

## EL ESTADO DE NECESIDAD

Rafael Márquez Piñero

*Sumario: I. Referencia legal positiva; II. La dogmática jurídico-penal en su enfoque del estado de necesidad; III. Estado de necesidad justificante; IV. Estado de necesidad exculpante; V. Consideraciones finales.*

### I. REFERENCIA LEGAL POSITIVA

La reforma, muy profunda, del Derecho Penal Mexicano aparecida en el **Diario Oficial de la Federación** de 10 de enero de 1994, (con su correspondiente fe de erratas **D.O. de la Federación** del 1 de febrero de 1994), trató —en términos generales— de llevar a cabo una actualización legal necesaria como consecuencia de las reformas de los artículos 16, 19, 20 y 119 de la Constitución, así como también de la derogación de la fracción XVIII del artículo 107 de la propia norma fundamental.

La intención, según la iniciativa enviada a la Honorable Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión por el Presidente de la República, Lic. Carlos Salinas de Gortari, tenía como meta apoyar y proporcionar mayor agilidad a la lucha contra la delincuencia, especialmente grave en los sectores de la denominada *delincuencia organizada*, así como también obedecía a una clara finalidad de remozar institutos jurídico-penales ya muy sobrepasados por el constante avance de la ciencia del derecho penal.

Como todos sabemos, nuestro Código Penal federal y común para el Distrito Federal es de 1931, y ha subsistido gracias a su capacidad de adaptación para con las exigencias de una sociedad tan dinámica como la mexicana. Sin duda, de entre todas las reformas sufridas por el ordenamiento jurídico penal, hasta que apareció la presente, la de mayor envergadura fue la de 1984, que produjo sustancial avance y una modernización de conceptos elementales como, entre otros, el de

dolo y el de culpa, si bien no pudo zafarse de la impropiedad lingüística y del añadido de un instituto jurídico, el de la preterintencionalidad, hoy felizmente desaparecida.

Circunscribiéndonos al punto concreto del *estado de necesidad*, tarea que nos ha sido específicamente encomendada, merece la pena reproducir literalmente el precepto legal anteriormente vigente y la nueva redacción de *lege data* del estado de necesidad, destacando —al propio tiempo— el fundamental cambio de nomenclatura del Capítulo IV, del Libro Primero del Código Penal común para el D.F. y federal para toda la República, que ha pasado de ser *Circunstancias excluyentes de responsabilidad a la de Causas de exclusión del delito*. Quedó igual la ubicación «territorial» (por expresarlo de alguna forma), del capítulo en el Libro Primero ya mencionado.

La modificación es sustancial, y lo es por muchos motivos, empezando porque al hablar de causas de exclusión del delito nuestra legislación brinca del entrañable molde del causalismo a la más clara definición finalista. Al propio tiempo, muy congruentemente con la lógica jurídica que ha inspirado la reforma, se estableció un nuevo orden expositivo de las causas que hacen desaparecer el delito, diseñado en función de la naturaleza que a cada una atañe, y se agregan otras antes no conocidas. En términos generales, conviene dejar señalado que las causas mencionadas, en cuanto elementos negativos de la dinámica delictiva, hacen referencia desde la misma ausencia de conducta hasta la inculpabilidad, pasando por la atipicidad y la justificación, así como por la concreción del continente, contenido, requisitos y alcances de cada una de ellas.

La enumeración del artículo 15, además de las que pudiéramos llamar causas tradicionales, añade la falta de algún elemento integrante del tipo, el consentimiento del sujeto pasivo del delito, en cuanto titular del bien jurídico, la no-exigibilidad de otra conducta y una mayor precisión expositiva en relación con la imputabilidad disminuida.

En la redacción anterior al 10 de enero de 1994, el estado de necesidad figuraba como la excluyente de responsabilidad ubicada en la fracción IV del artículo 15, y literalmente decía:

«Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave impudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance».

