado dolosamente por el sujeto que actúa en estado de necesidad. Si hubo dolo, no se justifica la conducta. Si hubo culpa, sí se admite la justificación.

La doctrina sostiene que la conducta imprudente podrá realizarla el autor impulsado por un estado de necesidad y para evitar un mal propio o ajeno. Cabe que el estado de necesidad cubra la acción imprudente (por ejemplo, conducir demasiado rápido), y si esta acción está permitida por el estado de necesidad, el resultado de dicha acción lícita tampoco podrá castigarse.³¹

De acuerdo con la fracción V del artículo 15 CPDF, sólo se justifica un peligro que no haya sido ocasionado dolosamente. Consecuentemente, sí configura el estado de necesidad un peligro culposamente provocado.

La doctrina sostiene que la justificación de una conducta se da aun en aquellos casos en que el sujeto ha provocado el peligro, pero desaparece cuando el peligro haya sido provocado con la finalidad de poder destruir una cosa con arreglo a derecho. El autor que, dolosamente causa un peligro,- tiene el dominio del curso de la acción: "El autor al desencadenar un peligro en una cosa, domina ampliamente el curso causal".³²

24. *Ibidem*.

25. MIR PUIG, Santiago, *ob. cit.*, p. 494.

26. Islas de González Mariscal, OLGA, *OB. CIT.*, p. 67.

27. CASTELLANOS, Fernando, *ob. cit.*, p. 206.

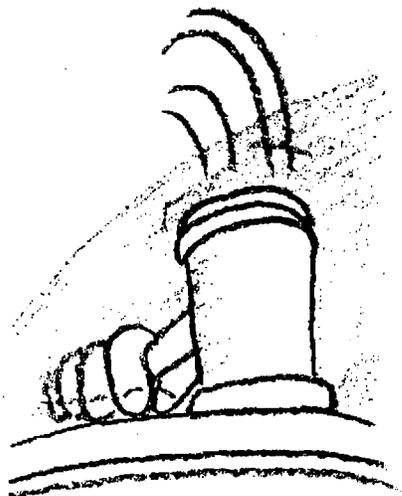
28. Islas de González Mariscal, OLGA, *OB. CIT.*, p. 206.

29. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 493. **10 "**

30. ' *Ibidem*, p. 494.

31. MIR PUIG, Santiago, *ob. cit.*, p. 500.

32. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 487.



Tal situación no queda amparada por la causa de licitud, así lo afirma Jescheck: "la acción tomada en su conjunto, desde un principio no constituye más que una causación de daños dolosa y antijurídica".³³

Finalmente, en cuanto al peligro, el legislador exige: "y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo". En tomo a ello se afirma que la naturaleza de algunas actividades implica un especial deber de tolerar riesgos. El bombero enfrenta el fuego y tareas de salvamento; el capitán del barco antepone la salvación de los pasajeros: el policía debe soportar el riesgo que implica la resistencia en una detención. Por ello, estas personas no pueden invocar el estado de necesidad ya que, por razón de su posición, están obligadas a correr determinados peligros, como protección del derecho de autodeterminación del afectado;³⁴ deben asumir riesgos para la vida y la integridad física y no pueden ampararse en el estado de necesidad cuando incumplen sus deberes.

4.3. Elemento interno

Es el ánimo de salvación de bienes jurídicos.

Si en el caso concreto falta la voluntad dirigida a salvar un bien jurídico, la doctrina se ha encargado de afirmar que debe castigarse por tentativa o por un delito consumado con una atenuación facultativa de la pena. Así, el médico que practica un aborto

sin saber que se dan en la embarazada, los presupuestos objetivos de una indicación médica que justifica la interrupción del embarazo debe ser castigado únicamente por aborto intentado.³⁵

4.4 Elemento externo

Se configura con la actividad típica racionalmente necesaria para salvar el bien jurídico.

En la actividad necesaria para salvar bienes jurídicos debe estar presente la racionalidad regida por un criterio de proporcionalidad: un bien jurídico de menor valor cuyo sacrificio permite la conservación de un bien de mayor valía.

