

Acercas de la naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Derecho Penal español

HERMINIO RAMÓN PADILLA ALBA
Universidad de Córdoba

SUMARIO

- I. El estado de necesidad como causa de justificación y de exculpación.
 1. Antecedentes en la legislación penal española.
 2. Derecho comparado: legislación civil y penal alemana.
 3. El art. 20, 5.º del Código penal español: ponderación de males y no de bienes.
- II. El estado de necesidad como causa de justificación.
- III. Tesis que se mantiene

I. EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN Y DE EXCULPACIÓN

Tradicionalmente nuestra doctrina penal mayoritaria¹ vino sosteniendo que en el art. 8, 7.º del Código penal anterior² se contenía una causa de justificación y una causa de exculpación³, según que los bienes jurídicos en conflicto fuesen desiguales (estado de necesidad objetivo) o iguales (estado de necesidad subjetivo). Tal distinción supone aceptar la teoría de la diferenciación, que utiliza conjuntamente para fundamentar esta circunstancia eximente el criterio del conflicto psicológico en que actúa el sujeto, propio de la teoría de la adecuación, y el del principio del interés preponderante, perteneciente a la teoría de la colisión⁴.

¹ Vid., v. gr., la bibliografía citada por SAINZ CANTERO, J. A.: «Las causas de inculpabilidad en el Código penal español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año CXI, 2.º Época, T. XLVI, Madrid, 1963, pp. 60 y 61, nota 17; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem», en *Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1974, reproducido en castellano bajo el título «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 218, nota 1; SILVA SANCHEZ, J. M.: «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, pp. 663 y 664, nota 1; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general. II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 260, nota 60.

² Texto Refundido de Código penal publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que citaremos a partir de ahora con las siglas CP73.

³ La distinción que algunos autores alemanes realizan entre *Schuldaußschließungsgründe* (causas de exclusión de la culpabilidad, que comprenderían las causas de incapaci-

dad de culpabilidad o inimputabilidad) y *Entschuldigungsgründe* (causas de exculpación, disculpa o inculpabilidad, que englobarían las de inexigibilidad), a nuestro juicio no nos parece muy acertada, por lo que aquí será utilizada indiferentemente una (causas de exclusión de la culpabilidad) y otra (causas de exculpación o inculpabilidad) expresión.

⁴ Cf., por todos, MIR PUIG, S.: «Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7.º CP», en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, T. I, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 501 y 502. Aunque tanto una como otra teoría han sido atribuidas a KANT y HEGEL respectivamente, en realidad éstos no descubrieron nada nuevo, pues el supuesto del conflicto entre dos vidas humanas propuesto por el primero se encontraba ya en la filosofía griega (el tan citado caso de la «tabla de Carneades», en el que dos náufragos luchan para apoderarse de una tabla que sólo aguanta el peso de uno de ellos), y el del conflicto entre dos bienes desiguales —en concreto vida y propiedad— señalado

por el segundo procede del Derecho canónico clásico (el también citado caso del hurto famélico, que justifica el hurto o robo en verdadera situación de hambre).

⁵ Como v. gr. la *Lex de incendio, ruina, naufragio rate have expugnata*: (sic) «Se ha pegado fuego á un bosque que linda con nuestras heredades, á una casa que está cerca de nuestra casa. No tenemos medio de apagar el fuego, que se extiende, que amenaza invadir nuestra propiedad. El único recurso es talar los árboles del vecino, echar por tierra la casa intermedia. Lo hacemos. Dañamos sin duda á otros en sus bienes, y les causamos un mal, que en otra circunstancia constituiría por nuestra parte un delito. Aquí, sin embargo, no lo es, y no tenemos por ello culpabilidad alguna. Exámenos la ley, como nos había eximido la razón. La defensa de lo nuestro nos ha guiado: ó bien la defensa de lo del mayor número, la defensa de la sociedad, la defensa de los legítimos y respetables intereses»; (sic) «Vamos embarcados, por ejemplo. El buque lleva una carga superior á su resistencia actual, porque ha recibido averías en el curso de la navegación. No bastan las bombas para aligerarle y hacerle adelantar. El peligro es inminente, sin que haya otro modo de conjurarle que el disminuir de cualquier modo la carga. Pues bien: nosotros nos dirigimos á ésta, que es propiedad ajena, nos apoderamos de una parte, ó de todo lo que la forma, y lo lanzamos al mar. Hemos causado un mal á otros, pero no podemos evitarlo sin embargo, este artículo, de acuerdo con la razón, nos declara absolutamente y completamente irresponsables» (PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, T. I, 4.ª ed., Madrid, 1870, p. 162).

⁶ PACHECO simplemente decía que «La razón no puede encontrar justo que se cause un mal de gran tamaño para impedir otro que sea menor» (PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, T. I, cit., p. 163).

⁷ Sólo se corrige el término *ajena* y se utiliza el presente de indicativo del verbo tratar («Realidad del mal que se trata de evitar») en lugar del presente de subjuntivo.

⁸ *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, T. I, Burgos, 1870, pp. 238 y ss.

⁹ *Código penal reformado de 1870*, con variaciones introducidas por la Ley de 17 de julio de 1876, 4.ª ed., T. I, Madrid, 1890, pp. 166 y 167.

¹⁰ *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870*, V. II, Tratado de la Responsabilidad, Madrid, 1926, p. 545.

