



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

REFLEXIONES SOBRE LAS REFORMAS PENALES DE 1984  
REALIZADAS EN EL ESTADO DE NECESIDAD

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
BLANCA IRIS RAMÍREZ LORENZANA

Asesor de Tesis: Dr. Eduardo López Betancurt



México, D. F.

1988



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

CAPITULO PRIMERO.- CONSIDERACIONES GENERALES

- 1.- Elementos del delito
- 2.- La antijuridicidad
- 3.- Clasificación de la antijuridicidad
- 4.- Causas de Justificación o Licitud
- 5.- Terminología empleada sobre este aspecto negativo
- 6.- Concepto y Clasificación de las causas de justificación.
  - a) Legítima defensa
  - b) Estado de necesidad
  - c) Cumplimiento de un deber
  - d) Ejercicio de un derecho
  - e) Impedimento legítimo
  - f) Obediencia jerárquica
- 7.- Antecedentes históricos del estado de necesidad:
  - a) Derecho Indú
  - b) Derecho Musulmán
  - c) Derecho Griego
  - d) Derecho Romano
  - e) Derecho Germánico
  - f) Derecho Canónico
  - g) Derecho Medieval y Común
  - h) Derecho Mexicano
  - i) Derecho Español
  - j) Derecho Italiano

8.- Conceptos Doctrinales del estado de necesidad

- a) Cuello Calón
- b) Garraud
- c) V. Manzini
- d) Von Litz
- e) Pavón Vasconcelos
- f) Porte Petit

9.- Diversos Conceptos Legales del estado de necesidad

- a) Código Penal de 1871
- b) Código Penal de 1929
- c) Código Penal de 1931 (antes de las reformas penales de 1984)
- d) Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal de 1949.
- e) Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal de 1956.
- f) Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.
- g) Código Penal de 1931 (después de las reformas penales de 1984).

- 10.- Fundamento y Naturaleza del estado de necesidad
  - a) Teorías neutralistas
  - b) Teorías subjetivas
  - c) Teorías objetivas
  - d) Opinión nuestra.
  
- 11.- Ubicación del estado de necesidad en la teoría del delito.
  
- 12.- Hipótesis que se presentan en el estado de necesidad
  - a) Cuando el bien salvado es de mayor valor que el sacrificado
  - b) Cuando es de igual valor.
  - c) Cuando el bien salvado es de menor entidad que el sacrificado.
  
- 13.- Diferencias y analogías entre el estado de necesidad y la legítima defensa.

#### CAPITULO SEGUNDO.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

- 1.- Requisitos Positivos del estado de necesidad
  - A) Necesidad
    - a) Nuestra legislación
    - b) Opinión nuestra
  - B) Un peligro
    - a) Hipótesis que se presentan en el peligro
    - b) Gravedad o no del peligro en el estado de necesidad.

- c) Nuestra legislación
  - d) Opinión nuestra
  - C) Real
    - a) Estado de necesidad putativo
    - b) Nuestra legislación
    - c) Opinión nuestra
  - D) Actual
  - E) Inminente
    - a) Diferencia entre actualidad e inminencia
    - b) Nuestra legislación
    - c) Punto de vista de los Proyectos de Códigos Penales de 1958 y 1963, sobre este particular.
    - d) Opinión nuestra.
- 2.- Requisitos Negativos del estado de necesidad
- A) No provocación dolosa ni culposa del peligro.
    - a) Teorías de la culpabilidad
      - a') Psicologista
      - b') Normativista
    - b) Formas de culpabilidad
      - a') Dolo
      - b') Culpa
      - c') Preterintencionalidad
    - c) Nuestra legislación
    - d) Opinión nuestra
  - B) Que no se tenga el deber jurídico de obrar
    - a) Nuestra legislación

- b) Punto de vista de los Proyectos de Códigos Penales de 1949, 1958 y 1963 sobre este particular
- c) Opinión nuestra

#### CAPITULO TERCERO.- PROBLEMÁTICA DEL ESTADO DE NECESIDAD

- 1.- El estado de necesidad a favor de un tercero
  - a) Nuestra legislación
  - b) Opinión nuestra
- 2.- Estado de necesidad con relación de quien interviene a favor del que lo ha provocado
- 3.- ¿Puede acogerse al estado de necesidad el individuo que va en auxilio del que tiene el deber legal de sufrir el peligro?
- 4.- Animus Conservationis
  - a) Nuestra legislación
- 5.- Bienes Tutelados en el estado de necesidad
  - a) Nuestra legislación
  - b) Opinión nuestra
  - c) Conflicto de bienes
- 6.- Exceso en el estado de necesidad
  - a) Nuestra legislación

#### CAPITULO CUARTO.- CASOS ESPECIFICOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

- 1.- El Robo.Famélico o necesario
  - a) Naturaleza jurídica del robo necesario
  - b) Opinión nuestra

- c) Requisitos legales del robo famélico
  - d) Innesaria reglamentación del robo famélico en forma específica.
- 2.- El aborto Terapéutico.

**CAPITULO QUINTO.- DERECHO COMPARADO EXTRANJERO**

- 1.- Código Penal de la Argentina
- 2.- Proyecto de 1974 de la Argentina
- 3.- Código Penal de Bolivia
- 4.- Código Penal de Colombia
- 5.- Anteproyecto de Código Penal de Colombia de 1974
- 6.- Proyecto de Código Penal de Colombia de 1976
- 7.- Código Penal de Costa Rica
- 8.- Código Penal de Cuba
- 9.- Código Penal de Chile
- 10.- Código Penal de Ecuador
- 11.- Código Penal de el Salvador
- 12.- Código Penal de Guatemala
- 13.- Código Penal de Honduras
- 14.- Código Penal de Nicaragua
- 15.- Código Penal de Panamá
- 16.- Proyecto de Código Penal de Panamá 1970.
- 17.- Código Penal de Paragua.
- 18.- Código Penal de Uruguay
- 19.- Código Penal de Venezuela
- 20.- Proyecto de Código Penal de Venezuela 1969.

- 21.- Código Penal Alemán
- 22.- Proyecto Alemán de 1962
- 23.- Proyecto Alternativo Alemán de 1966.
- 24.- Código Penal Español
- 25.- Jurisprudencia relativa al estado de necesidad.

CONCLUSIONES

CAPITULO PRIMERO 1

CONSIDERACIONES GENERALES

## I.- CONSIDERACIONES GENERALES

El objetivo del presente trabajo consiste en el estudio de una de las causas de justificación denominada estado de necesidad, contenida en el artículo 15 fracción IV, del Código Penal vigente para el Distrito Federal, como circunstancia excluyente de responsabilidad penal.

El estado de necesidad, es una institución muy rica que ha sido tratada por los penalistas desde diferentes puntos de vista. Antes de iniciar su análisis procederemos a realizar una breve introducción respecto a la teoría del delito, los elementos que la integran y las formas de manifestarse el mismo. En la doctrina hay teorías tendientes a conocer la composición del delito; mismas que pueden resumirse en dos:

- 1) doctrina denominada, concepción totalizadora o unitaria; y
- 2) Doctrina analítica o atomizadora.

Los seguidores de la primera consideran al delito como un bloque monolítico, presentándose como una entidad indivisible en sus elementos. es decir lo ve como un todo orgánico y de esa forma deberá ser estudiado para comprender su verdadera esencia; y con respecto a la segunda concepción, estudian el delito a través de sus elementos constitutivos, relacionados intrínsecamente, sin perder de vista la estrecha relación lógica entre ellos y sin negar su unidad. Ahora bien, de esta última doctrina encontramos diferentes teorías relacionadas con

el número de elementos que deben integrar al delito: dicotómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica.

Nosotros nos adherimos a la concepción analítica o atomizadora, pues consideramos que el delito debe ser analizado mediante el fraccionamiento de cada uno de los elementos que lo comprenden, tomando en cuenta desde luego, la íntima relación que los une y su insustituible existencia.

#### 1.- ELEMENTOS DEL DELITO

El Código Penal de 1931 en su artículo 7o. define al delito "como el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Como observamos, el concepto legal del delito corresponde a una concepción dicotómica.

Ahora bien, los elementos de esta figura jurídica pueden obtenerse relacionando el precepto citado con la Parte General de nuestro Ordenamiento jurídico penal vigente.

Así pues los elementos positivos del delito son:

- a) Conducta o hecho
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Imputabilidad

- e) Culpabilidad
- f) Condiciones objetivas de punibilidad
- g) punibilidad

y por razonamiento lógico, la concepción dogmática de su aspecto negativo está integrada por:

- a) Ausencia de conducta
- b) Atipicidad
- c) Inimputabilidad
- d) Causas de Justificación
- e) Inculpabilidad
- f) Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad
- g) Excusas absolutorias.

Nosotros enfocaremos el estudio al estado de necesidad como un aspecto negativo de la antijuridicidad (sin dejar de advertir que - constituye una causa de inculpabilidad cuando los bienes en conflicto son de igual entidad). Es por ello que en forma preliminar haremos referencia a la antijuridicidad, elemento positivo del delito y a las causas de justificación que operan como su aspecto negativo, ya que ambos elementos están íntimamente ligados con el tema que nos ocupa.

## 2.- LA ANTIJURIDICIDAD

Es un elemento positivo del delito que se traduce en la fórmula "Nullum crimen sine injuria".

Existen en doctrina numerosas opiniones en relación al concepto de antijuridicidad:

a) Raúl Carrancá y Trujillo al referirse sobre este particular escribe: "Entendemos por antijuridicidad la oposición a las normas de la cultura, reconocidas por el Estado". (1) Y continúa el mismo autor: "Cuando decimos oposición a las normas no nos referimos a la ley. Nos referimos a las normas de la cultura, o sea aquellas órdenes y prohibiciones por las que la sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses. (M.E.Mayer). Cuando estas normas de cultura son reconocidas por el Estado la oposición a ellas constituye lo antijurídico". (2)

b) Cuello Calón manifiesta sobre este respecto: "La acción humana para ser delictiva ha de estar en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución, ha de ser antijurídica; obra antijurídicamente el que contraviene las normas penales. La antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal; juicio que sólo recae sobre la acción realizada excluyendo toda valoración de índole subjetiva, por la cual la antijuridicidad tiene carácter objetivo". (3)

c) Hanz Weisel expresa: "Antijuridicidad es el desacuerdo de

(1) y (2) Derecho Penal Mexicano. Tomo I. Parte Gral. 5a. Edición. Editorial: Antigua Librería Robredo. S.A. Capítulo X. Pág. 211.

(3) Derecho Penal. Parte Gral. Capítulo XII. Editorial Nacional 1948. Pág. 229.

la acción con las exigencias que impone el derecho para las acciones - que se realizan en la vida social. Es el disvalor jurídico que corresponde a la acción a consecuencia de esa divergencia". (4)

d) Petrocelli opina sobre este elemento del delito lo siguiente "... La antijuridicidad, en particular, es una nota que colora por sí misma cada parte del delito y por tanto, bien puede definirse, bajo este aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos. Esta permeabilización de todas las partes del ilícito, conduce en ocasiones a confundir la antijuridicidad con el hecho antijurídico; confusión que debe evitarse con todo esmero. La antijuridicidad expresa simplemente una relación de contradicción entre la norma y el hecho; el hecho jurídico, en cambio, es el objeto del calificativo jurídico llamado antijuridicidad". (5)

Nosotros estimamos que la antijuridicidad es un elemento del delito y se presenta cuando se realiza una conducta adecuada al tipo; misma que se tendrá como antijurídica en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación.

(4) Derecho Penal. Parte General. Capítulo I. Pág. 57.

(5) Citado por Celestin Porte Petit. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". Editorial Porrúa, S.A., Págs. 482 y 483. Décima Edición. México 1985.

### 3.- CLASIFICACION DE LA ANTIJURIDICIDAD

Sobre la clasificación de la antijuridicidad encontramos varios criterios:

- 1o. Los que consideran que la antijuridicidad es formal,
- 2o. Los que únicamente contemplan la antijuridicidad material,
- 3o. Aquellos que aceptan tanto la antijuridicidad formal como material, y
- 4o. Los que defienden la coexistencia conjunta de ambas.

### 4.- CAUSAS DE JUSTIFICACION O LICITUD

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad, cuya existencia da lugar a que no se configure el delito; es decir, la conducta o hecho realizada no es contraria a derecho y esta conformidad puede sobrevenir de la ley penal o de cualquier otro ordenamiento jurídico penal público o privado.

### 5.- TERMINOLOGIA EMPLEADA SOBRE ESTE ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO

Dentro de la doctrina, generalmente se emplea el término Causas de justificación; sin embargo algunos penalistas consideran impropia esta expresión, manifestando que si la conducta realizada por el sujeto es lícita, indudablemente no debe hablarse de que esté justificada.

ficada, porque desde su inicio está facultada, consentida, conforme a derecho. Por consiguiente la denominación correcta es Causa de licitud. Otros como Jiménez de Asúa estiman correcto el nombre de Causas de justificación, "... pues lo que en ellas desaparece es lo injusto; es decir, no sólo el delito, sino la injuria, en su vasto sentido, pues no se elimina una simple característica del delito, sino la esencia de toda la acción injusta".(6) Asimismo existen tratadistas que no utilizan ninguna de las expresiones señaladas, sino que las llaman "Causas objetivas de exclusión del delito".

#### 6.- CONCEPTO Y CLASIFICACION DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Encontramos en materia penal numerosos conceptos y clasificaciones sobre este particular que a continuación se señalan:

a) Castellanos Tena define a las causas de justificación como "aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica". (7) Y las clasifica de la manera siguiente:

- 1.- Legítima defensa
- 2.- Estado de necesidad (si el bien sacrificado es de menor valor que el salvado).
- 3.- Cumplimiento de un deber

(6) Citado por Celestino Porte Petit. Ob.Cit. Pág. 492.

(7) Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Pág. 175. 5a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. Capítulo XVI.

- 4.- Ejercicio de un derecho.
- 5.- Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara al cumplimiento de un deber.
- 6.- Impedimento legítimo". (8)

b) Celestino Porte Petit manifiesta: "Existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante". (9) Señala la clasificación que a continuación se expresa:

- "1.- Legítima defensa,
- 2.- Estado de necesidad (cuando el bien sacrificado es de menor importancia que el salvado),
- 3.- El cumplimiento de un deber.
- 4.- El ejercicio de un derecho consignado en la ley,
- 5.- Impedimento legítimo." (10)

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, no precisa en forma particular a las causas de justificación, pero se refiere a ellas en el capítulo cuarto, artículo 15 bajo el rubro de "Circunstancias excluyentes de responsabilidad penal", detallándolas atropelladamente desde la vis absoluta hasta el caso fortuito, límite de la culpa

(8) Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Pág. 175. 5a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., Capítulo XVI.  
(9) y (iv) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Págs. - 493 y 496. 10a. Edición. Editorial Porrúa, S.A.

bilidad.

Dogmáticamente concluimos que son verdaderas causas de justificación las señaladas en las siguientes fracciones del artículo 15 de nuestro ordenamiento jurídico:

- a) Legítima defensa (fracción III).
- b) Estado de necesidad (fracción IV en la hipótesis de que el bien salvado sea de mayor valor que el sacrificado en base al interés preponderante).
- c) El cumplimiento de un deber (fracción V)
- d) El ejercicio de un derecho (fracción V)
- e) El impedimento legítimo (fracción VIII).

A continuación nos referiremos en forma particular a las que consideramos verdaderas causas de justificación:

a) LEGÍTIMA DEFENSA:

Edmundo Mezger la define como "aquella defensa que es necesaria para alejar de sí o de otro un ataque actual y antijurídico". (11)

Celestino Corte Pasco señala: "Se puede definir esta causa de justificación como el contraataque (o repulsa) necesario y propor-

(11) Derecho Penal. Tomo I. Editorial Bibliográfica Argentina, Pág.168.

cional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aun cuando haya sido provocada insuficientemente". (12)

En nuestro ordenamiento jurídico penal vigente, la legítima defensa se encuentra regulada en la fracción III, del artículo 15 en los términos siguientes: "Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende..."

b) ESTADO DE NECESIDAD (hipótesis de que el bien salvado sea de mayor valor que el sacrificado).

El estado de necesidad es el tema que se desarrollará en la investigación que nos ocupa, por lo cual no nos extenderemos más sobre este particular.

c) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

Edmundo Mezger al escribir sobre el cumplimiento de un deber nos dice: "No actúa antijurídicamente el que proceda en virtud de un mandato legítimo obligatorio. El que obra en virtud de un mandato antijurídico obligatorio, queda exculpado y, en consecuencia impune".(13)

(12) Ub. Cit. Pág. 501.

(13) Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Pág. 177, Ub.Cit.

El cumplimiento de un deber se encuentra reglamentado en la fracción V del artículo 15, del Código Penal Vigente para el Distrito Federal que a la letra dice: "Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho".

Ahora bien, los deberes cuyo cumplimiento impiden el nacimiento de la antijuridicidad pueden derivar de:

1) Una norma jurídica, pues la exclusión de la antijuridicidad se subordina al cumplimiento de un deber consignado en la ley.

2) Una orden de autoridad. Entendemos por tal manifestación la voluntad del titular de un órgano revestido del imperio con pleno reconocimiento del derecho a través de la cual se exige al subordinado un comportamiento determinado, estableciéndose una vinculación entre ambos.

#### CLASES DE CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

1) Deberes de servicios: Son los prestados por los servidores públicos.

2) Deberes impuestos a los particulares.

3) Deberes impuestos en los instantes de necesidad o urgencia.

4) Deberes de denuncia u ocultar.

- 5) Deberes impuestos a profesionales.
- 6) Deberes de testigos.
- 7) Deber de guardar secreto, etc....

d) EJERCICIO DE UN DERECHO

Esta causa de justificación la definimos como el ejercicio de una facultad de actuar atribuida al sujeto por una norma jurídica para la satisfacción de un interés que precomine sobre el interés que se le opone.

La antijuridicidad, supone la existencia de una norma que prohíbe, pues en realidad lo jurídicamente prohibido no está permitido; en consecuencia una conducta no puede estar al mismo tiempo prohibida y permitida; de tal forma que dos normas contradictorias entre sí, una que permite y otra que prohíbe, no pueden ser ambas válidas. De esta manera el ejercicio de un derecho como causa de justificación o licitud, nace por el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado.

El ejercicio de un derecho se encuentra regulado en la fracción V del artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

e) IMPEDIMENTO LEGÍTIMO

La causa de justificación denominada Impedimento legítimo -

opera cuando el sujeto, teniendo la obligación de ejecutar el acto, se abstiene de obrar, por tener un impedimento; mismo que deriva de la propia ley, legitimando la conducta y haciéndola conforme a derecho lícita. Es decir, el impedimento legítimo se configura cuando no se puede cumplir un deber legal por cumplir otro deber también legítimo pero de mayor jerarquía o entidad. Esta causa de justificación se encuentra prevista en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal vigente en los siguientes términos: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal ... Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo".

Con respecto a esta causa de justificación opinamos que no debe incluirse en el Código Penal, porque el mismo ordenamiento resuelve el problema.

#### OBEDIENCIA JERARQUICA

Se presenta esta causa de justificación, cuando el inferior es legalmente obligado a obedecer justificando su conducta en la orden proveniente de su inmediato superior jerárquico. Sobre la naturaleza jurídica de la obediencia jerárquica, algunos autores la consideran como una causa de licitud o justificación, y otros como una verdadera causa de inculpabilidad. Nosotros nos adherimos a los que la contemplan como una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. Ahora bien, con relación a su reglamentación, se encuentra prevista en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal de 1931, de

la siguiente manera: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal... Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía".

Una vez que nos hemos referido a cada una de las causas de justificación o licitud, estimamos de trascendental importancia aludir a la iniciativa presidencial, que a la letra expresa: "Que al igual - que muchas otras normas del Código Penal vigente, el artículo 15 relativo a la fundamental materia de las excluyentes de responsabilidad, amerita profunda revisión".

Asimismo es importante apuntar que en 1964, se realizaron algunas reformas penales al artículo 15 de nuestro ordenamiento jurídico penal, que como sabemos se refiere a las circunstancias excluyentes de responsabilidad; mismas que a nuestro juicio fueron de contenido y forma de algunas fracciones del citado precepto, con las cuales si no se ha logrado resolver del todo el problema, al menos se ha obtenido una mayor claridad que facilita la interpretación de cada una de ellas. Sin embargo, proponemos que deberá prestarse mayor atención a este precepto legal, pues no debemos olvidar que el derecho es una institución que debe estar acorde con los cambios de la sociedad, para de esta forma ser eficiente, aplicable y eficaz.

En el tema que nos ocupa, trataremos exclusivamente a las reformas de 1984, realizadas en el Estado de necesidad, abarcando natu--

ralmente esta causa de justificación desde diferentes puntos de vista: histórico, doctrinal y legal.

