

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Grado en Derecho



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

TRABAJO FIN DE GRADO

JUSTIFICACIÓN Y EXCULPACIÓN PENAL: ANÁLISIS Y ESTUDIO DEL ESTADO DE NECESIDAD

Cristina Navarro Castillo

Mayo, 2016

JUSTIFICACIÓN Y EXCULPACIÓN PENAL: ANÁLISIS Y ESTUDIO DEL ESTADO DE NECESIDAD.

RESUMEN

ABSTRACT

I. INTRODUCCIÓN

II. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL ESTADO DE NECESIDAD

III.FUNDAMENTO DEL ESTADO DE NECESIDAD

IV. REQUISITOS EXIGIDOS EN EL ESTADO DE NECESIDAD:

IV.1 La situación de necesidad como presupuesto material básico

VI.2 Acción salvadora destinada a evitar un mal mayor que la creada por ella (proporcionalidad de los males)

IV.3 Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto

IV.4 Que el necesitado no tenga la obligación de sacrificarse

V. EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE EXCULPACIÓN

V.1 Breve concepto de culpabilidad e inimputabilidad (capacidad para ser culpable)

V.2 Estado de necesidad exculpante: teorías y requisitos

VI. ESPECIAL REFERENCIA A OTRAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN:

VI.1 Miedo insuperable

VI.2 Encubrimiento entre parientes.

VII. COMENTARIO A PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL DE INTERÉS. PARTE ESPECIAL, DELITO FAMILIAR. SENTENCIA N° 376/2004 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID.

VIII. CONCLUSIONES

IX. BIBLIOGRAFÍA

ANEXO I

RESUMEN

El Derecho Penal, como el resto de ramas del derecho, trata de encajar al ser humano dentro de una sociedad poniendo un límite a sus actos, basando este límite en los principios del ordenamiento jurídico y tratando así, de que exista una convivencia entre los individuos de una sociedad. Pero siempre se producen conflictos, y es esta rama del derecho la que profundiza en los problemas más graves de la sociedad. Por lo tanto es la única rama del ordenamiento jurídico que, como su propio nombre indica, impone una pena privativa de uno de los derechos y principios fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho, como es el nuestro, la libertad.

El estudio que se aborda en este trabajo consistirá en darle sentido a determinados factores del derecho penal, como son las causas que exoneran de culpabilidad o justifican la creación de un peligro para bienes protegidos por éste, con el fin de proteger otro bien igual o superior.

Trataremos la causa de justificación del estado de necesidad del artículo 20.5 y la visión del mismo estado de necesidad como una causa exonerante de culpabilidad. Esta doble naturaleza hace que su estudio sea muy interesante y a la vez casuístico, pues son numerosos los factores que pueden dar lugar a que dicho estado justifique totalmente una conducta repudiada por el derecho y por ello castigada con una pena. Por ello trataremos cada requisito y lo compararemos con los distintos casos que podemos encontrar en la jurisprudencia, así como, con las distintas visiones que autores desarrollan a través de su doctrina. Además de la doble naturaleza del Estado de necesidad haremos una comparativa con otras causas parecidas a éste, como por ejemplo, el miedo insuperable.

Por último analizaremos un caso de estado de necesidad en concreto, un caso que debido a la situación de precariedad vivida por una gran parte de la sociedad española, se está repitiendo cada vez más a menudo.

ABSTRACT

Criminal law, like other branches of law, tries to fit the human within a society, putting a limit on their acts it based on the principles of law and trying there is a coexistence between individuals in the society. But still always conflicts occur and this branch of law which delves into the most serious conflict in society. So much so that is the only branch of law which, as its name suggests imposing a sentence of one of the fundamental rights and principles of a social and democratic state like ours, freedom.

The study of this job is to make sense of certain factors of criminal law. Causes that exonerate of guilt or, that justify the creation of a danger to a good to protected this in order to protect other equal or superior goods. We are going talking about the justification of Article 20.5 and the vision of the state of necessity as a ground for exemption of guilt. This dual nature makes the study is very interesting and casuistry too because are many factors that can lead to this state justifies a behavior repudiated by the law and therefore punished. Therefore we are going to talk about each requirement and compare it to the various cases that can be found in case law, as well as the different visions that authors develop in doctrine. In addition to the dual nature of the state of necessity, we do a comparison with other causes like this such as insurmountable fear.

Finally we discuss a case of necessity specifically, a case that due to the precarious situation experienced by a large part of Spanish society, is being repeated more and more often.

I. INTRODUCCIÓN

Como ya sabemos, el delito es una acción u omisión típica, antijurídica y culpable. En este estudio vamos a realizar un análisis de una parte de la teoría jurídica del delito, la cual clasifica y encaja a través de conceptos como la antijuricidad, la culpabilidad, etc. Cada caso dentro de los tipos penales.

Dentro de la teoría jurídica del delito encontramos dos de los elementos más importantes: la antijuricidad y la culpabilidad.

La antijuricidad en su definición más amplia es una acción u omisión típica realizada por un actor contraria al derecho. Esta conducta realizada por el actor está prohibida por el derecho. La culpabilidad, supondría el conocimiento de la tipicidad y antijuricidad de la acción u omisión realizadas. Sería el aspecto interno del sujeto del delito.

Dentro de estos elementos de la teoría jurídica del delito encontraríamos el tronco de nuestro análisis, las causas de justificación y exculpación. Las causas de justificación y exculpación son una serie de circunstancias que provocan la ausencia de ilicitud de un acto que objetivamente parecía ilícito y antijurídico, es decir, eximen de responsabilidad al sujeto. En este estudio nos centraremos más concretamente en el estado de necesidad y en su doble naturaleza, justificante y exculpante.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL ESTADO DE NECESIDAD:

El concepto de estado de necesidad viene recogido en el artículo 20,5º del Código Penal vigente, el de 1995: *“Están exentos de responsabilidad criminal: 5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

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

A través de esta definición podemos destacar algunas singularidades del estado de necesidad que se crearía cuando existe un peligro actual o inmediato para un bien jurídicamente protegido. No hace falta que exista propiamente una agresión, como sucedería en la legítima defensa, es bastante con que haya una colisión de bienes y se trate de proteger uno mediante la lesión de otro; también podemos deducir que el bien jurídico que se trata de proteger no ha de ser solamente propio, está contemplada la posibilidad de que sea un bien jurídico ajeno, de otras personas; por último hemos de señalar también, la posibilidad de un estado de necesidad de colisión de deberes, por el cual una persona con el deber de proteger un bien jurídico no cumple otro deber o infringe una norma para protegerlo. Por tanto al realizar el hecho antijurídico como está cumpliendo un deber se consideraría justificado. Otra parte de la teoría no está de acuerdo con este punto de vista del estado de necesidad ya que puede existir una igual jerarquía en los deberes. Más adelante trataremos el requisito de la proporcionalidad, que da lugar a la doble naturaleza del estado de necesidad.

La naturaleza del estado de necesidad es bastante discutida por la doctrina. Según la doctrina alemana¹, podríamos considerar una doble naturaleza. La interpretación que realiza sobre la eximente que estamos analizándola clasifica como causa de justificación y además como casusa de exculpación. Esta es la teoría diferenciadora que radica en contemplar la naturaleza de los bienes jurídicamente protegidos en el estado de necesidad (el bien dañado en conflicto con el bien protegido). Estaríamos entonces ante dos tipos de eximentes: si el mal a evitar tiene menos valor jurídico que el mal causado por la conducta típica de salvamento, encontraríamos la eximente en la antijuricidad, sería una causa de justificación. Pero si por el contrario, estos dos males, tienen el mismo valor jurídico, estaríamos entonces, ante una causa de exculpación.

Esta diferenciación produciría unos efectos que autores de la doctrina germánica como Hans Joachim Hirsh han señalado en sus obras², ya que no tienen los mismos efectos una

1. Gimbernat Ordeig, E. *“Introducción a la parte general del derecho penal español”*, Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, (1979). Págs. 62-63.

2. Hirsh, Hans Joachim. *“La posición de la justificación y de la exculpación en la Teoría del delito desde la perspectiva alemana”*., Universidad de Bogotá, Colombia, (1996). Págs. 22 y ss.

causa de justificación y una causa de exculpación pues como podemos ver que señala otro autor, Joachim Hruschka³ parafraseando a Gentz, la justificación se produciría cuando un hecho que a primera vista parece antijurídico tras un análisis profundo no lo es, mientras que la exculpación se produce cuando, aunque el hecho no está permitido por el derecho no se considera al autor responsable, se le “perdona” por no haber podido actuar de otra forma diferente. Es por tanto evidente, que las dos causas deben tener efectos diferentes. Algunos de esos efectos podría ser por ejemplo, que las eximentes por una causa de justificación eximen de responsabilidad criminal (penal) y de responsabilidad civil, mientras que las causa de exculpación eximen de responsabilidad penal pero no civil.

Por otra parte encontramos la teoría unitaria, defendida por un sector doctrinal entre los podemos destacar a autores como Gimbernat Ordeig⁴, esta teoría considera que todo Estado de necesidad sería justificante, ya sean iguales o diferentes los males que entran en conflicto. Sentencias como las del 23 de Junio de 2003⁵, abren la vía del estado de necesidad justificante ante males de misma entidad. En esta sentencia, se califica como una eximente incompleta cuando los males tienen la misma proporcionalidad, cuando el mal causado es menor que el que se trata de evitar se aplicaría la completa, y nunca se aplicaría la eximente si el mal causado es mayor.