¹¹ Los casos de antropofagia en los naufragios son clásicos: *vid.*, v. gr., el caso del naufragio de la *Mignonne* (1884), en donde, para poder sobrevivir, se decide sacrificar la vida del individuo más debilitado, un joven de 17 o 18 años que fue acuchillado por el capitán (una exposición de este caso puede verse, v. gr., en ROLDÁN BARBERO, H.: «Estado de necesidad y colisión de intereses», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1983, pp. 499 y 500, nota 106); en las Partidas también se recoge un caso de antropofagia: *«quiero que se seyendo el padre cercado en algún castillo que touiesse de señor si fuesse tan cuytado de fambre que non ouiesse al que comer puede comer al fijo sin mal estança, ante que diese el castillo, sin mandato de su señores»* (Partida IV, Título XVII, Ley VIII).

1. Antecedentes en la legislación penal española

A esta teoría se ha llegado en nuestro Derecho tras una larga evolución. Históricamente el estado de necesidad aparece recogido por primera vez, aunque sin ser aludido expresamente, en el número séptimo del art. 8 del Código penal de 1848. Eximía dicho precepto de responsabilidad criminal al «que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad (sic) ajena, siempre que concurran las circunstancias siguientes: Primera. Realidad del mal que se trate de evitar. Segunda. Que sea mayor que el causado para evitarlo. Tercera. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.» Al comentar Pacheco dicho precepto, quien ponía como ejemplos —aun cuando no lo dijera expresamente— algunos de los casos más conocidos del Derecho Romano⁵, sólo se planteaba el estado de necesidad, con buena lógica dada la entonces vigente redacción legal, en relación a la propiedad y no a otros bienes jurídicos, por lo que en la interpretación del requisito de la mayor gravedad del mal que se evita no se hace ninguna mención a los bienes en colisión⁶.

La redacción del art. 8, 7.º del Código penal de 1848 se mantuvo tal cual en los preceptos homónimos de los Códigos penales de 1850 y 1870⁷. En relación a este último Código, tampoco algunos de nuestros comentaristas, como Groizard y Gómez De La Serna⁸ o Viada y Vilaseca⁹, se plantearon el problema de la colisión de bienes. Castjón¹⁰, por su parte, aunque no hablaba de la teoría de la diferenciación ni tampoco exactamente de las teorías de la adecuación y colisión, sí distinguía en el fundamento del estado de necesidad dos teorías, unas subjetivas, según que el necesitado obre compelido por una coacción moral, y otras objetivas, según que colisionen derechos iguales —ponía el ejemplo de dos naufragos antropófagos¹¹— o desiguales, en los que el derecho menor cede al mayor.

Pues bien, después de señalarse por

el citado comentarista que el estado de necesidad, según opinión común y precepto casi general en muchos códigos europeos, se extiende a la salvación de la persona (vida e integridad física) y los derechos (honor, bienes, etc.) contra toda clase de males provenientes de otra persona, animal e incluso cosa inanimada, entendiéndose que el agente no puede atacar la vida o los derechos de otro sino que se ha de limitar a la propiedad ajena¹². Junto a la limitación de la clase o tipo de derecho que se puede lesionar —éste había de ser forzosamente el derecho de propiedad—, se encuentra también la de la circunstancia segunda del art. 8. 7.º (que el mal «sea mayor que el causado para evitarlo»), que para Castejón significaba que el Código sólo admitía las colisiones de bienes desiguales¹³. Nuestro comentarista, por tanto, era perfectamente consciente del problema de la colisión de bienes, si bien entendía que el Código penal sólo admitía la de bienes desiguales en donde el lesionado debía ser forzosamente la propiedad (se lesiona la propiedad para salvar una vida, quedando fuera la colisión de bienes iguales: vida-vida, propiedad-propiedad, etc.).

La regulación del estado de necesidad en el siguiente Código penal español responde a las consideraciones expuestas. Así, el art. 60 del Código penal de 1928 determinó el ámbito del mal («Tampoco delinque el que para evitar un mal propio o ajeno en la salud, vida, honor, libertad o intereses, ...») y amplió el del daño («... ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad o derechos ajenos, ...»), dejando tal como estaban las circunstancias —ahora llamadas requisitos— exigibles para su apreciación («... si concurren los requisitos siguientes: 1.º, realidad del mal que se trata de evitar; 2.º, que sea mayor que el causado para evitarlo; y 3.º, que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo»). Además, fue introducido un segundo párrafo para los casos de exceso en la salvación o ayuda: éstos sólo podrían ser justificantes cuando el sujeto hubiese ejecutado el hecho hallándose «bajo una excitación

excusable, o en estado de terror y abatimiento.»

El Código penal de 1932 representa una absoluta novedad por cuanto habla por primera vez de estado de necesidad y de infracción de deberes, amén de modificar las circunstancias o requisitos que Códigos penales anteriores exigían para su apreciación. Según el art. 8 de dicho texto legal. «Están exentos de responsabilidad criminal: 7.º El que en estado de necesidad lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero: Que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar. Segundo: Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.» Desaparecen, por tanto, los requisitos tradicionales de la realidad del mal e inexistencia de otro medio practicable menos perjudicial, mientras que son recogidos ahora legalmente el de la no provocación intencionada del estado de necesidad y el de la no obligación de sacrificio por oficio o cargo. El requisito de que el mal evitado sea mayor que el causado sigue manteniéndose, si bien expresándolo a la inversa (que el mal causado sea menor que el evitado), por lo que el estado de necesidad seguía siendo concebido por la doctrina penal mayoritaria como una causa de justificación basada en el principio del interés preponderante¹⁴.

El Código penal de 1944, después Texto Refundido de 1973, hizo exactamente lo contrario a lo que ha hecho ahora el Código penal de 1995: en lugar de describir una situación objetiva o predominantemente objetiva («El que en estado de necesidad lesiona...»), da preeminencia a lo subjetivo («El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, ...»); pero la modificación más importante que hizo dicho texto legal fue la concerniente al primer requisito de esta circunstancia eximente: ya no se dice que el mal causado sea menor que el que se trate de

¹² «Del requisito de que el daño ha de ser patrimonial, se deduce que no comprende las colisiones de derechos de todas clases» (CASTEJÓN MARTÍNEZ DE ARIZALA, F.: *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870*, V. II, cit., pp. 546 y 547).

