

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN



EL ESTADO DE NECESIDAD COMO EXCLUYENTE
DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL

T E S I S

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

presenta la alumna:

FLORA LUZ LOZANO VAZQUEZ

U-0030062

ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1981



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 esta 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.

DEDICATORIA ESPECIAL

A la memoria de mi adorada Madre, ausente inolvidable, quien con su ejemplo siempre vivo, me dio los principios necesarios para salir adelante.

A ella, Mujer de sólida voluntad, perfil dulce y de innegables sentimientos, con profunda y eterna gratitud.

A mi Padre:

Con cariño y respeto.

Al Sr. Lic. MANUEL SUAREZ MUÑOZ

*por la brillante dirección, que hizo posible
la realización de este trabajo.*

A mi Abuelita:

ESTELA MUÑOZ VDA. DE VAZQUEZ

Con especial afecto.

A mis Hermanos:

FRANCISCO

EUSEBIO

SALVADOR

GUILLERMO

*Por nuestra eterna y
fraternal unión.*

PROLOGO

PROLOGO

El estado de necesidad como excluyente de responsabilidad criminal, constituye el tema que me permito llevar a cabo para someterlo a su consideración; y aunque mi modesta preparación, aunada con las presiones del tiempo son factores que me han impedido abordar el tema de una manera más profunda y científica; no dejo de proporcionar una idea comprensible y general del problema en cuestión.

Indudablemente que pueden encontrarse algunos errores, y por esto mismo suplico a los Señores Jurados una crítica generosa, máxime cuando el problema es un tanto enigmático.

Ahora bien; las soluciones jurídicas que presenten los diversos tratadistas a lo largo de este trabajo, posiblemente serán objeto de discusión en sus diversos aspectos por lo que me permito advertir que fueron expuestas con suma reflexión y cuidado, y siguiendo ante todo los lineamientos jurídicos que la ley ha establecido, para dar, a este problema social la solución más justa y humana posible.

CAPITULO I

EL ESTADO DE NECESIDAD-ANTECEDENTES
HISTORICOS

CAPITULO I

EL ESTADO DE NECESIDAD-ANTECEDENTES HISTORICOS

Ya desde los tiempos más remotos fue reconocida y aceptada esta figura jurídica por los jurisconsultos de la época y así vemos que las leyes de Manú, regulaban ya algunos casos de estados de necesidad como fueron: el robo de famélico y el falso testimonio, el primero para superar el peligro representado por el hambre y el segundo como medio de salvación de un Brahaman.¹

En la época Medioeval, fueron muchos los hurtos y robos famélicos que se llevaron a cabo por la profunda necesidad que existía de alimentarse y los juristas consideraron desde entonces la impunidad del robo por necesidad.

En la Judea y por las leyes de Moisés, “se autorizaba tomar recimos de las viñas, espigas de las mieses, y ramos de los olivos en campos ajenos”.²

Y era obligatorio en aquella época que los propietarios

1. José Almaraz. Tratado II, p. 547.

2. Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal IV, p. 462.

dejaran para los pobres y para el extranjero los restos de la vendimia, esto último por la difícil situación que les imponía al extranjero el encontrarse lejos de su patria.

En las más antiguas legislaciones se reconoció ya la impunidad de los actos ejecutados en estado de necesidad.

Y así vemos que en los tratados de los Rabinos y en el derecho griego figura el principio de que la necesidad no tiene ley.

Algunas leyes romanas, como la Lex Aquilia, la Lex Rohdia de Jactu y la de incendio, ruina, naufragio rate nave expugnata, declaraban impune al capitán que soltase el ancla de otro buque, cuando la suya se hubiere enredado a ella, al que dañase la casa vecina para salvar la propia en un incendio que amenazaba con propagarse, al que arrojase al mar las mercancías de un barco con la mira de evitar un naufragio.

En estos casos el acto era lícito, pues carecía de dolo; non injuria fecit, dolo carere, porque necessitas non habet legem.³

El principio de que la necesidad no tiene ley, dice Carrancá y Trujillo, fue esencial en el derecho germánico el cual amparó estados de necesidad principalmente relativos a los viajeros, indigentes y mujeres embarazadas.

En el derecho canónico se reconoció, asimismo, amplísima justificación a la necesidad: quod non est licitum necessitas facit licitum.⁴

3. Carrancá y Trujillo. D. Penal Mexicano, p. 508.

4. Carrancá y Trujillo. D. Penal, p. 507.

En la constitución criminal de la Carolina de 1523, se autorizó apoderarse de lo necesario, sin permiso del dueño, para calmar el hambre, esto es fue declarado impune el robo de famélico.

“Si un robo de alimentos ha sido verdaderamente necesario por el hambre que sufría el autor del robo, su mujer o su hijo, y si el robo fuese considerable y manifiesto, los jueces deliberarán de nuevo, como se ha dicho: cuando el ladrón sea declarado impune, no tendrá acción alguna contra el demandante, por la acción presentada” (artículo 166).

“En los robos de cosas sagradas y en los cometidos en los lugares santos, la necesidad del hambre será tomada en consideración, como se ha prescrito a propósito de los robos profanos.” (artículo 175).⁵

La aceptación total de esta eximente, en los diferentes derechos se debe sobre todo, a que está dentro de los principios de la lógica más elemental, del reconocimiento de las acciones más justas y naturales, admitir que ante el peligro de sufrir un grave daño resulte explicable causar un daño menor que pueda evitarlo, y un elemental sentimiento de caridad impone remediar y exculpar el hecho del necesitado.

Mucho se ha escrito ya de esta clase de excluyente para tratar de explicarla, logrando con acierto definirla en el campo que le corresponde.

5. Carrancá y Trujillo. D. Penal, p. 509.

En la actualidad, y universalmente las legislaciones reconocen la justificación del "Estado de Necesidad", y no obstante que algunos autores le dan un enfoque distinto en cuanto a su naturaleza jurídica, coinciden generalmente en considerarlo como excluyente de responsabilidad.

CAPITULO II

EL ESTADO DE NECESIDAD-CONCEPTO

CAPITULO II

EL ESTADO DE NECESIDAD-CONCEPTO

El estado de necesidad según su moderna concepción lleva en su esencia, por así decirlo, la idea de conflicto de intereses jurídicamente protegidos, como dice Franz Von Liszt.¹

El estado de necesidad es un estado de peligro actual para intereses jurídicamente protegidos, en el que no hay más salvación que la violación de los intereses también protegidos por el derecho, pertenecientes a otros individuos.

Es decir conflicto que implica o entraña el sacrificio de uno de esos intereses para la conservación del otro.

Para Rene Garraud, 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 delictiva para escapar él mismo o hacer escapar a otro de un peligro grave, inminente e inevitable.²

1. Trad. Jiménez de Asúa. Tratado. D. Penal, p. 351.

2. Carrancá y Trujillo. D. Penal Mexicano, p. 507.

La mayoría de los autores de Derecho Penal, están de acuerdo en considerar al estado de necesidad como un caso de colisión de derechos de igual o diferente categoría, propios o ajenos de donde resulta que, el acto ejecutado en estado de necesidad no debe ser considerado como un acto anti-jurídico, por la sencilla razón de servir para la conservación de un interés preponderante.

De lo expuesto anteriormente se comprende que el estado de necesidad es una situación en el que la salvaguarda de un derecho o de un bien jurídicamente protegidos, requiere la ejecución de un acto en sí mismo delictuoso, pero que, a pesar de ser un acto penado por la ley, no debe ser castigado, es decir, debe quedar impune, en vista de que el agente se encuentra en la imposibilidad absoluta de actuar en forma distinta y en atención a que el derecho no prohíbe su ejecución.