#### 7.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

En las más antiguas legislaciones se reconoció la impunidad de los actos ejecutados en estado de necesidad. Es por ello que dentro del marco histórico del derecho, encontramos algunos cuerpos legales que hacen referencia a esta institución jurídica; mismos que a continuación citaremos:

a) Derecho Indú.- Las leyes de manú regularon varios casos de este aspecto negativo del delito, entre ellos el robo famélico y el falso testimonio. El primero para superar el peligro representado por el hambre y el segundo, como medio de salvación de un Braharún.

b) Derecho Musulmán.- Los juristas musulmanes estudian el problema del estado de necesidad desde el punto de vista de la coacción y de la fuerza moral. Opinaban que la coacción puede excusar los actos cometidos bajo su impulso cuando se presentan las siguientes condiciones:

- 1o. la exigencia de un peligro que amenace la persona,
- 2o. el peligro debe ser real y no hipotético, y
- 3o. el acto ejecutado bajo el imperio de la coacción debe ser ilícito.

Como observamos los musulmanes consideraban que el sujeto - que realizara algún acto en el que se cumplieran los anteriores requisitos, era absuelto en virtud de haber obrado en estado de necesidad, resolviendo el problema en base a la violencia moral.

c) Derecho Griego.- Consideraban el estado de necesidad como obra de la fatalidad más que de la voluntad humana y por tal situación lo excluyeron de la ley.

d) Derecho Romano.- Se conocieron diversidad de casos de estado necesario, los cuales fueron regulados en la ley Aquilia, la Ley Rhodia de jactu, de incendio y naufragio *rate nave expugnata*. Sin embargo la aportación más relevante de los romanos sobre el tema que nos ocupa, consistió principalmente en establecer que cuando el individuo no pudiera tutelar sus derechos propios sin sacrificar los de otro, no cometía delito si su hecho lesionaba un derecho menor o de igual importancia de aquel en peligro. Es decir aquí nos encontramos con el problema de la igualdad y desigualdad de los bienes jurídicos en conflicto, de donde se deriva precisamente la naturaleza jurídica del estado de necesidad, y el peligro que actualmente prevalece como requisito positivo de esta figura jurídica.

e) Derecho Germánico.- Esta legislación fundamentaba la justificación del estado necesario en la conjunción de dos principios hábsicos; uno de ellos, la necesidad no tiene ley y el otro, el sentimiento característico de los germanos. Ahora bien, los casos de necesidad

contemplados por las leyes y la costumbre germana amparaban a tres categorías de personas:

- 1o. Los viajeros,
- 2o. Mujeres embarazadas, y
- 3o. Los pobres que se encontraban en situación de necesidad.

f) Derecho Canónico.- Consideramos de suma importancia referirnos a esta legislación, como antecedente histórico del estado necesario. El Derecho canónico aplica constantemente el principio de la necesidad. Además se exige que la necesidad sea inevitable y presente, verdadera y no simulada, y que no se deba a culpa de quien la sufre. Por otro lado se discute en el derecho canónico si el estado necesario se admitía para salvar otros bienes diferentes a la vida o integridad personal. Al respecto la mayoría de los tratadistas opinan contrariamente, no obstante de que existieron varios casos de estado necesario en donde se salvaguardaban bienes diferentes a la vida o integridad física. Así por ejemplo: se justificaba el suicidio para salvar la castidad. Otra aportación interesante de los canonistas fue que fijaron el principio de: "La necesidad hace lícito lo que la ley declara ilícito ya que *necessitas legem non habet*". Ahora bien, el más importante estudio de los canonistas fue el realizado sobre el robo familiar; mismo que se declaró impune en la ley conocida con el nombre de: "La carga lina de 1532".

g) Derecho Medieval y Común.- Durante la edad media los penalistas se dedicaron particularmente al análisis del hurto familiar, pues era el tipo de estado de necesidad que con mayor frecuencia se presentaba en esta época, en virtud de las hambres que existieron en el transcurso de la etapa medieval.

h) Derecho Mexicano.- Los antecedentes más remotos que encontramos de estado de necesidad en México, están enunciados en el "Código Penal de Netzahualcoyotl", para Texcoco, en donde aparecía la exigencia de robar espigas de maíz por hambre.

i) Derecho Español.- En el derecho histórico de España hay algunos casos de estado necesario. Las partidas señalan los siguientes: "En la ley 3a, título XV, de la partida séptima, se establece que se excusa de la obligación de enmendar al que causó un daño en los bienes de otro, por defenderse o defender sus cosas; y luego, en la ley 12, del mismo título, se reconoce, más particularmente, el caso de necesidad con relación al fuego de la casa contigua a la vecina, absolviéndose de toda responsabilidad al que derribase la que está entre la suya y la que arde, porque además de evitar el perjuicio a su casa libra del fuego a la villa". (14)

j) Derecho Italiano.- En esta legislación a partir del siglo

(14) Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Pág.288. Editorial Lozada, S.A. Buenos Aires. 1953.

XII y siguientes hasta el XVI, el estado necesario se fundamentaba en dos puntos: el primero consistía en la satisfacción de una necesidad - vigente, como en los casos de los viajeros, pobres, enfermos, inválidos, etc..., y el segundo, en la necesidad de evitar un peligro, como en los casos de calamidad pública, incendio o inundación.

Posteriormente en la etapa intermedia del derecho italiano, se continuó considerando la justificante de la necesidad en relación - principalmente a los delitos contra la propiedad, cometidos para salvar la vida propia o a la ajena, el pudor, etc...

Como se observa en los tiempos menos antiguos, el estado necesario fue objeto de estudio de los teólogos, filósofos y prácticos - del derecho, que paso a paso fueron constituyendo la doctrina y el fundamento del estado de necesidad. Siendo a partir del siglo XVIII cuando se inicia el estudio general del tema objeto de la investigación - que nos ocupa.

## 8.- CONCEPTOS DOCTRINALES DEL ESTADO DE NECESIDAD

Existen numerosas definiciones de este aspecto negativo del delito dentro del marco de la doctrina. A continuación citaremos los principales:

a) Cuello Calón define el estado de necesidad como "una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente prote-

gidos, que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona". (15)

b) Garraud establece sobre este respecto: "El delito se comete en "estado de necesidad", cuando a consecuencia de un acontecimiento de orden natural o de orden humano, el agente se encuentra forzado a ejecutar la acción o la omisión delictiva para escapar él mismo o hacer escapar a otro de un peligro grave, inminente o inevitable de otro modo". (16)

c) V. Manzini expresa que "el estado de necesidad... como causa de no punibilidad, está constituido por una situación individual jurídicamente reconocida, por la cual el que se encuentra en ella se halla determinado a violar un mandato penal en propia o ajena salvaguarda y que tiene como efecto justificar el hecho proporcionado al peligro cuando la causa de tal peligro no puede atribuirse a la voluntad del agente". (17)

d) Von Litz, al referirse a esta causa de justificación, escribe: "Es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos". (18)

---

(15) Derecho Penal. Tomo I. Pág. 387. Bosch Editorial Urgel 51 bis. Barcelona.

(16) y (17) Citados por Jiménez de Asúa. Ob.Cit. Págs. 276 y 277.

(18) Tratado de Derecho Penal, Traducido de la segunda edición alemana por Luis Jiménez de Asúa. Pág. 352. Editorial Reus, S.A.

e) Pavón Vasconcelos manifiesta sobre este particular: "Caracterízase por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio".( 19)

f) Porte Petit establece: "Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley". (20)

Con relación al concepto del estado de necesidad nos permitimos transcribir dos tesis jurisprudenciales:

a) "Los tribunales estiman que el estado de necesidad es una condición tal, que la salvación de la persona o de los bienes, necesita la ejecución de un acto que en sí mismo es delictuoso". (Anales de Jurisprudencia, XIII, p. 694).

b) "Se caracteriza el estado de necesidad porque en él dos bienes jurídicos, en principio igualmente respetables, se ponen en conflicto y uno de ellos, por cualquier circunstancia, es sacrificado para que el otro se salve". (Anales de Jurisprudencia, XIV, p.243).

(19) Manual de Derecho Penal Mexicano. Pág.315. Editorial Porrúa.

(20) Ub. cit. Pág. 539.

## 9.- DIVERSOS CONCEPTOS LEGALES DEL ESTADO DE NECESIDAD

El propósito de este apartado consiste en analizar la evolución legislativa que ha tenido el estado de necesidad en los diferentes ordenamientos penales que han regulado el Distrito Federal desde el Código Penal de 1871 hasta el Código Penal vigente reformado de 1931.

### a) EL CODIGO PENAL DE 1871.

En este ordenamiento jurídico, no hay una reglamentación clara de esta figura, haciendo referencia de la misma en forma embrionaria en el Título segundo de la "Responsabilidad Criminal", en el artículo 34, fracción onceava en los términos siguientes:

"Art. 34.- Las circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal por la infracción de leyes penales, son:

XI.- Causar daño en la propiedad ajena para evitar un mal grave y actual, si concurren estos dos requisitos:

1o. Que el mal que se cause sea menor que el que se trata de evitar.

2o. Que para impedirlo no tenga otro medio practicable y menos perjudicial que el que se emplea".

Ahora bien, de la fracción décimo primero del artículo 34, se

desprenden los siguientes elementos:

1o. Un mal grave y actual, lo que significa que el mal debe ser presente y de importancia.

2o. Que el mal que se cause sea menor que el que se trate de evitar.

Indudablemente que en este requisito se está ante la proporcionalidad del mal; por lo que entendemos que el bien que se salva debe ser de mayor jerarquía que el sacrificado.

3o. El daño causado siempre va a recaer en la propiedad ajena.

Es decir, sólo se permite causar el daño en la propiedad ajena y esto se explica porque el Código Penal de 1871 es copia de la legislación española; misma que al regular el estado de necesidad únicamente se refiere a causar daño en propiedad ajena. Así tenemos el Código Penal español de 1848, 1850 y 1870.

4o. La acción realizada debe ser el medio más propio, y menor perjudicial.

Este elemento significa que el sujeto que actúa en estado de necesidad, debe hacerlo para proteger su bien en peligro procurando ocasionar el menor daño y cerciorándose previamente de que no exista -

más remedio que conducirse de esa manera.

Analizando la fracción décima primera, consideramos que de ella se desprende aunque en forma imperfecta la fórmula del estado de necesidad, pues este precepto sólo permite causar un mal en propiedad ajena, sin apreciar los casos en que entren en conflicto bienes diferentes a la propiedad.

b) CODIGO PENAL DE 1929.

Es importante mencionar que como todas las legislaciones al transcurrir de los años tienden a ser reformadas, con el objeto de adecuarlas a las necesidades de la sociedad, tal como ocurrió con el Código Penal de 1871; mismo que fue abrogado, quedando en su lugar el Ordenamiento Penal de 1929, el cual fue promulgado por el entonces Presidente de la República Mexicana Emilio Portes Gil.

El Código Penal de 1929, reglamenta el estado de necesidad - en el artículo 45, fracción VI en los siguientes términos:

"Art. 45.- Las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, es decir las de justificación legal son:

VI.- Causar daño en propiedad ajena por evitar un mal grave y actual, siempre que para impedirlo el causante no tenga otro medio practicable y menos perjudicial que el que empleó".

Como se observa, esta fracción casi es idéntica a la décimo primera del artículo 34, del Código Penal de 1871, pues lo que varía es la terminología utilizada y además que la fracción comentada no hace alusión a la proporcionalidad del mal.

c) CODIGO PENAL DE 1931 (ANTES DE LAS REFORMAS PENALES DE 1984).

El Código Penal de 1931 fue promulgado siendo Presidente de la República Pascual Ortiz Rubio. Este ordenamiento jurídico penal contempla el estado de necesidad en el capítulo cuarto, bajo el rubro de "Circunstancias excluyentes de responsabilidad" en la segunda parte de la fracción IV, del artículo 15, que textualmente establece:

"Art. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

IV.- El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No se considerará que obra en estado de necesidad aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro".

Con relación al contenido de la fracción que nos ocupa, opinamos que la primera parte se refiere a la vis compulsiva o fuerza mo-

ral. Asimismo, estimamos que la vis compulsiva no debe permanecer en dicha fracción, ya que es una figura diferente al estado de necesidad. Ahora bien, en relación a la segunda parte de la fracción citada, es decir al estado de necesidad nos permitimos efectuar las siguientes observaciones:

1o. No se hace alusión a la entidad de los bienes jurídicos en conflicto; en consecuencia sostenemos que el estado de necesidad es tá regulado defectuosamente pues incluye las tres hipótesis que operan en la justificante estudiada: cuando el bien salvado es de mayor, igual o menor jerarquía que el sacrificado.

2o. No se refiere a la provocación del peligro.

3o. No se hace extensiva la justificante del estado de necesidad a todos los bienes jurídicos, pues al separar los términos "persona" y "bienes", se entiende que con el primero se abarca la vida e integridad personal y con el segundo, los patrimoniales, dejando fuera varios bienes jurídicos salvaguardables por el derecho.

d) ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL DE 1949.

Este anteproyecto de Código Penal reglamenta el estado de necesidad en el Capítulo cuarto, artículo 15, fracción V que a la letra

dice:

"La necesidad de salvar su propia persona o sus bienes, o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial y el contraventor no haya provocado el estado de necesidad, ni se tratara de - aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro".

De la redacción del texto anterior nos permitimos efectuar - las siguientes observaciones:

1o. Continúa la misma tendencia del Código Penal de 1931, antes de las reformas penales de 1984, pues tampoco se refiere a la entidad de los bienes jurídicos en conflicto en el estado de necesidad.

2o. Se refiere a la provocación del peligro, a diferenencia del Código Penal de 1931 antes de las reformas.

3o. Se limita la protección de los bienes jurídicos en conflicto al igual que el Código Penal de 1931, pues también separa los términos "persona" y "bienes".

4o. Solamente se impide el amparo del estado de necesiendad, cuando el sujeto tenga el deber legal de sufrir el peligro, derivado del empleo o cargo, dejando fuera numerosos deberes legales, en -

los que no se puede alegar la eximente que nos ocupa.

e) ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL DE 1956.

El anteproyecto de 1956 prevé en la fracción II del artículo 12, el estado de necesidad en los siguientes términos:

"Por la necesidad de salvar un bien jurídico propio o de un tercero, de un peligro real, grave, actual o inminente, sacrificando otro bien jurídico de menor entidad, siempre que dicho peligro no hubiese sido provocado. Igualmente procederá el estado de necesidad cuando se trate de salvar un bien propio de igual valor.

Habrá delito con relación a aquél que tiene el deber jurídico de sufrir el peligro".

De la transcripción anterior se desprenden las siguientes observaciones:

1o. Se contempla la entidad de los bienes jurídicos en conflicto, en sus dos hipótesis, cuando el bien salvado es de mayor o igual jerarquía que el sacrificado.

2o. Se protegen todos los bienes jurídicos, pues ya no se re-

ce alusión a la separación de los términos "persona" y "bienes", refiriéndose exclusivamente a la expresión "bien jurídico".

3o. Se considera la provocación del peligro.

4o. Se adiciona el requisito de actual, al peligro.

5o. Se suprimen los términos "empleo o cargo" aludiendo únicamente al "deber jurídico".

f) PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO PARA LA REPUBLICA MEXICANA DE 1963.

Este proyecto, reglamenta el estado de necesidad en el artículo 23 fracción V, de la siguiente manera:

"Obrar por la necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro grave, actual o inminente, no ocasionado por el agente, siempre que la conducta sea proporcionada al peligro y no se tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

Del texto legal anterior se deducen las observaciones siguientes:

1o. Se contempla el valor de los bienes jurídicos en conflicto, abarcando las hipótesis de que el bien salvado sea mayor o igual que el sacrificado.

2o. Se protegen todos los bienes jurídicos ya que no se hace la separación de los términos "persona" y "bienes".

3o. Se refiere a la provocación del peligro.

4o. También se suprimen los términos de empleo o cargo, colocando la expresión "el deber jurídico".

g) EL CODIGO PENAL DE 1931 (DESPUES DE LAS REFORMAS PENALES DE 1984).

En 1984 se llevaron a cabo algunas reformas penales al Código Penal de 1931. Nos ocuparemos específicamente a las realizadas en el estado de necesidad regulado en la fracción IV, del artículo 15. - La redacción del precepto se formuló de la siguiente manera:

"Art. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

IV.- 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 imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontarlo, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance".

Del análisis del artículo reformado podemos establecer los siguientes razonamientos:

1o. Se separa la fuerza compulsiva del estado de necesidad, colocándola en la fracción sexta del citado precepto estudiado.

2o. Se suprimen los términos "persona" o "bienes", haciendo referencia, exclusivamente, a la expresión "bien jurídico", logrando con ello extender el amparo de la justificante a todos los bienes jurídicos.

3o. Con respecto a los requisitos del peligro se suprime el de "grave" y se adhiere el requisito de "actual".

4o. Se adiciona el requisito de no provocación del peligro, al disponerse "no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente" (requisito que será analizado en el capítulo siguiente).

5o. Se cambia la redacción de la última parte de la fracción IV del artículo 15, diciéndose "y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar"; situación que será analizada en el tema correspondiente.

#### 10.- FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL ESTADO DE NECESIDAD

Existen en doctrina infinidad de teorías que pretenden establecer el fundamento y naturaleza jurídica del estado necesario; mismas que han sido clasificadas y denominadas de diferentes formas según el criterio adoptado por los autores que las estudian. En seguida ci-

haremos algunas clasificaciones:

1) Sermet las divide en doce teorías:

1.- Vuelta al estado de naturaleza; 2.- violencia moral; 3.- teorías de las acciones mixtas: semivoluntarias y semiforzadas; 4.- debilidad humana; 5.- instinto de conservación; 6.- inutilidad de la ley penal; 7.- falta de temibilidad; 8.- teoría del simple delito; 9.- irrelevancia jurídica; 10.- la vida es un derecho absoluto; 11.- conflicto de derechos; y 12.- conflicto de bienes.

2) Combinando los criterios de Jiménez de Asúa y Alimena se establecen tres grupos de teorías:

- a) neutralistas
- b) subjetivas
- c) objetivas

a) Las teorías neutralistas colocan al acto necesario fuera del campo del derecho, entre las que citamos a:

1.- vuelta al estado de naturaleza; en esta teoría todos los bienes se tornan comunes; misma que fue adoptada por la iglesia y trata de justificar exclusivamente el apodamiento de alimentos y vestidos realizados bajo la imperiosa necesidad de calmar el hambre o cubrir la desnudez; justifica plenamente el robo familiar.

2.- El estado de necesidad queda fuera del derecho penal. Esta teoría sitúa al estado de necesidad fuera de los límites del derecho penal, considerándolo como un delito de carácter civil sujeto solamente a reparaciones de tal categoría.

3.- Teoría de la inutilidad práctica de la represión. - Esta tesis se formula de la siguiente forma: el hombre en situaciones de estado necesario se decide siempre por evitar el mal inmediato causando un daño ajeno, sin pensar en el mal remoto. La sanción que se impone carece en absoluto de penalidad, una pena inútil es injustificable; es por ello que el delito necesario debe quedar impune.

b) Las teorías subjetivas estiman intrínsecamente injusto el estado necesario pero lo disculpan por consideraciones subjetivas. Dentro de estas teorías encontramos las siguientes:

1.- Teoría de la propia conservación. Aparece en primer término la doctrina de Pufendorf "al alegar la irresistibilidad del instinto de conservación, es decir la importancia de la naturaleza humana ante la fuerza de ciertos instintos". (21)

La aportación del citado autor, se dice consistió en ser el primero en considerar a la NECESIDAD como un motivo general de impu

(21) Fernando Díaz Palos. El Estado de necesidad. Pág. 24. Editorial - Urgel bis Barcelona.

nidad, excusando no sólo los conflictos entre los bienes patrimoniales y la vida, sino también el homicidio necesario.

2.- Teoría de la violencia moral, es iniciada en el siglo XVI por el francés Tiraqueau. Seguida por los prácticos italianos; se formula estableciéndose que el acto realizado en estado necesario - es impune porque se realizó en una situación en la que el hombre tuvo que elegir coaccionado por la amenaza de un mal.

3.- Teoría de la debilidad humana. Los seguidores de - esta tesis fundamentan la impunidad del acto necesario en la debilidad humana.

4.- Teoría del positivismo.- La escuela positivista - concibe el estado de necesidad desde un punto de vista meramente subjetivo. Sus seguidores estiman que el móvil determinante en el delito - necesario no es antisocial, lo cual conduce a suprimir la temibilidad en el agente; por consiguiente debe permanecer impune, no porque el acto deje de ser objetivamente antijurídico sino por falta de peligro social.

e) Las teorías objetivas son aquellas que admiten las acciones necesarias plenamente justificadas, pero antes de explicar la categoría de las puramente objectivas, procedemos a señalar la existencia - de otras denominadas por la doctrina mixtas, las cuales tienen su base en la tesis de la propia conservación entre las que podemos señalar a las:

1.- Teoría mixta de colisión de intereses. Esta teoría tiene su fundamento en el instinto de conservación. Por ello es de carácter mixto, pues si el impulso de la conservación es de origen subjetivo, el acto que es su consecuencia entra en pugna con otro interés - ajeno y pierde su carácter criminal si es indispensable para mantener su propia existencia.