¹³ En esta época, en la que la exigencia de miedo insuperable no se veía, ni doctrinal ni jurisprudencialmente, como un supuesto de estado de necesidad, los conflictos de bienes jurídicos de igual valor quedaban fuera de la órbita del Derecho penal en atención a valoraciones prejurídicas. Sirva de ejemplo la STS de 22 de mayo de 1901, en donde el Tribunal Supremo, sin especificar el elemento del delito que quedaba excluido, absuelve a los dos procesados —un maquinista y un fogonero que saltan del tren ante su choque inevitable con otro— por entender que no es posible exigirles la permanencia para aguantar un choque inevitable, porque ello implicaría la exigencia de un sacrificio inútil (vid. ROLDÁN BARRERO, H.: «Estado de necesidad y colisión de intereses», cit., p. 501).

¹⁴ Vid., al respecto, la bibliografía citada por CIREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, II, cit., p. 259, nota 56.

¹⁵ También allí la teoría de la diferenciación ha sido la dominante: *vid.* la bibliografía citada por GIMBERNAT ORDEIG, E.: «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», cit., p. 219, nota 2.

¹⁶ Los ejemplos han sido tomados de MEZGER, E.: *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2.ª Auf., 1933, trad. de J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ bajo el título *Tratado de Derecho penal*, T. I, Madrid, 1935, p. 379; con anterioridad, v. gr. y por todos, VON LISZT, F.: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 20.ª Auf., trad. de L. JIMÉNEZ DE ASÚA bajo el título *Tratado de Derecho penal*, adicionado con el Derecho penal español por Q. SALDAÑA, T. II, 2.ª ed., Reus, Madrid, 1927, pp. 342 y 343.

¹⁷ Decía dicho precepto que «No existe una acción punible cuando el sujeto ha sido violentado a realizar la acción mediante una fuerza irresistible o por una amenaza que lleva en sí un peligro actual, no evitable de otra manera, para el cuerpo o la vida del mismo coaccionado o de un pariente suyo» (la traducción la he tomado de RODRÍGUEZ MUÑOZ, en MEZGER, E.: *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2.ª Auf., 1933, trad. de J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ bajo el título *Tratado de Derecho penal*, T. II, 3.ª ed., adicionada y puesta al día por A. QUINTANO RÍPOLLES, Madrid, 1957, p. 207).

¹⁸ Señalaba tal precepto que «No existe una acción punible cuando la acción ha sido cometida en estado de necesidad, no producido culpablemente y no evitable de otro modo para salvarse el autor o salvar a un pariente de un peligro actual para el cuerpo o la vida» (aquí también como la traducción de RODRÍGUEZ MUÑOZ, en MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal*, T. II, cit., p. 210).

¹⁹ *Tratado de Derecho penal*, T. II, cit., p. 210.

evitar sino que no sea mayor, esto es, el mal podrá ser menor o, y he aquí la novedad, igual al que se evita. En la circunstancia séptima del art. 8 del CP73, por tanto, estarían reguladas las dos variantes del estado de necesidad: por un lado el estado de necesidad entre bienes de diferente valor, que, fundamentado en la teoría de la colisión, justifica y no sólo exculpa la acción realizada a favor del bien más importante (para el Derecho tienen mayor valor objetivo el bien salvado que el sacrificado); y, por el otro, el estado de necesidad entre bienes del mismo valor, que, fundamentado en la teoría de la adecuación, no justifica pero sí exculpa el hecho cometido por razón de la situación psíquica en la que se encuentra el sujeto.

2. Derecho comparado: legislación civil y penal alemana

Puede decirse que lo que ha motivado el mantenimiento de la tesis diferenciadora en el art. 8, 7.º del CP73 ha sido, en parte, la influencia de la regulación del estado de necesidad en Alemania¹⁵, en donde se dedican cuatro párrafos a esta institución, dos en el Código civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*, normalmente citado con las siglas BGB), y otros dos en el Código penal (*Strafgesetzbuch*, normalmente citado con las siglas StGB). De esta forma, en el BGB se reconoce el estado de necesidad en los párrafos 228 y 904, aunque sólo en lo concerniente a la actuación sobre cosas: el § 228 presupone una cosa que es en sí misma causa del peligro (v. gr. si un animal furioso nos ataca o una barca empujada por la corriente va a producir unos daños, el § 228 permite su destrucción: estado de necesidad defensivo), mientras que en el § 904 se refiere a una cosa neutral que no origina el peligro pero sobre la que es necesaria la actuación del sujeto para su evitación (v. gr. se utiliza una barca ajena para salvar a una persona que se está ahogando: estado de necesidad agresivo)¹⁶.

mientras que en el § 54 se recogía el llamado estado de necesidad jurídico-penal¹⁸, entendido este último por Mezger¹⁹ como una *causa aislada, especial, de exclusión de la culpabilidad*, cuya no existencia en el caso concreto no impedía que por otra vía pudiera ser excluida la antijuricidad de la conducta o la culpabilidad de la acción²⁰. En concreto, el carácter antijurídico de la acción quedaba excluido en el llamado *estado de necesidad supralegal*, esto es, basándose en un principio no recogido en ningún precepto legal pero acogido por la jurisprudencia del *Reichsgericht* o Tribunal Imperial²¹, no actúa antijurídicamente el que lesiona o pone en peligro un bien jurídico si sólo por ello puede ser salvado otro bien de más valor²².