La doctrina mayoritaria sería la defendida por la doctrina alemana, la diferenciadora. En el estado de necesidad justificante los bienes o intereses tienen un diferente valor y a través del principio del interés preponderante se salva el de más valor, por ello el legislador no considera ilícita y permite la conducta. El Tribunal Supremo pone de manifiesto este concepto en una sentencia del 17 de marzo de 2009 (Rec 11153/2008) de la que podemos leer las siguientes líneas *“tiene su origen en una situación de riesgo de hecho, de tipo general, para escapar del mal se ejecuta otro mal menos perjudicial que cede ante la prevalencia del primero.”*

Un ejemplo de estado de necesidad justificante sería el supuesto en el que un sujeto en-

3. Hruschka, Joachim. *“Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant”*, GA,(1991). Págs. 7-14.

4. GimbernatOrdeig, Enrique. Op. Cit. Págs. 62-63.

5. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 924/2003 de 23 de Junio de 2003, Rec. 434/2002

tra en una propiedad ajena sin consentimiento para resguardarse del frío, ya que no tiene donde ir y al haber una situación climatológica extrema teme por su vida. Aquí se ponen en contraposición dos elementos, el derecho de la propiedad o la posesión y el derecho a la vida o la integridad física, por lo tanto el derecho positivo que castiga al que entra en propiedad ajena sin consentimiento de su dueño, cede, ante el peligro que aparece para la vida o la integridad física, ya que es un bien con más valor jurídico.

En el estado de necesidad como causa de exculpación los bienes o intereses son de igual valor pero no existen razones para condenar la conducta pues se intenta salvar uno de los dos y el Derecho no puede decidir ante bienes iguales, así pues, deja la actuación al sujeto. Por ejemplo, en un naufragio hay dos personas que no saben nadar y un solo salvavidas, uno se lo queda y el otro naufrago muere. Aquí entrarían en conflicto dos vidas, dos bienes de igual valor. El derecho no puede decidir qué vida tendría más valor, son dos bienes jurídicos iguales, con la misma importancia, tampoco podría reprochar esa conducta al sujeto, por tanto la permite. En el estado de necesidad justificante se sobrepone un bien al otro porque se valora positivamente la conducta, en el exculpante, el derecho se mantiene indiferente.

Por último, si hablamos de la naturaleza del estado de necesidad, cabe hacer referencia también, al estado de necesidad defensivo, que sería una causa de justificación supra legal por analogía con la legítima defensa y con el estado de necesidad. Consiste en que el peligro es creado por la cosa o persona contra la que se realiza la acción de salvación aunque no llega a constituir una <<agresión ilegítima>> que justifique legítima defensa. Solamente podrá ser aplicable por tanto, el estado de necesidad, a los casos que no supongan o puedan suponer, por su naturaleza una “agresión ilegítima”.

III.FUNDAMENTO DEL ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad se fundamenta a través de dos principios: el principio del interés preponderante, limitado por el principio de la autonomía de la personalidad o respeto de la dignidad humana.

El principio del interés preponderante surge cuando se crean los llamados derechos fundamentales. La creación de estos derechos puede situarse en 1689 en Inglaterra, la His-

toria la sitúa con más exactitud en La Revolución Francesa(1789), pues es ahí donde se redacta la conocida como Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Tras la Segunda Guerra Mundial las Naciones Unidas deciden redactar la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en ella se hace una valoración ética de los principios fundamentales del estado de derecho y de la igualdad y el respeto a la dignidad entre todos los seres humanos⁶, a los que más tarde España se acogerá y creará su Constitución en base a estos.

Este principio se basa en que existe una necesidad de dar más importancia a determinados valores dentro del sistema, considerándolos más importantes por proteger aspectos del ser humano con más valor. El derecho pondera los bienes que se ponen en conflicto y le otorga importancia a uno sobre otro, de esta manera el interés preponderante para el derecho queda salvaguardado dañando el menos valioso.

El estado de necesidad se fija dentro de este principio, ya que, sería un criterio de discernimiento entre intereses en juego. En la legítima defensa como causa de justificación también se antepone un bien a otro, pero la diferencia con el estado de necesidad se salvaguarda en este principio, ya que en el segundo se le otorga importancia a bienes jurídicos por encima de otros que no pertenecen a un agresor, como se produciría en la legítima defensa.

El principio del interés preponderante, viene limitado por la autonomía de la personalidad, o el respeto a la dignidad humana, que consiste en que no se puede apreciar la causa de justificación cuando la acción salvadora atente contra la dignidad humana.

En la Constitución, podemos encontrar referencia a la dignidad humana en el artículo 10.1 que expone que: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”*

Este artículo viene a decir que esos cuatro elementos serían los que hacen posible que

6. *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.”* Preámbulo DUDH.

en España pueda haber un orden político y paz social, pues si alguno de ellos faltará no se podría considerar un estado de derecho.

Es muy importante la limitación que supone la dignidad humana, pues si no actuará como un principio limitador, podría considerarse estado de necesidad situaciones que aunque cumplieran los requisitos no serían lógicas por dañar al ser humano. Por ejemplo: no sería justificable la extirpación de un órgano a una persona sin su consentimiento para salvar la vida a otra. Aunque un sector doctrinal rechaza alegar la dignidad humana como un criterio autónomo de alegación del estado de necesidad. El ejemplo más claro sería la capacidad que tienen los Testigos de Jeová a la hora de no prestar su consentimiento para una transfusión de sangre.

IV. REQUISITOS EXIGIDOS EN EL ESTADO DE NECESIDAD:

Como norma general para que se produzca el estado de necesidad, es totalmente necesario que se den todos sus requisitos, así sería posible eliminar la antijuricidad y la culpabilidad del hecho. Así lo establece el artículo 20.5 del Código Penal, el cual expone que, deben concurrir requisitos esenciales y accidentales para que se aprecie el estado de necesidad. Es muy importante realizar la distinción entre los elementos esenciales y los no esenciales de cada causa de justificación o exculpación, para así analizar si puede contemplarse la eximente.

En la vertiente objetiva de la eximente de estado de necesidad encontraríamos los siguientes elementos: una situación de necesidad, una acción salvadora destinada a evitar un mal mayor que la creada por ella y que no haya sido provocada intencionalmente, ni que exista la obligación de sacrificarse. Mientras que en la vertiente subjetiva, el sujeto debe tener conocimiento y consciencia, éste sería el elemento cognitivo de la situación de necesidad y debe dirigir su acción salvadora a “arreglar” el mal.

Existen una serie de reglas básicas a la hora de la aplicación de la eximente cuando se produce la falta de alguno de sus requisitos, las cuales nombraremos a continuación:

Cuando se produce la falta de un requisito esencial (en el estado de necesidad sería la existencia de la situación de necesidad) no se puede contemplar de ninguna manera la eximente, ni completa ni incompleta.

Cuando se produce la falta de un requisito inesencial, el Código Penal prevé que pueda haber una eximente incompleta o parcial en su artículo 21.1 que expone que "*las causas expresadas en el capítulo anterior (eximentes) cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos*". Así pues, el artículo 68 especifica en uno o dos grados la rebaja de la pena cuando ese atiene a la falta de requisitos, etc.

Esta eximente incompleta solo puede producirse cuando carecemos de algún elemento objetivo inesencial, pero podría plantearse la cuestión de qué ocurriría si se produjese la falta del elemento subjetivo de la causa de justificación o exculpación, más concretamente del estado de necesidad. Como sabemos, en la vertiente subjetiva, el sujeto debe tener conocimiento y consciencia, éste sería el elemento cognitivo de la situación de necesidad y debe dirigir su acción salvadora a "arreglar" el mal. El conocimiento de que la acción está justificada o exculpada sería un elemento esencial para la apreciación de la eximente, ya que si no se actúa para evitar un mal mayor del que se causa no podría darse esta. Pero se han barajado varias teorías, pues no es correcto en derecho aplicar la misma pena si se dan los requisitos parcialmente de una eximente, es por ello que se barajan dos soluciones entre la doctrina cuando se dan estas circunstancias:

En algunas sentencias del Tribunal Supremo⁷, podemos ver como existe una doctrina mayoritaria que apoyaría la aplicación de las reglas propias de la tentativa. Se produce la intención de dañar dolosa por parte del sujeto, aunque objetivamente esa acción esté justificada o exculpada, es asimilable a la tentativa, ya que en ésta, el autor intenta cometer el delito y no lo consigue por causas ajenas a él, cuando no hay elemento subjetivo el autor realiza la acción sin saber que no está cometiendo un delito ya que está actuando por una situación de necesidad y protegiendo con su acción un bien mayor.

7. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 17 de Noviembre de 1994 (RJ 99276)

La segunda solución sería la del delito consumado, que considera que para que se de la causa de justificación es totalmente necesario el elemento subjetivo, pues sin este el sujeto no estaría amparado, pues su intención no es la de salvaguardar otro bien protegido por el derecho, sino cometer un delito. Así, considera que sólo la presencia de los elementos objetivos no es suficiente para justificar la conducta prohibida.

Por la primera doctrina, en ocasiones, la jurisprudencia ha prescindido de este elemento y ha contemplado la eximente completa, ya que ha observado otras motivaciones en el actor. No podría suprimirse este elemento porque el sujeto no tenga solamente la voluntad de dirigir la acción salvadora para proteger el bien jurídico, esta puede convivir con otras motivaciones. Por ejemplo, un abogado que actúa como intermediario con una banda criminal para que termine con un secuestro. Pretende salvar la vida, y además recibe una retribución económica de la familia del secuestrado. En este caso se apreciaría el elemento subjetivo del estado de necesidad aunque concurren otras motivaciones (Sentencia de 5 de diciembre de 1994)⁸. Si el abogado solamente actúa por la retribución económica, no habría elemento subjetivo (Sentencia de 17 de noviembre de 1994)⁹ y por tanto no habría estado de necesidad.