Por su parte, el actual contenido del estado de necesidad, ya reformado, siguiendo en el artículo 15, se encuentra ubicado en la fracción V del mismo, que también literalmente dice:

«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».

Hasta aquí el contenido respectivo del precepto anterior y del vigente; cumple ahora dedicarnos al análisis jurídico-penal de carácter dogmático, es decir, desde el punto de vista de la ciencia del Derecho Penal.

## **II. LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL EN SU ENFOQUE DEL ESTADO DE NECESIDAD**

Sin duda, el desenvolvimiento científico del estado de necesidad es menos amplio que el de la legítima defensa, y esto es cierto desde el comienzo del desarrollo de la ciencia jurídico-penal.

Naturalmente, lo anterior no quiere decir, ni mucho menos, que —a finales del siglo XX— no se haya avanzado en el desarrollo del análisis de este instituto jurídico. Fueron dos grandes iusfilósofos, Kant y Hegel, los primeros en avanzar en la consideración del enfrentamiento de bienes, igualmente protegidos, y de igual valoración social, con tratamientos diversificados, como veremos en un instante,

en las diversas teorías que pueden considerarse patrocinadas por sus respectivos fundamentos filosóficos.

En la ciencia se discutió la idea y el modo de tratar el estado de necesidad. En este sentido, de conformidad con la escuela clásica del Derecho natural, el orden jurídico mismo parecería quedar abolido en el estado de necesidad (así opinaban —entre otros— Grocio, Pufendorf, Wolff, Fichte, Grolman, Von Wächter). Posteriormente adquirió preponderancia, tanto en la legislación como en la ciencia, la opinión que, siguiendo a Kant, defendieron Feuerbach y otros autores, de que la fuerza irresistible, generada por la necesidad, excluye la responsabilidad.

Más adelante, y empalmado sin solución de continuidad con concepciones actuales, se partió de la idea de que la auténtica esencia del estado de necesidad reside en un enfrentamiento entre intereses igualmente protegidos, cada uno de los cuales sólo puede ser conservado a costa del otro. Según los principios generales (*principio del interés preponderante, teoría de la valoración de bienes*), la conservación del interés superior a costa del *inferior*, debe considerarse como lícita.

Por consiguiente, el estado de necesidad es un caso de colisión de intereses. El acto ejecutado en estado de necesidad se presenta como salvaguardia de los intereses propios (y también de los ajenos en caso de auxilio legítimo), puestos en peligro inmediato, por medio de una lesión de los intereses legítimos de otra persona.

Si el Derecho Penal y el derecho en general constituyen «una regulación socialmente justa de intereses contradictorios» (como magistralmente dice Claus Roxin), el estado de necesidad requiere, *per se*, siempre una colisión de *intereses legítimos*. Sin embargo, en todo caso, el acto ejecutado en estado de necesidad sólo es admisible cuando el peligro no puede evitarse de otro modo (*principio de subsidiariedad*). A esta situación, la restrictividad propia de la materia penal añade la exigencia de que se trate de *un peligro real, actual o inminente sobre bienes jurídicos propios o ajenos*.

Después de todo lo dicho, cabría señalar que, de conformidad con la dogmática jurídico-penal moderna, el estado de necesidad podría entenderse como *una situación de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede ser conjurada mediante la lesión de los intereses legítimos de otra persona*. No obstante, el estado de necesidad no puede ser calificado como un fenómeno unitario, y comprende casos de naturaleza y configuración muy diversas; esta diferenciación se hace más acusadamente notable en el ámbito del Derecho Penal, aunque de cualquier manera el aforismo *necessitas legem non habet* no puede ser entendido en sentido estrictamente literal.

En este plano moderno, la doctrina ha formulado la *teoría de la adecuación*, cuyo antecedente ancestral tiene su fundamento en Kant, quien no estimaba que la acción realizada en estado de necesidad fuera *inculpabilis*, ya que la presencia de la situación de necesidad no impide que se contradijera el imperativo categórico, pero sí la consideró como *impunibilis*, ya que cuando concurre una coacción irresistible no puede determinarse al autor para que actúe conforme a derecho. Con arreglo a esta tesis, el hecho cometido en estado de necesidad no podía ser castigado por razones de equidad.