Posteriormente a dicha reforma²³, y junto a los casos de estado de necesidad regulados en el BGB, que no han sido modificados, el actual § 34 del StGB regula ahora de forma expresa el estado de necesidad supralegal como causa de justificación²⁴ (*Rechtfertigender Notstand*: estado de necesidad justificante), mientras que el § 35 recoge el denominado estado de necesidad jurídico-penal²⁵, el cual, a diferencia del § 34, no excluye la antijuricidad sino la culpabilidad (*Entschuldigender Notstand*: estado de necesidad exculpante). Comparando entonces la circunstancia séptima del art. 8 del CP73 —hoy circunstancia quinta del art. 20 del Código— con las distintas modalidades alemanas, en la misma tendrían cabida el estado de necesidad defensivo y agresivo jurídico-civil, el justificante y, según hemos visto, el exculpante que tiene lugar ante el conflicto de bienes iguales pues, en principio, el requisito de esta eximente consistente en «que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar» significa que el mal que se produce deberá ser menor o, en todo caso, igual, que el mal que se evita²⁶.

Una de las críticas, sin embargo, que se ha efectuado a quienes sostienen la naturaleza dual del art. 8, 7.º del CP73 (causa de justificación y causa de ex-

culpación) apoyándose en la legislación alemana consiste precisamente en el hecho de que allí la regulación del estado de necesidad exculpa no obedece al principio de ponderación de bienes (supuestos en que entran en colisión bienes de igual valor) sino a una situación subjetiva en la que no cabe exigir una conducta heroica al autor, lo que únicamente sucederá cuando, independientemente de la mayor, menor o igual gravedad del mal que se causa, peligran bienes personalísimos como la vida, la integridad física o la libertad²⁷. Y en efecto, así es, pues los únicos límites que impone el § 35 para no eximir de responsabilidad criminal a quien, para evitarse a sí mismo o a un pariente o persona allegada un peligro para la vida, integridad física o libertad, realiza una acción antijurídica que no puede evitar de otra manera, son que haya causado el mismo el peligro (*er die Gefahr selbst verursacht hat*) o que tenga, por un especial deber jurídico, obligación de afrontarlo (*er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand*)²⁸.

3. El art. 20, 5.º del Código penal español: ponderación de males y no de bienes

En ningún momento, por tanto, el § 35 hace alusión a la comparación de bienes, como tampoco lo hizo el art. 8, 7.º del CP73 ni ahora lo hace el art. 20, 5.º del actual Código. Efectivamente, si bien es indispensable que exista para apreciar el estado de necesidad, más que un conflicto de bienes²⁹, un conflicto de intereses³⁰, el requisito primero de ambas circunstancias eximentes establecida y establece la comparación no entre los bienes en conflicto sino entre los males causado y evitado: «que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.» No se trata, por consiguiente y como ha indicado en nuestro Derecho Córdoba Roda³¹, de una simple ponderación de bienes, pues para graduar el mal se ha de tener en cuenta no sólo la importancia del bien jurídico a que afecta sino también la significación del ataque a él dirigido y, particularmente, una serie de consideraciones ético-sociales

²⁷ Más adelante señalaba MEZGER que «el parágrafo 54, lo mismo que el 52, pertenece a la órbita de la *culpabilidad* no a la del injusto, pues mantiene la punibilidad de la acción cuando el estado de necesidad se ha producido culpablemente» (MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal*, T. II, cit., p. 214).

²⁸ «Principio general de valoración de los bienes jurídicos» o, así llamado también por el *Reichsgericht* en sentencia de 11 de marzo de 1927 (se trata de una sentencia muy citada por toda la doctrina penal alemana, en donde el *Reichsgericht* se pronunció a favor del estado de necesidad suprallegal en un caso en el que el médico practicó un aborto para evitar los peligros en una madre con fuerte inclinación suicida: cf. ROLDAN BARBERO, H.: «Estado de necesidad y colisión de intereses», cit., p. 492), «principio básico de la valoración de los bienes jurídicos», según el cual el valor de menor importancia debe ceder paso al valor más relevante.

²⁹ Vid. MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal*, T. I, cit., pp. 390 y ss.

³⁰ Cf. v. gr. y por todos, MAURACH, R. y ZAPF, H.: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 7.ª Auf., Heidelberg, 1987, trad. por J. BOHLL GENZSCH y E. AIMONE GIBSON y supervisada por E. A. DONNA bajo el título *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1994, p. 466.

³¹ Señala dicho precepto que «quien comete un hecho para alejar de él mismo u otro un peligro actual no evitable de otro modo para la vida, la integridad, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, no actúa ilícitamente si en la valoración entre los intereses en conflicto o bien entre los mismos y el grado de peligro que los amenaza, el interés protegido prevalece de modo esencial sobre el lesionado. Esto, sin embargo, sólo será válido cuando el hecho represente un medio apropiado para

rechazar el peligro» («Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden»).

³² Según el apartado primero del párrafo primero del § 35 del StGB, «quien ante un peligro actual, no evitable de otra manera para la vida, integridad física o libertad, realiza una acción antijurídica para evitarse así mismo o a un pariente o persona allegada dicho peligro, actúa sin culpabilidad» («Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld»).

³³ Cf. MIR PUIG, en JESCHECK, H. H.: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3.ª Auf., Berlin, 1978, trad. de S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE bajo el título *Tratado de Derecho penal. Parte General*, V. I, Barcelona, 1981, p. 504.

³⁴ En este sentido MIR PUIG, en JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho penal. Parte General*, V. I, cit., pp. 504 y 505; «Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7.º CP», cit., pp. 503 y 504.

³⁵ Con la posibilidad de atenuar la pena conforme al párrafo primero del § 49 si tiene la obligación de

afrontar el peligro pero no por razón de un deber jurídico especial: «...; jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte.»