Sería entonces necesario definir todos los requisitos y para poder definirlos debemos hacer una diferenciación, ya que, según su naturaleza, podemos estar ante una causa de justificación o de exculpación. Por este motivo trataremos en general los requisitos de la causa de justificación, haciendo referencia a la de exculpación, y dedicaremos un apartado para explicar los matices que tiene el estado de necesidad como causa de exculpación. Los requisitos objetivos del estado de necesidad son:

IV.1 La situación de necesidad como presupuesto material básico:

Definida por la STS 159/2002, de 8 de febrero:

8. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 5 de Diciembre de 1994 (1109/1994)

9. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 17 de Noviembre de 1994 (13505/1994)

“Debemos entender aquel conflicto que se produce entre bienes jurídicos y que nuestro ordenamiento positivo considera ajustado a derecho o, cuando menos, tolera la lesión o puesta en peligro de uno de ellos en beneficio del otro.

El conflicto debe abocar a la destrucción o sacrificio de unos bienes para salvar otros. La doctrina y la jurisprudencia han delimitado esa situación acuciante y grave que amenaza el ocasionamiento de un mal propio o ajeno a través de las siguientes condiciones:

1.que sea real y objetiva, en consonancia con el fundamento justificativo de la exención, que no es otro

2.que la prevalencia o salvaguarda del interés preponderante frente al de menor valor. Debe excluirse el estado de necesidad putativo, cuyas consecuencias, habría que conducir las a la teoría del error.

3.que el peligro de lesión del bien jurídico, sea inminente o próximo. Si el transcurso del tiempo puede aportar soluciones al conflicto, debería esperarse antes que cometer el hecho delictivo.

4.el conflicto y el peligro o riesgo que conlleva han de ser inevitables, esto es, la situación de colisión no debe poder eludirse recurriendo a otros medios lícitos que no sea la destrucción o sacrificio de bienes jurídicos ajenos.”

Requiere que suceda la puesta en peligro de un bien protegido jurídicamente y que el sujeto deba poner en peligro otro bien al que el derecho le otorga menos valor para salvar el primero.

La situación de necesidad, es un requisito esencial, el resto son accidentales. Por tanto, sin la aparición de la situación de necesidad no habría eximente, ni completa ni incompleta. Deben de concurrir todos los requisitos para que la eximente sea completa, si falta alguno de ellos (nunca puede faltar la situación de necesidad, por ser como hemos argumentado anteriormente un requisito esencial) estaríamos ante una eximente incompleta. Esto supone que se produzca una rebaja de la pena conforme al artículo 68 del Código Penal, pero nunca exime de toda responsabilidad como hemos comentado anteriormente.

Legalmente, nuestro código no define lo que sería una “situación de necesidad” pero la jurisprudencia ha repetido en muchas ocasiones este concepto definiéndolo como una situación de peligro real y actual para un bien jurídico propio o ajeno. Sería una situación de peligro inminente y grave de un mal.

Como definición de peligro se considera una gran posibilidad o probabilidad de lesión de un bien que haga precisa la intervención valorada por el hombre medio. No sería indispensable que este mal haya comenzado a producirse, solo es necesario que se aprecie por parte del actor la puesta en peligro y riesgo intenso para un bien protegido por el derecho. Es por tanto, el elemento de peligro concebido de manera amplia, pues en otras causas de justificación (la legítima defensa) es necesario que se haya producido ya este peligro, o la agresión ilegítima. Solo sería necesaria la aparición cercana.

En cuanto a los bienes que sufren el peligro pueden ser propios, o de una persona, tanto física como jurídica, o incluso colectivos. Si el mal es ajeno se debe tener en cuenta la figura del “*auxilio necesario*”, que consiste en que alguien resuelve una situación de necesidad de otra persona lesionando un bien jurídico ajeno. Esta situación ha de crear el conflicto que suponga la acción salvadora y el sacrificio de otros bienes o intereses.

No originaría una situación de necesidad la disminución de salario o la ruina económica. En numerosas ocasiones se han alegado estas situaciones para solicitar la aplicación del estado de necesidad, pues bien, no sería posible tal aplicación a no ser que esta llegue a afectar bienes primarios o bienes que cubren necesidades primarias, como son alimentos, vestido, vivienda, asistencia médica, etc. Tampoco lo sería el desempleo a no ser que deje en una situación de peligro real a la familia, así se recoge en sentencias del Tribunal Supremo como la de 18 de noviembre de 2009(8472/2009) y 30 de octubre de 2000(7863/2000).

Dentro de la situación de necesidad, también, debemos apreciar las posibilidades que habría de salvación del bien jurídico que se encuentra en peligro. No podría apreciarse el estado de necesidad si el bien jurídico se hubiera podido salvar por medios lícitos. Para que se dé la eximente deben haberse agotado todas las vías legales y encontrar en el daño a otro bien jurídico la única vía para la salvación de éste.

Por ejemplo en el llamado hurto famélico, se ponen en conflicto la vida o integridad física y el derecho a la propiedad. El sujeto debe haber agotado todas las vías lícitas y no tener posibilidad de pedir ayuda. Se suele apreciar por la jurisprudencia que haya acudido a centros sociales o instituciones como la Iglesia, etc. Si se contempla que podría haber obtenido los bienes por un medio lícito no podría apreciarse estado de necesidad.

Un ejemplo en la jurisprudencia sería la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 13 de mayo de 2011 (SAP SG 151/2011), la cual, nos muestra la denegación de la eximente de estado de necesidad. En este caso un conductor sin licencia toma un vehículo para viajar a otra ciudad por tener que cumplir una obligación de carácter legal impuesta por un juzgado. El apelante contaba con otros medios para cumplir esa obligación legal como medios de transporte público, etc. Por ello se desestima la eximente.

IV.2 Acción salvadora destinada a evitar un mal mayor que la creada por ella (proporcionalidad de los males):

La acción salvadora sería una conducta tipificada por el derecho positivo, que faculta al sujeto a dañar un bien o interés para salvaguardar otro de mayor valor. Es necesario que el bien jurídico contra el que se atenta tenga un valor inferior del que se intenta proteger. Se somete totalmente la eximente a la proporcionalidad, pues si esta no se da, no habrá causa de justificación. Podría darse la exculpación por un estado de necesidad exculpante cuando la proporción no es total, cuando el bien que se trata evitar es igual que el que se produce.

Por tanto, debe haber una diferencia jerárquica entre los bienes en conflicto, se exige una valoración integral del hecho. La Jurisprudencia reiteradamente repite el concepto que analiza el valor de los bienes en conflicto, pues es la regulación legal la que establece la comparación. Para saber si un bien es más importante para el derecho habría que atender a la gravedad de las penas. Un bien que esté protegido por el ordenamiento jurídico más que otro tendrá una pena más grave cuando se produzca un mal contra éste, así puede materializarse el valor de cada bien protegido por el derecho, según las penas previstas por la ley. Por tanto, la proporción debe de ser notoria y siempre que el mal causado sea menor que el que se trata de evitar (además del resto de requisitos), estaremos ante un estado de necesidad justificante que exime completamente de la pena. Si

por el contrario no se aprecia esa notoria proporcionalidad, podríamos en algunos casos estar ante una eximente incompleta que rebajaría la pena interpuesta a través del artículo 21.1 del Código Penal que expone que: *“Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.”*

Además el medio utilizado para resolver el conflicto tiene que encajar con los valores sociales fundamentales del ordenamiento jurídico, debe ser socialmente adecuado. Aún y aunque el derecho valore mucho más unos bienes que otros debemos tener en cuenta la situación concreta, pues no sería lógico aplicar este estado cuando se ponen en conflicto males queridos por el derecho. Un ejemplo de tal caso podría ser cuando un sujeto está detenido: está siendo privado de un bien protegido por el derecho, la libertad, pero éste no podría fugarse alegando un estado de necesidad porque este mal es querido por el derecho.

Es necesario atender al peligro que corren los bienes en cada situación concreta, para determinar si es lógico aplicar esa concreta conducta de salvamento. Estaríamos, por tanto siempre, sometidos al requisito de la subsidiariedad. Este requisito simplemente significa que no deben existir nunca otros medios posibles por los que evitar el mal y que sean perfectamente exigibles al sujeto. Si es posible realizar la acción de salvamento sin crear peligro para otro bien sería cuestionable la situación de necesidad. Si hay otra alternativa sería irrelevante la ponderación de los bienes como bien hemos explicado anteriormente en la situación de necesidad como presupuesto material básico para que exista la eximente de estado de necesidad. También se debe atender a si la conducta de salvamento ha sido dolosa o imprudente para determinar la gravedad de la puesta en peligro de otros bienes.

En cuanto a este requisito, es conveniente hacer referencia a los delitos de tráfico de drogas en los que la vigente doctrina del Tribunal Supremo nunca contempla la eximente, pues se considera que no existe proporcionalidad en los males. Se considera que el delito de tráfico de drogas atenta contra toda la sociedad, la salud pública. Por lo tanto, estaríamos ante un conflicto de males desiguales en el que el mal que se pretende evitar es menor que el mal que se crea para evitarlo.

Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2011 (773/2011):

“No obstante añadiremos, en relación con la eximente incompleta de estado de necesidad, que la Jurisprudencia de esta Sala, como son exponentes las Sentencias 836/2010, de 4 de octubre y 641/2002, de 18 de abril, se ha ocupado en numerosas ocasiones de su posible aplicación, ya se considere causa de justificación o de inculpabilidad, según que el conflicto sea entre bienes desiguales con sacrificio del menor o iguales cuando se trata de equivalentes, al delito de tráfico de sustancias estupefacientes, manteniendo una línea constante, sobre todo cuando se trata de las llamadas "drogas que causan grave daño a la salud", como es el caso de la cocaína intervenida, en el sentido de rechazar la eximente completa o incompleta por entender que este delito constituye actualmente uno de los más graves males sociales por las fatales consecuencias que desencadena, con un amplio espectro negativo en las personas afectadas y en sus familias, representando, como señala la Convención de Viena de 20/12/88, suscrita por España, "una grave amenaza para la salud y bienestar de los seres humanos libres" (ver por todas S.T.S. 278/01, de 22/2), y ello en relación con la exigencia normativa del artículo 20.5.1 C.P. según el cual el mal causado no debe ser mayor que el que se trate de evitar. La alegada necesidad de obtener dinero, manifestando que estaba "ahogado, o asfixiado" por sus penurias económicas no puede sustentar un estado de necesidad que le compeliere a realizar un viaje a Venezuela con el fin de traer a España importantes cantidades de cocaína, atendida la gravedad de la conducta delictiva realizada y los medios utilizados para lograr que esa sustancia estupefaciente estuviese a disposición de los consumidores. “

IV.3 Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto:

El requisito consistiría en que no sería aplicable el estado de necesidad como causa de justificación para quien de manera voluntaria se coloca en la definida situación de necesidad. Debe ser una creación dolosa de la situación de necesidad del sujeto que realiza la acción salvadora. Para que realmente no pueda aplicarse la eximente como causa de

justificación, además, el sujeto que crea la situación de peligro para el bien jurídicamente protegido debe coincidir con el sujeto que quiere realizar la acción de salvamento.

La doctrina y jurisprudencia no se ponen de acuerdo a la hora de determinar si éste sería un requisito esencial o no. La Jurisprudencia ha discutido mucho sobre si crear la situación de necesidad solamente se refiere a crear la situación de peligro a propósito y con consciencia del hecho o si el sujeto no sabe que se producirá el conflicto pero si ha creado la situación. Nos preguntamos en qué casos podría el sujeto ampararse en la eximente, para explicar esto debemos hacer una distinción de los casos que pueden darse.

- En primer lugar, como hemos comentado anteriormente, si el sujeto crea la situación de peligro para así poder lesionar un bien jurídico y más tarde ampararse en la eximente por la acción de salvamento, estaría muy claro que esa conducta es antijurídica y no habría causa de justificación apreciable. Por tanto no aplicaríamos la eximente.

Un ejemplo casuístico de la creación de la situación de necesidad dolosamente por parte del sujeto que realiza la acción de salvamento sería: una persona crea un incendio para poner en peligro a otro, cuando el incendio se propaga el tiene que elegir entre salvar su vida o la del otro, entrarían en conflicto dos bienes jurídicos iguales pero no podría alegar la eximente ya que la situación la provoca dolosamente para poner en peligro el otro bien jurídico.

- En segundo lugar, estaríamos ante el caso de que el sujeto cree la situación dolosamente pero no con el propósito de dañar ningún bien jurídico. En este caso, se podría aplicar la eximente incompleta, por tanto se atenuaría la pena, pero no se eximiría totalmente la responsabilidad del sujeto.

Por ejemplo, un suicida intenta morir asfixiado en la casa de un vecino utilizando gas, en el último momento se arrepiente y para poder salvar su vida destroza la puerta para salir.

Como podemos ver en el artículo 20. 5 del Código Penal el requisito solo hace referencia a la modalidad dolosa de la creación de la situación de necesidad, pero debemos también analizar qué pasaría, que postura toma la jurisprudencia cuando por una acción imprudente o dolosa eventual se crea un peligro que da lugar a una situación de necesi-

dad. Es necesario por tanto señalar aquí la figura de la *actio illicita in causa*. Se puede dividir en dos partes el supuesto: La primera sería cuando el sujeto realiza la conducta lesiva de bienes jurídicos ajenos ante la situación de necesidad. Estas lesiones típicas quedarían amparadas por la eximente del estado de necesidad justificante. En segundo lugar debemos hacer referencia al momento en el que el sujeto crea una situación de peligro para un bien jurídico por una acción imprudente o dolosa eventual, que era previsible y evitable. Por tanto no podría ampararse a la eximente ya que se retortae la situación hasta el momento en el que realiza la acción imprudente que provoca el conflicto, que da lugar el daño al bien jurídico. Esto es posible siempre y cuando el Derecho sancione la modalidad imprudente, es decir que la conducta sea punible.

A través de un ejemplo podríamos apreciar esta hipótesis: un conductor realiza una maniobra imprudente de adelantamiento que provoca que tenga que desviarse para no chocar contra el coche adelantado y choca contra una farola para salvar su vida. El conductor sería responsable de los daños ocasionados ya que por su acción imprudente(que crea un conflicto entre la vida y la propiedad) tuvo que desviarse para salvar la vida.

IV.4 Que el necesitado no tenga la obligación de sacrificarse:

Hay determinados cargos u oficios que tienen una obligación de sacrificarse por su utilidad social. Corresponde a la obligación que tienen algunas profesiones de soportar riesgos.

Este deber de sacrificio debe venir interpuesto por normas jurídicas y aceptado por el profesional que desempeña el cargo, porque como regla general no todos podemos tener esta obligación, ya que entonces no se aplicaría nunca la eximente de estado de necesidad justificante.

Es en el necesitado donde debe recaer la obligación de sacrificio, además de ser quien actúe en estado de necesidad.

El incumplimiento por parte del profesional del cumplimiento del deber de sacrificarse no le eximiría penalmente de responsabilidad aun cuando se den los requisitos de proporcionalidad. Aunque podría apreciarse la eximente incompleta con su correspondiente rebaja de pena porque podría considerarse un requisito no esencial.

Además no podríamos apreciar la eximente para un particular que pone en peligro un bien jurídico para salvaguardar otro del obligado a sacrificarse.

Aun así este requisito tiene unos límites, ya que cuando se produzca una manifiesta desproporción de los bienes podría no exigirse el sacrificio.

Un ejemplo de estos casos son el de cargos y profesiones como policías, bomberos, militares, tripulación de buques o naves, en casos de emergencias, personal médico frente a epidemias o infecciones, etc.

V. ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE EXCULPACIÓN

V.1 Breve concepto de culpabilidad e inimputabilidad (capacidad para ser culpable)

Para realizar un análisis del estado de necesidad exculpante debemos, en primer lugar hacer referencia al concepto de culpabilidad.

Dentro de la teoría jurídica del delito nos encontramos en primera instancia con la tipicidad, que consiste en encuadrar la acción llevada a cabo por el actor en un tipo penal, doloso o imprudente. El hecho ha de ser también antijurídico, es decir, que un precepto penal prohíba su ejecución, que vaya en contra del derecho y que no esté justificado por ninguna causa (legítima defensa, estado de necesidad, etc). Sí se producen estas dos este hecho sería ilícito pero lo que la culpabilidad nos aclara es si el hecho es un delito o no, para lo cual el autor ha de ser culpable.

La definición de culpable sería la del autor que pudiendo actuar de otra manera, con arreglo a derecho, lo hace de forma contraria a éste, aunque como ya hemos mencionado le fuera posible adecuarse al precepto normativo. Así es definida la concepción de Culpable por autores como Roxin¹⁰ y Muñoz Conde¹¹.

10. Roxin, Claus. *“Teoría del tipo penal”*. Título en alemán del original alemán: *“Offene Tatbestände und, echtspflichtmerkmals”* Walter de Gruyter & Co., Berlin, (1979) párr. 19.

11. Muñoz Conde, Francisco. *“Derecho penal parte general”*, tirada en blanco. 8ª edición Valencia (2010). Págs.. 320-322.

Los requisitos por tanto para que haya culpabilidad son que el autor tenga la capacidad de entender que el hecho es ilícito y pueda dirigir su comportamiento conforme a derecho. Aquí entraría en juego el concepto de imputabilidad pues para que un actor sea culpable debe serle imputable el hecho que realiza.

Así pues, el artículo 20 de nuestro código penal recoge las causas que excluyen de responsabilidad ya que suprimen la capacidad de comprensión del sujeto. Estas serían:

1. Las alteraciones o anomalías psíquicas, aunque hay que aclarar que en este sentido el trastorno mental transitorio, al que se recurre en numerosas ocasiones no suprimiría la responsabilidad criminal si se provoca por el mismo sujeto a propósito o si se hubiera podido prever por este¹². Además debe de ser afectante de modo hondo y notorio a la imputabilidad ¹³.
2. Las intoxicaciones y la drogodependencias plenas siempre que, al igual con el trastorno mental transitorio no se provocara a propósito o se hubiera podido prever por el sujeto.
3. Las alteraciones de la percepción desde el nacimiento y la infancia que se consideren graves.