Por otra parte, también se había llegado a entender que en caso de estado de necesidad el ordenamiento jurídico retira (hace a un lado), en cierta manera, sus mandatos y prohibiciones, dejando la decisión a la conciencia del individuo; *teoría de la exención*.

Una concepción opuesta afirma que en caso de colisión entre la vida y otros bienes jurídicos de rango inferior, de menos valor, existe un *derecho de necesidad* en favor de la primera. Esta perspectiva remite a Hegel. Sobre ella se construyó *la teoría de la colisión*, que parte de la diferenciación valorativa entre los bienes jurídicos en conflicto.

Como fácilmente se advierte, las distintas soluciones no constituyen una mera gradualidad de un mismo principio, sino puntos de vista sustancialmente distintos. Pese a ello, la dogmática jurídica mantuvo

durante mucho tiempo la conceptualización sobre la base de *teorías unitarias*, que han intentado contemplar la totalidad de los supuestos bienes como causas de exculpación, con arreglo al principio de adecuación, bien como causas de justificación, según el principio de la colisión.

Frente a este dilema teórico, nuestro legislador, en la reforma del 10 de enero de 1994, ha optado por la *teoría de la diferenciación* (cuyo primer patrocinador fue Goldschmit), con carta de identidad en la dicotomía o contraposición del estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante, cuya traducción práctica se proyecta en el dilema de si el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta todos los aspectos relevantes, considera adecuada la acción realizada en estado de necesidad o bien solamente la estima como disculpable.

### **III. ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE**

Hay una opinión jurídica dominante, inclusive en el derecho comparado —como veremos al final de este apartado—, en entender el estado de necesidad justificante como un caso de peligro para bienes jurídicos de valor desigual, y que se solventa en función de la salvación del bien de mayor valor en detrimento del bien de menor valor. Se trata, pues, de uno de los supuestos de desaparición de la responsabilidad penal constitutivo de una causa de justificación.

La ciencia jurídica desarrolló tal situación estimándola como un principio general de justificación de acciones prohibidas, cuyo fundamento se encontraba en la *teoría de la ponderación de bienes* y en la *teoría del fin*. En su análisis queda claramente manifiesto que el estado de necesidad justificante constituye un principio jurídico general, que adquiere relevancia ante la presencia de colisiones de intereses de muy diversa naturaleza y que posee, por tanto, una gran importancia práctica.

A diferencia de la legítima defensa, el estado de necesidad justificante se fundamenta solamente en la conservación del interés de

mayor valor puesto en peligro, y —consecuentemente— en él no desempeña ningún papel la idea de la afirmación de derecho. De ahí que el peligro deba ser eludido en cuanto esto sea posible, y que el principio básico fundamental de esta causa de justificación sea la ponderación de intereses.

Precisamente en función del citado principio de ponderación de bienes, adecuadamente aplicado en consideración a la técnica jurídica, se encuentra uno de los grandes aciertos de la nueva configuración positiva de esta causa de exclusión del delito. La fracción IV del artículo 15 en su redacción anterior no tomaba en cuenta esta ponderación de bienes, y consiguientemente no era factible establecer, con base dogmática, la distinción entre estado de necesidad justificante y o inculpante.

Esta distinción sí existía en algunos códigos estatales (como por ejemplo, entre otros, el del Estado de Hidalgo), pero no había sido recogida en el ámbito federal, cosa que ha sido subsanada con la nueva redacción de la fracción V del artículo 15 del Código Penal Federal en la que se establece: «Se obre por la necesidad de salvaguardar (...) lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado (...)». Y es bueno que así haya ocurrido pues con eso se satisfacen dos fines: uno, el de establecer una redacción de acuerdo con las exigencias de la dogmática jurídico-penal moderna ya señaladas; y otro, abocarse a una más correcta aplicación de la justicia en estos problemas que tantas dificultades ofrecen a los juzgadores a la hora de clarificar los hechos sometidos a su resolución.