De modo que, se califica como un acto necesario, el ejecutado para salvar un derecho que no puede ser protegido de otro modo; el agente obra en su propio beneficio amparado por el derecho.

José Almaraz lo estima “una situación de peligro actual, grave e inminente, que forza a ejecutar una acción u omisión delictuosa para salvar un bien propio o ajeno”.³

Franz Von Liszt nos da la siguiente definición del estado de necesidad: “es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro

3. Pavón Vasconcelos. Manual . D. Penal Mexicano, p. 299.

remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos".⁴

Para Cuello Calón, el estado de necesidad es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otro.⁵

Sebastián Soler dice: es una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico.⁶

Los casos de estado de necesidad pueden dividirse en dos grandes grupos:

A) Aquellos en que los bienes o derechos en conflicto son de distinto valor por ejemplo; cuando se hallan en conflicto bienes y vidas humanas o cuando se hallan en conflicto bienes con otros bienes de un valor muy superior.

En estos casos, la opinión unánime declara la impunidad del acto necesario, porque en un conflicto de bienes que no pueden coexistir deben salvarse los más importantes aún a costa del sacrificio de los menos importantes.

Ahora, si se trata de la colisión de derechos sobre bienes materiales, es admisible la destrucción de unos sin previo análisis cuantitativo, porque no cabe hacer ese cálculo aritmético en horas de angustia y zozobra.

4. Trad. Jiménez de Asúa. Tratado. D. Penal, p. 352.

5. Cuello Calón. Derecho Penal, p. 342.

6. S. Soler. Derecho Penal. II, p. 418.

Menos dificultad ofrece reconocer el derecho de sacrificar los bienes materiales para salvar la vida de un hombre.

B) Cuando los bienes en conflicto son de igual valor, especialmente cuando se trata de vidas humanas, el problema se complica de modo extraordinario, pues ya se trata de vida contra vida.

Los ejemplos en estos casos del estado de necesidad son numerosos:

Se cita el caso del teniente Holmes, quien hizo tirar al agua a 16 pasajeros porque el mar estaba grueso y la barca amenazaba con hundirse con todos los tripulantes a causa de un exceso de carga, en este caso se sacrifican esas personas para evitar que mueran un número mayor.⁷

Se cuenta también la famosa historia del yate inglés "Mignonette" azotado por una fuerte tempestad cerca del Cabo de Buena Esperanza.

El capitán Dudley, sin víveres, después de varios días de padecimientos angustiosos propuso a la tripulación someter a la suerte quién había de morir para que los otros comieran, de momento la propuesta no fue aceptada porque uno de los tripulantes se opuso, declarando que así como él no quería morir, tampoco las otras personas habrían de quererlo.

Los días transcurrieron y la situación lógicamente se hacía cada vez más difícil, el capitán Dudley de acuerdo con el piloto Stephens, decide el homicidio del tripulante Parker, que fue escogido como víctima ya que a causa del hambre yacía inanimado y resultaba posible darle muerte.

7. Jiménez de Asúa. Tratado. D. Penal IV, p. 457.

Es el propio capitán quién le da muerte, después de prepararlo para el fin que le esperaba, no sin antes implorar el perdón de Dios.

De este modo los tripulantes se ven obligados por las circunstancias a comer del sacrificado por necesidad como última alternativa para su propia supervivencia, (Antropofagia necesaria).

Dice Jiménez de Asúa que satisfecha de esta manera horrible la necesidad de alimentarse, los naufragos fueron recogidos por un barco y comprobados los hechos por propia declaración se les condenó a muerte por su crimen, pena que más tarde la compasiva reina de Inglaterra, les conmutó a seis meses de prisión.⁸

Y así encontramos muchos otros dolorosos trances de la vida humana que como en el caso anterior, son los necesitados los que deciden obrar, pero hay otros en los que es un extraño el que tiene que actuar sacrificando a alguien para salvar una de las vidas que están en peligro.

Como ejemplo de este caso, Jiménez de Asúa, nos cuenta la historia de las gemelas indias que estaban unidas por una membrana, y que así vivieron por algún tiempo.

Sin embargo, una de ellas enferma de tuberculosis y los médicos disponen que era preciso cortar la membrana que las unía, para salvar la vida de la otra.

8. Jiménez de Asúa. Tratado. D. Penal IV, p. 457, 458.

Practicada la operación murió la enferma y sobrevivió la que estaba sana.⁹

El conflicto del aborto terapéutico ocurre también de vida a vida, las dos sanas, y con igual derecho a existir un parto difícil ofrece este conflicto.

Otro caso en donde el conflicto se produce entre vidas humanas, es el ejemplo del alpinista Taugwalder en la primera escalada al monte Cervino.¹⁰

De todas las cumbres de los Alpes, la mayor en dificultad, aunque no en altitud es el monte Cervino, que los alemanes llaman "Matterhorn", y que está situado en la frontera entre Italia y Suiza, y es la quinta en elevación de las cumbres de los alpes, llegando hasta los 4,482 metros de altitud.

Esta montaña se conservó virgen del hombre hasta 1865, resistiendo el asalto casi ochenta años más que el monte Blanco, hasta que un inglés, famoso en los anales del alpinismo, Whymper, tuvo la osadía de acometer su conquista.

Iba en compañía de otros compañeros, todos ingleses: Lord Douglas, Hadow, Hudson, más el guía Miguel Croz, y otros dos guías, padre e hijo, los Taugwalder.

Entonces, al bajar, después conquistada por primera vez la cumbre, ocurrió la gran catástrofe ilustrada por el lápiz de Gustavo Doré, en un gravado escalofriante que se ve en todos los hoteles y refugios de Suiza.

9. Jiménez de Asúa. Tratado. D. Penal IV, p. 384.

10. B. Quiroz. Derecho Penal, p. 87.

El pie de los ingleses, falla, resbala; su peso arrastra a todos, y la cuerda da el tirón fatal, que se transmite cuerpo a cuerpo.

Cuando Taugwalder padre lo siente, con el "piolet" corta la cuerda y se produce el despeñamiento de toda la primera parte de la cordada, nada menos que cuatro hombres.

El problema jurídico se planteó días después antes los tribunales suizos, el guía viejo, Taugwalder padre, para salvar su propia vida y la de su hijo, ha cortado la cuerda, ocasionando la catástrofe.

Los tribunales absolvieron al guía, pero éste sin embargo, no pudo volver a su país; los demás guías suizos le hicieron al olvido, como dando a entender la necesidad de un requisito más, que es el de que en ciertos casos se impone la obligación de sacrificarse lo mismo al guía en la montaña que al capitán del barco en el mar.¹¹

Tratar de atribuir a los casos expuestos con anterioridad una justificación del acto, es una cuestión difícil pues el derecho de la víctima es de igual valor y es tan legítimo como el victimario.

Sin embargo se trata de actos IMPUNES y que algunos tratadistas los han colocado fuera del campo del Derecho Penal por considerar que no son justos e injustos, ni lícitos ni permitidos, sino que deben de aceptarse como hechos fatales e inevitables que la naturaleza trae consigo.