²⁹ Pese a que la eximente séptima del art. 8 del CP73 —aplicable a la eximente quinta del art. 20 del actual Código— no contiene una definición de estado de necesidad, de la configuración de su presupuesto (el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber) se deduce que aquél equivale a la situación de conflicto entre dos bienes en donde la salvación de uno exige el sacrificio del otro (cf. CÓRDOBA RODA, J.: *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Oviedo, 1966, p. 157; el mismo, en CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLES, G.: *Comentarios al Código penal*, T. I, Ariel, Barcelona, 1972, p. 272).

³⁰ Así se exige en la regulación penal alemana, en donde el § 34 del StGB atunde no a los bienes sino a los intereses en conflicto («widerstreitenden Interessen»).

³¹ *Las eximentes incompletas en el Código penal*, cit., pp. 184 y 186; *Comentarios al Código Penal*, T. I, cit., p. 287; hoy la doctrina penal española acepta que, dada la regulación legal del estado de necesidad en nuestro Código, se trata de una comparación de males y no de bienes; cf., v. gr. y por todos, CARBONELL MATEU, J. C.: *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1982, p. 59; CERREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, II, cit., p. 253; MIR PUIG, S.: «Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7.º CP», cit., p. 515; ROLDAN BARBERO, H.:

«Estado de necesidad y colisión de intereses», cit., p. 502; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», cit., p. 665.

³² *Las eximentes incompletas en el Código penal*, cit., p. 186; *Comentarios al Código Penal*, T. I, cit., p. 287.

³³ *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, cit., p. 59.

³⁴ «Prinzipien der Rechtfertigung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1956.

³⁵ «Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Bei Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1965.

³⁶ *Einführung in das Strafrecht*, 1972; *Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.ª Auf., 1975.

³⁷ Aunque no son pacíficas las expresiones con que se refieren los autores a este principio [en Alemania se utilizan, v. gr., las expresiones «valoración de bienes jurídicos» (*Güterabwägung*), «protección preferente del bien» (*vorgehendes Gutsanspruch*), «ponderación de valores» (*vorgehendes Gutsanspruch*)], etc.: cf. CARBONELL MATEU, J. C.: *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, cit., p. 46], escojo ésta («principio de ponderación de intereses») por ser la comúnmente utilizada en nuestro Derecho; cf., v. gr. y por todos, CARBONELL MATEU, J. C.; *Ibidem*; ROLDAN BARBERO, H.: «Estado de necesidad y colisión de intereses», cit., *pássim*.

³⁸ En la ponderación de los intereses en conflicto se tiene en cuenta, por tanto, el desvalor del resultado (teoría de la ponderación de bienes) y el desvalor de acción (teoría del fin).

³⁹ «Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7.º CP», cit., p. 515.

⁴⁰ Para MIR PUIG el mal que se causa

determinantes del indicado juicio desvalorativo de la sociedad. La ley punitiva, continúa Córdoba³², no es la única fuente a la que se recurre para graduar y comparar los males.

En realidad, la tesis de Córdoba no es nueva —si bien a él cabe atribuirle el mérito de ser el primero en decirlo en nuestro país—, pues las objeciones que plantea, dice Carbonell Mateu³³, estaban ya respondidas en Alemania en los trabajos de Stratenwerth³⁴, Noll³⁵ y Schmidhäuser³⁶, en donde el fundamento general de la justificación y, por tanto, del estado de necesidad, se ha visto en la ponderación de intereses³⁷, que supone no sólo una valoración cualitativa de los bienes en conflicto (referencia a éstos en abstracto) sino también cuantitativa, con referencia a la intensidad del ataque (si han sido lesionados o puestos únicamente en peligro), la inminencia y gravedad de la lesión o peligro, si la lesión es o no irreparable³⁸, etc. Aunque en el art. 20, 5.º de nuestro Código penal no se hable de intereses sino de males, en la ponderación de los mismos deberá tenerse en cuenta tanto una como otra valoración.

II. EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

Teniendo en cuenta que en la gravedad del mal no sólo influye el valor cualitativo del bien lesionado sino también el cuantitativo, deduce Mir Puig³⁹ que el mal que se causa en estado de necesidad necesariamente deberá ser mayor que la lesión del bien que supone⁴⁰, lo que implica que la igualdad de los bienes en conflicto no basta para que se dé la igualdad de males que requiere el art. 20, 5.º del Código penal. ¿Significa esto que el art. 20, 5.º no resulta aplicable en supuestos de conflicto de bienes iguales? Para Mir Puig no, pues puede suceder que el peligro que se trata de evitar lo sea también de una perturbación del orden jurídico, como v. gr. sucede en el supuesto clásico de la tabla de Carneades⁴¹, en donde no existe una situación de preferencia para ninguno de

los dos naufragos –ambos luchan a muerte para conseguir la tabla de salvación–. Distinto sería, dice Mir Puig⁴³, que uno de los naufragos estuviere ya previamente agarrado a la tabla y el otro pretendiera quitársela⁴⁴: en tal caso no sería aplicable la eximente de estado de necesidad (causa de justificación) sino la de miedo insuperable (causa de exclusión de la imputación personal).

El problema de la tesis de Mir Puig es que para aplicar dicha circunstancia eximente el sujeto tiene que obrar, dada la redacción del art. 20, 6.º del Código penal, «impulsado por miedo insuperable», lo que no tiene necesariamente que acontecer en todos los casos. De cualquier modo, el argumento de la comparación de males y no de bienes, junto al hecho de que la teoría de la diferenciación, tal y como ha sido entendida en nuestro Derecho, otorga un alcance demasiado amplio tanto al estado de necesidad justificante⁴⁵ como al exculpante⁴⁶, lleva a Mir Puig⁴⁷ a concebir la eximente de estado de necesidad como causa de justificación, aplicable tanto a los supuestos de conflicto de bienes desiguales en los que el bien salvado posee un valor esencialmente superior al del bien sacrificado, como a los de conflicto entre bienes iguales en los que el mal amenazante constituye una conducta penalmente típica. En los demás casos de estado de necesidad exculpante, no será el art. 20, 5.º del Código penal el aplicable sino la eximente de miedo insuperable (art. 20, 6.º del CP) o, en cuanto pudiera resultar insuficiente, una eximente análoga.