Ahora bien, dentro de las puramente objetivas señalamos las siguientes:

1.- La teoría objetiva de colisión de derechos o bienes. La fundamentación de esta tesis comienza con HEGEL quien habla - del conflicto de derechos al manifestar que "no permitir a un individuo salvaguardar su vida en peligro, sería negarle, de un golpe, todos los derechos". (22)

Posteriormente BEPNER sigue la trayectoria hegeliana. Con este autor se ha argumentado en la doctrina que comienza el verdadero camino tendiente a resolver el problema del fundamento y naturaleza del estado de necesidad, al determinar que no todos los casos de conflicto de intereses son iguales y por consiguiente debe tener fundamento diferente cuando se colisionan bienes desiguales, pues en estos casos el estado debe proteger el de mayor jerarquía y si son de igual valor, es

(22) Citado por Díaz Palos. Estado de Necesidad, Bosch Casa Editorial. Barcelona. Pág. 29.

tablece el tratadista citado estamos en presencia de una excusa basada en la debilidad humana. Otros penalistas consideran que la ley debe desentenderse del conflicto de bienes iguales, ejemplo (vida por vida), ya que el resultado del mismo es un verdadero caso fortuito.

2.- Teoría integral. Esta tesis es formulada por el penalista Sánchez Tejerina, quien manifiesta que cuando hay conflicto de bienes desiguales se constituye una causa de justificación como es el caso típico del hambriento que para no fallecer se apodera de bienes ajenos y, cuando son de igual valor estamos en presencia de una verdadera causa de inimputabilidad, por tratarse de situaciones de tal urgencia que eliminan la conciencia del acto o bien, de una mera excusa absolutoria, ya que aún siendo el sujeto consciente, pueden acogerse razones de utilidad como sucede en otras formas de excusas aceptadas por el derecho penal.

3.- El estado de necesidad como causa de justificación. Los seguidores de esta tesis estiman al estado de necesidad como una causa de justificación, basando su criterio en el principio de interés preponderante, manifestando que cuando se colisionan bienes de desigual valor jurídicamente protegidos, debe prevalecer el de mayor jerarquía configurándose en estos casos una verdadera causa de justificación.

4.- El estado de necesidad como causa de inculpabilidad. Los seguidores de esta tesis consideran al estado de necesidad como una causa de inculpabilidad exclusivamente, con fundamento en la

no exigibilidad de otra conducta, expresando que cuando entran en conflicto bienes de igual valor tutelados por el derecho, el acto es anti-jurídico pero sin embargo, no le es reprochable al agente, por no poderle exigir en esos casos una conducta distinta.

Las consecuencias que se derivan de las teorías puramente objetivas son diversas, ya que el estado de necesidad, puede figurar como una causa de justificación, de inculpabilidad, de inimputabilidad o como excusa absoluta. Por tal motivo estimamos de gran trascendencia la aportación de las teorías que fundamentan el estado de necesidad desde un campo objetivo, para resolver a nuestro juicio el problema que nos ocupa, en virtud de que se hace referencia en forma sistematizada de la entidad de los bienes jurídicos en el estado de necesidad de manera acertada.

#### d) OPINION NUESTRA

Nosotros pensamos que el estado de necesidad tiene su fundamento y naturaleza en la teoría del interés preponderante cuando se colisionan intereses de desigual valor, debiéndose proteger el de mayor jerarquía (causa de justificación), y en la no exigibilidad de otra conducta, -cuando existe conflicto de bienes de igual valor (causa de inculpabilidad). Lo que sucede en este último caso es que el sujeto actúa sin culpabilidad, o sea no se le puede formular ningún reproche por el acto realizado, habida cuenta de que no es posible exigirle un comportamiento diverso, aún cuando la conducta sea antijurídica.

## 11.- UBICACION DEL ESTADO DE NECESIDAD EN LA TEORIA DEL DELITO.

Existen en doctrina dos tesis para fijar la naturaleza jurídica del estado de necesidad: una denominada "Unitaria" y la otra de la "diferenciación, discriminación o dualista".

1.- Dentro de la tesis UNITARIA se encuentran:

- a) Los que estiman al estado de necesidad como causa de justificación tal como se desprende de lo anteriormente expuesto, o
- b) Como causa de inculpabilidad.

2.- Quienes sostienen la tesis de la diferenciación, consideran que se trata de una causa de licitud o de inculpabilidad según la hipótesis que se presente.

Sobre este particular opinamos que las tesis UNITARIA no debe aceptarse en virtud de que no resuelve el problema en su totalidad, por ser incompleta al referirse solamente a una de las hipótesis. Por consiguiente nos inclinamos por la dualista o de la diferenciación, ya que el estado de necesidad opera como causa de justificación o licitud en base al interés preponderante o bien, de inculpabilidad con fundamento en la no exigibilidad de otra conducta, según el caso que se trate; situación bilateral de la que surge el nombre de la tesis que nos ocupa en líneas anteriores.

## 12.- HIPOTESIS QUE SE PRESENTAN EN EL ESTADO DE NECESIDAD

En base a la valuación de los bienes jurídicos en conflicto se precisan tres supuestos:

- a) cuando el bien salvado es de mayor valor que el sacrificado,
- b) cuando es de igual valor,
- c) cuando el bien salvado es de menor entidad que el sacrificado.

De lo anterior se deduce que la primera hipótesis se trata de una causa de justificación de acuerdo al interés preponderante, en virtud de que siempre deben salvarse, los bienes de mayor jerarquía a costa del sacrificio de los menos importantes; en la segunda estamos en presencia de una causa de inculpabilidad, pues aún cuando la conducta que lesiona un bien de igual valor, es antijurídica, no le es reprochable al sujeto, ya que actúa sin culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta; y en el tercer supuesto, la acción efectuada constituye delito, dado que el bien sacrificado es de mayor entidad que el protegido.

## 13.- ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL ESTADO DE NECESIDAD Y LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Antes de establecer las analogías y diferencias entre estas dos figuras jurídicas es conveniente referirnos brevemente a la legítima

ma defensa.

La legítima defensa es una causa de justificación reglamentada en el artículo 15 fracción III del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

Con relación al concepto doctrinal de la defensa legítima existen en el marco de la doctrina diversas opiniones.

Nosotros la definiremos de la manera siguiente: Es el contraataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocado insuficientemente.

Ahora bien, los elementos que se desprenden del texto legal de la legítima defensa son:

- 1.- Una agresión.
- 2.- Actual o inminente.
- 3.- Sin derecho.
- 4.- Que de ella resulta un peligro inminente.
- 5.- No medie provocación suficiente.
- 6.- En defensa de bienes jurídicos propios.
- 7.- Que exista necesidad de la defensa o de los medios empleados.

El primer requisito significa que para que se configure la - legítima defensa es necesario en primer lugar que exista una agresión, que es la conducta con la cual el agente lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado. González de la Vega al referirse a este requisito escribe: "La condición primaria de la legítima defensa es una agresión. Se entiende por ella la embestida, el ataque, la actividad injusta, material o moral, que amenaza, pone en peligro o compromete intereses jurídicamente protegidos (vida, integridad corporal, libertad personal, libertad sexual, reputación, bienes patrimoniales, etc..." (23)

La agresión debe reunir los requisitos siguientes:

a, actual o inminente. El primero significa presente. La exigencia de ser actual la agresión excluye dos momentos: el pasado y el futuro. Es decir el término actual implica contemporánea al acto de defensa, que no representa una eventualidad más o menos lejana, sino que está aconteciendo en el momento. E inminente quiere decir que está por suceder prontamente.

b) sin derecho.- Antijurídica, ilícita, violadora de las normas de derecho. Si la agresión es justa, la reacción defensiva no puede quedar amparada por la ley.

2.- No medie provocación suficiente.- Es decir que dicha -

---

(23) Código Penal comentado Pág.81. México, Editorial Porrúa. 1939.

agresión no haya sido provocada suficientemente por el agente; basta - que exista esa provocación por parte del sujeto para que invalide la - legítima defensa.

3.- Que exista necesidad de la defensa o de los medios empleados. Significa que el sujeto amenazado por el peligro derivado de la agresión, se ve en la necesidad de defenderse o defender al sujeto - agredido y la necesidad de los medios empleados.

#### DIFERENCIAS ENTRE EL ESTADO DE NECESIDAD Y LA LEGITIMA DEFENSA.

De acuerdo con la tesis de "la diferenciación", podemos establecer las diferencias entre estas dos figuras jurídicas:

a) En el estado de necesidad hay una pugna de intereses legítimos procedentes de dos bienes igualmente protegidos por el Estado, y en la legítima defensa hay una colisión entre un interés ilegítimo del agresor y el bien jurídico protegido del atacado.

b) En el estado de necesidad hay una acción, y en la legítima defensa, una agresión ilegítima, y una repulsa a la misma por parte del perjudicado o agredido.

c) En el estado de necesidad los sujetos son inocentes, y luchan por salvaguardar al bien que se encuentra en peligro, mientras - que en la legítima defensa hay un sólo inocente, el injustamente agredido.

d) En el estado de necesidad el peligro puede sobrevenir de:

1.- Terceros que puede ser un inocente que para evitar un daño lesiona un bien de otro inocente.

2.- Animales o cosas de la naturaleza.

En la legítima defensa, el peligro surge por el agresor y no por un tercero, ni por causas naturales.

e) En el estado de necesidad existe un *animus conservacionis* y en la legítima defensa un *animus defendendi*.

f) En el estado de necesidad se puede obrar contra una cosa o un animal, y en la legítima siempre contra un sujeto.

g) El estado de necesidad tiene una doble naturaleza en virtud de que puede invocarse como causa de licitud o de inculpabilidad - por no exigibilidad de otra conducta y la legítima defensa siempre es una causa de justificación.

h) En el estado de necesidad existe reparación civil del daño, cuando los bienes en colisión son de igual valor jurídico, es decir cuando estamos en presencia de inculpabilidad y en la legítima defensa no existe reparación del daño.

i) En el estado de necesidad es obligada la fuga, cuando el peligro se puede evitar, y en la legítima defensa solo procede en algu

nos casos.

**ANALOGIAS ENTRE EL ESTADO DE NECESIDAD Y LA LEGÍTIMA DEFENSA.**

a) Ambas son causas de licitud.

b) En el estado de necesidad y en la legítima defensa la inminencia y actualidad del peligro son requisitos característicos.

c) Cuando el estado de necesidad es causa de justificación - no cabe la reparación del daño, al igual que en la legítima defensa.

CAPITULO SEGUNDO 11

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

## II.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad que opera como aspecto negativo del delito, se encuentra integrado por elementos, que han sido enumerados en la doctrina y en las diferentes legislaciones penales vigentes en diversas sociedades. A continuación citaremos algunas clasificaciones de carácter doctrinal, expresadas por varios penalistas:

a) Cuello Calón considera que el estado de necesidad debe reunir los siguientes requisitos:

- 1o. Amenaza de un mal o peligro, grave actual o inminente.
- 2o. Que dicho mal o peligro sea injusto.
- 3o. Imposibilidad de evitar el mal por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno, pues si existiera otro menos perjudicial de evitarlo el estado de necesidad desaparece.
- 4o. Que el necesitado no haya dado lugar con su conducta intencional al surgimiento del estado de necesidad". (24)

b) Jiménez de Asúa sintetiza en cuatro los elementos del estado necesario:

- 1o. existencia de un peligro actual o inminente.

---

(24) Derecho Penal, Parte Gral. I, Págs. 390 y 391, Bosch. Casa Editorial, S.A. Barcelona.

- 2o. Ilegitimidad del mal que se trata de evitar.
- 3o. Necesidad del acto.
- 4o. Proporción debida entre el bien que se salva y el bien que se sacrifica". (25)

c) Fernando Castellanos Tena señala los requisitos:

- 1o. Una situación de peligro, real, actual o inminente;
- 2o. Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente;
- 3o. Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno);
- 4o. Un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y
- 5o. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente". (26)

d) Para carrancá y Trujillo se requiere:

- 1o. Necesidad de la acción.
- 2o. Un peligro cierto injusto e inminente.
- 3o. Que haya desproporcionalidad entre el bien que se trata de salvar y el que se tiene que sacrificar, correspondiendo al -

(25) Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Pág. 383. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires 1953.

(26) Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Parte Gral. Pág. 206. 14a. Edición. Editorial Porrúa, S.A.

primero jerarquía de más alto valor". (27)

e) Pavón Vasconcelos señala los siguientes requisitos del estado necesario:

"1o. La existencia de un peligro real, grave e inminente.

2o. Que ese peligro recaiga en bienes jurídicos.

3o. Que el peligro no haya sido provocado dolosamente.

4o. Que se lesione o destruya un bien protegido por el Derecho.

5o. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para superar el peligro". (28)

f) Puig Peña enumera los siguientes requisitos:

"1o. Que exista la evidencia de un peligro, grave, actual, o inminente,

2o. Que ese peligro se cierna sobre algunos de nuestros bienes jurídicos,

3o. Que no exista otro medio de evitar el mal que nos amenace,

4o. Que los intereses en peligro estén protegidos por el derecho". (29)

(27) Derecho Penal Mexicano. Pág. 552. Editorial Porrúa, S.A. 15a. Edición. México 1986.

(28) Manual de Derecho Mexicano. Parte Gral. Págs. 320-321-322 y 323. 4a. Edición. Editorial Porrúa, S.A.

(29) Derecho Penal. Parte Gral. Pág.411-412, Tomo I, 5a.Edición. Editorial Barcelona.

g) Celestino Porte Petit expresa los siguientes requisitos:

- 1o. Un peligro,
- 2o. Real,
- 3o. Grave.
- 4o. Inminente.
- 5o. Que no exista otro medio practicable y menos perju-

dicial, y

- 6o. Que no tenga el deber legal de sufrir el peligro". (30)

h) Maggiore señala los siguientes elementos:

- 1o. Un peligro actual e inevitable.
- 2o. Un peligro de grave daño personal.
- 3o. No haber dado voluntariamente causa al peligro.
- 4o. La necesidad de salvarse o salvar a otro.
- 5o. La proporción entre el hecho y el peligro". (31)

El Código Penal de 1931 antes de las reformas penales de 1984, reglamenta el estado de necesidad en la fracción IV del artículo 15. - De la redacción del precepto se desprenden los siguientes elementos:

a) Un peligro

(30) Ob.Cit. Pág. 544.

(31) Derecho Penal. Parte Gral. pág. 423. Editorial Temis Bogotá 1971.

- b) Real
- c) Grave
- d) Inminente
- e) Siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.
- f) Por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro.

Ahora bien, de la fracción IV del artículo 15 de nuestro ordenamiento jurídico penal, reformada, se deducen los elementos que a continuación se mencionan: mismos que han sido divididos por su estudio en positivos y negativos. Dentro de los primeros citamos a la:

- a) Necesidad.
- b) Un peligro.
- c) Real.
- d) Actual.
- e) inminente.

y los segundos son:

- a) Que no se tenga el deber legal de obrar.
- b) No provocación dolosa o culpable del estado de necesidad.

Debe tenerse presente que para que se asegure este aspecto negativo del delito tienen que satisfacerse todos y cada uno de los elementos que lo comprenden. En su defecto, si faltare uno de ellos, se tendrá por satisfecho el elemento positivo del delito denominado ag

tijuridicidad de la conducta típica.

1.- En el presente capítulo nos ocuparemos del tratamiento - de cada uno de los elementos positivos que constituyen al estado de necesidad.

#### A) NECESIDAD COMO REQUISITO POSITIVO DEL ESTADO NECESARIO

Sobre este particular encontramos en la doctrina diversas - opiniones:

Ranieri escribe que la necesidad "significa imposibilidad de evitar el peligro de otro modo que cometiendo el hecho". (32)

Antolisei manifiesta que "se exige, por tanto, no una simple necesidad sino una necesidad apremiante, una verdadera y propia inevitabilidad, lo que significa que no debe ser en algún modo posible esquivar el peligro con otros hechos". (33)

Es decir, ante una situación de necesidad el agente deberá - estar en la imposibilidad absoluta de evitar el dano, no quedando otra alternativa mas que el sacrificio del bien jurídico ajeno, ya que si - existiere otro medio más adecuado que le permita evitar lesionar otro bien amparado por la ley, cesará el estado de necesidad configu-

(32) Diritto Penale, pág. 129. Milano, 1945.

(33) Manuale di Diritto Penale, Pág. 219. Milano, 1955.

rándose una acción antijurídica o ilícita.

Jiménez Huerta al referirse a la necesidad expresa: "La situación de peligro para un bien jurídico, que es la base fáctica del estado de necesidad, obliga a quien afecta a realizar una acción lesiva para salvarle. Esta acción lesiva sólo debe emprenderse, cuando, ante la realidad, gravedad e inminencia del peligro, resulte necesaria para salvaguardar el bien jurídico de que se trate. Y como la acción lesiva sólo es necesaria cuando fuere inevitable, es obvio que en el concepto de necesidad hállase insito el de inevitabilidad..." (34) Continúa diciendo el citado autor: "Si otro medio es posible para librarse de la situación de peligro, no será jamás legítima la lesión de un bien de un tercero inocente. Cuando sea posible esquivar el peligro sin lesionar los intereses jurídicos ajenos, quien así no lo hiciere realizará una acción antijurídica plenamente inculpada. No se trata aquí de reaccionar contra un injusto agresor frente al cual la fuga o algún otro medio que no sea la reacción lesiva puede considerarse, - por algunos, indigna o humillante, sino de lesionar un bien de un individuo inocente, por lo cual la tal lesión debe representar propiamente el último medio, el postrer recurso, la extrema ratio para salvarse..." (35)

a) Nuestra legislación al referirse a este elemento positivo del estado de necesidad, utiliza dos términos: el de "necesidad" y -

(34) y (35) La antijuridicidad. Págs. 329, 330 y 331. Editorial Imprenta Universitaria, 1952.

"siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance". La mayoría de los autores opinan que ambas expresiones tienen el mismo significado, ya que implican a la inevitabilidad. Es decir, imposibilidad de impedir causar el daño a un sujeto inocente. Sobre estas consideraciones encontramos varios puntos de vista dentro de la doctrina:

Jiménez de Asúa al hablar de la expresión "que no haya otro medio de evitarlo sin producir perjuicio", escribe: "Debe exigirse la condición de que el necesitado no pueda evitar el peligro de otro modo. La inevitabilidad, tiene su origen en la doctrina Carrariana y es por demás conocida". (36) Continúa diciendo el mencionado autor: "No deja de tener esta circunstancia de inevitabilidad, como parte de la necesidad cierta autonomía. El requisito de acto necesario nace que surja la inevitabilidad, pero el requisito de necesidad se antepone y condiciona a aquélla. En concreto puede presentarse la actuación necesaria como tal, pero el acto in specie que empleamos para evitar el daño, - puede no ser preciso porque el peligro era evitable de otro modo. Si una mujer necesita cubrir su desnudez, por hallarse en trance ineludible de ello, y para vestirse se apodera de un traje de gala costosísimo, pudiendo tomar uno más sencillo e incluso más abrigado, el mal que ocasiona al propietario del almacén de donde se sustrae la ropa no puede ser justificado, por ser evitable ese perjuicio". (37)

(36) y (37) La ley y el delito. Pág. 317. Principios de Derecho Penal. Ed. Sudamericana. Buenos Aires. 1978. 5a. Edición.

Cuello Calón manifiesta que se requiere "Imposibilidad de evitar el mal por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno, pues si existiere otro menos perjudicial de evitarlo el estado de necesidad desaparece". (38)

Puig Peña opina al respecto: "Es claro que si existe otro medio menos perjudicial de evitar el mal, el estado de necesidad desaparece. Existe, pues, una subsidiaridad del acto 'necesario' que provoca la sanción cuando ha sido posible evitar el mal de otra manera". (39)

Pavón Vasconcelos piensa sobre este requisito de la siguiente manera: "Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para superar el peligro. La exigencia legal hace inevitable el uso del medio y la lesión del interés ajeno, lo cual significa la imposibilidad de superar el peligro de manera diversa". (40)

Maggiore escribe: "Es preciso que el peligro sea inevitable. Pues si se pudiera evitar de otra manera -aún con la fuga-, sin sacrificar un bien o un interés ajeno, ya se estaría fuera del estado de necesidad". (41)

(38) Derecho Penal. Pág. 391. Bosch Casa Editorial. Barcelona.

(39) Derecho Penal. Parte Gral. Tomo I. Pág. 412. Editor el Graf. Río Rosas. 57 Barcelona. 5a. Edición.

(40) Manual de Derecho Mexicano. Parte Gral. 4a. Edición. Pág. 323. Editorial Porrúa.

(41) Ob. Cit. pág. 424.