Para otros tratadistas cuando los bienes en conflicto son de igual jerarquía, especialmente cuando se trata de vidas humanas, el sujeto que actúa en esas condiciones no es culpable, en función de la no exigibilidad de otra conducta.¹²

11. B. Quiroz. Derecho Penal, p. 88.

12. F. Castellanos. T. Lineamientos elementales. D. P., p. 265.

Para Zaffaroni; es indispensable tomar en consideración no solamente las circunstancias en que se halla el necesitado, sino también las circunstancias del que sufre la lesión y así nos dice que: no actuará justificadamente —aunque sí inculpablemente— el rico ganadero que, para salvar diez animales, sacrifica la vaca de su vecino, siendo ésta el único bien que éste tiene en su patrimonio.

Aquí hay una colisión de bienes abstractamente de igual jerarquía.

Concretamente se produce un daño menos extenso que el evitado, pero conforme a las circunstancias personales uno de los titulares evita la pérdida de una pequeña parte de su contenido patrimonial a costa de dejar vacío el patrimonio magro de otro.

¿Cuál sería la consecuencia de no tomar en cuenta las circunstancias personales?

Pues, en principio, que el vecino no podría defender legítimamente el único bien de que dispone y que quizá fuere el único medio de vida; en segundo lugar, que como la acción sería conforme al orden jurídico, en caso de soportar el daño no le asistiría ningún derecho a reparación.

No se trata de que la extensión del daño la mensure el sujeto, sino de que el juzgador tome en cuenta las circunstancias personales del sujeto para mensurar el daño.

La magnitud de los males en caso de colisión de vidas humanas no se puede cuantificar por el número, dice Welzel.

El argumento usado en defensa de los médicos que par-

ticiparon en la eliminación de los enfermos incurables durante el tercer Reich consistió en afirmar que por ese medio evitaron la eliminación de un número mayor .

El tribunal no acordó a tales fundamentos valor justificante, aunque eventualmente llegó a absolver con fundamentos diferentes.

Cuando los "males" en conflicto son iguales, no hay otra solución que la inculpabilidad.¹³

13. Eugenio R. Zaffaroni. Teoría del Delito. p, 492, 493.

CAPITULO III

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO
DE NECESIDAD

CAPITULO III

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

Siendo el estado de necesidad una situación de conflicto entre bienes jurídicos que impone la lesión de uno de ellos para salvar el otro, el acto con el cual se violan tales intereses tiene como fin evitar un peligro actual e inminente y, por lo mismo, el agente del acto necesario, ha de concretarse a constatar:

- A) La INMINENCIA del peligro.
- B) Que el peligro sea INEVITABLE.
- C) La INJUSTICIA del mal.

1.—El peligro, o sea la posibilidad de recibir un daño un mal, ha de ser inminente, es decir, ha de ser presente y no futuro, cierto y no incierto, de tal modo que el agente no pueda sustraerse o sustraer al tercero amenazado por cualquier otro medio.

2.—Que el peligro sea inevitable, quiere decir, que no haya podido ser previsto y que no sea resultado de un hecho voluntario del agente, es decir, que éste no lo haya creado.

3.—El peligro o el mal ha de ser injusto, es decir, que la ley no obligue al sacrificado a someterse al mal que amenaza, por ejemplo; el soldado o el policía a quienes por su propio trabajo la ley les impone exponer su vida, no podrá excusarse ante el peligro invocando el estado de necesidad; o el bombero obligado por su profesión a exponer su vida entre las llamas tampoco podrá excusarse con el estado de necesidad.

Por otra parte, el acto ejecutado debe ser:

- 1.—El medio más adecuado para evitar el daño.
- 2.—Debe ser proporcional al posible daño.
- 3.—Y necesario.

1) Frente a una situación de peligro como la que se analiza, el agente ha de estar en la imposibilidad absoluta de evitar el daño recurriendo a otro medio que no sea el sacrificio del bien jurídico ajeno, porque de existir otro medio menos perjudicial, desaparecería el estado de necesidad.

2) La proporcionalidad.—La proporcionalidad del acto supone un examen previo de las condiciones en que se halla colocado el agente del acto necesario para poder apreciar la gravedad del mal que va a causar, en proporción con el posible daño que trata de evitar, dadas las circunstancias que lo rodean.

Determinar la proporcionalidad del mal causado con el mal evitado, tal como algunos autores lo quieren, es una cues-

ción difícil de realizar; precisar cuál de los dos males debe aceptarse, si el que amenaza o el que se causa, ofrece serias dificultades en la práctica, porque es humano suponer que el mal que nos amenaza es más grave que el que ocasionamos para evitarlo.

Por otra parte, una evaluación imparcial y serena en esos momentos es también dudosa.

Algunos autores tratan de encontrar en la proporcionalidad que debe existir entre el mal causado con el acto necesario y el mal evitado, la solución del problema que se plantea cuando se obra en estado de necesidad.

Cuello Calón piensa que para la apreciación de esta exigencia sería bastante que el agente hubiera creído de buena fe y fundadamente que el mal que causó no era mayor que el que trataba de evitar.¹

Solución bastante aceptable, pero a mi juicio, y en esto siguiendo a Jiménez de Asúa, sería preferible dejar esta cuestión al prudente arbitrio del juez.

3.—Que el acto ejecutado sea necesario, quiere decir, que sea el único medio de evitar el peligro o el mal que amenaza; porque si éste fuese evitable por otros medios que no sea el sacrificio del bien jurídico ajeno, perdería el carácter de acto necesario.

Los modernos tratadistas coinciden en sus apreciaciones acerca de las condiciones y requisitos que debe reunir en un momento dado el estado de necesidad.

Para tal efecto, veamos lo que opinan los ilustres pena-

1. Cuello Calón. Derecho Penal, p. 350.

listas españoles Eugenio Cuello Calón y Luis Jiménez de Asúa. Para el primero, el estado de necesidad debe reunir las siguientes condiciones:

1.—Amenaza de un mal o peligro grave y actual o inminente.

2.—Imposibilidad de evitar el peligro por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno.

3.—Que el mal sea injusto.

4.—Que el necesitado no haya dado lugar con su conducta intencional al surgimiento del estado de necesidad.²

Jiménez Asúa resume en cuatro, los requisitos que han de caracterizar el estado de necesidad:

1.—Existencia de un peligro actual o inminente.

2.—Injusticia del mal que se trata de evitar.

3.—Necesidad del acto.

4.—Proporción debida entre el bien que se salva y el bien que se sacrifica.³

Como el análisis de estas condiciones y de estos requisitos ya se hizo en líneas anteriores, sólo resta decir, que la impunidad del acto cometido en estado de necesidad, ha de resultar del examen municioso y sereno de todos y cada uno de los requisitos apuntados y de las causas que concurrieron en su ejecución, sin perder de vista, naturalmente, las personales condiciones del agente.

2. Cuello Calón. Derecho Penal, p. 345, 346.

3. Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. IV, p. 404.

Faltando un requisito se origina una situación de exceso en el estado de necesidad; las causas que generalmente se aceptan para justificar ese exceso son por ejemplo:

Hallarse bajo una excitación nerviosa excusable o quizás en un estado de terror y abatimiento insuperables.

CAPITULO IV

ESPECIES IMPORTANTES DEL ESTADO DE NECESIDAD

- A) EL ROBO DE INDIGENTE
- B) EL ABORTO TERAPEUTICO

CAPITULO IV

ESPECIES IMPORTANTES DEL ESTADO DE NECESIDAD

A) EL ROBO DE INDIGENTE

B) EL ABORTO TERAPEUTICO

Dentro del estado de necesidad, encontramos las siguientes figuras delictivas que, como se verá en el presente estudio no implicarán responsabilidad para el agente que comete las mismas, por considerarlas situaciones legítimas de obrar, éstas son: el hurto necesario y el aborto terepéutico.