La doctrina tradicional ha analizado esta cuestión a la luz de algunas teorías, como por ejemplo, *la teoría de la diferenciación*, la que, partiendo de la situación de la coacción psicológica en que actúa el sujeto y de la acción que salva el interés más importante, explica que la exención de la responsabilidad penal se fundamenta en la salvación del interés objetivamente más importante: "son los casos en que se lesiona un interés esencialmente inferior al que se salva".³⁶

Fue Goldschmidt -afirma Jescheck- el primero en alumbrar una nueva comprensión del estado de necesidad a través de esta teoría, cuya esencia -como se observa- está en la contraposición de estado de necesidad justificante y exculpante. Al hacer esta diferenciación el análisis se orienta hacia el derecho civil, concretamente en la defensa de cosas. También, en esta diferenciación surgen supuestos especiales como la indicación médica, eugenésica, ética y de necesidad previstas para la interrupción del embarazo.³⁷

Otra teoría es la *teoría de la adecuación* (adäquats-theorie). Esta teoría se basa en Kant, que consideró la acción realizada en estado de necesidad como "impunibilis", ya que cuando concurre una coacción irresistible no puede determinarse al autor a actuar conforme a derecho.³⁸ El criterio es que, por razones de equidad, el hecho no puede ser castigado: "se llegó a sostener que, en estado de necesidad, el ordenamiento jurídico retira, en cierto modo, sus mandatos y prohibiciones, dejando la decisión a la conciencia del individuo".³⁹

El valor de los bienes jurídicos es la esencia del estado de necesidad justificante (causa de justifica-

33. VID. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 487.

34. *Ibidem*, p. 496.

35. *Ibidem*, p. 449.

36. *Para el estudio de estas teorías véase MIR PUJ, Santiago, ob. cit.*, p. 483.

37. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 484.

38. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 483.

39. *Ibidem*.

ción), que se distingue claramente del estado de necesidad como causa de inculpabilidad en el que peligran bienes de igual valor. En relación a este último, Mir Puig afirma: "como no se salva un interés esencialmente superior, no cabe justificación sino sólo exclusión de la culpabilidad: se habla aquí de un estado de necesidad exculpante".⁴⁰

En España, el artículo 8,7o. del Código Penal abarca estas dos hipótesis: la de justificación y la de exclusión de culpabilidad. Esta conceptualización, al parecer de la doctrina, debe limitarse sólo al estado de necesidad justificante. Más aún, a decir de Mir, el estado de necesidad ex culpante debe entenderse comprendido por la eximente de miedo insuperable.⁴¹

Como se ve, la estricta proporcionalidad es el límite característico del estado de necesidad. Cuando el código habla de un bien de menor valor que el salvaguardado, se refiere a este criterio. La doctrina profundiza en tal concepto. Así, para Mir Puig, 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. Indica que el mal causado al lesionar un bien jurídico penalmente protegido, supone no sólo un menoscabo sino además una perturbación del orden jurídico y, siendo individual el bien, una ingerencia anormal en la esfera del lesionado. Deduce que el "mal" causado por la acción realizada en estado de necesidad necesariamente deberá ser mayor que la lesión del bien típico que supone.⁴²

Jescheck presenta ejemplos de proporcionalidad: dar muerte a un perro rabioso para evitar su ataque; el médico sobrepasa con su automóvil el límite de velocidad establecido para llegar cuanto antes hasta un herido grave; el empleado es obligado mediante un arma a ayudar al atracador en el robo del botín.⁴³

Estas teorías poseen importantes consecuencias y una de ellas, derivada del criterio de proporcionalidad, es la defensa de cosas, propia del derecho civil y que trasciende al ámbito penal por el valor de los bienes que entran en juego. Un ejemplo lo constituye el parágrafo 228 del código civil alemán, que menciona que es lícito dañar o destruir una cosa ajena para conjurar un peligro que dicha cosa en

cierra, si el daño o la destrucción son necesarias para ello y, los daños producidos no resultan desproporcionados con el peligro conjurado. Tal precepto se aplica en ataques de animales, aunque hay que intentar primero ahuyentar al perro mediante gritos o golpes, antes de acudir a un arma de fuego. Jescheck llama la atención en que: "el daño causado por la defensa de cosas no puede resultar desproporcionado al daño a que se refiere el peligro derivado de la cosa... basta con que el daño sea especialmente grande para que no resulte compensado por la voluntad defensiva jurídicamente aprobada".⁴⁴

También el parágrafo 904 del código civil alemán, establece que "son lícitas las intromisiones en el patrimonio ajeno (cosas, muebles o predios) que resultan necesarias para conjurar un peligro actual si el daño que amenaza resulta desproporcionadamente mayor que el daño producido por la ingerencia". Como ocurre ante la necesidad de llevar a un enfermo grave a la unidad de cuidados intensivos y, al no encontrarse un taxi, se utiliza un automóvil estacionado. Dependiendo de si podía esperarse o no la llegada de un taxi, o, de si era necesario para salvar el bien amenazado. Lo necesario ha de referirse a una intervención eficaz y lo menos lesiva posible. No cabría este concepto de necesidad en el ejemplo de Welzel. una señora que lleva un costoso abrigo de pieles, al ver que empieza a llover, de modo súbito, arrebató el abrigo y el paraguas a una mujer para proteger su vestimenta.⁴⁵

Finalmente, la doctrina sostiene que el mal causado en estado de necesidad -que no debe ser más grave que el que trate de evitarse- tiene que ser penalmente típico a la fuerza, es decir que sólo será un "mal" relevante para el estado de necesidad, un mal penalmente típico, la lesión de un bien jurídico penalmente protegido.⁴⁷ Así, Mir Puig señala que la doctrina y la jurisprudencia sostienen 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. Hay que atender a una valoración más objetiva.⁴⁸

La idea de la justificación de la conducta se funda en dos valoraciones, una relativa al rango de los intereses y la otra referente a su sentido ético social,

40. MIR PUIG, Santiago, *ob. cit.*, p. 484.

41. *ibidem*, p. 487.