Díaz Palos expresa sobre este respecto: "El acto necesitado será tal, si el mal que se ocasiona es inevitable. Esta es nota primordial e inherente al concepto de necesidad, como ya hemos destacado. Quiere decir que el mal que amenaza sobrevendrá si no se actúa (lo que no exige absoluta certidumbre en el sujeto, sino la mayor probabilidad), y que no hay medio inocuo de soslayarlo. Si existe otro medio de escapar al peligro, como la huida, debe emplearse. Incluso debe elegirse un medio menos dañoso de evitar el mal, si hay términos hábiles para tal elección". (42)

Carrancá y Trujillo escribe, que "se requiere la necesidad de la acción, es decir, que el mal que amenace deba sobrevenir en caso de inacción por no haber medio de evitarlo si no es causando el perjuicio". (43)

Jiménez Huerta opina: "La fracción I, del artículo 15 expresa dos veces el mismo concepto, pues, además de exigir que quien realice la acción lesiva se encuentre ante la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro", añade 'siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial', o sea - que la acción lesiva sea inevitable". (44)

A continuación transcribiremos la orientación sobre este requisito que estamos estudiando, en los Proyectos de Código Penal de -

(42) Ob.Cit. Págs. 41 y 42.

(43) Ob.Cit. Pág. 552.

(44) Ob.Cit. Pág. 330.

1958 y 1963.

a) El Proyecto de Código de 1958 logra un gran adelanto técnico al suprimir el requisito negativo "que no exista otro medio practicable y menos perjudicial", manteniendo únicamente la exigencia de "necesidad".

b) El proyecto del Código Penal Tipo para la República Mexicana, en su artículo 23 fracción V, dispone: "Ubrar por la necesidad - de salvar un ...", afirmando en la Exposición de Motivos, que se consideró innecesario hacer referencia a que no exista otro medio practicable y menos perjudicial o sea a la inevitabilidad, pues basta señalar el requisito de "necesidad" para la procedencia de este aspecto negativo del delito.

El Código penal de 1931 después de las reformas penales de 1984, referente a la fracción IV del artículo 15, no sufrió ninguna modificación, con relación al requisito que estamos analizando, en virtud de que se siguen utilizando las dos expresiones de "necesidad" y "que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance".

#### b) OPINIÓN NUESTRA

La "necesidad" es un requisito positivo del estado necesario y se presenta cuando existe inevitabilidad, es decir, imposibilidad de evitar causar un mal a un bien jurídico ajeno. Además consideramos -

que en el término "necesidad", se encuentra implícita la expresión "que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance", - pues ambos términos significan inevitabilidad. Es por ello, que somos de la opinión que la fracción IV del artículo 15, del Código Penal vigente está formulada incorrectamente al exigir dos requisitos de idéntico significado, esto es, la "necesidad" y la "no existencia de otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance"; repetición innecesaria, pues basta con que se señale el primero de los citados para que se abarque la última parte de la fracción estudiada, pues ambas significan inevitabilidad. Por tal motivo proponemos se suprima dicho requisito dejando únicamente el de necesidad.

#### B) UN PELIGRO COMO REQUISITO POSITIVO DEL ESTADO DE NECESIDAD

El término peligro proviene del latín periculum y significa "riesgo y contingencia inminente de que suceda algún mal". (45)

El peligro es un elemento positivo del estado necesario. Con relación a su concepto contamos los siguientes:

Covello lo define como "una probabilidad de daño, en una situación en que aparece inminente o fácilmente verificable". (46)

(45) Real Academia Española. Diccionario de Lengua Española. 19a. Edición. Pág. 998. Editorial Espasa-Calpe, S.A.

(46) Diritto Penale, Tomo II. Napoli. 1955.

Para Maurach "se entiende por peligro, una situación en que dadas las circunstancias concurrentes, se considera probable la producción de un daño, una situación que conforme a los principios generales de la experiencia, debe ser entendida como causante de un perjuicio".(47)

Nos permitimos definir al peligro como una situación de hecho que entraña amenaza de un mal, o posibilidad de sufrir un mal, dadas las circunstancias existentes. Además, la mayoría de los autores coinciden en manifestar que no basta la existencia de un peligro en el estado de necesidad, sino que éste además debe ser real, grave e inminente; requisitos que serán estudiados en temas subsecuentes.

a) HIPOTESIS QUE SE PRESENTAN EN EL PELIGRO

En relación al peligro podemos señalar las siguientes hipótesis:

1) Que el peligro amenace un bien o más, que no se encuentran en conflicto, y que para salvarlos se requiere sacrificar otro u otros bienes que no estaban en peligro.

2) Que el peligro amenace a dos o más bienes en conflicto.

(47) Citado por Vela Treviño Sergio. "Antijuridicidad y Justificación" Editor El Porrúa, S.A., 2a. Edición. Pág. 373. México. 1950.

Ahora bien, el peligro referido en la fracción IV, del multi citado artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal - puede provenir:

- a) de un tercero
- b) de la naturaleza
- c) de los animales.

En el primer caso el agente huyendo de un delincuente allana la morada ajena para ocultarse. Es decir, se da cuando el sujeto para salvarse de un tercero que lo persigue para hacerle un daño, actúa lesionando otro bien ajeno de un sujeto inocente, y en el segundo y tercer caso no se requiere de mayor explicación.

b) GRAVEDAD O HU DEL PELIGRO EN EL ESTADO DE NECESIDAD

En la doctrina y en la mayoría de las legislaciones se exige que el peligro sea grave. Sin embargo, la existencia de este requisito es discutible. En seguida expresaremos algunas opiniones:

Vela Treño con relación a este elemento escribe: "La gravedad es requisito indispensable en la situación peligrosa. El conflicto o colisión de intereses jurídicamente protegidos provoca la necesidad del sujeto que se encuentra en peligro; solamente ante una situación que pueda calificarse como grave, podrá el Derecho autorizar el sacrificio de un bien que tiene obligación de proteger. La gravedad - la valora inicialmente el necesitado, pero será el juicio que el juzga

dor realice, tomando en consideración los elementos objetivos concurrentes, el que determinará si en cada caso concreto el peligro manifestaba tal gravedad, que quedará justificado el sacrificio del bien jurídicamente protegido. Debe también destacarse que la gravedad que la ley requiere tiene que entenderse en función de la jerarquía de los valores, ya que sería ilógico pretender que la gravedad para un interés valuable en inferioridad, justificara el sacrificio de la vida ajena para salvar el patrimonio propio, suponiendo una colisión entre ellos y reconociendo la extrema gravedad del peligro para el interés patrimonial. Es en consecuencia, una delicada misión que debe realizar el juzgador, la determinación de la gravedad del peligro para los efectos justificantes del estado necesario". (48)

Carnelutti estima que es daño grave "todo aquel que consiste en una lesión de alguno de los intereses primarios que tienen por objeto a la persona". (49)

Jiménez Huerta nos dice sobre este particular: "El peligro, empero, ha de ser grave, pues como quien sufre el daño es un tercero inocente, no todo y cualquier peligro ha de entrar en consideración, sino sólo el de naturaleza grave. La gravedad del daño ha de ser establecida por el juez con criterios objetivos deducidos de las valoraciones propias del ordenamiento jurídico-penal". (50)

(48) Ob. Cit. Págs. 374 y 375.

(49) Citado por Jiménez Huerta. Ob. Cit. Pág. 325.

(50) Ob. Cit. Pág. 324 y 325.

Antón Uneca piensa que "de no ser grave el mal en perspectiva no puede estimarse necesario el ataque al patrimonio jurídico de los demás, ya que la convivencia social se funda en el respeto a cada uno a la esfera de derechos del prójimo, respeto que obliga continuamente al sacrificio de los intereses propios". (51)

José Almaraz al referirse al requisito que nos ocupa expresa que "grave, es aquello que es importante, debiendo apreciarse teniendo en cuenta la personalidad del sujeto y las circunstancias del caso concreto". (52)

Maggiore manifiesta: "La gravedad del daño sería apreciada por el juez, usando de sus facultades discrecionales y de su criterio irrecusable. Y debe referirse siempre a las condiciones del que se halla en peligro, a la opinión (buena fe) del sujeto, y a las consecuencias, aún indirectas, del resultado dañoso". (53)

González de la Vega expresa que "grave, es decir, que la amenaza sea seria y de un peligro importante, lo que deberá valorarse en función del sujeto intimidado". (54)

No obstante que se considere casi en forma general, el requisito de grave como indispensable para la integración de la figura que

(51) Derecho Penal I, Pág. 263. Madrid, 1949.

(52) Tratado Teórico y Práctico de Ciencia Penal II. Pág. 551. El Delincuente. México, D.F. 1948.

(53) Ob. Cit. Pág. 425.

(54) Código Penal Comentado. Pág. 78. Ob. Cit.

nos ocupa, existen en doctrina opiniones contrarias. Así tenemos que Novoa Monreal impugna la gravedad, manifestando "que un mal leve nos autorizará solamente a sacrificar un bien ajeno de muy escasa importancia, pero no impedirá que opere el estado de necesidad, trasladándose así la cuestión a la estimación de los bienes en conflicto, pero no constituye un obstáculo para la aplicación del estado de necesidad". (55)

c) NUESTRA LEGISLACION

El Código Penal de 1931, antes de las reformas penales de 1984, en la fracción IV del artículo 15, contempla el requisito de grave al disponer "... de un peligro, real, grave e inminente..."

d) OPINION NUESTRA

Estimamos que la gravedad, no debe comprenderse como un requisito del estado de necesidad, en virtud de que todos los bienes jurídicos aún los más ínfimos son salvaguardables, es decir, que no importa la gravedad del peligro, para que se configure el estado necesario, pues nadie está obligado a resistir un daño aún cuando se considere leve. Por consiguiente es indistinto que el peligro que amenace sea grave o leve. Sin embargo al sostener esta opinión se podría decir que ello da lugar a posibles abusos, pero esto se resuelve con la

(55) Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo I. Pág. 389. Editorial jurídica de Chile. 1960.

proporcionalidad (el bien sacrificado debe ser aún menor del que se -  
salve), es decir, basta con que concurra esta situación, y los demás -  
elementos del estado de necesidad, para que se configure dicha eximente.

Además apreciamos, que si aceptáramos a la gravedad como re-  
quisito, estamos limitando la protección de los bienes jurídicos, pues  
significa que sólo son dignos de salvaguarda aquellos más importantes,  
dejando fuera los inferiores o ínfimos; situación que es incorrecta, -  
ya que puede suceder que se ponga en conflicto bienes jurídicos de po-  
ca importancia y en estos casos no operaría el estado de necesidad por  
ocasionarse un peligro intrascendental o de poca gravedad, y tal reso-  
lución sería contraria al fin principal del derecho penal consistente  
en la protección de todos los bienes jurídicos. En cambio, si se su-  
prime el requisito de grave, sí se configurarían la eximente aún cuando  
el peligro sea de poca importancia, siempre y cuando el bien sacrifica-  
do sea menor que el salvado y se cumpliera con los demás elementos de  
este aspecto negativo del delito.

#### C) REAL REQUISITO POSITIVO DEL ESTADO DE NECESIDAD

El peligro debe ser real. Significa que debe tener una rea-  
lidad objetiva, y no fundarse en una creencia errónea del sujeto, sino  
que debe apoyarse en hechos exteriores que lo confirmen, ya que de otra  
manera no se integraría la figura que se estudia.

A continuación citaremos algunas opiniones sobre este parti-

cular:

Porte Petit dice "que por real se debe entender aquello que tiene positiva y verdadera existencia". Por tanto, si no tiene realidad el peligro, el sujeto no puede ampararse en el estado de necesidad". (56)

Para Pavón Vasconcelos: "El peligro o situación de hecho que entraña amenaza de un mal, debe ser real, lo cual descarta la posibilidad de esgrimir la justificante tratándose de males imaginarios o que el sujeto haya creído posibles". (57)

González de la Vega opina que el peligro "debe ser real, no simplemente imaginario, sino apoyado en hechos exteriores que lo confirmen". (58)

Carrancá y Trujillo nos dice: "Exigir un peligro real, es - tanto como desechar todo aquel que sea sólo imaginario; de aquí que la apreciación de la realidad del peligro imponga al juzgador preferentemente el examen del caso objetivo, más que el del subjetivo". (59)

Para Jiménez Huerta "debe también el peligro ser cierto, esto es tener realidad objetiva". (60)

(56) Ob.Cit. Pág. 545.

(57) Ob.Cit. Pág. 320.

(58) Ob.Cit. Pág. 78.

(59) Ob.Cit. Pág. 555.

(60) Ob.Cit. Pág. 325.

Castellanos Tena sostiene que "el peligro debe ser real, dice la ley; si se trata de conjeturas imaginarias, indudablemente no puede configurarse la eximente". (61)

De las anteriores definiciones concluimos que real significa que el peligro sea cierto, objetivo, no imaginario, ni fundado en una creencia errónea del agente.

a) ESTADO DE NECESIDAD PUTATIVO

Consideramos de importancia referirnos a las eximentes putativas.

Eximentes putativas significan que el agente cree erróneamente estar bajo la protección de una excluyente de responsabilidad penal, sin que esta exista efectivamente. Así pues puede hablarse de legítima defensa putativa, estado de necesidad putativo, etc.

Castellanos Tena las define como las "situaciones en las cuales el agente, en función de un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, estar amparado por una causa de justificación o bien que su conducta no es típica". (62)

(61) Ub.Cit. Pág. 207.

(62) Ub.Cit. Pág. 260

Ahora bien el estado de necesidad putativo se presenta cuando el peligro es imaginario, y se trata solamente de una apreciación - irreal, subjetiva, una creencia errónea del agente. En estos casos la conducta es antijurídica, contraria a derecho, pero se considera inculpable.

b) NUESTRA LEGISLACION

El Código Penal de 1931 en la fracción IV, del artículo 15 - antes y después de las reformas penales de 1984, exige el requisito - que el peligro debe ser real.

c) OPINION NUESTRA

Nosotros estamos de acuerdo con la exigencia del requisito - de real del peligro en el estado de necesidad, ya que sin lugar a duda que la realidad objetiva del peligro es indispensable para que se configure la eximente que nos ocupa.

D) ACTUAL COMO REQUISITO POSITIVO DEL ESTADO DE NECESIDAD

Actual deriva del latín actualis, de actus, acto y significa presente.

La exigencia de ser actual el peligro excluye dos momentos:

el pasado y el futuro. Por consiguiente no podrá haber estado de necesidad, cuando exista un peligro acabado o terminado.

Este requisito fue adherido al precepto relativo del estado de necesidad con las reformas penales de 1984, pues antes solamente se hacía referencia a la inminencia del peligro.

E) INMINENTE COMO REQUISITO POSITIVO DEL ESTADO DE NECESIDAD

El término inminente proviene del latín "inminens, inminentis, imminere, amenazar, que amenaza o está por suceder prontamente. - La inminencia se determina como aquel acontecimiento que esté por sucederse prontamente". (63)

Carrancá y Trujillo sostiene que "es requisito que el peligro sea inminente, es decir que amenace con el mal prontamente..." (64)

Jiménez de Asúa dice: "La inminencia supone una probabilidad de alto grado". (65)

Pavón Vasconcelos expresa que "la inminencia es circunstancia objetiva al implicar contemporaneidad entre la necesidad y el peligro".(66)

(63) Diccionario de la Lengua Española, Ob.Cit. Pág. 748.

(64) Ob. Cit. Pág. 555.

(65) Ob. Cit. Pág. 384.

(66) Ob. Cit. Págs. 320 y 321.

a) DIFERENCIA ENTRE ACTUALIDAD E INMINENCIA

En la doctrina se hace mención en ocasiones e indistintamente del peligro actual o inminente, siendo ambos términos de connotación diferente, a virtud de que lo actual es lo "presente", lo que está ocurriendo e "inminente" significa lo que está por suceder prontamente.

Con relación a este tema, citaremos algunas opiniones:

Castellanos Tena expresa "que actual es lo que está ocurriendo; inminente es lo próximo o muy cercano". (67)

Puig Peña es de parecer, que "la actualidad o inminencia del peligro es un requisito de estricta lógica, ya que según Cuello Calón, si hay tiempo suficiente para evitarlo sin violencia no podrá excusarse el acto necesario realizado". (68)

b) NUESTRA LEGISLACION

La fracción IV. del artículo 15 del Código Penal de 1931 antes de las reformas penales de 1961, solamente contemplaba a la inminencia como uno de los requisitos del peligro. Es por ello que la redacción de la citada fracción estaba formulada defectuosamente, en vir

(67) Ob. Cit. Pág. 277.

(68) Ob. Cit. Fágs. 411 y 412.

tud de que como ya ha quedado asentado las palabras "actual" e "inminente" son términos de significado diverso, dando lugar con esa omisión, a excluir del amparo al agente que se encontrara frente a un peligro actual o presente, acogiendo únicamente al sujeto que se enfrentara a un peligro que estuviere por suceder prontamente.

c) PUNTO DE VISTA DE LOS PROYECTOS DE CODIGOS PENALES DE 1958 Y 1963, SOBRE ESTE PARTICULAR.

El proyecto de Código Penal de 1958, alude a un peligro actual o inminente (art. 12 fracción II) y el Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana hace referencia también a "peligro actual o inminente", obteniéndose con ello un gran adelanto técnico.

Ahora bien, con las reformas penales de 1984, realizadas en la fracción IV relativo al estado de necesidad, se logró subsanar la mencionada omisión, aumentando el requisito de "actual" al peligro, quedando de la siguiente manera "...peligro real, actual o inminente..."

d) OPINION NUESTRA

Consideramos que el peligro debe ser igualmente actual o inminente, es decir, que para que al agente lo ampare el estado de necesidad no exige que éste espere que el peligro se halla actualizado; basta con que éste amenace ocurrir prontamente, si el mal es remoto o eventual, pasado o futuro y meramente posible, no llegará a configurarse el estado de necesidad.

## 2.- REQUISITOS NEGATIVOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

Dentro de los requisitos negativos del estado de necesidad - señalamos:

- A) NO PROVOCACION DOLOSA NI CULPOSA DEL PELIGRO.
- B) QUE NO SE TENGA EL DEBER JURIDICO DE OBRAR.

A) NO PROVOCACION DOLOSA NI CULPOSA DEL PELIGRO.

Antes de iniciar el análisis de este requisito, haremos una breve referencia a la culpabilidad por encontrarse relacionada con el requisito que nos ocupa.

La culpabilidad es un elemento positivo del delito: "Nullum crimen sine culpa"; expresión utilizada por Bettiol.

Hay en doctrina infinidad de conceptos de la culpabilidad. - A continuación nos referiremos a algunos:

Para Ignacio Villalobos "la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo; desprecio - que se manifiesta por franca oposición, en el dolo o indirectamente, - por indolencia y desatención nacidos del desinterés o subestimación - del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa". (69)

Cuello Calón indica que "la culpabilidad es como un juicio - de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley". (70)

Edmundo Mezger anota, que: "la culpabilidad es el conjunto - de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido". (71)

Castellanos Tena expresa que "la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto". (72)

No obstante que los citados penalistas y otros, han pretendido definir la culpabilidad, no se ha logrado un concepto universal y - válido, debido a las numerosas teorías que la han estudiado; de tal - forma, que el concepto será en función de la posición que se adopte.

#### a) TEORIAS DE LA CULPABILIDAD

En el presente tema nos referiremos a las dos teorías sobre la culpabilidad que a nuestro juicio son de mayor trascendencia.

a') TEORIA PSICOLOGISTA

b') TEORIA NORMATIVISTA

(69) Derecho Penal Mexicano, Parte Gral. 3a. Edición. Pág. 283. Editorial Porrúa. S.A. Mex. 1975.

(70) Citado por Ignacio Jilalobos. Ub. Cit. Pág. 283.

(71) Derecho Penal. Tomo II. Pág. 189.

(72) Ub. Cit. Pág. 222.

Los seguidores de la primera, son de la opinión que la culpabilidad consiste en un nexo psíquico, entre el sujeto y la conducta o el resultado, según estemos ante delitos de mera conducta o de resultado material.

Fernando Castellanos Tena al referirse a la culpabilidad, - sostiene: "La culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta: la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual o volutivo desarrollado en el autor. El estudio de la culpabilidad requiere del análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso". (73)

#### CRITICA AL PSICOLOGISMO

Los críticos opinan que no se concibe la sola comprobación - del nexo psicológico entre el sujeto y su conducta, el resultado para la existencia de la culpabilidad.

Con relación a la teoría normativista podemos manifestar, - que en esta corriente se afirma que no sólo debe existir un nexo psicológico, sino que también ha de tomarse en cuenta la reprochabilidad para que el sujeto sea responsable. La esencia de esta teoría consiste

(73) Ob. Cit. Pág. 232. 4a. Edición. México 1980.

en fundamentar la culpabilidad en el juicio de reproche, en la exigibilidad dirigida a los sujetos capaces de comportarse conforme al derecho.

A continuación citaremos algunas opiniones sobre esta teoría:

Mezger opina que "para que exista ésta no basta dicha relación de causalidad psíquica entre el autor y el resultado, sino que es preciso que ella dé lugar a una valoración normativa, a un juicio de valor que se traduzca en un reproche, por no haberse producido la conducta de conformidad con el deber jurídico exigible a su autor. La culpabilidad es, por tanto, una reprobación jurisdiccional de la conducta que ha negado aquello exigido por la norma". (74)

Jiménez de Azúa expresa: "Para la concepción normativista de la culpabilidad, ésta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir que, partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de estos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que entendió; es decir, si le era exigible, que se condujese conforme a las

(74) Citado por Carrancá y Trujillo, 13a. Edición. Pág. 249. México. 1980.

pretensiones del Derecho. En suma, la concepción normativa se funda - en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad". (75)

#### b) FORMAS DE CULPABILIDAD

Tradicionalmente se aceptan en la doctrina dos formas de culpabilidad: "el dolo y la culpa"; sin embargo, actualmente se contempla otra más denominada preterintencionalidad.