Un caso especial de estado de necesidad, que reviste considerable interés, aparece en el llamado hurto necesario.

Es el caso del hombre hambriento que se apodera de alimentos para satisfacer su necesidad, el caso del miserable medio desnudo, expuesto a sucumbir de frío que se apodera de ropa para cubrirse.¹

El antiguo derecho se ocupó ampliamente del hurto ne-

1. Cuello Calón. Derecho Penal, p. 351.

cesario y generalmente declaró la irresponsabilidad del hurtador.

El robo de famélico frecuentísimo en la Edad Media, fue motivo de filosófica preocupación de teólogos y canonistas.

Sto. Tomás de Aquino llegó a decir que el pobre es acreedor del rico.

Para justificar el robo de famélico, más adelante Grocio se refirió, a la vuelta a la comunidad de bienes. Bossuet, haciendo el discurso laudatorio de San Francisco de Asís, ante la corte de Francia, pronunció estas conmovedoras palabras:

“No creáis que Dios abandona a los pobres, aún cuando los veáis desprovistos de todo, guardaos de pensar que hayan perdido el derecho natural que tienen de tomar a la masa común lo que les es necesario.

No, ricos del siglo, no es para vosotros únicamente para quienes Dios hace salir el sol, no para quienes riega la tierra con las lluvias para fecundar en su seno tan gran diversidad de semillas.

Los pobres tienen su parte, confieso que Dios no les ha dado la nuda propiedad, pero les ha asignado su subsistencia sobre los bienes de que sois propietarios y en tanto mayor proporción cuanto más ricos seáis”.²

En la época moderna agitó a la opinión pública la sentencia pronunciada en 1898 por el Tribunal de Chateu Thierry en el caso seguido contra Louise Manárd, por el robo de un pan que ella confesó haber tomado en la tienda de un panadero.

2. Carrancá y Trujillo. Derecho Penal, p. 516, 517.

La señora Menárd era madre de un pequeño niño de dos años de edad, para el que nadie le prestaba auxilio.

El célebre fallo del buen juez Magnaud ordenó la libertad de la acusada y esta sentencia provocó encontrados comentarios en todos los idiomas del mundo civilizado.³

Durante el siglo XIX, el resonante éxito literario de los "Miserables" de Víctor Hugo, con Jean Valjean, víctima de la crueldad de la sociedad por su inicial robo necesario; y la inteligente propaganda que se hizo al fallo del "buen Juez", Magnaud para el "affaire de Louise Menárd", (1898), provocaron la atención de los penalistas sobre esta específica causa de justificación.⁴

En los tiempos actuales los códigos rara vez prescinden de un precepto especial dedicado a apreciar la "necesidad" de alimentarse o de vestirse como causa de exención de responsabilidad, conteniendo sí, un texto general de la eximente, y son pocos los que la estiman como simple atenuante.

La modalidad de precepto especial que es de las más avanzadas, está consignada en nuestro código penal al igual que en el de España y Rusia.

Nuestro primer ordenamiento penal mexicano, el código penal veracruzano de 1835, al recoger el robo de indigente como una clara excusa absolutoria por referirse a la exención de pena y al establecer que el objeto del robo ha de ser lo indispensable para ocurrir a la necesidad del día, puede válidamente interpretarse como que no trató sólo del robo de famélico.

3. Cuello Calón. Derecho Penal, p. 351.

4. Carrancá y Trujillo. D. Penal, p. 517.

Dice así el c.p. de 1835: "Art. 714.—Se exime de pena al reo de hurto, siempre que probare haber concurrido las circunstancias siguientes:

1.—Haberse hallado en absoluta carencia de lo estrictamente necesario para vivir él y su familia en el día en que se verifique el robo;

2.—Haber antes agotado todos los medios de adquirir honestamente con que 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".⁵

En nuestro código penal de 1929, se consideraba como causa general de excluyente de responsabilidad penal:

"La indigencia no imputable, al que, sin emplear engaños ni medios violentos se apodera una sola vez del alimento estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares de alimentación del momento". (Art. 45, fracc. VI).⁶

Y en nuestro código penal vigente, el artículo 379 modificó el texto relativo, pues como se encontraba en el código de 1929, sólo cabía para el robo de alimentos, habiendo tenido que condenarse en muchos casos al que medio desnudo, expuesto a morirse de frío se apodera de mantas para cubrirse, lo cual era inhumano, pues no sólo el hombre impulsa al estado de necesidad, sino también la miseria y el frío y la

5. Carrancá y Trujillo. Derecho Penal, p. 517.

6. C.P. para Distrito y Territorios F. 1929, p. 18.

dificultad de ganar el propio sustento o el de los miembros de la familia.

El artículo 379 del código penal de 1931, dice al respecto:

No se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.⁷

Esta disposición ha sido muy criticada, porque además de proporcionar un medio de eludir el castigo a quienes cometen el robo, no puede bastar para resolver la cuestión económica por la circunstancia de que sólo una vez queda excluído de la pena y sus necesidades se renuevan constantemente.

La ley ha querido tratar con benevolencia a quien sin tener verdaderamente peligrosidad se ve obligado por la desesperación a apoderarse de algo que necesita con toda urgencia para él o para sus familiares, y el objeto del cual se apodera puede ser algo que le sirva para alimentarse o bien una medicina que necesite con toda premura y lógicamente no pueda adquirir lícitamente, pues la redacción del artículo no habla sino de apoderarse de objetos indispensables para satisfacer sus necesidades personales del momento, lo cual permite por ejemplo, que los objetos de los cuales se apodera el indigente puedan ser ropas o prendas que necesita para abrigarse él o su familia.

Analizando la redacción del precepto que justifica el robo por "estado de necesidad", observamos en primer lugar, que se excluye de la exención de penalidad el caso en que el

7. Carrancá y Trujillo. C.P. Anotado, p. 687.

apoderamiento se efectúe por medios violentos o engañosos, puesto que, la violencia es considerada como una circunstancia agravadora en la comisión de los robos, que aumenta la penalidad, (artículos 372 y 373 del código penal).

Artículo 372.—(Delito de robo con violencia, penalidad). Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple se agregarán de seis meses a tres años de prisión.

Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación.⁸

Artículo 373.—(Violencia física y moral en las personas).

La violencia en las personas se distingue en física y moral.

Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo.⁹

En el empleo de engaños en el robo no debe entenderse aquellas actitudes falaces o maniobras dolosas empleadas por el sujeto para lograr inmediatamente la entrega voluntaria de la cosa objeto del delito, porque entonces se tipifica el delito de fraude; sino las falacias empleadas como medios preparatorios que faciliten la posibilidad de un apoderamiento no consentido o sea un verdadero robo.

En segundo lugar, el precepto que reglamenta el robo de indigente limita la justificación a una sola vez siendo así

8. Carrancá y Trujillo. Código Penal Anotado, p. 683.

9. Carrancá y Trujillo. C.P. Anotado, p. 684.

que el hambre o las necesidades apremiantes vitales pueden repetirse.

Naturalmente que la justificación por indigencia no ampara aquellos casos en que el agente finja necesidad para justificar su vagancia o mal vivencia habituales.¹⁰

Podemos agregar que lo que contiene el artículo 379 del código penal es una causa de impunidad fundada en la utilidad social que se rebela en presencia de un estado de necesidad específico.