El primero, sin embargo, que en nuestro país otorga al estado de necesidad tal naturaleza es Gimbernat Ordeig en su citado trabajo «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad»⁴⁷. La diferencia con Mir Puig se encuentra en que aquél mantiene una teoría unitaria⁴⁸ y no diferenciadora respecto al estado de necesidad: en efecto, en los supuestos de conflicto entre bienes iguales Gimbernat no acude, como hace –con la salvedad ya indicada– Mir Puig, a la eximente de miedo insuperable o,

al lesionar un bien jurídico penalmente protegido supone, además de la lesión, la perturbación del orden jurídico y, si se trata de un bien individual, una injerencia anormal en la esfera del lesionado (MIR PUIG, S.: «Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7.º CP», cit., p. 515; le sigue su discípulo SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», cit., p. 667). Para CEREZO MIR, sin embargo, la inclusión en el término mal de la perturbación del orden jurídico resulta objetable porque, en los casos en los que el mal causado es menor que el evitado, la conducta estará de acuerdo con el ordenamiento jurídico, y en los casos en los que sea igual, la perturbación del orden jurídico se ve compensada por su mantenimiento al evitar un mal de la misma gravedad (CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, II, cit., p. 267).

⁴³ Éste es también el único caso para CARBONELL MATEU en que, de conformidad con el principio del interés preponderante, cabría otorgar al estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes iguales la naturaleza de causa de justificación (CARBONELL MATEU, J. C.: *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, cit., p. 60); ROLDÁN BARBERO, por su parte, lo considera siempre causa de justificación: «Una ponderación amplia de intereses obliga», dice ROLDÁN, «a tomar en consideración la subjetividad que se ha perseguido con la acción y la objetividad del resultado. Todo ello llevaría a que, como la acción es positiva y el resultado es neutro, el interés salvado finalmente fuera de más valor que el perjudicado» (ROLDÁN BARBERO, H.: «Estado de necesidad y colisión de intereses», cit., pp. 525 y ss.; la cita corresponde a la p. 538).

⁴⁴ «Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7.º CP», cit., p. 516.

⁴⁵ En la doctrina penal alemana ya NOLL había puesto de manifiesto

que la situación es distinta según que el sujeto esté agarrado a la tabla o no lo esté e intente arrebatarla al que lo está: «A se encuentra asido, en medio del océano, a una tabla que sólo es capaz de soportar el peso de un hombre. La acción de A sobre B, evitando que éste le desplace, lo que intenta hacer con el fin de salvarse él a costa de A, estará justificada, mientras que la de B sobre A, intentando desplazarle, tan sólo será excusable. Pues bien, la vida de B es un bien tan valioso para el Derecho como la de A. Sin embargo, la ponderación de intereses incluye, a favor de A, la conservación del principio de distribución de los bienes que es, sin duda, uno de los fines últimos del Derecho» (cf. CARBONELL MATEU, J. C.: *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, cit., pp. 59 y 60).

⁴⁶ Para MIR PUIG no es satisfactorio que todo estado de necesidad entre bienes desiguales en que se salva el más valioso justifique necesariamente el hecho pues, en los casos de poca o hasta mínima diferencia entre los bienes en conflicto, resulta político-criminalmente excesivo que el Derecho apruebe sin más la perturbación del orden jurídico y, en su caso, la intromisión en Derechos ajenos (pone el ejemplo, clásico en la doctrina penal alemana, del que le quita el paraguas a otro para evitar que se mojen sus ropas, que tienen un valor económico superior). Y tampoco ha de faltar necesariamente, continúa MIR PUIG, la –ahora así denominada– imputación personal, puesto que el bien amenazado puede no ser personalísimo y no afectar en absoluto a la normalidad motivacional (MIR PUIG, S.: «Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7.º CP», cit., p. 504).

⁴⁷ La amplitud en el estado de necesidad exculpante se manifiesta, por

su parte, en la ilimitación de las personas que pueden salvar (auxilio necesario) y de los bienes en conflicto: si se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad, lo lógico es que el salvador debiera ser un pariente o persona próxima, pues son quienes pueden compartir la situación de conflicto psicológico del necesitado; en cuanto a los bienes, precisamente los que pueden crear esa presión motivacional son los personalísimos (como los que recoge el § 35 del StGB: vida, integridad física y libertad) y no cualquier clase de bien (cf. MIR PUIG, S.: «Problemas de estado de necesidad en el art. 8. 7.º CP», cit., p. 505).

⁴⁶ «Problemas de estado de necesidad en el art. 8. 7.º CP», cit., p. 505; con el nuevo Código penal vid. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed. corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995, Barcelona, 1996, p. 452.

⁴⁷ Que apareció publicado por primera vez, como ya se ha expuesto, en el año 1974 en el libro homenaje a WELZEL en su 70 cumpleaños; vid. igualmente GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Madrid, 1979, pp. 62 y 63.

⁴⁸ A la teoría de la diferenciación se opone, dice GIMBERNAT, la teoría de la unidad, según la cual «el estado de necesidad es siempre—tanto si se trata de un conflicto entre bienes iguales como desiguales—una causa de justificación» (GIMBERNAT ORDEIG, E.: «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», cit., p. 219).

⁴⁹ También GIMBERNAT considera al miedo insuperable causa de justificación y no de exculpación (vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, cit., p. 66).