En el mismo orden de ideas, la gran amplitud represiva que la redacción anterior ofrecía en cuanto a que la necesidad no hubiera sido originada ni intencional (es decir dolosa) ni por grave impudencia (o sea, culposamente) por el agente, ha sido impecablemente soslayada en la nueva redacción, reduciéndola exclusivamente a la ocasionalidad dolosa del citado agente. Esto también con dos finalidades claras: una, enfatizar el carácter democrático del derecho penal federal; y la otra, dar cumplimiento a una inesquivable exigencia de justicia.

Del propio análisis dogmático de la actual redacción (fracción V del artículo 15, en su forma actual), cabe deducir tres requisitos para la existencia del estado de necesidad justificante, y ellos son:

- a) *Un elemento subjetivo*, que se constituye por el conocimiento de la situación de peligro y la decisión de evitar el mal mayor.
- b) *Un elemento objetivo*, que dimana de la existencia de un peligro real, actual o inminente ajeno a la específica acción de una persona culpable, y no originado dolosamente por el sujeto que obra en estado de necesidad; y
- c) *Un elemento funcional*, referido al deber de evitabilidad por otros medios practicables y menos perjudiciales para la elusión del peligro.

Para terminar, cabe aludir a la rúbrica última de la actual redacción, en la que se mantiene la exigencia de la anterior de que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo, en directa alusión a ciertas calidades específicas y de garantía de quien, olvidando sus obligaciones, trata de refugiarse en el ámbito del estado de necesidad justificante.

En cuanto al *derecho comparado* y la problemática del estado de necesidad justificante podemos decir que, en Suiza, la regulación positiva del estado de necesidad lo contempla como una causa de justificación. En Francia, los casos indudables de colisión de bienes se consideran impunes sobre la base de los principios del *état de nécessité*; aunque cabe decir que el ámbito de aplicación del *fait justificatif* tiene una mayor amplitud, y se extiende a supuestos claramente pertenecientes al estado de necesidad exculpante.

En Italia, la dogmática jurídico-penal cuestiona ampliamente lo referente al estado de necesidad, en parte causa de justificación y en parte causa de exclusión de la culpabilidad, más señaladamente si tenemos en cuenta que el artículo 54 de su ordenamiento penal contiene una normación general sobre el estado de necesidad, que permite también el auxilio necesario en favor de terceros.

En España, el inciso 7, del artículo 8 del Código Penal establece un precepto general sobre el estado de necesidad que —en forma específica— determina que el mal causado por la acción realizada no puede ser mayor que el daño que se trataba de evitar. Para la justificación se requiere una diferencia de valores, según el análisis dogmático jurídico y la interpretación jurisprudencial.

En Holanda, el Derecho holandés contiene una breve regulación sobre el *overmacht*. En el Derecho inglés, dadas las especiales características del sistema británico, el caso más importante, el de la interrupción del embarazo, se regula en sect. 1 *Infant Life (Presevation) Act 1929*, así como en sect. 1 *Abortion Act 1967*. La doctrina considera otros ejemplos bajo la rúbrica de *necessity*.

En los Estados Unidos, el derecho americano considera los casos de estado de necesidad de bienes juntamente con los de estado de necesidad exculpante bajo la rúbrica conceptual de *necessity*. Sin embargo, respecto de los ataques a la vida ajena no se admite el estado de necesidad ni como causa de justificación ni como causa de exculpación. Actualmente, el *Model Penal Code* contiene una regulación completa en la sect. 3.02, con la novedad que la restricción represiva, anteriormente mencionada, parece haber desaparecido aquí.