De aquí que en el artículo 379 veamos una "real excusa absolutoria" de círculo más restringido que el amplísimo de los estados necesarios previstos en la fracción IV del artículo 15 del código penal.

La naturaleza excusante del robo por indigencia la encontramos con sólo advertir el cuadro de circunstancias que el artículo 379 traza:

Ser la primera vez que se comete el robo; no emplear engaños ni medios violentos; robar aquellos objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades propias o las familiares y cuyo imperio momentáneo representa peligro de perecer".

Desde el punto de vista de la utilidad social, todas estas circunstancias justifican ampliamente la impunidad del robo, pero si desaparece alguna de estas circunstancias, entonces la excusa absolutoria desaparece para hacer posible la aplicación de la fracción IV del artículo 15 del código penal.

Por estas razones no se considera como un defecto técnico del legislador de 1931, el haber incluido ambos precep-

10. Francisco González de la Vega. C.P. Comentado, p. 306.

tos en el código penal, dando al estado de necesidad naturaleza de excluyente general, y al robo de indigente naturaleza de excusa concretamente en relación con el delito de robo.¹¹

Por lo que se refiere a los códigos locales, el de Yucatán y el de Puebla establecen que no debe aprovechar el estado de necesidad, cuando ha sido buscado o provocado el peligro, (artículo 15 fracción V, de ambos códigos).

El de Sonora determina que el contraventor no haya provocado el estado de necesidad, (artículo 13, fracción V), siguiendo el camino trazado por el anteproyecto del código penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949, (artículo 15, fracción V).

El código de Morelos establece que no favorecerá la excluyente al que llegue a encontrarse en estado de necesidad como consecuencia de su propia conducta intencional, (artículo 14, fracción V).¹²

Constituye un acierto, en opinión de Jiménez Asúa, la fórmula de los códigos exigiendo que el peligro no se haya causado intencionalmente sin que, en cambio, se inhabilite el estado de necesidad cuando culposamente se originó esta situación.

“El que un día roba un panecillo —dice— para no morir de hambre, no importa que, por haber dilapidado su fortuna, se colocale en la miseria culposamente”.

La frase no haber provocado intencionalmente la necesidad, e incluso la de no haber dado voluntariamente causa a ella, debe entenderse en sentido intencional de creación del conflicto.¹³

11. Carrancá y Trujillo. C.P. Anotado, p. 688.

12. Pavón Vasconcelos. Manual de Derecho Penal M., p. 306.

13. Jiménez y Asúa. La Ley y el Delito, p. 355.

En fin, el de Veracruz omite el robo de indigente, el de Chiapas (antes de su redacción actual resultante del decreto No. 54/54, julio 31 de 1962) hacía del robo de indigente un instrumento de demagogia al justificarlo sólo cuando era en bienes de persona de posición desahogada., (Art.237).¹⁴

B) EL ABORTO TERAPEUTICO

El aborto terapéutico se nos presenta indiscutiblemente como uno de los casos justificados por necesidad.

Consiste en la interrupción artificial del embarazo o en la provocación prematura del parto con el fin de salvar a una mujer embarazada que se encuentra en peligro.

El Código Penal de 1871, sobre este particular nos dice: "sólo se tendrá como necesario un 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".¹

El Código Penal de 1929 deja también sin castigo el aborto necesario, como puede verse en el texto de su artículo 1001, que dice; "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".²

Tampoco se sancionará el parto prematuro artificial;

14. Carrancá y Trujillo. Derecho Penal, p. 519.

1. Código Penal. 1871, p. 34.

2. Código Penal. 1929, p. 220.

cuando, sin tener por objeto interrumpir la vida del producto, se practique en los casos en que no hubiere contradicción que perjudique a la madre o al producto”.

En nuestro código vigente está consignada la impunidad del aborto terapéutico en el artículo 334 que dice: No se aplicará sanción; cuando de no provocarse el aborto la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.’

En este caso, hay un verdadero estado de necesidad, se trata de dos bienes en conflicto, ambos tutelados jurídicamente; la vida de la madre y la vida del ser en formación; una de las vidas debe de sacrificarse en pro de la otra.

¿Quién debe morir, la madre o el hijo?

Se sacrifica el bien menor para salvar el de mayor valía, pues el derecho ante el conflicto de bienes, ante lo inevitable de sacrificar una vida para que la otra se conserve, resuelve proteger la vida más importante para la sociedad, que objetivamente es la madre, de la que generalmente necesitan otras personas como son sus anteriores hijos o familiares.

Cuando la embarazada víctima de una enfermedad incompatible con el desarrollo normal de la gestación como ciertas formas de tuberculosis, vómitos incoercibles, afecciones cardíacas o males renales, etc., se encuentra en peligro de perecer de no provocarse el aborto médico artificial, con el sacrificio del embrión o del feto, la ley mexicana como hemos visto, resuelve el conflicto autorizando al médico para que a su juicio y oyendo el dictamen de otro facultativo,

3. Carrancá y Trujillo. Código Penal Anotado, p. 638.

siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora, provoque el aborto.

La iglesia católica reprobó enérgicamente el aborto practicado en estos casos, prefiriendo siempre la muerte de la madre, fundándose originariamente en consideraciones de tipo espiritual sobre las posibilidades de gracia del nuevo ser.

Jiménez de Asúa nos dice al exponer estas cuestiones que la madre es el ser más importante, "rodeada de afectos y cuya salvación preferiría incluso el padre del hijo, pronto a gritar al médico que lo consulte: ¡Nada importa el niño, salvad a la madre! cuya frase se profirió en un caso histórico en el que la existencia del descendiente parecía esencial para el porvenir del pueblo.⁴

Así lo resolvió el Emperador de los Franceses.

Por ansia de un hijo que heredara el trono de Francia en peligro, a juicio de Napoleón, por esterilidad de la Emperatriz, el Emperador repudió a Josefina y unió sus destinos a María Luisa de Austria.

Lo que deseaba y necesitaba el Emperador era el heredero del trono, sin embargo, cuando el médico entra a decirle que pelagra la vida de la Emperatriz sin vacilar, Napoleón dispuso el sacrificio del hijo. Nada grave ocurrió y se salvaron la madre y el hijo, pero Bonaparte no obstante la situación, siguió la opinión que aún prevalece, que ha de preferirse a la madre en esta clase de conflictos.

En algunas legislaciones se deja a la propia madre o a los parientes más cercanos la resolución del caso, mientras que nuestro derecho deja la solución del conflicto al juicio

4. Jiménez de Asúa. Tratado. D. Penal IV, p. 386.

de la única persona capacitada por sus conocimientos técnicos: el médico.

Jiménez de Asúa aborda desididamente el problema declarándose contrario a esta exigencia.

“Demandar” dice, el consentimiento de los padres para la práctica del aborto científico, me parece un escrúpulo exagerado y casi contraproducente.

Pues el desmedido amor maternal puede hacer que la madre prefiera morir ella a que impida el nacimiento de su hijo y un móvil concupiscente puede guiar al marido que para asegurar la transmisión de una cuantiosa herencia de su esposa, opte por la muerte de ella mejor que por el futuro sucesor.

Cuando el médico constate un verdadero peligro para la vida de la madre y no haya medio hábil para practicar una pubiotomía o cesárea sin riesgo, debe apelar al otro procedimiento sin previa autorización de los padres.