⁵⁰ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», cit., p. 225.

⁵¹ Según GIMBERNAT, «Existen... ciertas personas en referencia a las cuales sociológicamente se admite, sin más, que son inaccesibles a la motivación de la pena; bien por su inimputabilidad permanente o transitoria, bien porque—al desconocer la prohibición—no han tenido tampoco ocasión de dejarse influir por ella» (GIMBERNAT ORDEIG, E.: «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», cit., p. 224; «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Anuario de Ciencia Jurídica*, 1, 1971, reproducido en *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 180).

⁵² «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», cit., p. 225.

⁵³ Dejamos a un lado los presupuestos de partida de GIMBERNAT ORDEIG, que no compartimos, pues la práctica demuestra que los incapaces de culpabilidad o inimputables son motivables en alguna medida cuando la mayoría de ellos no cometen hechos antijurídicos.

⁵⁴ «Si A, en estado de necesidad, va a lesionar a B, B estará cubierto, a su vez, por un estado de necesidad y no por la legítima defensa, con lo que entrará en juego el criterio de la proporcionalidad y en su reacción frente a A no podrá causar un mal mayor que el que le amenaza» (GIMBERNAT ORDEIG, E.: «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», cit., p. 229). Critica la alusión a la proporcionalidad CEREZO MIR, pues al ser la acción de ambos lícita, el Derecho se inhibiría de resolver el conflicto y la solución del mismo quedaría confiada a la ley del más fuerte (CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, II, cit., p. 264).

⁵⁵ «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», cit., p. 230.

⁵⁶ «Del hecho cometido en estado de necesidad por conflicto entre bienes

en su caso, a una exigente análoga, sino que aplica, concurriendo obviamente los requisitos pertinentes, la exigente de estado de necesidad.

¿Y por qué la naturaleza de esta circunstancia exigente es para Gimbernat justificante y no exculpante? Pues porque para él la culpabilidad sólo falta cuando el sujeto no es motivable en absoluto por la norma, cosa que no sucede en quien actúa en estado de necesidad o impulsado por un miedo insuperable⁴⁹, en donde la norma penal despliega toda su eficacia inhibitoria⁵⁰. A diferencia de los casos de incapacidad de culpabilidad y de error invencible de prohibición, en los que el Derecho penal no castiga porque no puede⁵¹, en los de estado de necesidad el Derecho penal no castiga porque no quiere: «Proceder con una pena contra los hechos cometidos en estado de necesidad», dice Gimbernat⁵², «no sería en modo alguno ineficaz, sino que, por el contrario, podría lograrse que muchos, para evitar la pena, aceptasen la lesión del propio bien jurídico antes que menoscabar el ajeno. Todo esto lo podría alcanzar el Derecho penal si quisiese; pero es que no quiere. Por ello estamos aquí en presencia de una causa de exclusión de la antijuricidad (...) y no de una causa de exclusión de la culpabilidad (...)».

III. TESIS QUE SE MANTIENE

Llegados a este punto de la exposición, la pregunta que inevitablemente surge es la de si la naturaleza jurídica del estado de necesidad en la exigente quinta del art. 20 del Código penal es la de causa de justificación y no, como tradicionalmente se ha mantenido en el art. 8. 7.º del CP73, la mixta de causa de justificación y exculpación. Pues bien, la respuesta a tal incógnita ha de ser, en mi opinión, negativa, es decir, considero que, en tanto no sea modificado el número quinto del art. 20 del Código penal, debe ser mantenida la teoría diferenciadora dentro del mismo. Por consiguiente, será lícita la acción cometida en estado de necesidad cuando el

mal causado sea menor que el evitado (causa de justificación), e ilícita pero no culpable cuando el mal causado sea igual al evitado (causa de exclusión de la culpabilidad).

¿Y por qué debe mantenerse la teoría diferenciadora dentro del art. 20, 5.º del Código? Pues porque, entre otras razones⁵³, si se considera al estado de necesidad como causa de justificación en caso de conflicto entre males iguales, cabría invocarlo no sólo frente al que actúa amparado por esta circunstancia eximente sino también frente al que obra bajo cualquier otra causa de justificación (legítima defensa, cumplimiento de un deber, etc.). Pensemos, v. gr., en el supuesto clásico de la tabla de Carneades: puesto que la acción que ejecuta el naufrago ante el acometimiento del otro no se encuentra amparada por la legítima defensa –al ser el estado de necesidad causa de justificación, faltaría la agresión ilegítima–, la única forma de justificar su comportamiento sería que actuase, a su vez, en estado de necesidad⁵⁴. Pues bien, si la acción del naufrago ante el comportamiento en estado de necesidad del otro es lícita, lo lógico es que también lo sea si son otras las causas que justifican, con lo que se llega a la insatisfactoria consecuencia de que, frente a la actuación de alguien en legítima defensa o en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, cabe el estado de necesidad.

El único modo de evitar esta consecuencia sería pensar que, frente al resto de causas de justificación, el estado de necesidad queda excluido. De este modo, Gimbernat⁵⁵ entiende que, mientras que la situación de estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales no es valorada positivamente por el ordenamiento jurídico⁵⁶, las acciones cometidas al amparo del resto de circunstancias justificantes sí lo son, por lo que no pueden ser rechazadas mediante la lesión de un bien jurídico, alegando que dicha lesión se ha realizado en estado de necesidad. Tal razonamiento, sin embargo, resulta criticable, pues si el

Derecho permite realizar una conducta que, de no concurrir la pertinente causa de justificación, sería antijurídica, es porque dicha conducta es valorada positivamente por el mismo⁵⁷. Por tanto, si se considera al estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes iguales causa de justificación, se debe considerar también, so pena de resultar contradictorio, que la conducta realizada a su amparo es valorada positivamente por el ordenamiento jurídico. Como conclusión, pues, el hecho de que no sea posible invocar el estado de necesidad frente al resto de circunstancias justificantes no se debe al argumento que da Gimbernat sino a la propia naturaleza de esta circunstancia eximente, que es exculpante y no justificante cuando el mal causado es igual al evitado.