#### **IV. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE**

Junto al estado de necesidad justificante en el que, con arreglo a las teorías de la diferenciación y de la ponderación de bienes, el interés sacrificado es el inferior, aparece el estado de necesidad exculpante, donde hay un parangón igualitario valorativo entre los bienes colisionados. Las consecuencias jurídicas que se siguen son distintas en uno y otro caso.

En el estado de necesidad justificante nos hallamos ante una causa de justificación, que hace desaparecer la antijuridicidad formal de la conducta lesiva, que exime de pena a los autores y a los demás implicados

y que, en definitiva, opera *erga omnes*. Esto cambia en el estado de necesidad exculpante, donde podría decirse, *latu sensu*, que nos encontramos ante una situación que excluye la posibilidad del juicio de reproche, constitutivo del fundamento de la culpabilidad, y que —consecuentemente— no opera frente a todos, sino que sólo beneficia al agente por tratarse de una circunstancia meramente personal. Aparte de que, en cuanto a las responsabilidades de indemnización, derivadas de los hechos, habrá de acudir en el justificante a razones extrapenales, y en el exculpante tendrán su base en el mismo hecho, y en este último podría aparecer la legítima defensa —ante la ilicitud del ataque—, cosa que no puede ocurrir en el justificante.

Los requisitos del estado de necesidad exculpante, referidos ya concretamente a la nueva redacción, vendrían siendo los mismos salvo el muy esencial de que se trate de valores de la misma jerarquía, y aquí se plantea una de las cuestiones más interesantes en torno al también llamado estado de necesidad inculpante.

El ejemplo clásico es el referido a la denominada *tabla de Karnéades*, en homenaje al filósofo griego del mismo nombre (214-129 a. C.) a quien se debe el supuesto ejemplificativo, que hace remisión a dos náufragos que buscan su salvación en una tabla que sólo puede resistir el peso de uno de ellos; el más fuerte arroja al mar al más débil, que perece ahogado. En este caso sería absurdo hablar de la mayor jerarquía de una vida sobre la otra.

Pero ocurre que los bienes jurídico-penales son bienes de rango social y que, al operar esto ante intereses del mismo valor individual, obliga al juzgador a tener muy en cuenta ese aspecto comunitario o colectivo de los bienes en cuestión pues, utilizando el ejemplo señalado, sería mejor salvar una vida a que perecieran las dos, siendo precisamente esta opción preferencial la que justifica el estado de necesidad exculpante.

Por otra parte, la acción realizada en estado de necesidad debe tener lugar *para apartar el peligro*. Aquí reside el instante decisivo

tanto para la aminoración de lo injusto de la conducta como para la del contenido de culpabilidad del hecho: el autor actúa con voluntad de salvamento y bajo la presión de una situación motivacional extraordinaria.

Por consiguiente, el autor no sólo debe haber conocido la situación de estado de necesidad, sino que la misma debe haber constituido *eficaz motivo* para él de salvación del peligro para la vida, o en su caso para el cuerpo, aunque junto a ello pueda haber lugar para otras motivaciones. En realidad esto establece una sutil, pero detectable, diferenciación entre los presupuestos subjetivos del estado de necesidad exculpante en relación con los propios elementos de culpabilidad objetivamente configurados, respecto de los cuales sólo resulta necesario constatar el conocimiento de la excepcionalidad de la situación, y no su efectivo influjo en la formación de la voluntad.

En el estado de necesidad inculpante o exculpante adquiere especial relieve la exigencia de soportar el peligro para el autor. Ya al aludir a esta cuestión al final de nuestro comentario sobre el estado de necesidad justificante, hemos señalado la concurrencia de ciertas calidades específicas y de garante de quienes, olvidando sus obligaciones, trataban de ampararse en la parcela del estado de necesidad justificante.