Lo que hace el médico es dirimir un estado de necesidad en el que no es preciso consentimiento alguno de las partes cuando se salva un interés superior como es en este caso la vida de la madre que prepondera sobre la vida del feto.⁵

A estas razones se puede agregar otra de índole psíquica, si se confía a los padres la resolución del conflicto, cualquiera que sea su determinación, gravarán permanentemente su subconciencia con la cruel decisión tomada de sacrificar a un familiar.

La obtención del consentimiento es por todos conceptos

5. Jiménez de Asúa. Tratado. D. Penal IV, p. 389.

innecesaria y perjudicial, porque la vida y la muerte de la embarazada es de tal importancia que representa un valor social mucho mayor que el del feto, no hay porque exigir su consentimiento ni el de sus representantes legítimos, en caso de que sea menor de edad o se encuentre perturbada de sus facultades mentales.

Afortunadamente en la actualidad, la impunidad del aborto terapéutico se encuentra justificada, y el sacrificio del bien menor, se impone al sacrificio del bien mayor, la madre.

Casi en todos los códigos del mundo se encuentra justificado el aborto terapéutico variando las condiciones o requisitos, pero siempre en cualquier forma justificando su impunidad.

Por último, en la convención contra la delincuencia se propusieron nuevos casos de aborto necesario por causas eugenésicas y también por causas económicas graves.

El proyecto Suizo de 1916, propuso a su vez, la justificación en los casos de incesto, violación y la enajenación mental por razones eugenésicas.

La violación y la inconciencia por la excusa absolutoria fundada en la maternidad conciente.⁶

6. Carrancá y Trujillo. Derecho Penal, p. 522.

CAPITULO V

DIFERENCIAS ENTRE LA LEGITIMA DEFENSA
Y EL ESTADO DE NECESIDAD

CAPITULO V

DIFERENCIAS ENTRE LA LEGITIMA DEFENSA Y EL ESTADO DE NECESIDAD

Los autores definen a la legítima defensa, como la que se estima necesaria para rechazar una agresión actual y contraria al derecho por medio de una lesión contra el agresor.

Para Cuello Calón.—Como la que es necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.¹

Según Franz Von Lizst, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho mediante una agresión contra el atacante²

De este modo como elementos de la defensa legítima vamos a señalar:

- a) Una agresión injusta y actual.
- b) Un peligro inminente de daño, derivado de la agresión, sobre bienes jurídicamente tutelados.

1. Cuello Calón. Derecho Penal I, p. 341.

2. Franz Von Lizst. Tratado de Derecho Penal. II, p. 332.

c) Repulsa de dicha agresión.

Los requisitos y condiciones que deben concurrir para que se tenga como legítima la defensa y así poder excluir de responsabilidad al agente, por considerar que su acto ha sido conforme al derecho son:

1. Ataque o agresión, a los intereses jurídicamente protegidos.

Por agresión ha de entenderse, todo hecho que ponga en peligro una situación real y que está protegida por el derecho.

A este respecto, todos los autores están de acuerdo en aceptar como legítima, la defensa de la vida, de la integridad corporal, de la libertad de los bienes, del honor etc... no sólo de la persona directamente amenazada, sino también de los parientes y aún de extraños.

2. Pero este ataque o agresión debe ser actual, presente; el ataque es actual, cuando reviste caracteres de inminencia y es precisamente en ese momento, cuando debe verificarse la reacción defensiva; pues de otra manera no podría estarse en el caso de legítima defensa, toda vez que ésta requiere la contemporaneidad en la acción ofensiva y defensiva, pues si el mal ha sido ya sufrido, no será defensa, sino por el contrario podrá apreciarse como una venganza; si aquel es a futuro, tampoco habrá defensa ya, por carecer la agresión de actualidad o bien por estar el sujeto en condiciones de recurrir a la autoridad en demanda de protección.

3. La agresión debe ser injusta, sin razón o motivo que la justifique, pues de otro modo no se trataría de defensa, sino de ofensa o rebelión, por lo que los requisitos de la existencia no estarían reunidos.

4. La agresión debe ser contraria al derecho, esto es, ha de ser ilegítima, sin fundamento jurídico.

5. La defensa ha de ser necesaria, con esto se quiere decir, la carencia de otro medio menos perjudicial del cual disponer para evitar el mal que nos amenaza, porque de haberlo no tendría el carácter de legítima.

6. La agresión no debe ser provocada por la conducta del agredido.

La legítima defensa se ha querido confundir con el estado de necesidad y en verdad que tienen puntos de marcada analogía.

Desde luego, cabe hacer notar que tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad, la inminencia del peligro es necesariamente un requisito característico.

El peligro que representa la agresión para los intereses protegidos es otro elemento común.

Por otra parte, el peligro que corren los intereses protegidos en ambos casos es contrario al derecho, es decir ilegítimo, porque la ley no autoriza ese ataque y por lo mismo el individuo no debe aceptarlo ni someterse a él.

Tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad, el "acto necesario", ejecutado, ha de ser el medio más adecuado para la defensa de los bienes protegidos por el derecho.

Es respetable y protegido el derecho de la propia conservación, que puede estar en peligro por una desgracia, o por un caso fortuito, proveniente de las fuerzas ignoradas del destino, o puede estarlo por la acción de nuestros semejantes.

En uno y en otro caso ese derecho debe estar protegido por el Estado, pero si éste por cualquier motivo no pudiere en determinado momento llevar a cabo su alto cometido, el hombre vuelve sobre sí mismo, recupera su absoluta individuali-

dad y desligado de los deberes sociales, tiene el derecho y el deber de ejercitar sus fuerzas y sus recursos personales en defensa de su "yo", ya sea para luchar contra el infortunio o contra el hombre agresor.

Cuando el estado de necesidad es creado por la agresión de un semejante, toma el nombre de legítima defensa; cuando no tiene ese origen, sino que proviene de la desgracia o de los elementos de la naturaleza, conserva el nombre genérico de "estado de necesidad".

DIFERENCIAS ESPECIFICAS

Sin embargo, a pesar de que existen numerosos puntos de contacto entre estas dos figuras que los hacen aparecer semejantes o iguales, difieren en lo substancial:

La inminencia del peligro en la legítima defensa, proviene de un ataque, en tanto que en el estado de necesidad surge de un conflicto entre derechos o bienes y aunque en ambos casos se supone la existencia de un delito (acto necesario), en la legítima defensa, este acto es una reacción o contra-ataque; en tanto que en el estado de necesidad el acto necesario es una acción o ataque únicamente.

El peligro que amenaza en la legítima defensa es obra injusta del hombre, en el estado de necesidad, aquél tiene como origen el accidental orden de las cosas.

La legítima defensa es la lucha contra lo ilícito, ya que el acto necesario va a ir encaminado a defender o restablecer el derecho frente a la injusticia, y el acto necesario ejecutado en estado de necesidad pretende salvaguardar un derecho a costa de otro derecho.

Para terminar sólo se dirá que Jiménez de Asúa hace patente, de manera indubitable, la necesidad de que existan por separado la legítima defensa y el estado de necesidad, diciendo:

“Mientras en la legítima defensa, el conflicto surge entre el interés ilegítimo del agresor (matar, robar, violar, etc.) y el bien jurídicamente protegido del atacado (vida, honor, libertad, propiedad, etc.), en el estado de necesidad, el conflicto se produce entre dos intereses totalmente legítimos procedentes de dos bienes jurídicos igualmente protegidos por las leyes. En el robo que comete el hambriento se hallan en colisión el derecho a la vida del que roba y el derecho de propiedad del despojado”.³

3. Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal IV, p. 296, 297.