42. *ibidem*, pp. 485 y ss.

43. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 483.

44. *Ibidem*, p. 486.

45. *ibidem*, p. 487.

46. WELZEL, Hans, citado por JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 489.

47. LUZON PEÑA, Legítima defensa, p. 530, citado por MLR Puig; Santiago, *ob. cit.*, p. 491.

48. MIR PUIG, Santiago, *ob. cit.*, p. 491.

es decir, en palabras de Jescheck: "que ha de desprenderse de los principios superiores de la comunidad que sea adecuado, digno de aprobación y permitido en interés de la justicia el superar una situación de necesidad mediante el menoscabo del interés en conflicto".⁴⁹

Sólo deben atenderse situaciones en las que se salven bienes de importante y prioritario valor para el normal desarrollo de la vida del sujeto.

4.4.1 Necesidad de lesionar un bien jurídico

Significa que no exista otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

Para que concurra un estado de necesidad es preciso que no haya un modo menos lesivo de evitar el mal que amenaza el único medio para evitar el mal, acompañado de la exigencia del principio de proporcionalidad de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

5 Casos específicos de estado de necesidad como causa de licitud en el código penal mexicano

5.1 Aborto terapéutico

El legislador mexicano en el artículo 334 del código penal, contempla un caso específico de estado de necesidad: el aborto terapéutico.

Artículo 334 CPDF: "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

En la interrupción del embarazo los bienes afectados, como la vida de la madre y la del producto, son de distinto valor. En ambos casos lo decisivo es que la vida y la salud de la madre, en atención a su *status* de persona completamente incorporada a la vida social, aparecen como merecedores de mayor protección que la vida del niño.⁵⁰

Realmente, al existir una fórmula de contenido general en la parte general del código penal, no es necesario incluir este caso específico, sin embargo, el legislador así lo contempló.

5.2 El robo de Famélico

Este es otro caso que se adecúa exactamente a la fórmula general del artículo 15 fracción V, del código penal, y que el legislador contempla en un apartado de la parte especial, en el artículo 379 CPDF:

Artículo 379 CPDF: "No se castigará al que, sin emplear engaño, ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento".

El criterio de *necesidad racional* para salvar un bien personal o familiar está presente: "el derecho del necesitado de lo ajeno, que puede ser de tanta importancia como la misma conservación de la vida".⁵¹ González de la Vega advierte que la justificación se limita a una sola vez, siendo así que el hambre o las necesidades apremiantes pueden repetirse. Afortunadamente, todos los casos caben en el artículo 15, fracción V, CPDF. La justificación no ampara aquellos casos en que se finge necesidad para justificar vagancia o mal vivencia habituales.⁵² Esto lo afirma porque caben las actuaciones de personas acomodadas que ejecutan el apoderamiento en los momentos precisos de experimentar la necesidad.

6. Jurisprudencia

González de la Vega, en su *Código Penal Comentado* nos presenta una tesis de jurisprudencia que encierra la idea de necesidad y refleja una situación económica y una necesidad de salvar bienes jurídicos:

Tesis de jurisprudencia: "la responsabilidad de la quejosa se halla excluida en la especie de función de la justificante por estado de necesidad a que se contrae una parte de la fracción IV del artículo 15 del Código PENAL, si se demuestra en autos que la acusada es una persona de edad avanzada, de escasísimos recursos económicos, que su sostén es un hijo vicioso y que el efectuar el trueque de la marihuana no lo motivó ningún afán de lucro sino la urgencia de alimentos. Por otra parte, está evidenciado que, precisamente, a cambio de la yerba recibió pan duro y tortillas duras para atender a sus apremiantes necesidades alimenticias, por lo cual se impone la concesión del Amparo". Sexta Época, Segunda Parte: Vol. LUI, p. 27. A.D. 2793/61. (Anteriormente la causa de licitud citada se encontraba en la fracción IV del artículo 15 CPDF).⁵³

49. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 495.

50. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 494.

51. CASTELLANOS, Fernando, *ob. cit.*, p. 269.

52. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código Penal Comentado*, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 413.

53. *Ibidem*, p. 413.