Para concluir este trabajo, dos precisiones más. La primera es la relativa a la posibilidad de aplicar la eximente sexta del art. 20 del Código penal a los supuestos (incluidos en el § 35 del STGB) de estado de necesidad en los que el mal que se causa es mayor al que se evita⁵⁸. En mi opinión no existe impedimento alguno si, claro está, concurren todos los requisitos que la regulación actual establece para dicha circunstancia eximente; por consiguiente, cuando el sujeto cause el mal, deberá haber obrado impulsado por un miedo insuperable. Más discutible es, sin embargo, la posibilidad de aplicar en estos casos una eximente por analogía⁵⁹. Todo dependerá, a mi juicio y como ya me he pronunciado en otros trabajos, de la interpretación que se haga del art. 4 del Código penal: si es en términos de garantía, ningún obstáculo existe para aceptar la aplicación de una eximente por analogía; si, por el contrario y como estimo más conveniente, es en términos de certeza jurídica, ello sólo será posible cuando así venga expresamente establecido por la Ley⁶⁰.

La otra precisión que queremos realizar es que, efectivamente y como han indicado algunos autores, la regulación del estado de necesidad es nuestro Derecho es demasiado amplia. De esta for-

iguales no puede surgir –a pesar de ser conforme a Derecho–, dice GIMBERNAT, «una situación valiosa, sino, a lo sumo, una indiferente» (GIMBERNAT ORDEIG, E.: «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», cit., p. 230).

⁵⁷ Cf., al respecto, las acertadas críticas de CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, II, cit., pp. 264 y 265.

⁵⁸ Así lo acepta MIR PUIG, S.: «Problemas de estado de estado de necesidad en el art. 8, 7.º CP», cit., p. 505.

⁵⁹ A favor MIR PUIG, S.: «Problemas de estado de estado de necesidad en el art. 8, 7.º CP», cit., p. 505; en contra CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, II, cit., p. 268.

⁶⁰ Así sucede, v. gr., con las circunstancias atenuantes (el art. 21 establece que «Son circunstancias atenuantes: 6.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores»).

⁶¹ *Curso de Derecho penal español. Parte general*, II, cit., pp. 268 y 269.

⁶² Vid. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, II, cit., pp. 269 y 270; en la doctrina penal alemana, por todos, HIRSCH, H. J.: «La regulación del estado de necesidad», la trad. es de R. L. SÁNCHEZ-OCAÑA CHAMORRO y C. ANDRÉS-LÓPEZ LEÓN, *Jornada sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"*, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1991, p. 65.

⁶³ El art. 10 de nuestra Constitución señala en su apartado primero que «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inhe-

rentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.»

⁶¹ Para CEREZO «la invocación de este principio en el marco de la ponderación de intereses privaría a ésta de límites y contornos precisos, al introducir en la misma un juicio de valor de naturaleza esencialmente diferente» (CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, II, cit., p. 270).

⁶² En sentido contrario, sin embargo, HIRSCH, H. J.: «La regulación del estado de necesidad», cit., p. 65.

⁶³ En concreto a la exigente de miedo insuperable, modificada con la redacción que, a título de simple ejemplo (pues cualquier otra fórmula similar sería perfectamente válida: cf., v. gr., la de MIR PUIG, S.: «Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7.º CP», cit., p. 509), proponemos a continuación: «Están exentos de responsabilidad penal: El que actúa impulsado por la seria amenaza externa de un mal inminente, real o imaginario, a su vida, integridad física o libertad, o a las de un pariente en los términos del art. 23».

ma, no todo estado de necesidad en el que el mal causado es menor que el evitado debe justificar la conducta del sujeto. Cerezo Mir⁶¹ pone como ejemplos el del cirujano que extrae el riñón de una persona sin su consentimiento para realizar un trasplante que salve la vida a otra, y el de quien mata a otro (el dueño de una motora que se opone violentamente a que su embarcación sea utilizada para rescatar a unos naufragos) para salvar la vida de varias personas. Para Cerezo tales conductas no pueden considerarse justificadas porque suponen un grave atentado a la dignidad de la persona humana, al ser ésta utilizada como un simple instrumento para la consecución de otros fines⁶². A diferencia de Cerezo, creo que el respeto a este derecho fundamental que tiene toda persona⁶³ puede ser tenido en cuenta en la ponderación de intereses⁶⁴; es más, en nuestro Derecho no debe ser un obstáculo para ello el que el art. 20, 5.º del Código penal establezca la comparación entre los males («Que el

mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar») y no los intereses en conflicto⁶⁵; en los ejemplos citados, por tanto, no podrá eximirse de responsabilidad penal a través del art. 20, 5.º del Código penal por ser el mal causado mayor al evitado.

En cuanto a la amplitud del estado de necesidad exculpante, de *lege ferenda* me parece acertado, dada su naturaleza jurídica, que se limite, tanto a las personas a las que se puede socorrer, como a los bienes jurídicos que se trata de preservar. Del mismo modo, sería aconsejable llevar estos casos fuera del número quinto del art. 20 del Código⁶⁶, lo que permitiría sostener la naturaleza exclusivamente justificante del estado de necesidad en este precepto, correspondientemente modificado. Pero mientras ello no se haga, considero que, de *lege data* y como ya se ha visto, debe mantenerse la teoría diferenciadora dentro del art. 20, 5.º del Código penal.