##### a') EL DOLO

El dolo es la primera forma de culpabilidad y está representado por la intencionalidad, es decir, el sujeto dirige su voluntad - consciente a la ejecución de un hecho tipificado en la ley como delito; esto es, conociendo la significación de su actuar procede a realizar - su conducta y quiere el resultado.

Mezger al referirse a esto escribe: "El dolo es la comisión del hecho con conocimiento y voluntad; consiste en consecuencia, en - circunstancias de hecho determinadas... a saber el conocimiento y la - voluntad de hecho. De ahí que el llamado dolo (dolus) se presente como una forma de culpabilidad". (76)

(75) Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Pág. 164. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1956.

(76) Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción de la Edición Alemana. Pág. 226.

## ELEMENTOS DEL DOLO

Como elementos del dolo se señalan el intelectual (abarca dos conocimientos) y el emocional o volitivo.

- El elemento intelectual comprende dos conocimientos:

PRIMERO.- Surge cuando el sujeto realiza la conducta, con pleno conocimiento de lo que está haciendo, es decir, sabe y conoce las circunstancias típicas (delito).

SEGUNDO.- Se requiere que el sujeto tenga pleno conocimiento que la conducta realizada es contraria a derecho, es decir que está prohibida (conciencia de antijuridicidad).

- El elemento emocional se presenta cuando el sujeto quiere o acepta el resultado producido.

## CLASIFICACION DEL DOLO

Encontramos dentro del marco doctrinal numerosas clasificaciones. A continuación citaremos una de ellas:

Dolo directo.- Se presenta cuando el autor quiere el resultado, que se ha propuesto; al realizar una conducta o hecho antijurídico (puede ser de mera conducta o resultado material).

Dolo eventual.- Se da cuando el agente no desea el resultado, sin embargo lo acepta en caso de que se produzca, por ser un efecto ineludible del hecho,

Dolo de consecuencia necesaria. Se presenta cuando queriendo el resultado, el sujeto prevé que forzosamente se va a producir otro resultado, es decir, existe cuando ante el sujeto activo se representa como posible otro resultado que no desea, pero acepta sus consecuencias.

b') LA CULPA

La culpa consiste en la violación de un deber de cuidado, produciendo un resultado, que no se quiere ni se acepta. Es una forma leve de culpabilidad.

Edmundo Mezger estima con relación a la culpa: "Ha actuado culpablemente aquel a quien se le reprocha haber desatendido un deber de precaución que le incumbía personalmente y que por esto no ha evitado el hecho y sus consecuencias". (77)

(77) Ob. Cit. Pág. 256 y 257.

La culpa se puede presentar en dos formas:

- 1o. La culpa consciente o con representación.
- 2o. La culpa inconsciente o sin representación.

La culpa consciente o con representación se presenta cuando el sujeto prevé el resultado, pero no se quiere ni se acepta y tiene la esperanza de que no se produzca.

La culpa inconsciente o sin representación se presenta, cuando el autor por haber desatendido su deber de precaución, no ha previsto las consecuencias de su hecho siendo estas previsibles.

#### LA PUNICION DE LA CULPA

Sobre este particular existen dos sistemas:

- 1o.- Incriminación cerrada en donde se establece que se deben sancionar, sólo algunos delitos culpables.
- 2o.- Incriminación abierta. Se deben sancionar todos los delitos que se puedan cometer culpablemente.

#### CLASES DE CULPA

a) Imprudencia. Se presenta cuando el agente realizando un hacer viola un deber de cuidado.

b) Negligencia. Se da cuando el sujeto omitiendo la conducta se viola un deber de cuidado y se produce un resultado.

c') LA PRETERINTENCIONALIDAD

Con respecto a la naturaleza de la preterintencionalidad existen en doctrina varias opiniones:

- 1o. Como un delito doloso.
- 2o. Como una mezcla de dolo y culpa.
- 3o. Como un delito calificado por resultado considerando la previsibilidad, y
- 4o. Como delito calificado por el resultado.

Otros autores opinan con toda razón, que la preterintencionalidad es una hipótesis antípoda de la tentativa, debido que es un delito más acá de la intención y la preterintencionalidad es un delito más allá de la intención.

Como delito doloso.- Esta tesis es inaceptable por ser incompatible la preterintencionalidad con el dolo, puesto que si aquella consiste en causar un daño mayor al querido, significa que el nexo psicológico no consistió en querer el resultado producido sino un daño menor.

Como dolo y culpa. Se objeta esta teoría manifestándose que

no es posible atribuir un hecho a dos causas psicológicas distintas - (dolo y culpa). Es decir, que es indudable que con relación a un resultado no puede existir al mismo tiempo las dos formas de culpabilidad.

Como un delito calificado por resultado. Esta tesis sostiene que se atiende únicamente al daño causado que bastaría para concluir en la responsabilidad de un individuo, es decir, no se toma en cuenta la culpabilidad respecto al resultado producido.

La preterintencionalidad: consiste en querer o aceptar un resultado produciéndose uno más grave, que se previó teniendo la esperanza de que no se realizó o que no se previó siendo previsible.

El caso fortuito no es una forma de culpabilidad; constituye el "límite de este elemento positivo del delito" y se presenta cuando el sujeto realiza una conducta, produciendo un resultado que no prevé por ser imprevisible. La conducta tiene que ser la causa del resultado: por ello hay necesidad de un nexo causal entre ambos.

#### c) NUESTRA LEGISLACION

El derecho positivo mexicano incluye en su ordenamiento las tres formas de culpabilidad ya explicadas: el dolo, la culpa y la preterintencionalidad como tercera hipótesis de culpabilidad de naturaleza mixta. A continuación transcribiremos los preceptos relacionados con el tema que nos ocupa:

" Art. 80.- Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales.

II.- No intencionales o de imprudencia;

III.- Preterintencionales."

"Art. 90.- Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido - por la ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".

Una vez que tenemos un panorama general de la culpabilidad y de sus formas: dolo y culpa, nos permitimos aludir al requisito negativo del estado de necesidad; mismo que se desprende del contenido de la reforma del artículo 15 del Código Penal Mexicano: no provocación dolosa ni culposa del peligro.

Con relación a la provocación del estado de necesidad exist--  
en dos corrientes:

a) Los que consideran que el agente no puede acogerse al es-

tado de necesidad, cuando el peligro lo ha causado dolosamente, pero sí le aprovecha cuando lo provoca culposamente.

b) Aquellos que estiman que no beneficia al sujeto el estado de necesidad cuando el peligro lo ha causado dolosa o culposamente.

Los seguidores de la primera corriente señalan, que cuando la situación de necesidad provenga de un acto doloso del agente, no puede ser amparado por la eximente que nos ocupa. En cambio, cuando surgiere de un acto culposo, sí se extiende el beneficio del estado de necesidad a favor del agente o del tercero que interviene en su auxilio. A continuación expresaremos algunas opiniones:

a) Cuello Calón al referirse a la legislación española asienta: "Exige el Código como requisito, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. De modo que aun cuando la situación de necesidad provenga de un acto imprudente o negligente del agente, y con mayor razón cuando surgiere de modo fortuito, podrá aquél beneficiar la eximente. Así mientras los actos dolosos o intencionales excluyen la eximente, los meramente culposos o fortuitos no la eliminan. El que intencionalmente incendia la casa no podrá invocar esta eximente si para salvarse sacrifica una vida ajena, mientras que el que por imprudencia causa el incendio podrá alegar el estado de necesidad". (78)

(78) Op. Cit. Pág. 360.

b) Jiménez de Asúa opina: "Cuando el estado necesario se origina por negligencia, negar la impunidad del necesitado sería condenarle a la muerte o a la pérdida de un bien. ¿No sería injusto y absurdo que al hombre causante del fuego de su casa por una imprudencia, incluso grave, como arrojar una cerilla en un montón de paja, se le castigara como autor de un robo, por haberse apoderado violentamente del extintor de incendios del vecino?. Mantenemos, pues, en esta primera hipótesis, la existencia del derecho de necesidad, aunque pidamos que el autor indemnice a la víctima. Pero en el caso en que el agente obra con dolo, cuando por ejemplo, provoca el naufragio del buque de que es dueño y en el que viaja, para cobrar la prima del seguro, no nos atreveríamos a eximirle de pena, si desaloja a un compañero de una tabla salvadora, aunque en tan luctuoso episodio y dentro siempre de la "no exigibilidad de otra conducta", como motivo genérico inculpable..." (79)

c) Antón Oneca expresa: "... quedan excluidas del requisito negativo y son compatibles con la exigente, las situaciones de necesidad creadas culposamente por el sujeto y también las preterintencionales". (80)

Como se observa la opinión más generalizada sostiene que si la situación de necesidad ha sido ocasionada culposamente por el agente no podrá alegar la exención, resolviendo afirmativamente cuando esta ha sido provocada culposamente.

(79) Ob. Cit. Pág. 391.

(80) Derecho Penal. Tomo I. Pág. 266. 1949. Ob.Cit.

Con respecto a la segunda corriente se encuentran los juristas que excluyen el estado de necesidad cuando este ha sido provocado dolosa o culposamente. Nosotros nos adherimos a esta corriente.

José Almaraz escribe: "Que el agente no haya contribuido voluntariamente a la génesis del peligro. En la mayoría de los casos el origen del peligro se encuentra en el orden natural de los fenómenos. El estado de necesidad desaparece cuando el agente contribuye a su producción, accidental o imprudentemente". (81)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que "el estado de necesidad es una causa de justificación que por su naturaleza choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe la defensa de una agresión, sino una agresión contra un bien jurídico igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente". (Semanao Judicial de la Federación, XLI, p.31, sexta época, segunda parte).

#### NUESTRA LEGISLACION

El Código Penal de 1931 antes de las reformas de 1984 no hace alusión a la provocación del estado de necesidad.

Sin embargo, los proyectos de Códigos Penales posteriores sí

(81) Ob. CIE. Pág. 551.

regulan dicho requisito. Así tenemos que el proyecto de Código Penal de 1958, dispone que "siempre que dicho peligro no hubiere sido provocado", diciéndose en la Exposición de Motivos, que la condición para que opere el estado de necesidad, es la que el peligro no hubiere sido provocado. El proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana, preceptúa: "Ubrar por la necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro grave, actual o inminente no ocasionado por el agente..." (artículo 23 - V).

Ahora bien, con las reformas penales de 1984 se logra un gran adelanto técnico a este respecto, pues en la formulación de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, ya aparece este requisito negativo del estado necesario al establecerse en dicho precepto: "...no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente ... , subsanando la omisión que antes existía en el ordenamiento respectivo.

d) OPINION NUESTRA

Estamos de acuerdo con los autores que piensan que el estado de necesidad no debe extenderse cuando el peligro es causado dolosa o culposamente por el agente, pues si por una conducta culposa, el sujeto se encuentra ante un peligro y para evitarlo lesiona un bien jurídico, su conducta por consiguiente no debe ampararse por el estado de necesidad.

**B) QUE NO SE TENGA EL DEBER JURIDICO DE OBRAR.**

Es otro requisito negativo del estado de necesidad. Se refiere al deber de sacrificio, el cual significa que el estado de necesidad no ampara a aquél que tenga un deber legal que cumplir.

En el marco de la doctrina encontramos algunos puntos de vista sobre este particular que en seguida señalamos:

Jiménez de Asúa expresa: "En referencia también a la precisa injusticia del mal que amenaza, hemos de ocuparnos de la ausencia, por parte del necesitado, del deber de sacrificarse. Este deber ha de hallarse jurídicamente impuesto. Ora por ley, bien por obligación contractual. Los Códigos Militares, y sobre todo las Ordenanzas de las fuerzas de tierra, mar o aire, imponen a los oficiales, soldados, marineros, aviadores, etc., el deber de afrontar el peligro. Lo mismo ha de decirse de los funcionarios y encargados de ejercer servicios de naturaleza arriesgada, como bomberos, policías, etc. El médico, en caso de epidemia, no podrá alegar el temor del contagio, pues tiene la obligación de obedecer las órdenes de las autoridades sanitarias. Ciertas profesiones civiles, como capitanes, oficiales y marineros de buques mercantes o tripulaciones de aeronaves de la misma naturaleza, llevan insita la obligación de sobreponerse al peligro. Lo mismo ha de decirse del guía alpino o andino, del bañero, etc." (82). Continúa dicien-

(82) y (83) Ob. Cit. Pág. 393.

do el citado autor: "Especial consideración merece el deber jurídico de la embarazada soportar los peligros de la gravidez y del parto..." (83)

Jiménez Huerta escribe: "No puede, empero, invocar el estado de necesidad quien tiene el deber jurídico de sufrir el mal que le amenaza o de exponerse al peligro. Es intuitivo que quien tiene el deber jurídico de sufrir el mal que le amenaza, no puede ampararse por este instituto en el caso de que, para sustraerse del mal que le amenaza, - lesione intereses ajenos. Del mismo modo, no actúa con licitud quien tiene el deber jurídico de exponerse al peligro; pues si el ejercicio de un derecho otorgado al individuo para salvar intereses preponderantes, es la causa que motiva la licitud de las conductas realizadas bajo el imperio de la necesidad, el ordenamiento jurídico puede limitar el ejercicio de ese derecho e imponer a alguien el deber jurídico especial de exponerse al peligro." (84)

Díaz Palos manifiesta: "Este deber de autosacrificio es obligación jurídica, no simplemente moral, y puede tener un origen legal, profesional o meramente contractual: soldados, marinos, agentes de policía, bomberos; médico en caso de contagio o epidemia; guía alpino en caso de accidente, etc." (85)

Sebastián Soler expresa: "El mal que se pretende evitar debe

(84) Ob.Cit. pág. 332.

(85) Ob.Cit. Pág. 61.

ser un mal que el sujeto no esté jurídicamente obligado a soportar. - Tal obligación puede provenir directamente de la ley o de la propia acción del individuo. La referencia a la ley debe ser entendida, en este caso, en el sentido más genérico del término, comprendiendo tanto a las disposiciones (genéricas o específicas) de una ley propiamente dicha, como las de una ordenanza, reglamentación o decretos legítimos, - en los que se imponga al sujeto la obligación de soportar el riesgo, - ello es, el peligro. Tal puede ser la situación de los marinos o de los bomberos, quienes, en caso de necesidad, no pueden salvar su bien a costa del que debían socorrer". (86)

Maggiore anota que "el motivo que justifica el hecho cometido en estado de necesidad, es el ejercicio de una función pública delegada a una persona privada. Y esta condición no se cumple cuando el ordenamiento jurídico mismo le impone a alguno el deber particular de exponerse a peligro. Tal sería el caso del capitán obligado a abandonar de último la nave que zozobra (Código de Navegación, art. 303), o del bombero obligado a afrontar el peligro de las llamas. En estos casos, la ley les impone a esas personas un riesgo especial. El legislador mismo ha establecido de antemano, en la colisión entre dos bienes jurídicos, cuál ha de ser el bien, esto es, cuál ha de ser el individuo que debe ser sacrificado". (87)

(86) Derecho Penal Argentino. Tomo I. 3a. reimpresión. Pág. 424. Editorial tipográfica. Buenos Aires.

(87) Ob. Cit. Pág. 427.

a) NUESTRA LEGISLACION

Después de conocer algunos puntos de vista respecto al requi  
sito negativo que nos ocupa procederemos a estudiarlo legalmente.

La parte final de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal de 1931 antes de las reformas penales de 1984 dispone: "Que no se considerará que obra en estado de necesidad, aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro".

Analizando el párrafo anterior encontramos que se reduce el deber de sacrificio, en razón del empleo o cargo, dejando fuera un sin número de casos en donde no se puede alegar el estado de necesidad, lo que ha originado las críticas siguientes:

Jiménez Huerta piensa "que el deber legal de sufrir el peligro por razón de empleo o cargo a que hace referencia el párrafo in fine de la fracción IV, no agota, ni con mucho, las situaciones en las que quien se halla ante un peligro debe soportarlo. El Código con acusado casuismo limita estos deberes a los que surgen de empleo o cargo, no obstante que el deber jurídico de sufrir el peligro puede fundarse en razones diversas..." (88)

---

(88) Ob. Cit. Pág. 334.

b) PUNTO DE VISTA DE LOS PROYECTOS DE CODIGO PENALES 1949, 1958 y 1963  
SOBRE ESTE PARTICULAR.

El proyecto de Código Penal de 1949, para el Distrito Federal y Territorios Federales, siguió el mismo criterio que el Código Penal de 1931. Por su parte el Anteproyecto de Código Penal de 1958, para el Distrito y Territorios Federales, en la fracción del artículo 12, reglamenta éste requisito negativo en los siguientes términos: "... a aquel, que tiene el deber jurídico de sufrir el peligro...", con lo cual se logra una ampliación, ya que obliga a sufrir el peligro en cualquier caso de deber jurídico. Y el Proyecto Tipo para la República Mexicana, dispone sobre este respecto que "... no se tuviere el deber jurídico de afrontarlo". (art. 23-V), colocándose en la misma posición que el de 1958.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que "si por una imprudencia del chofer y su ayudante, se incendió el camión que tripulaban, y el chofer, en vez de tratar de salir por la puerta y facilitar así la salida de los pasajeros, se arrojó por una ventanilla, dejando abandonado el vehículo, tales datos hacen probable la responsabilidad de los hoy quejosos, en los hechos delictuosos que se les imputan; y en lo que concierne a la excluyente de responsabilidad "caso de necesidad", que se aduce por vía de agravios, no resulta fundado toda vez que los hoy quejosos, atentos los cargos de chofer y ayudante del camión que tenían, estaban obligados a soportar los riesgos, en casos análogos al ocurrido". (Semanario Judicial de la Federa

ción, CIII, p. 3067).

Ahora bien, atendiendo a las anteriores críticas y proposiciones legales, se reforma en 1984 la fracción IV del artículo 15 del Código Penal de 1931 en relación al requisito del estado de necesidad que estudiamos quedando de la siguiente manera: "... y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar..." Con esta fórmula se amplía el radio de acción del precepto analizado al permitir contemplar innumerables casos en los que no procede el estado necesario, en virtud de que el agente tiene un deber legal, sin limitarse exclusivamente a los que deriven del empleo o cargo.

c) OPINION NUESTRA

Consideramos que sin lugar a duda con las reformas penales de 1984 referente al requisito analizado, se logró un gran adelanto técnico, pues con la fórmula actual se abarcan todos los casos en los que no se puede alegar el estado de necesidad; situación que antes de la reforma solamente se reducía al agente que por su empleo o cargo tuviera la obligación de sufrir el peligro, ya que existen infinidad de deberes legales de carácter diverso a los derivados del empleo o cargo en donde no se puede alegar la eximente de estado de necesidad.

CAPITULO TERCERO . . . III

PROBLEMATICA DEL ESTADO DE NECESIDAD

### III.- PROBLEMATICA DEL ESTADO DE NECESIDAD

En el presente capítulo analizaremos las situaciones que se pueden presentar en el estado de necesidad y la forma en que se resuelven, desde un punto de vista doctrinal y legal.

Antes de entrar al desarrollo del tema que nos ocupa, debemos referirnos a la doble naturaleza jurídica de este aspecto negativo del delito, tal como se desprende de la teoría de la diferenciación, - en base a la valorización de los bienes jurídicos en conflicto; misma que se plantea de la manera siguiente:

- a) El estado de necesidad como causa de justificación o licitud, y
- b) como causa de inculpabilidad.

En el primer caso la opinión más generalizada en nuestros días afirma que el estado de necesidad es causa de justificación o licitud cuando se enfrentan bienes que reconozcan desigual valoración, - pues entonces debe prevalecer el de más alta jerarquía jurídico valorativo sobre el de menor valor en atención al interés preponderante. En estos casos la conducta que realiza el sujeto es lícita, esto es, carece de antijuridicidad, aunque para salvar el bien de mayor valor el agente halla tenido que destruir el otro de menor categoría, si no había otra forma de obtener el propósito; y en el segundo, cuando se colisionan bienes de igual valor, el estado de necesidad opera como cau-

sa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. En estos casos el sujeto que actúa para salvar uno de los bienes en conflicto a costa del sacrificio del otro, incurre su conducta en el campo de la antijuridicidad. Sin embargo, el delito no se configura, operando a favor del agente una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. A continuación citaremos algunos ejemplos de conflicto de bienes iguales:

El alpinista que precipita al abismo al compañero suspendido de la misma cuerda que amenaza romperse con el peso de los dos cuerpos; el del espectador del teatro incendiado que para salvarse lanza a las llamas a las personas que obstruyan su paso, y el necesitado que en un naufragio priva de la vida a quien se sostiene a flote sobre un madero que tan sólo puede sostener el peso de un cuerpo - tabula unius capax.