El siguiente requisito sería que el autor haya podido saber la ilicitud del hecho que lleva a cabo, por ejemplo podemos verlo en sentencias del tribunal Supremo cuando a causa de una enfermedad psíquica el autor de una tentativa de asesinato es condenado por un delito de lesiones porque se produce el desconocimiento de lo ilícito de los hechos debido a un trastorno mental.¹⁴

12. en sentencias como la del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1019/2010 de 2 Nov. 2010, Rec. 589/2010 se da un ejemplo de la no estimación del trastorno mental transitorio cuando el sujeto podía prever que esto sucedería.

13. Como afirman sentencias como la 456/2009 de la sala segunda del Tribunal Supremo.

14. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 494/2000 de 29 Jun. 2000, Rec. 1352/1998

V.2 Estado de necesidad exculpante: teorías y requisitos

Tras analizar el concepto de culpabilidad limitado por dos requisitos y la capacidad para ser culpable (imputabilidad) debemos señalar las causas que eximen de culpabilidad, las causas exculpantes, dentro de las cuales se encuentra el estado de necesidad exculpante.

El artículo 20.5 del código penal define el estado de necesidad, como ya sabemos, varias teorías disciernen respecto a la posición de éste de clasificarlo siempre como una causa de justificación o diferenciarlo en ocasiones como una causa de exculpación.

El elemento que actúa como diferenciador sería el requisito de la proporcionalidad de los males que se tratan de evitar, y los bienes jurídicamente protegidos contra los que se dirigen estos males.

Ya que el artículo expone que actúa en estado de necesidad el que para evitar un mal lesiona un bien jurídico siempre y cuando el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, el mismo artículo no aclara esta diferenciación que realizan algunos autores que consideran diferente la situación dentro de la teoría jurídica del delito (como causa de justificación o de exculpación) del estado de necesidad cuando los bienes son proporcionalmente diferentes o iguales.

Es necesario en este contexto la importancia de localizar la causa como justificativa o exculpante ya que los efectos de ambas son diferentes, vamos a mencionar cada efecto con sus correspondientes diferencias:

- En primer lugar, cuando se produce una causa de justificación el autor no tiene pena pero tampoco medida de seguridad, mientras que si es una causa de exculpación se pueden imponer medidas de seguridad.
- En segundo lugar, no existe responsabilidad civil ni penal para el autor de un hecho justificado penalmente, mientras que para una causa exculpante el autor si es responsable civilmente aunque penalmente no lo sea.
- Las causas de justificación son extensibles también a los partícipes del hecho. Las de exculpación son independientes, pues en la culpabilidad se analiza anteriormente a cada sujeto.

- Contra una causa de justificación no sería posible la legítima defensa mientras que ante una que exime de culpabilidad al autor sí.
- Por último, el error sobre los requisitos de las causas de justificación puede dar lugar a un error de prohibición mientras que el error sobre los requisitos de una causa de exculpación es irrelevante.

Por los efectos comentados es necesario posicionar el estado de necesidad cuando los bienes son proporcionalmente iguales por ellos debemos hacer una breve recopilación de las posiciones doctrinales al respecto, algunas de ellas las hemos tratado anteriormente:

1. La opinión de un sector de la doctrina es la que posiciona al estado de necesidad en el que no hay una diferencia esencial jerárquica entre los bienes en conflicto como una causa de que excluye la culpabilidad del autor. En esta opinión se posicionan los que entienden la culpabilidad como una cuestión personal de cada autor que actúa contra el derecho aunque haya tenido la posibilidad de adecuarse al precepto normativo, pero que no lo haya hecho por el conflicto que se produce entre los dos bienes. Se entienden que quien actúa en este estado de necesidad no lo hace en una situación psíquica normal, por ello no se le puede considerar culpable. Autores como Mir Puig¹⁵ y Sáinz Cantero¹⁶ apoyan y defienden esta teoría.

2. Para autores como Gimbernat¹⁷ o Luzón Peña¹⁸, entre otros, el estado de necesidad en el que no hay una diferencia jerárquica entre los bienes en conflicto sería una causa de justificación, es decir el hecho sería típico pero no antijurídico. Esto es así porque consideran que el derecho penal no puede prohibir una acción que pretende conservar un bien de igual valor al que se daña, por tanto lo califica como una causa de justificación sin llegar a cuestionar la culpabilidad del autor. Esta calificación crearía una serie de problemas respecto a los efectos que tienen las causas de justificación y las de exculpación antes mencionadas.

15.Mir Puig, “*Adiciones de Derecho Español al Tratado de Jescheckd*”, Barcelona (1981).Pág. 315.

16. SáinzCantero , “*Las causas de inculpabilidad en el código penal español*”, Madrid (1963). Págs. 5-10.

17. GimbernatOrdeig, Enrique. Op. Cit. .Págs. 62-63.

18.Luzón Peña, D.M. “*Curso de Derecho Penal*” ed. Universitas. Págs 571-617, 622.

3. Para otros autores las únicas causas que exculpan a los sujetos que realizan una acción típica y antijurídica son las que no permiten que el autor se motive por los mandatos normativos, es decir las que hacen inimputable al autor o los errores de prohibición invencibles. Así pues, el estado de necesidad en el que entran en conflicto dos bienes que no tienen una diferencia esencial jerárquica no habría una causa de exculpación.

Para poder situar el estado de necesidad comentado se debería incluir además de la tipicidad y la antijuricidad un nuevo concepto basado en la responsabilidad por la cual se valoraría si el autor de un hecho típico y antijurídico es responsable de este. Autores como Bacigalupo¹⁹ abordan esta teoría y consideran que debido a la irrelevante ilicitud del hecho el estado no puede considerar la intervención del derecho penal. En esta teoría se situaría la responsabilidad tras el análisis de la antijuricidad del hecho. Por otro lado, con la inclusión también de la responsabilidad, se explica la siguiente postura que incluye el concepto de culpabilidad dentro del concepto de responsabilidad. Para autores como Roxin²⁰ la responsabilidad es un juicio por el cual se trata de saber si el autor de un hecho merece pena o no, para lo cual es indispensable que el autor tenga acceso al precepto normativo, este sería el concepto de culpabilidad, además es necesario que haya una pena preventiva que haga que el sujeto se cuestione si realizar el hecho por el miedo a esta. En el supuesto de estado de necesidad en el que los bienes en conflicto son jerárquicamente iguales el sujeto (hombre medio) no se cuestiona si cometer el hecho ilícito le reportará un castigo por la situación de necesidad en la que se encuentra, por ello sería impensable imponer una pena a tal sujeto.

Según estas dos posiciones los efectos que despliegan las causas de exculpación serían aplicables al estado de necesidad mencionado.

4. Hay otro sector doctrinal que no lo considera una causa de exculpación pero lo equipara a estas por tres motivos: el primero, porque se reduce la culpabilidad del autor debido a la motivación por la cual comete el ilícito; el segundo porque la gravedad del ilícito también es reducida; en tercer lugar porque no resulta necesaria la imposición de

19. Bacigalupo Bacigalupo Zapater, *"Principios de Derecho Penal. Parte Gral."* 3ª edición, Ed. Akal. Madrid (1994). Págs. 150- 160

20. Roxin, Claus. *"Culpabilidad y prevención en el derecho penal"*. Traducción y edición en Madrid, 1981. Pág. 57

una pena. Por tanto a través de estos tres puntos es posible la exclusión de una pena para el autor del hecho.²¹

Para poder definir la culpabilidad como elemento del delito se deben exigir dos requisitos: que el autor tenga acceso al mandato normativo y que no concurran causas de exculpación ni semejantes como serían el estado de necesidad de bienes jerárquicamente iguales protegidos por el derecho y el miedo insuperable (art.20.6 CP) al que haremos referencia más adelante. La imposición de la pena, como hemos dicho antes sería innecesaria en estos casos, por ello estos elementos delimitan a la culpabilidad.

Esta teoría que define y encaja así el estado de necesidad tiene como beneficios el mantenimiento de los elementos clásicos del delito y el concepto aceptado por la mayoría de la doctrina de la culpabilidad, además proporciona un límite a ésta basándose en la necesidad preventiva de pena, si no es necesario imponer una pena al sujeto este no se consideraría culpable.

Los requisitos del estado de necesidad exculpante son los mismos que los del estado de necesidad justificante, la única excepción sería, claramente, que no debe darse el requisito de la diferencia jerárquica de los bienes en conflicto, puede tratarse de dos bienes iguales. Karneades planteaba este conflicto entre bienes iguales en su teoría de la tabla, por la cual se planteaba que en el ejemplo de un naufragio, dos naufragos solos disponen de una tabla para mantenerse a flote y así salvar su vida, en esta cuestión se plantea la duda de si no sería responsable el naufrago que mata al otro para sobrevivir al oponerse dos bienes de igual valor, vida contra vida.

El Código Penal español no limita el alcance de los bienes del propio estado de necesidad exculpante, ya que ni si quiera lo diferencia el justificante, pero sería lógico aplicar la eximente a bienes protegidos superiormente por el derecho y no extender la eximente cuando entran en conflicto bienes de menor entidad. Cuando el peligro inminente es contra la vida, la integridad o la libertad (bienes jurídicamente protegidos por encima del

21. Welzel, artículo: *“el caso del guardagujas”*, Alemania (1951). Págs. 47-51.

resto) es lógico que el sujeto no acate el mandato normativo por la situación de necesidad y es lógico que no se le pueda pedir responsabilidad por su acto.