CAPITULO VI

**EL ESTADO DE NECESIDAD EN NUESTRA
LEGISLACION**

CAPITULO VI

EL ESTADO DE NECESIDAD EN NUESTRA LEGISLACION

Código Penal de 1871.

Desde luego cabe hacer notar, que en este ordenamiento no se encuentra claramente reglamentada esta figura jurídica y ni su contenido o extensión fueron debidamente precisados.

Sin embargo, en el capítulo segundo del título segundo, que habla sobre las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, encontramos entre la enumeración que hace el artículo 34, dos fracciones, la décima y la décima primera, cuyo enunciado dice así:

Artículo 34.—“Las circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal, por la infracción de las leyes penales son:

X.—Quebrantarla violentando una fuerza moral, si ésta produce temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave, en la persona del infractor.

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

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

2.—Que para impedirlo no tenga otro remedio practicable y menos perjudicial que el que emplea.¹

Como se ve, éste código se apoya en la teoría de la violencia moral, al considerar al miedo grave y al temor fundado, como excluyente de responsabilidad, que llegan a perturbar al sujeto que lo sufre y que como resultado inmediato se tiene la violación de un bien jurídico.

Si se analiza bien la fracción XI, que a mi modo de ver es la única que nos proporciona, aunque de manera imperfecta, una fórmula de estado de necesidad, se encontrará: Que no precisa qué derechos o bienes jurídicos salvaguardados toma en consideración, ya que ni en la exposición de motivos de dicho código proporciona la explicación, pues se omitió, entre otras la de esta fracción.

Pero siendo como es este código de 71, una copia de la legislación española que, tanto en sus códigos penales de 1848, 1850 y 1870, sólo reconoce el daño en propiedad ajena y a esto se reducía el estado de necesidad, se explica su redacción.

En cuanto a los requisitos que pide hay que hacer notar que en realidad son tres:

1.—Un mal grave y actual.

2.—Proporcionalidad entre el mal evitado y el que se causa.

3.—El acto ejecutado debe ser el medio más adecuado.

1. Código Penal, 1871, p. 13 y 14.

El mal, como se ve, a de ser inminente y no futuro, o probable; en cuanto a la proporcionalidad que debe existir entre el mal causado con el ejecutado y el mal evitado con él, ya se ha visto que es difícil de determinar, en atención a las dificultades que ofrece su apreciación.

Código Penal de 1929.

Este código considera al estado de necesidad, como causa de justificación, porque para él, lo son todas las circunstancias excluyentes de responsabilidad, que comprende en el capítulo relativo.

Efectivamente, el artículo 45 dice: "Las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, es decir, las de justificación son:

V.—Contravenir las disposiciones de una ley penal, violentado por el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o de cualquier otra persona de las mencionadas en el artículo 44 (parientes consanguíneos o afines y los que están ligados por amor, amistad, respeto, gratitud), si ésta o aquél, no provocó el peligro, origen del temor o dio causa inmediata o suficiente para él, o tiene obligación de afrontarlo por deber profesional o de su ejercicio;

VI.—Causar daño en la propiedad ajena, para evitar un mal grave y actual, siempre que para impedirlo, el causante no tenga otro remedio practicable y menos perjudicial que el que empleó.

VII.—La indigencia no imputable al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodera una sola vez del alimento estrictamente indispensable, para satisfacer sus nece-

sidades personales o familiares de la alimentación del momento.²

Puede observarse que la fracción V del artículo 45 de este ordenamiento, es igual a la fracción X del artículo 34 del código anterior, pues en las dos se habla de la contravención a la ley penal, cuando el agente está violentado por el temor fundado e irrestible de un mal inminente y grave, con la sola diferencia que a mi juicio es importante, que la fracción X del artículo 34 del código de 71 sólo toma en cuenta al infractor y la fracción V del artículo 45 del código de 29, hace extensiva la justificante a otras personas y no únicamente al infractor.

La fracción VI, reproduce casi íntegramente a la XI del artículo 34 del código de 71, no habiendo más diferencia entre ambas, que el empleo de otras palabras, pues los requisitos que exige la fracción que se examina, los pide exactamente, la correspondiente del código anterior.

La excluyente consagrada por la fracción VII, merece particular elogio y debe de considerarse como un avance en nuestra legislación penal; pero creo que no debió de limitarse al robo de alimento ya que también la substracción de vestido debe quedar comprendida en ella.

Ya que como dice Jiménez de Asúa, tanto obra en estado de necesidad el que roba los alimentos necesarios para no morir de hambre, como el que para evitar la muerte roba las ropas que le son necesarias para no perecer de frío.³

Código Penal de 1931.

2. Código Penal de 1929. p. 17.

3. Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal, IV, p. 298.

En este código, al igual que en los anteriores, se incluye en el capítulo de excluyentes de responsabilidad.

Como puede verse, al redactar la fracción IV del artículo 15 de nuestro código penal, que comprende el estado de necesidad, solo tomaron en cuenta el estado anímico del individuo cuando éste se haya en casos extremos, como los que comprende el estado de necesidad y resolvieron afirmativamente por el lado de la justificación del acto así ejecutado, al decir que “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 de un peligro real, grave, e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial”, era suficiente para excluir la responsabilidad del agente.⁴

La fracción estudiada empieza con la excluyente de fuerza moral y con esto están de acuerdo con las fracciones XI del artículo 34 del código penal de 71 y V del artículo 45 del código de 29, que se fundaron en la teoría de la violencia moral.

Por otra parte con sorpresa se ve que el legislador de 1931 quitó de la lista de excluyentes el robo necesario, que en código anterior figuraba en la fracción VII del artículo 45 y que en mi opinión debe quedar incluido en el estado de necesidad.

Este caso de robo por hambre que el legislador del código penal de 29 tomó en consideración y que constituyó un avance en nuestra legislación penal, (pues como se recorda-

4. Carrancá y Trujillo. Código Penal Anotado p. 58.

rá el legislador de 71 no la tomó en cuenta) ya no forma parte del capítulo relativo a las excluyentes porque nuestro legislador de 31 consideró que se trata de un caso especial, que cabe perfectamente en el capítulo relativo al robo, y así lo puso en el artículo 379 de nuestro código actual.

CAPITULO VII

EL ESTADO DE NECESIDAD EN LA
LEGISLACION EXTRANJERA

CAPITULO VII

EL ESTADO DE NECESIDAD EN LA LEGISLACION EXTRANJERA

Sin tratar de hacer historia, sólo habrá de decirse, que desde los tiempos más remotos se consideraba al estado de necesidad como eximente de responsabilidad.

El código de Manú como ya lo habíamos mencionado reconoce el robo necesario y en Grecia también se le tomó en consideración.

En el Derecho Romano se encuentra reglamentado, sobre todo en la Ley Rhodia de Jactu, al eximir de responsabilidad al capitán de un barco que mandaba arrojar las mercancías al mar, para salvar a los pasajeros que se encontraban en peligro, a causa de un exceso de carga, que amenazaba con hundir dicho barco.

En el Derecho Germánico también se encuentran disposiciones a este respecto, pues permitía al extranjero y al caminante tomar lo necesario para alimentarse.

El Derecho Canónico, si bien es cierto que no reglamentó el estado de necesidad de manera sistematizada, reconoce que la necesidad no tiene ley, (*necessitas non habet legem*).