De lo antes expuesto desprendemos dos cuestiones que serán analizadas en forma particular:

- 1.- El principio del interés preponderante, y
- 2.- La no exigibilidad de otra conducta.

El primero se utiliza para resolver el conflicto entre bienes jurídicos de desigual valor. Esto es, cuando se sacrifica un bien menor, como único medio de evitar la lesión de un bien jurídico más valioso, la mayoría de los juristas estiman que la conducta está justificada, operando en estos casos el estado de necesidad como causa de jus

tificación o licitud, y el segundo se emplea para solucionar el conflicto entre bienes iguales. Es decir, el sujeto salva un bien a costa del sacrificio de otro del mismo valor, manifestándose en estos casos el estado de necesidad como causa de inculpabilidad, en base a la no exigibilidad de otra conducta. Ahora bien para explicar esta causa de inculpabilidad nos referiremos brevemente a este aspecto negativo del delito.

La inculpabilidad no ha sido definida en un concepto universal y válido, debido a las diversas teorías que la estudian; de tal manera que el concepto que se tenga de esta figura dependerá de la posición que se adopte.

A continuación nos referiremos a dos de ellas:

- a) Para los psicólogos habrá inculpabilidad cuando no exista dolo ni culpa en la conducta realizada por el sujeto,
- b) Los normativistas establecen que hay inculpabilidad cuando la conducta no es reprochable al sujeto.

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad, que está constituido por las causas de inculpabilidad, las cuales son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. Y para su estudio las clasificaremos de la siguiente manera:

- a) El error con sus especies,

b) la no exigibilidad de otra conducta.

El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como es la realidad. Es decir es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto, se conoce pero equivocadamente.

La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, esto es la falta absoluta de toda representación, una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado.

La diferencia entre estas dos figuras yace en que en el error existe una actitud positiva del sujeto mediante un conocimiento incorrecto de la realidad, o sea se conoce pero falsamente; y en la ignorancia hay una actitud negativa del sujeto manifestada por el desconocimiento total de la realidad.

#### ESPECIES DE ERROR

Desde un punto de vista psicológico, el error anula a un elemento del dolo: elemento intelectual, que a su vez contiene dos conocimientos: que el sujeto tenga conocimiento de que realiza circunstancias pertenecientes al tipo y que lo que efectúa está prohibido, es decir, que debe tener conciencia de la ilicitud de la conducta.

El desconocimiento por parte del agente de que realiza las -

circunstancias típicas dan lugar al error de tipo y el error o desconocimiento de que esa conducta está prohibida da lugar al error de prohibición directo.

El error de tipo y el error de prohibición directo están reglamentados en el Código Penal vigente. El primero en la fracción XI del artículo 15 del mismo ordenamiento y el segundo, o sea el error de prohibición directo se encuentra previsto en el artículo 59 bis del Código penal, con efectos atenuantes, diciéndose que cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y - el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso.

Existe también el error de licitud, de permisión, error de prohibición indirecto o eximente putativa. Se presenta cuando el sujeto por un error invencible cree encontrarse ante supuestos que fundamentan una causa de licitud; error que se encuentra incluido en la fracción XI del artículo 15 antes mencionado.

Ahora bien, de acuerdo con la teoría normativista de la culpabilidad, el aspecto negativo de ésta se dará cuando no haya reprochabilidad de la conducta.

Considero oportuno señalar que el error de tipo para los fi-

nalistas no constituye una causa de inculpabilidad sino un aspecto negativo de la tipicidad a virtud de que el dolo forma parte del tipo.

La no exigibilidad de otra conducta es una causa de inculpabilidad; misma que se encuentra íntimamente ligada con el tema que nos ocupa; y opera cuando al agente no se le puede exigir una conducta diferente a la realizada, por obedecer ese comportamiento a una situación apremiante y especial, negándose en consecuencia la culpabilidad del autor.

#### 1.- ESTADO DE NECESIDAD A FAVOR DE UN TERCERO

El estado de necesidad posee una doble naturaleza jurídica - tal como ha quedado establecido en temas anteriores, ya que opera como una causa de justificación o como una causa de inculpabilidad según el caso; por consiguiente la problemática que nos ocupa será cuestionada de una y otra forma.

1) Cuando estamos ante un estado de necesidad en donde se colisionan bienes de de igual valor y el tercero interviene para salvar el de mayor jerarquía, a costa del sacrificio del menor, en estos casos cabe la eximente a favor del tercero por tratarse de una causa de licitud o justificación, esto es, ampara a todos los partícipes (autor, cómplices y encubridores), y

2) Cuando se trata de un estado de necesidad en donde se enfrentan bienes de idéntico valor, sacrificándose alguno de ellos, no cabe la extensión de la eximente en favor del tercero, por tratarse de una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

Con relación a las afirmaciones anteriores hay varias opiniones:

Díaz Palos anota que "puede llamar la atención que se admita en el estado de necesidad una tercería de igual derecho. Parece raro que quien es ajeno a esa situación de apuro que comporta la acción necesitada esté autorizado para intervenir. El escrúpulo desaparece en cuanto el estado de necesidad es causa de justificación, lo cual quiere decir que el auxilio necesario puede prestarse sin restricción cuando entran en conflicto bienes de valor desigual. Es algo análogo a lo que ocurre con la legítima defensa de los extraños y puede predicarse en principio respecto de todas las justificantes: el tercero interviniente coadyuva a afirmar el Derecho. Otra cosa sucede cuando la colisión es entre bienes de valor igual, pues, en tal caso, el problema se desliza como hemos visto al campo de la culpabilidad, al ámbito subjetivo que, ciertamente, no puede amparar al tercero extraño..." (89)

Puig Pena manifiesta: "En la doctrina se distingue perfectamente entre la situación de conflicto de bienes de distinto valor, de

(89) Op.Cit. Págs. 39 y 40.

la de bienes de igual valor. En el primer caso no hay duda que cualquiera tiene el derecho de intervenir en el trance en favor del bien superior. En el segundo caso la regla general es que los terceros no pueden intervenir, pues la ley no puede permitir que un tercero manifieste una preferencia por uno de los bienes en conflicto que ella no ha manifestado. Sin embargo, algunos autores presentan excepciones; unos hablan de la identidad de personas (MORIAUD), que supone que el agente estaría dispuesto a sacrificarse él mismo por la persona en cuyo favor inmuta al otro. Otros hablan de personas ligadas al interés o por especiales vínculos, y otros, finalmente, al arbitrio del Juez (BERNIER) el determinar en qué caso el tercero interviene con justicia".(90)

a) NUESTRA LEGISLACION

En el artículo 15 fracción IV del Código Penal de 1931 antes de las reformas de 1984, se hace referencia a la intervención de terceros en los siguientes términos: "...la necesidad de salvar su propia persona o la persona o bienes de otro..." y en la reforma se establece: "Ubrar por la necesidad de salvaguarda un bien jurídico propio o ajeno..."

Como se observa, en el precepto estudiado antes y después de las reformas penales de 1984, se contempla la intervención de terceros en favor del necesitado, y lo único que varía son los términos utiliza

(90) Ub. Cit. Pág. 426.

dos, pero no el contenido. Asimismo apreciamos que en virtud de que en el artículo relativo al estado necesario no se hace referencia al valor de los bienes jurídicos en conflicto, se permite la intervención de terceros aún en el caso de que el conflicto surja entre bienes de idéntico valor, sin ninguna limitación; situación que es incorrecta.

b) OPINION NUESTRA

Con relación a la intervención de terceros en estado necesario estamos de acuerdo con la mayoría de los autores en el sentido de que la resolución de la problemática que nos ocupa, será en función de los bienes jurídicos enfrentados, planteándose dos situaciones:

1o. cuando se colisionan bienes de desigual valor. En estos casos, justificamos la intervención de un tercero, cuando su conducta salva el bien de mayor preponderancia, sacrificando el de menor valía. El tercero actúa jurídicamente, es decir su conducta es lícita; y

2o. Cuando se colisionan bienes de igual entidad jurídica, el estado de necesidad no beneficia al tercero, ya que opera como causa de inculpatio por no exigibilidad de otra conducta; causa que es *pers. a. i. s. m.*

2.- ESTADO DE NECESIDAD CON RELACION DE QUIEN INTERVIENE A FAVOR DEL QUE LO HA PROVOCADO.

Este problema se resuelve de manera sencilla, en atención de que como ya ha quedado establecido en temas anteriores, la provocación del peligro, por parte del necesitado ya sea dolosa o culposamente, ex cluye en favor del agente la eximente que nos ocupa, y con mayor razón tampoco beneficiará al tercero que intervenga en su auxilio.

Sin embargo, puede presentarse el caso que el tercero ignore, que el necesitado haya provocado dolosa o culposamente el peligro e in terviene en su favor; en estas circunstancias opinamos que no opera el estado de necesidad en beneficio del tercero. En todo caso lo que se daría es una causa de inculpabilidad, producida por un error de licitud o eximente putativa, pues el tercero cree erróneamente que al intervenir en favor del necesitado su conducta se encuentra justificada, por encontrarse según él, ante una causa de justificación; presunción que es falsa.

Por otro lado consideramos que únicamente se extendería la ex imente en favor del tercero, en el caso de que admitiéramos esta causa de licitud a favor del que ha provocado el peligro culposamente.

3.- ¿PUEDE ACOGERSE AL ESTADO DE NECESIDAD EL INDIVIDUO QUE VA EN AUXILIO DEL QUE TIENE EL DEBER LEGAL DE SUFRIR EL PELIGRO?

Existen en doctrina quienes aceptan la intervención de terceros, para salvar a costa de otro a quien soporta el deber de sacrificio, siempre que se cumplan los demás requisitos del estado de necesidad. Así Ferrer Sama explica, "que independientemente de que el necesitado esté o no en la obligación de sacrificarse por razón de su oficio o cargo, siempre que una tercera persona es la que salva al mismo en perjuicio de otra y con las demás condiciones del estado de necesidad, deberá hacerse a éste aplicación de la eximente cuando de manera racional pueda afirmarse, que no fue movido el sujeto defensor por el ánimo de perjudicar a una de las personas, sino por el de defender a la otra". (91)

Con relación a la cuestión planteada estimamos que toda vez que el sujeto que tiene el deber jurídico de afrontar el peligro no le beneficia el estado de necesidad, en consecuencia tampoco alcanzará al tercero que interviene en su auxilio.

4. ANIMUS CONSERVATIONIS

El animus conservacionis es el elemento subjetivo del estado de necesidad; significa que cualquier persona por instinto tiene siem

(91) Citado por Celestino Porte Petit. Ob. Cit. Pág. 553.

pre a su conservación.

Sobre este particular podemos señalar la opinión del penalista Maggiore, de que "En realidad, el estado de necesidad responde al - instinto de conservación, incoercible en el hombre; y aunque el hecho de sacrificar al prójimo para salvarse a sí mismo, sea inmoral, como - sostiene alguno, es ciertamente jurídico, porque ningún ordenamiento - jurídico puede desconocer el derecho de la propia conservación. La moral puede exigir un acto de abnegación y de altruismo, es decir, puede elevar el amor al prójimo hasta el deber de inmolarse por los demás; - pero no así el derecho, que coloca en primera línea el derecho de la - personalidad y de su conservación". (92) Agrega el citado autor: "Por consiguiente, el que obra en estado de necesidad, obra investido de - una función superindividual y social, como si ejerciera de modo privado una potestad de derecho público". (93)

#### a) NUESTRA LEGISLACION

El requisito de la "necesidad" exigido en la fracción IV del artículo 15 implica en el titular de la eximente un particular animus conservationis.

[92] y [93] Derecho Penal. Parte Genl. Págs. 422 y 423. Editorial Temis Bogotá. 1971.

## 5.- BIENES TUTELADOS EN EL ESTADO DE NECESIDAD

En primer término debemos establecer que la misión del Derecho es precisamente la protección de los bienes jurídicos, dictando el Estado las normas penales que considere pertinentes para tal efecto.

Bien jurídico es el valor tutelado por la ley, implicando to dos los bienes jurídicos (vida, integridad corporal, libertad, honor, pudor, patrimoniales, etc.).

### a) NUESTRA LEGISLACION

La fracción IV del artículo 15 del Código Penal de 1931, antes de la reforma, establece, "... la necesidad de salvar su propia - persona o sus bienes o la persona o bienes de otro..." Con relación a los bienes que se tutelan de acuerdo a la redacción antes transcrita, hay diversas opiniones:

Jiménez Huerta señala: "El peligro ha de recaer sobre un bien jurídico de la persona. Puede afectar no sólo a la vida e integridad corporal, sino también el honor, la libertad, el pudor y el patrimonio. La fracción IV adopta una amplia fórmula comprensiva de todos los cer chos cuando emplea la frase "su propia persona o sus bienes", que contrasta -lo que no condice con su naturaleza de estado de necesidad pr ivilegiado- con la limitación casuística establecida para la legítima - defensa". (94)

González de la Vega sostiene que "nuestro Derecho comprende todos los bienes de la persona, incluyendo los individuales, corporales y patrimoniales..." (95)

Abarca asegura que "el término bienes tiene una acepción jurídica definida por los artículos 750 y 751, del Código Civil, que se refiere exclusivamente a los bienes patrimoniales".(96) En cuanto al término "persona" nos dice este autor, que representa un bien jurídico protegido por la legislación penal, el cual ha sido definido en nuestro derecho abarcando la vida y la integridad corporal.

b) Nosotros estimamos que la fracción IV, del artículo 15, del Código Penal de 1931, antes de las reformas, al separar los términos "persona" y "bienes", con el primero se refiere a la vida e integridad corporal, y el segundo, comprende los patrimoniales, atendiendo al concepto que se tiene de bienes en materia civil.

Ahora bien, con las reformas penales de 1984, se logra un gran adelanto técnico sobre este particular, al establecerse: "Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno..."

Como se puede observar, la fórmula actual de la fracción IV, es acertada, pues se ha corregido el error existente, ya que se hace

(94) Ub. Cit. Págs. 325 y 326.

(95) Código Penal Comentado. Pág.78. Edición Porrúa México 1939.

(96) Citado por Celestino Porte Petit. Pág. 550. Ub.Cit.

referencia a la expresión "bien jurídico" lisa y llanamente, sin hacer la separación de los términos "persona" y "bienes", que provocaba la - confusión establecida, obteniéndose con esta reforma, que se protejan todos los bienes jurídicos sin limitación; situación que constituye la misión primordial del Derecho Penal.

c) CONFLICTO DE BIENES

El conflicto de bienes se presenta cuando entran en pugna - dos o más bienes jurídicos, igualmente protegidos por el derecho. Puede ser conflicto entre (vida con vida), (vida con patrimonio), (vida - con libertad), etc., enfrentamientos que deben ser resueltos en base a la valoración de los bienes jurídicos en pugna.

6.- EXCESO EN EL ESTADO DE NECESIDAD

La figura del exceso en el estado de necesidad se presenta - cuando no se guarda la debida proporcionalidad, entre el bien que se - salva y el mal que se ocasiona; esto es, se da cuando se causa un mal mayor al indispensable para salvar uno de los bienes en peligro.

En doctrina encontramos diversas opiniones:

Díaz Palos expresa: "Es también requisito esencial del acto necesario que exista proporcionalidad entre el bien que se salva y el

que se sacrifica. No hay problema cuando los bienes son incuestionablemente iguales (vidas, por ejemplo). Tampoco lo habrá en casos de notoria desproporción (vida y propiedad). Pero no siempre será tan fácil determinar cual es el bien superior. La valoración puede entonces hacerse con criterio subjetivo (valor individual), pero como advierte - MARIAUD, el juez no puede reconocer todo lo que el individuo estima - por la propia tendencia a sobrevalorar lo propio. Más importante es - el criterio objetivo (valor social) del cual es índice la pena asignada por la ley al respectivo ataque de los bienes en conflicto, pero sa bemus que la pena no siempre responde con exactitud al valor social((la pena, dice IHERING, es el precio corriente, pero puede ocurrir que sea igual para dos bienes, y el valor social muy diferente)). Por ello, - dice el profesor SANCHEZ TEJERINA, será menester recurrir a otros criterios, además de los señalados, y el juez deberá tener en cuenta el - valor moral, la cantidad de los bienes en peligro, grado en que el bien fue lesionado, la mayor o menor irreparabilidad, etc..." (97)

Jiménez Huerta considera que "Para que el estado de necesidad impida el nacimiento de la antijuridicidad de la conducta que salva un bien jurídico con sacrificio de otro, preciso es. cuando los bienes en conflicto fueren de la misma clase, que el mal que amenaza sea cuantitativamente mayor que el que se origina; y cuando fuere de calidad diversa, que el bien jurídico salvado tuviere un valor preponderante". (98)

(97) Ob. Cit. Pág. 42.

(98) Ob. Cit. Pág. 335.

Maggiore dice que: "Para que haya exceso excusable, es necesario que concurren todos los requisitos del cumplimiento de un deber, o del uso legítimo de armas, o del estado de necesidad, y sólo se debe obrar más allá de esos límites. El exceso, pues, debe consistir en - los medios, no en el fin. Por el contrario, cuando uno se excede al - realizar un fin diverso del pretendido por la ley, etc., se comete un acto que no es un exceso excusable, sino un delito por sí mismo". (99)

a) NUESTRA LEGISLACION

El Código Penal de 1931 vigente para el Distrito Federal se refiere al exceso en el estado de necesidad y en otras excluyentes de responsabilidad penal, en el artículo 16, pero no se hace un tratamiento especial de dicha figura, para el estado de necesidad en el lugar - indicado.

(99) ib. Cit. Pág. 431.

## CAPITULO CUARTO IV

### CASOS ESPECIFICOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

## 1.- EL ROBO FAMELICO COMO CASO ESPECIFICO DE ESTADO DE NECESIDAD

En los tiempos más primitivos los delitos causados por el hambre recibieron trato benigno y generalmente se declaró su inculpabilidad.

El robo de alimentos o vestidos verificados por el indigente, para aplacar su hambre o cubrir su desnudez, se ha considerado siempre como un caso típico extremo; la miseria coloca al sujeto entre la disyuntiva de morir de hambre o robar alimentos, y ante la manifestación del instinto las leyes no obligan a respetar la propiedad, hasta el sacrificio de la propia existencia.

Así tenemos que las antiguas legislaciones hindúes, chinas y judías se ocuparon ampliamente de su estudio.

El antecedente formal más remoto que encontramos en nuestra legislación está en el artículo 714 del Código Penal de 1835, para el Estado de Veracruz, en los siguientes términos: "Se exime de pena al reo de hurto, siempre que probase haber concurrido copulativamente las circunstancias siguientes:

- 1.- Haberse hallado en absoluta carencia de lo estrictamente necesario para vivir él y su familia el día en que se verifique el robo.
- 2.- Haber antes agotado todos los medios de adquirir honestamente con qué cubrir su necesidad.

3.- Haber limitado el robo a sólo lo indispensable para ocurrir a la necesidad del día.

4.- No haber inferido lesión alguna a la persona robada, y

5.- Ser hombre de buena vida y reputación".

Ahora bien, siguiendo con los ordenamientos legales que rige-  
rion al Distrito Federal, podemos manifestar que el Código Penal de  
1871 no reglamentó el robo necesario.

Su antecedente más inmediato lo constituye la fracción VII,  
del artículo 45, del Código Penal de 1929, que establece que las cir-  
cunstancias que excluyen la responsabilidad penal, es decir de justifi-  
cación legal, son "la indigencia no imputable al que, sin emplear enga-  
ño ni medios violentos, se apodera una sola vez del alimento estricta-  
mente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o fami-  
liares, de alimentación del momento".

El Código Penal de 1931 vigente dispone en el artículo 379,-  
que "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".

Con relación a los Códigos de los Estados, podemos señalar -  
estas corrientes:

a) Los Códigos de Campeche, Coahuila, Durango, Guanajuato, -

Michoacán, Quintana Roo y Veracruz, no contienen un artículo sobre este particular.

b) Los Códigos de Baja California Norte, (art. 329); Colima, (art.345); Chihuahua, (art.363); Guerrero, (art. 346); Jalisco, (art. 239-I); Nuevo León, (art. 374); Oaxaca, (art.366); Querétaro, (art. - 349); San Luis Potosí, (art. 401); Sinaloa, (art. 344); Tabasco, (art. 361); Yucatán, (art.353-I), y Zacatecas, (art.355 "B"), siguen la misma orientación del Código de 1931.

Los Proyectos de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949 y 1958, no incluyeron el robo necesario, manifestándose en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1958, que "la Comisión estimó absolutamente innecesaria la inclusión del robo del indigente, - por ser éste un caso de estado de necesidad". Asimismo, el Proyecto - de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963, no reguló el "robo famélico".

a) NATURALEZA DEL ROBO NECESARIO

Con respecto a la naturaleza del robo "necesario", podemos - señalar los siguientes criterios:

- a) Que se trata de una causa de justificación.
- b) Que se trata de una causa de inimputabilidad.
- c) Que se trata de una fuerza física exterior irresistible.
- d) Que se trata de una excusa absolutoria.