El límite al igual que para el estado de necesidad justificante sería el respeto de la dignidad humana, el medio utilizado para evitar el mal debe encajar siempre con los valores fundamentales del ordenamiento jurídico. Para explicar esto podemos mencionar el ejemplo en el que un médico para salvar la vida de una persona extrae un riñón a otra sin su consentimiento, éste médico sería culpable, pues aunque se enfrenten dos bienes de igual valor para el derecho, no es un medio socialmente aceptado por el ordenamiento jurídico.

Si el estado de necesidad justificante se plantease de forma extensiva para todo tipo de bienes sin medida, se perdería seguridad jurídica, pues son los jueces los que deben medir y evitar así impunidad sin legitimidad. Es por esto que debe ponderarse cada caso de forma personal y no hacerse un juicio sin barajar todas las posibilidades de cada conjunto de circunstancias.

El caso de Mignonette explica perfectamente el estado de necesidad exculpante y es escogido por numerosos catedráticos para la comparación de bienes, y la visión del requisito del conflicto de bienes. El catedrático Fernando Molina, explica el estado de necesidad exculpante, entre otros casos con este: Se trata de un caso real en el que un barco se hunde a 1600 millas de la costa y sobreviven 4 tripulantes en un bote, intentan mantenerse con vida a través de los recursos que poseen pero la situación llega tan al límite que dos de los tripulantes deciden matar a otro que se encontraba herido para poder comer su carne y beber su sangre y así sobrevivir los tres restantes. Lo hacen y a los días son rescatados por otro barco. Se plantea la posibilidad de si son responsables penalmente de la muerte. Aquí encontramos un estado de necesidad exculpante en el que claramente los bienes son de la misma posición jerárquica. Este es un caso extremo pero con él se explica la ponderación de los bienes en el estado de necesidad exculpante. Esta resolución del caso es recogida en diferentes manuales.²²

22. Samuel Rodríguez Ferrández, *“Casos prácticos de Derecho penal. Parte general”*, Manual Docente, Murcia (2012). Luis E. Chiesa, *“Casos que hicieron doctrina en el Derecho Penal”*, Madrid (2011)

VI. ESPECIAL REFERENCIA A OTRAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN:

VI.1 Miedo insuperable:

El término de miedo insuperable viene recogido en nuestro código penal en el artículo 20.6. El código exculpa al autor que actúa motivado por miedo insuperable.

Ya que no podemos encontrar el término totalmente definido en el código, la jurisprudencia ha definido el miedo insuperable como la situación emocional por la amenaza de un mal serio, inminente y grave que domina la voluntad y nubla la inteligencia, realizando la ponderación de este mal desde la perspectiva del hombre común o medio.²³

La doctrina no se ha puesto de acuerdo en el encuadramiento del miedo insuperable como causa de justificación, de exculpación (como una causa de inexigibilidad de otro comportamiento al autor), una causa de inimputabilidad, o incluso se han barajado teorías en las que se considera que concurre una falta de acción pues a causa del miedo el individuo no controla su voluntad y se relaciona con actos automáticos la acción que realiza.

No puede tratarse de una causa de justificación, pues por muy fuerte que sea el miedo provocado no transforma un hecho ilícito en un hecho conforme a derecho. Además las causas de justificación eliminan la responsabilidad civil y penal, y el artículo 184.4 del código contempla la responsabilidad civil subsidiaria para el que realiza el hecho impulsado por el miedo.

Tampoco puede tratarse de una causa de inimputabilidad pues para ello deben nublarse todas las capacidades psíquicas de forma grave del sujeto y el miedo no provoca tal anulación, como si lo hace el trastorno mental transitorio. Además si se considerase una causa de inimputabilidad no existiría ningún límite entre el trastorno mental transitorio y el miedo insuperable.

Por todo lo anterior, la jurisprudencia más reciente ha consolidado la apreciación de miedo insuperable como causa de exoneración de la culpabilidad e inexigibilidad de otra conducta²⁴. Estaríamos ante un hecho ilícito y antijurídico, pero del cual, el autor

23. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 4 de Marzo de 2011 (1471/2011)

24. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 8 de Marzo de 2005 (340/2005)

no sería responsable, al igual que en el estado de necesidad cuando se ponen en conflicto dos bienes jerárquicamente iguales para el derecho.

Para la aplicación del miedo insuperable como causa que exime la culpabilidad penal el Tribunal Supremo ha exigido reiteradamente una clase de requisitos en su jurisprudencia, a los que haremos referencia a continuación:²⁵

- Se debe producir un terror que sitúe al sujeto en una situación de miedo invencible y que esta situación anule la voluntad del mismo.
- El miedo debe ser inspirado por un hecho efectivo, real y acreditado.
- Dicho temor ha de ser invencible, es decir insuperable, que el hombre medio sienta el mismo miedo que el sujeto. Por tanto habría que exceptuar la comparación con valientes y miedosos.
- Lo único que debe motivar el hecho ilícito cometido por el sujeto debe ser el miedo.

En la redacción del código actual hay que señalar que se eliminó el requisito de la ponderación de los males del código penal anterior (1973). Este requisito consistía en que el mal al que se teme debe ser igual o mayor que el mal que se causa.

Esta supresión ha sido correcta, ya que se valora más el estado psicológico del sujeto y la imposibilidad de valorar la jerarquía de los bienes cuando el individuo se encuentra en una situación de presión por el miedo sufrido. Se aprecia por tanto el valor subjetivo de la eximente, más que el objetivo, ya que el miedo insuperable es una situación personal que cada sujeto experimenta de manera individual basada en el principio de no exigibilidad de otra conducta, aunque también ha de tenerse en cuenta la valoración objetiva de la eximente, por ello no se considera tan individual y se pondera frente al común del hombre medio. Es decir, el miedo es un sentimiento o emoción individual, pero solo se considera la eximente cuando se considera que el hombre medio también se comportaría como el sujeto que realiza el hecho ilícito si se enfrentase a la misma situación. El

25. Figola Vainilla, Joaquín. *“Eximentes atenuantes y agravantes en el Código Penal de personas criminalmente responsables”*. Ed. Bosch.(2000)Págs 102-104

miedo insuperable afecta a la capacidad de elección del sujeto.²⁶

Frente al estado de necesidad exculpante, la principal diferencia se produce cuando en el actual código se suprime la valoración jerárquica de los bienes. Antes era menos clara la delimitación entre este y el miedo insuperable. Además en el segundo, el sujeto actúa motivado por una sola cosa, el miedo. En el estado de necesidad lo hace para evitar un daño a otro bien jurídico. En el estado de necesidad la ponderación de los males es un requisito indispensable, en el miedo insuperable, a partir del cambio antes mencionado no.

En cuanto a la legítima defensa, las similitud es que tiene que haber la amenaza de un mal real y acreditado, pero encontraríamos las diferencias en que en la legítima defensa se puede combatir ese mal directamente y en el miedo insuperable no, por ello se realiza el daño al bien jurídicamente protegido no justificado, no hay posibilidad de actuar de otra manera estando inmerso en la situación psicológica en que se encuentra.

Para que no se produzcan confusiones entre estas causas de justificación y exculpación debemos de ajustar la situación al hombre medio, como hemos aclarado anteriormente, si no sería extremadamente subjetivo. Por tanto, se debe examinar cada caso en concreto y aplicar el principio de no exigibilidad de otra conducta. Es decir, si el hombre medio, el común, por la presión que siente por el miedo hubiera actuado de la misma forma que el sujeto sin la posibilidad de realizar otra conducta que no afectase a un bien jurídico, entonces nos encontraríamos con la falta de culpabilidad.²⁷

Para que se pueda apreciar la eximente completa por esta causade exculpación, el miedo ha de ser insuperable, no puede existir otro método de evitar el mal, o al menos el sujeto no puede haberlo valorado por la presión del miedo sufrido. Ha de ser un mal inminente y al que cualquier hombre común reaccione de la misma manera. Se toma este baremo basándose en el principio de no exigibilidad de otra conducta al sujeto. Debe valorarse respecto al hombre medio pero adecuándolo al que realiza la acción, con esto nos referimos a que debe valorarse si un hombre con idénticas características que el sujeto hu-

26.HigueraGuimerá. *“La eximente de miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español”*, Barcelona, 1991, págs. 81-83

27. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 4 de Marzo de 2011 (1471/2011)

biera actuado de la misma forma, hay que posicionar al hombre medio en las características del autor (raza, sexo, cultura, situación, modo de entender, etc.). El Tribunal Supremo aplica este principio por ser el más objetivo respecto al miedo, ya que éste es una situación personal que afecta de manera diferente a cada individuo. No se podrán tener en cuenta características patológicas del autor como enfermedades mentales, etc. Ya que entonces estaríamos ante una causa de inimputabilidad, que nubla la mente del autor total o parcialmente. Por ejemplo la neurosis o la psicopatía que hacen que la percepción del miedo sea diferente, y se pueda apreciar un trastorno mental transitorio. Solo se aplicaría el miedo insuperable cuando no sea exigible otra conducta al hombre medio.

No será aplicable la eximente cuando el sujeto provoque la situación de miedo para realizar el delito, al igual que en el estado de necesidad. Si esto ocurre así se deberán aplicar los principios recogidos en los números 1º y 2º del artículo 20 del código, por el cual se aplica la actio libera in causa.

Si se aprecia que el miedo no era insuperable y que podría haber actuado de otra manera, pero se aprecia objetivamente la presión sufrida por el miedo se considerará la eximente incompleta rebajando la pena en uno o dos grados aplicando el artículo 68 del Código Penal.²⁸

VI.2 Encubrimiento entre parientes:

El encubrimiento se encuentra tipificado entre los artículos 451 y 454. Anteriormente era considerado una forma de participación en la ejecución del delito, pero tras la reforma de 2003 se ha considerado un delito autónomo. Este cambio ha sido muy acertado ya que no es posible participar en un delito que ya ha sido consumado, como señala el Tribunal Supremo en varias sentencias.