En nuestros días no hay legislación, por atrasada que ésta sea que no tome en cuenta el estado de necesidad para eximir de responsabilidad al agente del acto así ejecutado, o bien para atenuar la pena que le corresponda.

La extensión que las diferentes legislaciones dan al estado de necesidad, varía, pues mientras algunas sólo permiten la salvación de la vida y de la integridad corporal, como el alemán (párrafo 52 y 54), el húngaro (párrafo 77, 80), el italiano (artículo 54); además de la vida otros protegen el pudor, código griego (artículo 96); la propiedad el noruego (párrafo 47), el código suizo permite la preservación de la vida, de la integridad corporal, de la libertad, del honor y de la propiedad (artículo 34); el peruano habla de la necesidad de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera (artículo 85, 3).¹

En fin, otras más, como el italiano, que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro por deber profesional.²

A la protección a la propiedad se limitaba el derogado código danés (artículo 41), el vigente, (artículo 14) enuncia la eximente sin restricción alguna.³

La legislación inglesa no regula claramente el estado de necesidad, puede, sin embargo, afirmarse que no se aprecia como eximente, a lo más, en el caso de conflicto sobre vidas humanas se ha considerado como atenuante, pero los casos presentados en la práctica son raros; los naufragos de la Mignonette, culpables de canibalismo, fueron condenados a una pena atenuada.⁴

1. Cuello Calón. Derecho Penal, p. 347.

2. Cuello Calón. Derecho Penal, p. 346.

3. Cuello Calón. Derecho Penal, p. 348.

4. Cuello Calón. Derecho Penal, p. 347.

El código español, es, sin duda alguna el único que ha tomado en cuenta la verdadera naturaleza del estado de necesidad al hablar en su artículo 7, de una lesión a un bien jurídico de otra persona, aún cuando la definición que nos proporciona es incompleta, ya que no tomó en cuenta los requisitos fundamentales y sólo exige en su artículo 5, requisitos secundarios tales como:

1.—Que el mal causado sea menor que el que se trata de evitar.

2.—Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.

3.—Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo obligación de sacrificarse.⁵

Como punto final de este estudio señalaré que la base fundamental de esta eximente es la existencia de un estado de necesidad, es preciso que el agente obre “impulsado por un estado de necesidad”, lo que según Ferrer Sama significa la exigencia de una especial motivación en el actuar de aquél consistente en el ánimo de obrar en defensa del bien jurídico en peligro sin cuya concurrencia ha de descartarse la aplicación de esta eximente.⁶

5. Manuel López Rey y Arrojo. C.P. Español, p. 31.

6. Cuello Calón. Derecho Penal, p. 349.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. En nuestro Código Penal, capítulo IV, título I, libro primero, están contenidas las circunstancias excluyentes de responsabilidad; y en la fracción IV del artículo 15 se encuentra específicamente señalado lo relativo al estado de necesidad.
2. El estado de necesidad está clasificado dentro de las causas de justificación, sin embargo hay un caso en donde no puede hablarse de una causa de justificación propiamente dicha, y esto es cuando el conflicto es entre bienes de igual valor, específicamente, cuando se trata de vida contra vida. Ante esta situación, es preferible, hablar de la IMPUNIDAD del acto ejecutado y no de una causa de justificación.
3. Cuando los bienes o derechos en conflicto son de valor desigual, el estado de necesidad tiene el caracter de una verdadera "Causa de Justificación", pues, es lógico justificar el sacrificio de un bien menor por otro de mayor valía.
4. Se señalaron como características esenciales del estado de necesidad la inminencia del peligro, y que éste sea inevitable e injusto.

5. El acto necesario encaminado a resolver una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos ha de ser: el medio más adecuado para evitar el daño, proporcional y necesario.
6. Sólo del examen cuidadoso de los requisitos y causas que concurren en la ejecución del acto cometido en estado de necesidad, así, como de las personales condiciones del agente, procederá la IMPUNIDAD.
7. Dentro de las especies importantes del estado de necesidad encontramos el robo de indigentes, cuya naturaleza excusante se aprecia con sólo advertir el cuadro de circunstancias que la ley señala: ser la primera vez que se comete el robo, no emplear engaños ni medios violentos y robar sólo aquellos objetos indispensables para satisfacer las necesidades propias o familiares del momento.
8. El aborto terapéutico es otro de los casos justificados por necesidad, en donde el Derecho ante el conflicto de dos intereses jurídicamente protegidos, opta por la salvación del de mayor valía, a costa del sacrificio del menor como único recurso para la conservación del preponderante.
9. En cuanto a las diferencias que existen entre la legítima defensa y el estado de necesidad, comentamos que el acto necesario en la legítima defensa está encaminado a defender el derecho frente a la injusticia, en tanto que, en el estado de necesidad el acto necesario pretende salvaguardar un derecho a costa de otro derecho.
10. No pudiéndose comprender todos los casos de estado de necesidad en las causas de justificación, se hace necesario incluir en nuestro código penal, un capítulo especial sobre esta institución dando con esto la atención que requiere, ya que hasta la fecha no se le ha dado.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- ALMARAZ, JOSE.—Tratado de Derecho Penal II.—Madrid, Trad. Luis Jiménez de Asúa. 1964.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.—Derecho Penal Mexicano.—México, Ed. Porrúa. 1972.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.—Código Penal Anotado.—México, Ed. Porrúa. 1974.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. — Lineamientos Elementales de Derecho Penal.—México, Ed. Porrúa, 1974.
- CUELLO CALON, EUGENIO.—Derecho Penal.—México, Ed. Nacional. 1948.
- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.—Derecho Penal Mexicano.—México, Ed. Porrúa. 1973.
- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.—Código Penal Comentado.—México, Ed. Porrúa. 1939.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS.—Tratado de Derecho Penal IV.—Buenos Aires, Ed. Lozada. 1964.

LOPEZ REY Y ARROJO, MANUEL.—Código Penal Español.—Madrid, Ed. Aguilar. 1932.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.—Manual de Derecho Penal Mexicano.—México, Ed. Porrúa. 1964.

BERNALDO DE QUIROZ, CONSTANCIO.—Derecho Penal.—México, Ed. José M. Cajica Jr., S.A. 1957.

SOLER, SEBASTIAN.—Derecho Penal Argentino II.—Buenos Aires, Ed. Lozada. 1953.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL.—Teoría del Delito.—Buenos Aires, Ed. Ediar. 1973.

INDICE

	<i>Pág.</i>
PROLOGO	11
<i>CAPITULO I</i>	
EL ESTADO DE NECESIDAD-ANTECEDENTES HISTORICOS	13
<i>CAPITULO II</i>	
EL ESTADO DE NECESIDAD-CONCEPTO	18
<i>CAPITULO III</i>	
ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO DE NECESIDAD	28
<i>CAPITULO IV</i>	
ESPECIES IMPORTANTES DEL ESTADO DE NE- CESIDAD	34
A) EL ABORTO DE INDIGENTE	34
B) EL ABORTO TERAPEUTICO	42
<i>CAPITULO V</i>	
DIFERENCIAS ESPECIFICAS ENTRE LA DEFEN- SA Y EL ESTADO DE NECESIDAD	48
<i>CAPITULO VI</i>	
EL ESTADO DE NECESIDAD EN NUESTRA LE- GISLACION	54
<i>CAPITULO VII</i>	
EL ESTADO DE NECESIDAD EN LA LEGISLA- CION EXTRANJERA	61
CONCLUSIONES	65
BIBLIOGRAFIA	68