Los que le consideran una causa de justificación, como Antonio de P. Moreno, González de la Vega, Pavón Vasconcelos, Mariano Jiménez Huerta, Raúl F. Cárdenas y Jiménez de Asúa. Este último estima - que "no debe buscarse un fundamento típico al robo famélico que se halla objetivamente en la teoría del conflicto de bienes iguales, según la cual debe preferirse el sacrificio de la propiedad, que es el bien inferior, en aras de la vida del hambriento, que importa un valor más grande, siendo por tanto, una causa de justificación". (100)

Con relación al segundo criterio, que considera al robo necesario como causa de inimputabilidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido, que "para que exista la causa de inimputabilidad de estado de necesidad, se requiere no sólo que el robo se cometa sin engaños y sin violencias, sino que se ejecute ((una sola vez)) y que el apoderamiento sea de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades personales o familiares del momento, lo cual no ocurre si el propio inculpado reconoce que no cometió un sólo apoderamiento de dinero del ofendido, sino que lo hizo en repetidas - ocasiones, hasta que fue descubierto". (Semanao Judicial de la Federación, T.C., P. 1221, Sa. Epoca).

En la ejecutoria transcrita se estima al robo "necesario" como una causa de inimputabilidad, lo que es inaceptable. Atendiendo al concepto que se tiene de este aspecto negativo de la imputabilidad, o

sea "incapacidad de culpabilidad". Como es de suma claridad, en el robo necesario no falta la capacidad; por consiguiente no se puede integrar la inimputabilidad.

Con relación al criterio que sostiene que se trata de una fuerza física irresistible. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, que "la fracción I del artículo 11 del Código Penal - aplicable, se contrae a aquellos casos en que el autor de una infracción obra al impulso de una fuerza física exterior irresistible, y la simple lectura de dicho dispositivo legal pone de manifiesto que no comprende todos los casos de necesidad o de apuro económico. Esa condición, sin constituir en el terreno doctrinario una excluyente de responsabilidad propiamente dicha, puede volver irreprimiblemente el robo, siempre que se acrediten los extremos previstos por el artículo 341 - del Ordenamiento represivo en consulta, al establecer que no se castigará a quien, 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, y en modo alguno puede estimarse que el abigeato que perpetraron los acusados, satisfaga los requisitos del invocado dispositivo, si es el obvio que la cosa robada no puede estimarse como objeto estrictamente indispensable para satisfacer necesidades personales o familiares del momento". (Semana Judicial de la Federación. T. CVII, pp. 1178-1179, 5a. Epoca).

La ejecutoria anterior incluye al robo "famélico" como una fuerza física exterior irresistible, y la simple lectura de la tesis -

legal pone de manifiesto que no abarca todos los casos de necesidad o de apuro económico. Además este criterio es inaceptable, pues nada tiene que ver la fuerza física irresistible o vis absoluta con la colisión de dos bienes de desigual valor que se enfrentan en el robo "necesario".

En cuanto al último criterio que dispone que el robo "familiar" constituye una excusa absolutoria, podemos señalar la opinión del maestro Carrancá y Trujillo, expresa que "a su juicio, lo que contiene el artículo 379 del Código Penal es una causa de impunidad fundada en la utilidad social que se revela en presencia de un estado de necesidad específico, y de aquí que vemos en el artículo 379 del Código Penal una real excusa absolutoria, de carácter por tanto más restringido que el amplísimo de los estados necesarios previstos por el artículo 15 fracción IV del Código Penal". (101)

La misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el robo necesario constituye una "excusa absolutoria", en la siguiente resolución, que a la letra dice: "Para que el robo -necesario- integre una excusa absolutoria, requiere la reunión de varios requisitos: 1) Cualidad: que el hurto sea ordinario o no violento y sin engaños; 2) Limitación: que sea por una sola vez; 3) Finalidad: satisfacer necesidades apremiantes del agente o familiares, y 4) Condición: momentaneidad de la finalidad por lo que, si el apoderamiento recayó sobre

(101) Derecho Penal Mexicano. Parte Gen. T.II. P.104. 4a. Edición México 1956.

una vaca, los dos últimos requisitos no se surtieron al rebasarse la finalidad y excederse el supuesto condicionante". (Informe de 1956. - Pág. 84).

b) OPINION NUESTRA

Estimamos que el robo "necesario" constituye una verdadera causa de justificación o licitud, a virtud de que estamos frente al principio del interés preponderante, ya que se encuentran en colisión dos bienes de desigual valor: por un lado la vida o la salud personal y por el otro, el patrimonio, debiéndose sacrificar este último por ser el de menor jerarquía. Por consiguiente tampoco estamos de acuerdo con el criterio que sostiene que el robo "necesario" es una excusa absoluta, ya que si así fuera tendríamos que aceptar que la conducta realizada es antijurídica, lo que no puede sostenerse por tratarse de una causa de licitud.

c) REQUISITOS LEGALES DEL ROBO FAMILICO

Los requisitos que se desprenden del artículo 379, son:

- a) Apoderamiento,
- b) Por una sola vez,
- c) De los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades, personales o familiares del momento, y
- d) Sin emplear engaños o medios violentos.

a) Apoderamiento significa que el sujeto tiene que apropiarse de los objetos a que se refiere el artículo citado. Sobre este particular señalamos las siguientes opiniones:

1) Francisco Pavón Vasconcelos manifiesta que "resulta claro que el término ((apoderamiento)) expresa la acción del sujeto, es decir, el movimiento corporal voluntario de aprehender y sustraer la cosa de la potestad dominical de su titular y no la acción y un resultado material concreto integradores de un hecho de naturaleza causal, en el cual la actividad humana sea condición". (101 bis) Más adelante agrega, que "si hemos afirmado que la conducta en el robo consiste en el -apoderamiento y si aquélla por sí misma agota el primer elemento objetivo del delito, ¿cuándo se consuma éste?, concluyendo en el sentido, de que existe apoderamiento cuando la cosa sale de la esfera de poder del dueño o del poseedor para entrar en la esfera de la acción del ladrón".(102)

2) Mariano Jiménez Huerta expresa, que "el núcleo del tipo de robo radica en el apoderamiento que ... de realizar el sujeto activo. -Apoderarse uno de alguna cosa tanto significa, según el Diccionario de la Academia Española, como ((ponerla bajo su poder)). Empero, como para la configuración del delito de robo se precisa que la cosa esté previamente en posesión ajena, esto es, en poder de otra persona, necesario es determinar cuando, previo quebrantamiento de dicha posesión, la

---

(101 bis) y (102) Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza, y fraude genérico simple, págs. 23 y 27. México 1964.

cosa queda en poder del agente..." (103)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado, que "el apoderamiento es el acto por el cual la cosa ajena pasa a poder - del ladrón". (Semanao Judicial de la Federación, II, p.798. 5a. Epoca). "Apoderamiento, en el robo, no es sino la acción por la cual el agente activo del delito toma la cosa que no tenía, privando así del - objeto a su propietario o detentador legítimo". (Semanao Judicial - de la Federación, XXX pp. 1745-1746, 5a. Epoca).

De lo antes expuesto concluimos, que el delito de robo se - consuma, cuando el agente del delito tiene previa desposesión, bajo su radio de acción, la cosa a que se refiere la ley penal, y por tanto, - fuera de la del sujeto que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

b) Por una sola vez. Sobre este requisito podemos citar estos puntos de vista:

1) Carranca y Trujillo considera que "desaparecida la circunstancia de ser ((la primera vez)) que se comete el robo por los medios pacíficos y para los fines que el artículo 379 enumera: o cuando se emplee engaño o violencia; o cuando el robo sea sobre objetos no estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades perentorias, y si sólo sobre objetos necesarios por no existir otro medio practicable

(103) Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. La Tutela penal del patrimonio, IV. Pág.32. México, 1963.

y menos perjudicial para salvarse del peligro real, grave e inminente, entonces la excusa absolutoria desaparece con su restricto ámbito legal para hacer posible la aplicación de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal". (104)

2) González de la Vega señala que "afortunadamente, no obstante la literalidad del precepto que comentamos que parece dar una contestación negativa a la justificación de la reincidencia del indigente, la solución puede encontrarse en la redacción de la fracción IV del Artículo 15 del Código Penal, dentro de cuyos amplísimos términos caben todos los casos de necesidad". (105)

3) Paulino Machorro Narváez se pregunta: "¿Una sola vez?, ¿en cuánto tiempo?, ¿en un día, en un mes, etc.?, y contesta: la necesidad es renaciente y la limitación, muy difícil de establecer; el reciente Código Penal del Estado de Morelos, Art. 374, mejora la solución, suprimiendo esa limitación de tiempo, por una sola vez, y exigiendo que el agente justifique que no le es imputable el estado de necesidad". (106)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, que "la excluyente consignada en el artículo 379 del Código Penal del Distrito Federal que establece que no se castigará al que sin emplear en-

(104) Derecho Penal Mexicano. Parte General, II, p.104, 4a.edición. México, 1956

(105) Derecho Penal Mexicano. Los delitos, II, p.131,3a.edición. México, 1944.

(106) Derecho Penal Especial, p.208. México.

gaño ni medios violentos, se apodere, una s3la vez, de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o del momento, es inaplicable si el delincuente cometi3 diversos robos, pues la ley limita la excluyente al apoderamiento singular y no al plural, y por otra parte, el reo debe probar plenamente el estado de necesidad que lo determin3 a cometer el delito" (Semanario Judicial de la Federaci3n, LXXXI, pp. 3504-3505, 5a. Epoca, Cfr.: Bolet3n de informaci3n Judicial, T.X, p. 158).

c) Objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento. Con relaci3n a este requisito, Jos3 Almaraz estima que "el art3culo 379 del C3digo vigente desvirtúa por completo el concepto jur3dico del robo familiar, - pues traspasa el l3mite aceptado y esencial de la alimentaci3n, pues - al referirse a los objetos); para satisfacer necesidades ((personales y familiares del momento)), crea una figura delictiva que deja impunes - muchos verdaderos delitos y suministra argumentos de defensa a los criminales". (107) Y agrega, que "como el art3culo 379 se refiere a necesidades y a objetos en general, no seala l3mite alguno y de este modo permite que yo tome un autom3vil ajeno para trasladar a mi familia a otro lugar para satisfacer una necesidad del momento, o que tome un paraguas ajeno en tiempo de lluvias con fin parecido, y como las necesidades se sienten, nadie podr3 probar que el ladr3n o el rat3n no siente la necesidad de tomar violentamente un tranv3a o un cam3n para ver a su madre enferma y robar una planilla o un pasaje de ferrocarril, y los toxic3manos, los alcoh3licos -que sienten desesperadamente la ne-

cesidad de intoxicarse- pueden robar una botella de cognac o lo que - tan urgentemente les falte, y esto no es robo famélico, pero sí es autorizar a que un necesitado -so pretexto de necesidad- haga de un ciudadano pacífico un verdadero necesitado al que no se le escucha en sus justas quejas", preguntándose el autor: "¿Se calculan los desórdenes, - la anarquía y los atropellos que resultarían de aplicar el precepto con alguna frecuencia?" Así, contesta Almaraz: "no se lucha eficazmente - contra el delito, sino se le fomenta legalmente". (108)

Por su parte Jiménez Huerta le da otro sentido a la expresión "necesidades personales o familiares", al externar que "son aquellas - que, de no satisfacerse, afectan a la vida o a la salud de la persona que realiza el apoderamiento o a las de sus familiares, como las que - engendran el hambre, la sed, el frío, la miseria y la enfermedad".(109)

Nosotros consideramos sobre este particular que el cambio de "alimento" por "los objetos" y la supresión de la expresión "alimentación" amplía la fórmula, comprendiendo el apoderamiento no únicamente el "alimen-" sino cualquier otro objeto, estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares en el momento.

c) Sin emplear engaño ni medios violentos. Este requisito: -

(107) y (108) Algunos errores y absurdos de la legislación penal de - 1931. Págs. 58, 59 y 60. México, 1941.

(109) Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. La tutela penal del patrimonio, IV. Págs. 100 y 101. México, 1963.

supone que se excluye la exención de la penalidad, cuando el apoderamiento se realice a través de medios violentos o engañosos. Sobre este respecto podemos señalar la opinión de Jiménez Huerta, que anota "que si la situación de necesidad individual o familiar es real y auténtica, no hay por qué exigir que el apoderamiento se realice ((sin emplear engañ o ni medios violentos...)), pues la licitud de dicha conducta emerge de la cristalina fontana donde se gesta el Derecho, aun cuando el apoderamiento se hiciere por la fuerza o por engaño, cuantas veces - existiere una auténtica necesidad que obligare a salvar un interés preponderante". (110)

Con relación a este requisito estimamos que dada la naturaleza del robo "necesario" como estado de necesidad, es inquestionable la exigencia legal de que el apoderamiento se realice sin emplear violencia ni engaño.

d) INNECESARIA REGLAMENTACION DEL ROBU FAMILIAR EN FORMA ESPECIFICA

El robo "necesario" es un estado de necesidad; por consiguiente, se encuentra contenida dentro de la amplia fórmula de estado de necesidad, en la fracción IV, del artículo 15, del Código Penal vigente. Es por ello que estimamos superflua su reglamentación especial.

---

(110) Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. La tutela penal del patrimonio, IV. Pág. 99. México, 1963.

## EL ABORTO TERAPEUTICO COMO CASO ESPECIFICO DE ESTADO DE NECESIDAD

El aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

El Código Penal de 1871 contempla el aborto "necesario" en el capítulo IX, en el artículo 570, disponiendo que "sólo se tendrá como necesario el aborto cuando de no efectuarse corra la mujer embarazada peligro de morir a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico siempre que eso fuere posible y no sea peligrosa la demora".

El Código Penal de 1929 regula el aborto terapéutico en el artículo 1001, en los mismos términos que el ordenamiento anterior.

El Código Penal de 1931 vigente, contiene el aborto en el artículo 334, en la forma siguiente: "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asiste, oyendo éste el dictamen de otro médico siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

Ahora bien, existen en doctrina varias opiniones con relación a la legislación o no del aborto terapéutico o necesario. Nosotros consideramos que esta figura constituye un caso de estado de necesidad, en donde se observa un verdadero conflicto de bienes jurídicos de desigual valor: por una parte la vida de la madre y por otra, la

vida del ser en formación, estimando como bien preponderante la vida - de la madre a costa del sacrificio del producto de la concepción. Por consiguiente es innecesaria la reglamentación especial del aborto terapéutico ya que se encuentra incluido dentro de la amplia fórmula del estado de necesidad en la fracción IV del artículo 15, de nuestro ordenamiento penal. Es por ello que proponemos la supresión del precepto relativo al aborto terapéutico.

CAPITULO QUINTO V

DERECHO COMPARADO EXTRANJERO

V DERECHO PENAL COMPARADO EXTRANJERO

En el presente apartado transcribiremos los artículos relativos al estado de necesidad de algunos Códigos Penales y Proyectos de países Latinoamericanos:

1.- CODIGO PENAL DE LA ARGENTINA

Art. 34.- No son punibles:

3) el que causare un mal por evitar otro mayor - inminente a que ha sido extraño.

2.- PROYECTO DE 1974 DE LA ARGENTINA

Art. 5.- No son punibles:

El que causare un mal por evitar otro mayor - inminente al que ha sido extraño.

3.- CODIGO PENAL DE BOLIVIA

Art. 11.- Está exento de responsabilidad:

2) (Estado de necesidad) el que infringe un deber o causa un mal para evitar otro mayor, inminente o actual, por él no provocado y no evitable de otra manera, siempre que el necesitado - no tuviere, por su oficio, o cargo o actividad, la obligación de afrontar el peligro.

4.- CODIGO PENAL DE COLOMBIA

Art. 29.- Causales. El hecho se justifica cuando se co

mete:

5) Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

#### 5.- ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA (1974)

Art. 35.- Estado de necesidad. El hecho se justifica cuando se comete por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia, que no tenga la obligación jurídica de afrontar y siempre que no se excedan los límites de la necesidad.

#### 6.- PROYECTO DE CODIGO PENAL DE COLOMBIA (1976)

Art. 31.- El hecho se justifica cuando se comete:

5) por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

El derecho protegido debe ser de igual o superior categoría al sacrificado.

#### 7.- CODIGO PENAL DE COSTA RICA

Art. 27.- No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro para evi

tar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) que el peligro sea actual o inminente;
- b) que no lo haya provocado voluntariamente; y
- c) que no sea evitable de otra manera.

Si el titular del bien que se trata de salvar tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.

#### 8.- CODIGO PENAL DE CUBA

Art. 22.- 1.- Está exento de responsabilidad penal el que obra con el fin de evitar un peligro inminente que amenace su propia persona o la de otro, o un bien social o individual, cualquiera que éste sea, si el peligro no podía ser evitado de otro modo, ni fue provocado intencionalmente por el agente, y siempre que el bien sacrificado sea de valor inferior que el salvado.

2.- Si es el propio agente el que, por su actuar imprudente, provoca el peligro, o si se exceden los límites del estado de necesidad, el tribunal puede rebajar la sanción hasta en dos tercios, o, si las circunstancias del hecho lo justifican, eximirlo de responsabilidad.

3.- No es apreciable el estado de necesidad si el agente tiene el deber de arrustrar el peligro que amenace a su persona.

#### 9.- CODIGO PENAL DE CHILE

Art. 10.- Están exentos de responsabilidad criminal:

- 7) el que para evitar un mal ejecuta un hecho -

que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1a) realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar;
- 2a) que sea mayor que el causado para evitarlo;
- 3a) que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

#### 10.- CODIGO PENAL DEL ECUADOR

Art. 24.- No se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

#### 11.- CODIGO PENAL DE EL SALVADOR

Art. 37. No comete delito:

Estado de necesidad

- 3) el que en situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro bien para evitar un daño, siempre que concurren los siguientes requisitos:
  - a) que el peligro sea actual o inminente;
  - b) que el daño que se trata de evitar sea razonablemente mayor;
  - c) que no lo haya provocado intencionalmente;

d) que no se pueda evitar de otra manera; y  
e) que el necesitado no tenga el deber jurídico de  
afrontar el riesgo.

## 12.- CODIGO PENAL DE GUATEMALA

Art. 24.- Son causas de justificación:

Estado de necesidad

2) quien haya cometido un hecho obligado por la -  
necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado -  
por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el he-  
cho sea en proporción al peligro.

## 13.- CODIGO PENAL DE HONDURAS

Art. 7.- No delinquen y por consiguiente están exentos  
de responsabilidad criminal:

8) el que, para evitar un mal, ejecuta un hecho  
que produzca daño en propiedad ajena, siempre que concurren las cir- -  
cunstancias siguientes:

primera: realidad o peligro inminente del mal que  
se trata de evitar;

segunda: que el mal sea mayor que el causado para  
evitarlo;

tercera: que no haya otro medio practicable y me-  
nos perjudicial para impedirlo.

14.- CODIGO PENAL DE NICARAGUA

Art. 28.- Están exentos de responsabilidad criminal:

6) el que obra impulsado por la necesidad de preservarse de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera, si en la circunstancia en que se ha cometido el acto no podía razonablemente exigirse del autor el sacrificio del bien amenazado;

7) en que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

a) realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar;

b) que el daño que se trata de evitar sea mayor que el causado para evitarlo; y

c) que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

15.- CODIGO PENAL DE PANAMA

Art.48.- No es punible quien ejecuta un acto para precaverse a sí mismo o a otro de un peligro grave o inminente, que amenace la vida o el honor, cuando no fue causa voluntaria del peligro quien se ve amenazado por él, y no puede evitarlo de otra suerte.

16.- PROYECTO DE CODIGO PENAL DE PANAMA (1970)

Art. 21.- No delinque el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) que el peligro sea actual, grave o inminente;
- b) que no tenga otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo;
- c) que el mal producido fuere menor que el evitado;
- d) que el peligro no haya sido voluntariamente provocado por el agente, y
- e) que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar el riesgo.

#### 17.- CODIGO PENAL DE PARAGUAY

Art. 21.- Está exento de pena:

- 3) el que ejecuta un daño para evitar otro mayor, siempre que el mal que se quiere evitar, sea real e inminente y que a primera vista no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

#### 18.- CODIGO PENAL DE URUGUAY

Art. 27.- (Del estado de necesidad). Está exento de responsabilidad el que, para defender su vida, su integridad física, su libertad, su honra o su patrimonio, ataca alguno de estos derechos en los demás, con tal que el mal causado sea igual o menor que el que se trate de evitar, que éste no haya sido provocado por su conducta y que revista el doble carácter de inminente e inevitable.

Cuando el daño causado fuere patrimonial y tuviere por objeto prevenir un daño de la misma naturaleza, el mal causado debe necesariamente ser menor.

El artículo no se aplica al que tuviere, jurídicamente, el deber de afrontar el mal ni al que intentare prevenir el mal que ame nazara a terceros, salvo que éstos fueran sus parientes dentro del grado establecido por el inciso 2 del artículo 26.