El encubrimiento, en sí, es un delito que se tipifica en el artículo 451 de la siguiente manera: *“el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniera con posterioridad a su ejecución, de*

28. Sentencia A.P. Toledo de 17 de mayo de 2011 (2/2011)

alguno de los modos siguientes:

1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.

2.º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.

3.º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos.

b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave.”

Serían entonces indispensables tres elementos: conocer la comisión de un delito, no haber participado en esta, participación posterior a la ejecución y que esta participación sea de alguna de las formas mencionadas.

El artículo 454 es el que expone la exención de responsabilidad para los encubridores de parientes ²⁹. La doctrina ha discutido si se trata de una excusa absolutoria (el legislador no interviene en las relaciones familiares, esta sería una decisión político-criminal) o

29. “Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1º del artículo 451”.

causa de exculpación (defendida por la mayoría de la doctrina).

Este artículo está basado en el principio de no exigibilidad de otra conducta, ya que por la relación que existe entre encubierto y encubridor el último se encuentra en una situación de presión por el posible castigo a la persona unida, por razones de solidaridad familiar. Esto ha sido muy discutido ya que existe una obligación de obedecer al derecho. Para que pueda aplicarse debe observarse que el móvil del encubridor es el de ayudar a su pariente y no puede darse cuando ayude al grupo en general si lo constituyen personas con las que no posee el vínculo mencionado en el artículo. Es decir el artículo no se aplica de forma automática ya que por el hecho de que el autor del delito sea conyuge, pariente, o cualquiera de los señalados en el mismo artículo no excusa si la finalidad por la que se lleva a cabo el encubrimiento no es solamente la de ayudar. El Tribunal Supremo ha rechazado varias excusas porque el encubridor no actuaba solamente con dicha finalidad.

Un ejemplo de jurisprudencia sobre este artículo serían sentencias como la del 1 de Junio de 2007 del Tribunal Supremo en la que se excusa a la esposa que destruye pruebas que culpan a su marido de tráfico de drogas antes de la llegada de la policía, otra sería la 1/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid en la se excusa a una mujer por esconder a su amante (relación análoga al cónyuge), autor de un tiroteo.

VII. COMENTARIO A PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL DE INTERÉS. PARTE ESPECIAL, DELITO FAMILICO. SENTENCIA N° 376/2004 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Ver anexo1-.sentencia nº 376/2004 de la Audiencia Provincial de Madrid

Los hechos se producen en 2004, pero debido a la situación cada vez más precaria y desigual de la sociedad española nos estamos encontrando casos parecidos en los que la pobreza y la situación ponen en riesgo a familias enteras en la actualidad.

Por ello encontramos el caso de interés, tanto en su análisis jurídico como social pues es comentado por muchos autores que el derecho a veces no es lo más justo. En casos como el mencionado encontramos un gran acercamiento del derecho y la justicia, pues el estado de necesidad convierte un hecho ilícito, es decir, contrario al derecho, en lícito, por contraponerse dos bienes protegidos, primando siempre la dignidad y vida humana.

En este caso nos encontramos con dos posturas enfrentadas. Una parte, las acusadas, son dos mujeres extranjeras en situación ilegal en España y a cuyo cargo se encuentran cuatro niños, éstas sustraen 9 kg de arroz en un supermercado alegando que no poseen recurso alguno para alimentarse y alimentar a sus hijos menores. Por otra parte está el ministerio fiscal, el cual declara que se ha producido una falta de hurto, violando el derecho de la propiedad. Conforme al último se dicta sentencia en el Juzgado de instrucción número 21 de Madrid, es por ello que las acusadas realizan la apelación alegando que se ha producido un estado de necesidad. Así es como llega la sentencia con la que nos encontramos a la Audiencia Provincial de Madrid.

Tras el recurso, la Audiencia Provincial de Madrid contradice al juzgado de instrucción y falla a favor de la defensa pues estima que se produce dicho estado de necesidad recogido en el artículo 20.5 del código penal. El recurso se basa en la inaplicación del mismo. Estaríamos ante un caso de hurto familiar según el tribunal, pues este se produce para cubrir las necesidades más primarias de los seres humanos. En el caso que nos ocupa, Valentina y Antonieta, son mujeres extranjeras, sin papeles y sin ningún recurso, las cuales tienen a su cargo a menores. Podemos apreciar aquí la situación de necesidad previa que todo estado de necesidad ha de tener. Las autoras estaban cometiendo un hurto familiar o miserable, en el que se contraponen como siempre en el estado de necesidad, dos bienes protegidos por el derecho, por un lado la propiedad y por otro la

supervivencia, o la propia vida. Los segundos siempre dignos de una mayor protección que el primero por el derecho. Es por el ello que el tribunal de la Audiencia Provincial de Madrid basa la apreciación de la causa justificante en sentencias como la del Tribunal Supremo en la Sala 2ª del 21 de enero de 1986, en la que se ponen de relieve los requisitos para la justificación que en este caso se cumplen totalmente³⁰

El tribunal realiza una interpretación acertada del artículo 20.5 del Código Penal, apreciando todos los requisitos en la presente causa y basándose en sentencias anteriores, aunque debido al cambio producido en la sociedad española, es necesario remontarse a sentencias bastante lejanas en el tiempo. A día de hoy resulta difícil aplicar el estado de necesidad por hurto necesario, ya que existe un sistema público y privado de protección social y aunque este no llegue a cubrir todas las necesidades de las personas, es difícil haber agotado todos los mecanismos y que solo se pueda actuar de modo antijurídico, requisito indispensable según la sentencia anteriormente nombrada en la que se basa la doctrina de los tribunales para aplicar la justificación.

VIII. CONCLUSIONES

Como principal conclusión debemos señalar que el derecho tiene medidas para proteger por encima de todo, los bienes y principios que configuran nuestro ordenamiento jurídico. Estas numerosas medidas hacen que el Derecho Penal sea más personal y no solo un conjunto de sentencias a las que se adecua la sociedad. Dan cierta importancia a través de sus preceptos y sentencias a la situación real de la persona plasmando en sus normas la realidad. Por ejemplo en las causas de justificación o exculpación se valoran los conflictos interiores que puede sufrir cada persona cuando se enfrenta a situaciones en las que dos bienes entran en conflicto. Es, a mi punto de vista, la parte más humana del

30. Realidad, gravedad e inminencia del mal; que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica, más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que, en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de modo antijurídico; y que, las cosas o bienes obtenidos, sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o a las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable.

derecho. A través de preceptos normativos se ajusta la Ley a casos reales que cualquier persona puede sufrir.

El Estado de necesidad y las otras causas de justificación y exculpación son unas de esas medidas por el cual, en el caso del estado de necesidad, se permite llegar hasta el punto de dañar otro bien protegido por salvaguardar los que son considerados más importantes. Pero para no caer en arbitrariedades, el propio código que lo configura y la repetida jurisprudencia aplican una serie de requisitos sin los cuales no sería posible dar seguridad jurídica en un estado de derecho.

Dentro de esos requisitos encontramos un requisito esencial sin el cual no habría de modo alguno causa de justificación. Sería la situación de necesidad, es decir, la puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido que provoque que el sujeto, actor cometa un hecho que ponga en peligro o dañe otro bien jurídico para salvaguardar el primero. La ponderación de los bienes sería indispensable ya que siempre según la doctrina es necesario que el bien que se trata de proteger sea jerárquicamente superior al que se daña para que se produzca la causa de justificación. Además el autor no puede tener la obligación de sacrificarse por cumplir con un deber ni la situación puede haber sido creada intencionadamente por él, pues de ser así se dañarían uno de los principios fundamentales en los que se basa nuestro ordenamiento jurídico, la buena fe.

Como hemos comentado durante todo el estudio, la doctrina discierne bastante sobre la naturaleza del estado de necesidad cuando el conflicto se produce entre dos bienes jerárquicamente iguales. Algunos autores lo sitúan dentro de las causas de justificación y otros los incluyen dentro de las de exculpación. Nuestro punto de vista y tras analizar la casuística y las diferentes teorías entendemos que se debe fijar su naturaleza cuando no hay una diferencia jerárquica entre los bienes dentro de las causas de exculpación pues se trata de analizar si el sujeto merece una pena o no. Algunos autores llegan a esta cuestión a través de un nuevo término entre la antijuricidad y la culpabilidad, sería la responsabilidad, según la cual el sujeto conoce el precepto normativo pero no valora si sufrirá un castigo por la situación de necesidad, y esto no lo hace responsable. La diferenciación entre causa de justificación y exculpación es importante debido a los efectos jurídicos que despliegan cada una de ellas, por ejemplo la responsabilidad civil y penal, la aplicación de medidas de seguridad, la extensión a partícipes, etc.

Otras causas que suprimen la culpabilidad del autor son el miedo insuperable. Esta causa ha sido muy cuestionada por su naturaleza también ya que se ha calificado de muy

diversas formas, desde causa de inimputabilidad, a falta de acción y causa de justificación pero se han fijado unos requisitos que hacen que sea posible su encuadramiento en una causa que exime de culpabilidad: un terror invencible para el sujeto debido a un hecho real y acreditado, comparado con el hombre medio excluyendo exaltaciones de valentía o por el contrario, personas miedosas y que este miedo sea lo único que motive el hecho ilícito.