Para la exclusión del efecto exculpante del estado de necesidad, en los casos del deber jurídico de afrontarlo, resulta decisiva la *modificación del contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho*. A las personas a las que se imponen deberes de aquella naturaleza, por virtud de su profesión o de sus actividades, se les exige el dominio del instinto de conservación, incluso en el caso límite de una amenaza de peligro para su vida, porque la comunidad ha de confiar en las mismas precisamente bajo tales circunstancias, y se delinean con precisión los contornos de una *calidad de garante*, con relación a las víctimas, como una fuerte de obligación para el agente de soportar el peligro. En suma: existe una relación estrecha, directa y especial entre el agente y los bienes en colisión (militares, policías, bomberos, salvavidas, guías de montaña, etcétera).

Obviamente, de conformidad con el texto legal, tendrá relieve la posibilidad de que el peligro sea evitable por otros medios, y en la gradualidad de estas circunstancias y de las anteriormente mencionadas jugará un papel importante el arbitrio judicial, naturalmente dentro de la escala de máximos y mínimos establecidas.

En cuanto al *derecho comparado*, en términos generales puede decirse que en el estado de necesidad exculpante la relación existente entre los bienes, en función de su jerarquía valorativa, juega un papel importante. Así, en Austria, existe el estado de necesidad individual como causa general de exculpación, sin la restricción a personas allegadas, exclusivamente limitado por la adecuada relación entre los bienes en conflicto y el baremo de culpabilidad objetivado, desarrollado, sobre todo, por Nowakowski.

En Suiza, la interpretación se proyecta en el sentido de que el bien jurídico en peligro debe ser —por lo menos— tan valioso como el bien lesionado. En Francia, el Código Penal contiene la *contrainte* como causa de exculpación; sin embargo cabe señalar que la jurisprudencia utiliza muy restrictivamente la estimación de casos de estado de necesidad. En Italia, el ordenamiento jurídico-penal hace expresa mención del principio de proporcionalidad. En el derecho del *Common Law*, tanto en el inglés como en el americano, el sacrificio de una vida ajena para salvar la propia se reputa punible.

En España, el inciso 7 del artículo 8 del Código Penal no distingue entre estado de necesidad justificante y exculpante, encontrando su límite en la equivalencia de los bienes jurídicos concurrentes. En Holanda, la jurisprudencia ha rechazado el estado de necesidad exculpante, no obstante que las corrientes dogmáticas adelantaron un cambio de criterio.

## **V. CONSIDERACIONES FINALES**

Se ha hablado mucho sobre el sentido finalista de la reforma del 10 de enero de 1994. En algunos casos esto es completamente cierto;

en otros habría que decir que sigue detectándose una especie de equilibrio con muchos elementos procedentes del causalismo. En el supuesto que nos ocupa, la distinción entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad exculpante tiene clara ascendencia finalista, aunque no fuera desconocida en el causalismo, pero el matiz que la redacción actual ha establecido en la fracción V del artículo 15 del Código Penal federal sin duda se aliena con los predicamentos derivados del finalismo.

De este modo, en Alemania, el estado de necesidad justificante exige que la situación de necesidad no haya sido provocada *intencionadamente* por el agente y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, *obligación de sacrificarse*; la coincidencia es evidente en lo esencial y ello nos exime —después de lo anteriormente dicho— de mayores comentarios.

Por lo que hace al estado de necesidad exculpante, el derecho alemán se conduce con mayor rigor, y su relevancia jurídico-penal queda proyectada en una atenuación punible, que inclusive puede ser omitida en casos excepcionales. La conducta, en estado de necesidad, tiene que ser el último recurso, la última *ratio*. Entre varias posibilidades, el autor ha de elegir el mal menor y perseguir subjetivamente el fin de salvación. De esta forma, la *teoría de la diferenciación* opera totalmente: la justificación se produce sólo en caso de estado de necesidad justificante; en los otros supuestos opera la exculpación.

Finalmente cabría preguntarse: ¿Hay posibilidad de mejorar la redacción efectuada o, por el contrario, estamos en presencia de una obra jurídica acabada? La respuesta es que la perfectibilidad de los institutos jurídicos, y el estado de necesidad es uno de ellos, es un desafío constante para la ciencia del derecho penal y un deber también permanente para el legislador.