19.- CODIGO PENAL DE VENEZUELA

Art. 65.- No es punible:

4) el que obra constreñido por la necesidad de salvar su persona, o la de otro, de un peligro grave e inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa, y que no pueda evitar de otro modo.

20.- PROYECTO DE CODIGO PENAL DE VENEZUELA (1969)

Art. 40.- No delinquen y por consiguiente no incurrn en responsabilidad penal alguna:

3) quien causare un mal a las personas o en las cosas, para salvar su persona o derechos o la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) que el peligro sea grave e inminente;
- b) que no tenga otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo;
- c) que el mal producido fuere menor que el evitado;
- d) que el peligro no haya sido provocado voluntariamente por el agente; y
- e) que éste no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

EL ESTADO DE NECESIDAD EN ALGUNAS LEGISLACIONES EUROPEAS:

21.- CODIGO PENAL ALEMAN

Art. 34.- Estado de necesidad justificante.

Quien perpetra un hecho ante un peligro actual no evitable de otro modo, para la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, para alejar de sí o de otro el peligro, no actúa antijurídicamente, si en la ponderación de los intereses en conflicto, particularmente de los bienes jurídicos afectados y del grado de los peligros que los amenazan, el interés protegido prepondera esencialmente sobre el perjudicado. Sin embargo, esto rige sólo en tanto el hecho sea el medio adecuado para evitar el peligro.

Art. 35. Estado de necesidad exculpante.

1. Quien perpetra un hecho antijurídico ante un peligro actual no evitable de otro modo para la vida, la integridad corporal o la libertad, para alejar el peligro de sí, un deudo u otra persona cercana a él, actúa sin culpabilidad, en tanto que al autor según las circunstancias pudo exigírsele que soportare el peligro, particularmente porque él mismo causó el peligro o porque se hallare en una relación jurídica especial; sin embargo, la pena podrá ser atenuada conforme al § 49, inc. 1, si el autor no tuviere que soportar el peligro en consideración a una relación jurídica especial.

2. Si el autor en la comisión del hecho supusiere erróneamente circunstancias que le exculparían según el inc.1, sólo será castigado cuando podía evitar el error. La pena se atenuará confor-

me al § 49, inc. 1.

22.- PROYECTO ALEMAN DE 1962

Art. 39. Estado de necesidad justificante.

1. Quien perpetre un hecho para apartar de sí o de otro un peligro actual, no evitable de otro modo, contra la vida, - integridad corporal, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico, no actúa antijurídicamente, si en la ponderación de los intereses en conflicto, particularmente de los bienes jurídicos afectados y del grado de los peligros que les amenazan, el interés por él protegido prepondera esencialmente sobre el perjudicado. Sin embargo, esto rige sólo en tanto el hecho sea el medio adecuado para evitar el peligro.

2. Si el autor en la perpetración del hecho supone erróneamente circunstancias, que según el inc. 1 habrían justificado el hecho, entonces sólo será castigado en el caso que el error le sea reprochable. Conforme al § 64, inc. 1, la pena debe atenuarse con las siguientes reglas:

1) en lugar de presidio se aplicará prisión desde tres meses hasta cinco años;

2) en lugar del mínimo agravado de una pena de prisión, se aplicará el mínimo legal;

3) la pena máxima de prisión no excederá de cinco años.

Art. 40.- Estado de necesidad exculpante.

1. Quien perpetra un hecho antijurídico para apartar de sí mismo, de un afiliado o de otra persona cercana a él, un pe-

ligro actual, no evitable de otra manera, contra la vida, la integridad corporal o la libertad, actúa sin culpabilidad, si no puede exigirse afrontar el peligro para el bien jurídico amenazado.

2. Si el autor en la perpetración del hecho supone erróneamente circunstancias que según el inc. 1 habrían exculpado el hecho, entonces sólo será castigado en el caso que el error le sea reprochable. La pena conforme al § 64, inc. 1, debe ser atenuada con las siguientes reglas:

1) en lugar de presidio, según el § 64, inc. 1. - no. 4, prisión no inferior a seis meses;

2) en lugar del mínimo agravado de una pena de prisión, se aplicará el mínimo legal.

### 23.- PROYECTO ALTERNATIVO ALEMÁN DE (1966)

#### Art. 15. Estado de necesidad justificante.

1. Quien perpetra un hecho que es necesario para apartar un peligro actual para la vida, integridad corporal, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico, no actúa antijurídicamente, si en la ponderación de todas las circunstancias, particularmente de los bienes jurídicos en conflicto, pondera de tal manera los intereses por él defendidos que la intervención en el bien jurídico afectado deba ser soportada.

2. Otras disposiciones sobre estado de necesidad conforme a derecho quedan intocadas.

#### 24.- CODIGO PENAL ESPAÑOL

Art. 8.- Está exento de responsabilidad criminal:

7) el que impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero: Que el mal causado sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo: Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto, y

Tercero: Que el necesitado, no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse.

#### 25.- JURISPRUDENCIA RELATIVA AL ESTADO DE NECESIDAD

1.- "El estado de necesidad como exculpante presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados e impone el sacrificio de uno para que subsista el otro. (S.C., Juris. def. 6a. época, segunda parte, núm. 129)".

2.- "El estado de necesidad ataca la antijuridicidad del acto y si los hechos ocurrieron dentro de una riña resulta indudable que las conductas de los que en ella intervinieron al margen de la ley; para poder hacer valer una causa de justificación es preciso que quien la use obre de acuerdo con el orden jurídico establecido (S.C., tesis relacionada, 6a. época, segunda parte, T.VI, Pág. 141)".

3.- "Existe contradicción en el concepto de violación si con juntamente se alegan, el miedo grave, el temor fundado y el estado de necesidad, excluyente de naturaleza diversa, pues la primera afecta al elemento imputabilidad, la segunda a la culpabilidad y la tercera a la antijuridicidad del delito. (S.C.tesis relacionada, 6a. época, segunda parte, T.II. Pág. 97)".

### CONCLUSIONES RELATIVAS AL ESTADO DE NECESIDAD

Después de haber analizado la figura jurídica del estado de necesidad nos permitimos establecer las siguientes conclusiones:

1.- El estado de necesidad es una institución muy rica que ha sido estudiada por diversos ordenamientos jurídicos a través de la historia. Entre ellos el derecho Indú, Griego, Musulmán, Canónico, Germánico, Español, Mexicano, etc...

2.- Siguiendo la trayectoria de la legislación mexicana, encontramos que el estado necesario se reguló en el Código Penal de 1871, en el artículo 34, fracción décimo primera, en donde se contempla que solamente los bienes patrimoniales pueden ser sacrificados. Además se reglamenta acertadamente la proporcionalidad que debe existir entre el bien que se salva con respecto al que se sacrifica, con lo cual aunque no se señala en forma expresa se está abarcando la entidad de los bienes jurídicos en conflicto.

Por su parte el Código Penal de 1929 contiene el estado de necesidad en el artículo 45 en la fracción sexta casi en los mismos términos que el ordenamiento penal de 1871. Únicamente se suprimió el requisito de proporcionalidad, erróneamente.

3.- De la redacción de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, antes y después de las re

formas penales de 1984, se desprenden las siguientes observaciones:

a) Se separa de la fracción citada la primera parte que alude al miedo grave o temor fundado e irresistible o fuerza compulsiva y se coloca en la fracción VI del mismo precepto; situación que estimamos correcta, en virtud de que la vis compulsiva es una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, y cuando ésta es de tal intensidad que afecta la capacidad psíquica del agente, constituye una causa de inimputabilidad.

b) Se cambia la expresión "... salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro..." por la fórmula de "...salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno...". Al respecto manifestamos que con la primera expresión el legislador separa los términos "persona" y "bienes" con lo que da lugar a una confusión, pues se interpreta que al hablar del primer término se refiere a la vida o integridad personal y con el segundo alude a los bienes patrimoniales - atendiendo al concepto de "bienes" en materia civil, ya que si abarcara a todos los bienes de la persona habría hecho mención únicamente a dicho término sin aludir a la expresión "su propia persona". En consecuencia, opinamos que la redacción de la fracción que nos ocupa, sobre este particular antes de las reformas limitaba la extensión del estado de necesidad a determinados bienes jurídicos dejando sin amparo los relativos a la libertad, honor, pudor, etc., mismos que son dignos de ser protegidos. Con tal omisión el Derecho penal no cumple con su misión primordial consistente en la protección de todos los bienes jurídicos. En base a este razonamiento consideramos acertada la reforma - realizada sobre este respecto, al cambiarse la anterior expresión por

la frase: "... salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno..." lográndose con ello un gran adelanto técnico, en virtud de que por el término "bien jurídico" entendemos el valor tutelado por la ley e implica - todos los bienes jurídicos (vida, integridad personal, salud, libertad, honor, pudor, patrimoniales, etc...) y de esta manera se cumple con el fin principal del derecho.

c) Con relación a las características del peligro, observamos que se adhiere el término actual y se suprime el requisito de grave. Estimamos correcto que se halla agregado el término "actual", ya que en la anterior redacción solamente se aludía a la inminencia, y con dicha omisión se excluía del amparo del estado de necesidad al sujeto que estuviere ante un peligro actual o presente. Ahora bien, también estamos de acuerdo con la supresión del requisito de gravedad, pues consideramos que todos los bienes jurídicos aún los más ínfimos son susceptibles de ser salvaguardados, pues al exigirse que el peligro sea grave, se interpretaba, que cuando era menor o de poca importancia, no operaría el estado de necesidad, aún cuando los bienes en conflicto fueran de menor trascendencia; apreciación que es incorrecta, ya que lo interesante aquí es determinar si el sujeto salvó el bien de mayor jerarquía. Es decir, nosotros consideramos que basta con que el peligro exista o esté por suceder prontamente para que el sujeto se coloque ante una situación de necesidad y será la autoridad judicial la que declare la gravedad o no del peligro.

d) Observamos que antes de las reformas no se contempla la provocación del peligro. Con tal omisión se extendía la justificante al agente aún cuando él mismo hubiera producido el peligro ya sea en -

forma dolosa o culposamente. Ahora bien, con las reformas se agrega éste requisito negativo en los siguientes términos "... no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia...". Sobre este particular es importante señalar que la mayoría de las legislaciones que contemplan este requisito se refieren exclusivamente a la no provocación dolosa del peligro, haciendo extensiva la eximente cuando halla sido ocasionado culposamente. Nosotros estimamos correcto la exclusión del estado de necesidad, cuando la situación de peligro haya sido provocada por el necesitado, en forma dolosa o culposa, pues no debemos olvidar que la conducta del sujeto lesiona un bien jurídico ajeno, por consiguiente la ley debe ser estricta en este sentido, para que se configure el estado de necesidad.

e) La parte final de la fracción IV del precepto estudiado también fue reformada, suprimiéndose las expresiones "empleo o cargo", haciendo alusión únicamente al "deber jurídico". Consideramos acertada esta modificación, ya que con la redacción anterior el legislador se limitaba a negar el estado necesario a los sujetos que tuvieran encomendados los deberes jurídicos derivados exclusivamente del "empleo o cargo". Con ello no se contemplaban innumerables deberes en los que no se puede alegar el estado de necesidad. Y con la expresión "deber jurídico", se excluye la eximente a favor del sujeto que por ley tenga el deber jurídico de afrontar el peligro.

f) Asimismo observamos en la redacción actual del precepto analizado una repetición innecesaria, consistente en que se señala por una parte el término "necesidad" y por la otra la expresión que dice:

"siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance". Pues estimamos que bastaría referirse al primero para contemplar el segundo, ya que ambas expresiones se refieren a la inevitabilidad.

g) Por otro lado observamos que el texto legal que nos ocupa no hace alusión alguna al valor de los bienes jurídicos en conflicto; tampoco a la proporcionalidad que debe guardar el bien salvado con respecto al sacrificado y por ende, no se contempla la figura del exceso. Algunos penalistas opinan que el elemento de proporcionalidad y el exceso se contemplan en la última frase de la fracción analizada que a la letra dice "... siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance". Sin embargo, nosotros no compartimos ese criterio en virtud de que dicha expresión se refiere a la inevitabilidad del mal, es decir significa que el agente ha agotado todos los medios a su alcance para evitar que se produzca el daño a un sujeto inocente, pero en ningún momento se hace referencia a la proporcionalidad, ya que ésta se presenta cuando el sujeto una vez que ha agotado todos los medios para evitar el mal, y no lo ha logrado, se ve obligado a lesionar un bien jurídico ajeno tutelado por el derecho, esta lesión es inevitable.

4.- En virtud de las anteriores observaciones, consideramos que debe incluirse en el precepto relativo al estado de necesidad, la entidad de los bienes jurídicos en conflicto para de esta forma permitir al juzgador moverse tanto en el campo de las causas de justificación como en el de inculpabilidad; pues de lo contrario se da cabida a

las tres hipótesis: cuando el bien salvado es de menor, igual o mayor jerarquía con respecto al sacrificado, lo cual a nuestro juicio constituye una verdadera aberración jurídica al no delimitar las figuras del delito, causas de inculpabilidad y causas de justificación. Además al contemplarse el valor de los bienes jurídicos en pugna, se abarca también la figura de la proporcionalidad y por ende el exceso; situaciones que tampoco se contienen en el precepto estudiado.

5.- En atención a las anteriores observaciones proponemos que la redacción de la fracción IV, del artículo 15, del Código Penal vigente se formule de la siguiente manera:

Art. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

IV.- Cuando exista necesidad de proteger un bien jurídico propio o ajeno de mayor o igual jerarquía tutelado jurídicamente de un peligro real, actual o inminente no causado dolosa ni culposamente, sin tener el deber jurídico de afrontarlo, lesionando otro bien amparado por la ley.

6.- Con relación a las diferencias entre el estado de necesidad y la legítima defensa, concluimos que la principal es que en el primer caso el acto necesario pretende salvar un derecho a costa del sacrificio de otro igualmente protegido por el derecho y en la legítima defensa se actúa contra una acción antijurídica.

7.- En cuanto a las analogías, ambas son consideradas causas

de justificación, cuando el estado de necesidad opera como tal (bienes desiguales).

8.- De la redacción del precepto vigente del estado de necesidad se desprenden los siguientes elementos:

- a) necesidad
- b) un peligro
- c) real
- d) actual
- e) inminente
- f) no provocación dolosa ni culposa
- g) no tener el deber jurídico de sufrir el peligro.

9.- En el texto legal vigente del estado de necesidad se permite el auxilio de terceros extraños en favor del necesitado, pero no se acepta cuando el propio agente haya provocado el peligro, ni cuando este tuviera el deber jurídico de afrontarlo.

10.- En el estado de necesidad reina un elemento subjetivo, consistente en el ánimo de conservación. En nuestro derecho lo encontramos implícito en el requisito positivo de necesidad.

11.- En nuestro ordenamiento jurídico penal se regulan dos casos específicos de estado necesario: el robo familiar y el aborto terapéutico; mismos que a nuestro juicio no deberían ser reglamentados en forma especial, ya que entran dentro de la amplia fórmula del esta-

do de necesidad.

12.- La mayoría de las legislaciones extranjeras, lo mismo que el Código Penal vigente Mexicano, no regulan acertadamente el estado de necesidad, ya que no contemplan en su totalidad la tesis de la - diferenciación, que da lugar a establecer la doble naturaleza jurídica que posee éste aspecto negativo del delito. Esto es, opera como causa de justificación, cuando se enfrentan bienes desiguales y se prefiere el de mayor jerarquía en base al interés preponderante. Y como causa de inculpaibilidad por no exigibilidad de otra conducta, cuando se enfrentan bienes de igual entidad jurídica.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ALMARAZ JOSE HARRIS.- "Algunos Errores y Absurdos de la Legislación Penal de 1931". México 1941.
- 2.- ALMARAZ JOSE HARRIS.- "Tratado Teórico y Práctico de Ciencia Penal". El Delincuente. México 1948. S/E.
- 3.- ANTOLISEI FRANCISCO.- "Manuale di Diritto Penale. Milano. 1955.
- 4.- ANTON ONECA.- "Derecho Penal" Tomo I. Madrid 1949.
- 5.- CARRANCA Y TRUJILLO.- "Derecho Penal Mexicano". Parte General. 13a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1980.
- 6.- CARRANCA Y TRUJILLO Y  
CARRANCA Y RIVAS. "Código Penal Anotado" 2a. Edición. Antigua Librería Robredo. México 1956.
- 7.- CASTELLANOS TENA.- "Lineamientos Elementales del Derecho Penal". Editorial Porrúa, S.A.. Parte General. 14a. Edición. México. 1980.
- 8.- CAVALLO "Diritto Penale". Tomo II. Napoli. 1955.
- 9.- CUELLON CALON EUGENIO.- "Derecho Penal". Tomo I. Parte General. Bosch Casa Editorial. Urgel 51. bis. Barcelona.
- 10.- DIAZ PALOS FERNANDO.- "El estado de necesidad". S/E, Bosch, casa editorial, Urgel 51 bis. Barcelona.
- 11.- GIUSEPPE MAGGIURE.- "Derecho Penal". Tomo I, Editorial Temis Bogotá 1971.
- .- GOMEZ EUSEBIO.- "Tratado de Derecho Penal". Tomo I. Editorial - compañía Argentina de Editores Sociedad de Responsabilidad - Limitada. Tucumán. Buenos Aires 1969.

- 13.- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- "Derecho Penal Mexicano". Los delitos. Tomo II. 3a. Edición. México 1944.
- 14.- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- "El Código Penal comentado". Editorial Porrúa, S.A., México 1939.
- 15.- HANZ WELSEL.- "Derecho Penal". Parte General.
- 16.- JIMENEZ DE ASUA LUIS.- "La ley y el Delito". Principios de Derecho Penal. Editorial Sudamericana. Buenos Aires 1978. 5a. edición.
- 17.- JIMENEZ DE ASUA LUIS.- "Tratado de Derecho Penal". Tomo IV. Editorial Lozada, S.A., Buenos Aires 1958.
- 18.- JIMENEZ HUERTA MARIANO.- "La antijuridicidad" Imprenta Universitaria. México 1952.
- 19.- JIMENEZ HUERTA MARIANO.- "Derecho Penal Mexicano" Parte Especial. La tutela del patrimonio. Tomo IV. México 1953.
- 20.- MACHORRO HARVAEZ PAULINO.- "Derecho Penal Especial Mexicano".
- 21.- MEZGER EDMUNDO.- "Tratado de Derecho Penal" Tomo I. Nueva edición y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho privado.
- 22.- MEZGER EDMUNDO.- "Tratado de Derecho Penal". Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción de la segunda Edición Alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz.
- 23.- NOVOA MONREAL.- "Derecho Penal Chileno". Editorial Jurídica de Chile.
- 24.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- "Manual de Derecho Penal Mexicano" Parte General. 4a. Edición. Editorial Porrúa, S.A.

- 25.- PAVON VASCUNCELOS FRANCISCO.- "Comentarios de Derecho Penal". Parte Especial. Robo, Abuso de Confianza y Fraude Genérico-Simple. México 1964.
- 26.- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.- "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal". Editorial Porrúa, S.A., México. 1985.
- 27.- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.- "Legislación Penal Comparada - Mexicana". Parte General 1946. Jalapa Enriquez.
- 28.- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.- "Hacia una Reforma del Sistema Penal". Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales. México 1985. 1a. Edición.
- 29.- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.- "Robo Simple" Editorial Porrúa, S.A. México 1984. 1a. edición.
- 30.- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.- "Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal" Gráfica Panamericana S.de R.L. 1a. Edición México 1954.
- 31.- PUIG PENA FEDERICO.- "Derecho Penal". Parte General. 5a. Edición. Tomo I. Rios Rosas 57 Barcelona.
- 32.- RANIERI.- "Diritto Penale". Milano 1945.
- 33.- SOLER SEBASTIAN.- "Derecho Penal Argentino". Tomo I. 3a. Edición. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires.
- 34.- VELA TREVINO SERGIO.- "Antijuricidad y Justificación". Editorial Porrúa, S.A., México 1976.
- 35.- VILLALOBOS IGNACIO.- "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa, S.A., 2a. Edición. México 1950.
- 36.- VON LISZT FRANZ.- "Tratado de Derecho Penal". Traducido de la segunda edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldana. Tomo II. Editorial Reus S.A. Madrid. 1927.

- 37.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.- "Tratado de Derecho Penal". Tomo X. Editorial Bibliográfica argentina.
- 38.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.- "Real Academia Española Española Es--  
pasa Calpe, S.A.

#### L E G I S L A C I O N

- 39.- LEYES PENALES MEXICANAS. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México 1980. Tomos: I, III y IV.
- 40.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA -  
TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.- Editorial Teocalli 1931.  
(antes de las reformas penales de 1984).
- 41.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL 1931.- Editorial Porrúa,  
S.A. 42a. Edición. México 1986 (reformado).
- 42.- DERECHO PENAL LATINOAMERICANO COMPARADO.-  
(JUAN BUSTOS RAMIREZ Y MANUEL VALENZUELA BEJAS).  
Apéndice Parte General de los Códigos y Proyectos, Tomo III.  
Ediciones Depalma. Buenos Aires 1983.