Por último la última causa que abordamos sería el encubrimiento entre parientes siempre que sea bajo los requisitos de artículo 454, es decir que se trate de cónyuge o análogo, ascendientes, descendientes o hermanos. Con la excepción que marca el artículo 451 en su primer párrafo, es decir, ayudarles a beneficiarse del delito cometido. Las otras formas de encubrimiento o ayuda si suprimirían la culpabilidad del autor de tal encubrimiento.

Finalmente, y tras todo el análisis debemos señalar que debido a la existencia de las diferentes causas que eximen de culpabilidad o que justifican un hecho ilícito existe una gran diversidad de teorías y doctrina que las valora según su naturaleza en diferentes posiciones y por tanto podemos encontrar jurisprudencia enfrentada pero que la más asentada utiliza unos requisitos que dan bastante seguridad jurídica.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo Zapater, “*Principios de Derecho Penal. Parte Gral.*” 3ª edición, Ed. Akal. Madrid(1994). Págs.150- 160
- Chiesa, L.E. “*Casos que hicieron doctrina en el Derecho Penal*”, Madrid (2011)
- Figola Vainilla, J. “*Eximentes atenuantes y agravantes en el Código Penal de personas criminalmente responsables.*” Ed. Bosch.(2000) Pág 102-104
- Ganzenmüller Roig, Soto Nieto, HerráizPages Escudero moratalla y Frigola Vallina. “*Eximentes atenuantes y agravantes en el Código Penal de personas criminalmente responsables*”. Ed. Bosch.(200)
- GimbernatOrdeig, E. “*Introducción a la parte general del derecho penal español*”, Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho,Madrid, (1979). Págs. 62-63.
- Higuera Guimerá. “*La eximente de miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español*”. Barcelona, (1991). Págs. 81-83
- Hirsh, H.J. ” *La posición de la justificación y de la exculpación en la Teoría del delito desde la perspectiva alemana*”. Universidad de Bogotá, Colombia, (1996). Págs. 22 y ss.
- Hruschka, J. ” *Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carneades en Gentz y en Kant*”. GA, (1991). Págs. 7-14.
- Luzón Peña, D.M. “*Curso de Derecho Penal*” ed. Universitas. Págs 571-617, 622.
- Mir Puig. “*Adiciones de Derecho Español al Tratado de Jescheckd*”, Barcelona (1981).Pág. 315.
- Muñoz Conde, F. “*Derecho penal parte general*”. Ed .Tiranch lo blanc. 8ª edición, Valencia (2010). Págs.. 320-322.
- Rodríguez Ferrández, S. “*Casos prácticos de Derecho penal. Parte general. Manual Docente*” Murcia (2012).
- Roxin, C. “*Teoría del tipo penal*”.Título en alemán del original alemán: “*Offene Ta-tbestündeund, echtspflichtmerkmals Walter de Gruyter& Co*”, Berlin, (1979) pág. 19.
- Roxin, C. “*Cupabilidad y prevención en el derecho penal*”. Traducción y edición en Madrid, (1981).Pág. 57

- Sáinz Cantero. *“Las causas de inculpabilidad en el código penal español”*. Madrid (1963). Págs. 5-10.
- Sánchez Melgar y otros. *“Código Penal, Comentarios y jurisprudencia”*. 2ª edición. Ed. Sepín. (2006)
- Welzel, artículo: *“El caso del guardagujas”*, Alemania (1951). Págs. 47-51
- Zagaldía Espinar, José M. y Machado, Mª Dolores. *“Derecho Penal Parte General”*. Ed. Tiranch lo Blanc. (2004) Págs 575-657.
- Zagaldía Espinar, José M. y Pérez Alonso, Esteban Juan. *“Fundamento de Derecho Penal, Parte General”*. Ed. Tiranch lo Blanc (2010) Págs 317 y ss.

ANEXO I

TEXTO

En MADRID, a diecisiete de septiembre de dos mil cuatro

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN SEGUNDA

ROLLO DE APELACIÓN: 392 /2004

Órgano Procedencia: JDO. INSTRUCCION N. 21 de MADRID

Proc. Origen: JUICIO DE FALTAS nº 556 /2004

SENTENCIA Nº 376/2004

=====

ILMA. SRA. MAGISTRADA:

A. MARIA RIERA OCARIZ

=====

Vista en grado de apelación por la Ilma. A. MARIA RIERA OCARIZ Magistrada de esta Audiencia Provincial, Sección Segunda 2 , al que se acordó la formación del rollo número 392 /2004 actuando como Tribunal unipersonal en turno de reparto, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.2º, párrafo segundo de la L. O. del P.J., ha visto en esta segunda instancia, la presente apelación contra sentencia dictada por el JDO. INSTRUCCION N. 21 de MADRID en el JUICIO DE FALTAS nº 556 /2004 , conforme al procedimiento establecido en el artículo 976 y siguiente a la Ley de Enjuiciamiento Criminal según la nueva redacción dada por la ley 10/92 del 30 de abril. Habiendo sido partes: En concepto de apelante/s Valentina , Antonieta y en concepto de apelado/s . MINISTERIO FISCAL .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Habiéndose procedido a la incoación de Diligencias Previas, por un delito de FALTA DE HURTO (623) , por el Ilmo. Magistrado Juez del JDO. INSTRUCCION N. 21 de MADRID se dictó sentencia con fecha 12-5-2004 estableciendo en el fallo o parte dispositiva el tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo condenar y condeno a Valentina y a Antonieta como autoras responsables de una falta de hurto, a la pena, a cada una de ellas, de un mes de multa a una cuota diaria de 1,20 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, para caso de impago, legalmente establecida, y pago de las costas procesales."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por Valentina , Antonieta y admitido tal recurso en ambos efectos, fueron elevados los autos a esta Audiencia, Recibidos, se formó el Rollo y se siguió este recurso por sus trámites.

HECHOS

Se aceptan los hechos probados de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El presente recurso invoca un único motivo que sirve de base para solicitar la absolución de las dos apelantes de la falta de hurto (art.623-1 del CP) por la que han sido condenadas; se trata de la falta de aplicación indebida del art.20-5 del CP, la eximente de **estado de necesidad**, argumentando las apelantes que los hechos juzgados son un caso paradigmático de hurto famélico.

El recurso debe ser estimado.

Hay que remontarse mucho en el tiempo para hallar un precedente jurisprudencial que contemple un supuesto como el que nos ocupa; puede citarse la STS de la Sala 2ª de 21-1-1.986 que nos da una definición del hurto necesario, miserable o famélico como el que concurrirá en aquellos casos en los que se toman los bienes ajenos, sin la voluntad de su dueño, para subvenir a las más primarias y perentorias necesidades humanas, tales como alimentación, vestido, habitación y asistencia médico-farmacéutica, y en los que no se halla en conflicto la vida o la propia supervivencia, con la propiedad de bienes ajenos, pero sí, por lo menos, entran en pugna los sufrimientos que el hambre, la desnudez, la intemperie o la enfermedad desatendida deparan al ser humano, con el respeto a la propiedad de los bienes ajenos. Continúa diciendo literalmente la referida sentencia: "Y, aun quedando, afortunadamente, distantes y relativamente lejanos, los tiempos en los que, para la operancia de esta circunstancia se exigía, por este Tribunal, un previo y penoso peregrinar, en demanda de auxilio, por establecimientos, públicos y privados, de beneficencia, así como que se probara que constituían, la penuria, un peligro inminente para la vida, hallándose, el necesitado, al borde de perecer por inanición, la jurisprudencia actual exige para la estimación de esta modalidad de **estado de necesidad**: realidad, gravedad e inminencia del mal; que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica, más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que, en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de modo antijurídico; y que, las cosas o bienes obtenidos, sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o a las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable.

SEGUNDO: En el caso ahora examinado la prueba practicada ha consistido exclusivamente en la declaración de las dos acusadas, quienes han reconocido la comisión de la infracción penal, no ha existido prueba de cargo; si la declaración de las acusadas se ha estimado creíble y suficiente para basar su condena, también lo es para acreditar los elementos requeridos para aplicar la eximente de **estado de necesidad**.

Teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias personales conocidas de las dos apelantes, los hechos que hoy nos ocupan tienen pleno encaje en el art.20-5 del CP. Las acusadas sustrajeron 9 kg de arroz en un supermercado, ambas son ecuatorianas, se encuentran en situación de ilegalidad en España, sin trabajo, sin maridos y con 4 niños entre las dos a los que alimentar; el arroz es desde luego un alimento de primera necesidad en España, pero lo es más aún para un ciudadano ecuatoriano, porque constituye la base de su alimentación diaria. Con estos datos no es difícil concluir la realidad del **estado de necesidad**.

TERCERO: De acuerdo con el art.240 de la LECr no se hace imposición de costas en esta segunda instancia.

FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Valentina y por Antonieta contra la sentencia de 12-5-2.004 dictada por el Jdo. De Instrucción nº21 de Madrid en juicio de faltas 556/2.004, la revoco y dicto otra absolviendo a Valentina y a Antonieta de la falta de hurto por la que fueron condenadas, por concurrir la circunstancia eximente de **estado de necesidad**, declarando de oficio las costas del juicio de faltas y las de este recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Notifíquese esta resolución a las partes y devuélvanse los autos originales al Juzgado de que proceden, con testimonio de esta Sentencia para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.-

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la lltma. Sra. Magistrada A. MARIA RIERA OCARIZ . Doy fe.