



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

ESPECIALIZACION DE DERECHO PENAL

El Estado de Necesidad como Causa de Justificación en el Código
Penal Ecuatoriano

Trabajo de Graduación previo a la Obtención del Título: Especialista
de Derecho Penal

Autora: María Teresa Vélez Zhindón

Director: Dr. Javier Esteban de la Fuente

Cuenca – Ecuador

2012

DEDICATORIA

De manera especial a mis padres y hermano, quienes con su apoyo incondicional me han permitido cumplir esta meta propuesta en mi vida, además a mis compañeros de aula, que con su calidez, compañerismo hemos compartido el día a día los conocimientos brindados por los docentes universitarios.

AGRADECIMIENTO

Agradezco de manera especial al Dr. Javier Esteban de la Fuente,
profesor y director de esta trabajo universitario, de quién
he adquirido, aprovechado y puesto en práctica sus valiosos conocimientos.

INDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria.....	1
Agradecimiento.....	2
Índice de Contenidos.....	3
Índice de Anexos.....	6
Resumen.....	7
Abstract.....	8
INTRODUCCION.....	9

CAPITULO PRIMERO

1. Las Causas de Justificación

1.1 El fundamento de las Causas de Justificación	12
1.2 Justificación e inculpabilidad. Delimitación y consecuencias de las causas de justificación y de las causas de exculpación	14

CAPITULO SEGUNDO

2. El Estado de Necesidad Justificante como Causa de Justificación

2.1. Concepto de Estado de Necesidad Justificante.....	18
2.2. Fundamento Jurídico del Estado de Necesidad Justificante.....	19
2.3. Diferencia con la Legítima Defensa.....	22
2.4. Estado de Necesidad Justificante y Estado de Necesidad disculpante. La discusión en la dogmática.....	24

2.5. El Estado de Necesidad y la Colisión de Deberes.....	26
---	----

CAPITULO TERCERO

3.- Elementos del Estado de Necesidad Justificante

3.1 El Peligro.....	29
3.1.1. Gravedad del Peligro	31
3.1.2 Bienes sobre los que puede recaer.....	32
3.2 Actualidad del Peligro.....	33
3.2.1 El peligro debe ser actual.....	33
3.2.2 Inminencia y Persistencia del Peligro.....	33
3.3 Ponderación de los bienes jurídicos en conflicto.....	34
3.3.1 Mayor importancia del bien que se salva.....	35
3.3.2 Criterios para efectuar la ponderación de bienes.....	36
3.3.3 Estado de Necesidad Defensivo y Agresivo.....	39
3.4 Necesidad del Medio Empleado.....	41
3.4.1 Inexistencia de medios menos lícitos o medios ilícitos menos lesivos.....	42
3.5 Elemento Subjetivo del Estado de Necesidad.....	43
3.5.1 Elemento subjetivo y hechos imprudentes.....	44
3.5.2 Contenido del elemento subjetivo en el estado de necesidad y ausencia del elemento subjetivo.....	45
3.6 Límites al estado de necesidad.....	46
3.6.1 El límite derivado del principio de dignidad del ser humano.....	46
3.6.2 La provocación de la situación de necesidad.....	47
3.6.3 Casos en que el necesitado se encuentra obligado a afrontar el peligro.....	48

CAPITULO CUARTO

4. La regulación del Estado de Necesidad en el Ecuador

4.1 El Art. 24 del Código Penal Ecuatoriano.....50

CONCLUSIONES.....53

BIBLIOGRAFIA.....56

INDICE DE ANEXOS

Anexo 1.....	57
--------------	----

RESUMEN

El Estado de Necesidad Justificante constituye una causa de justificación, su fundamento radica en el principio de ponderación de bienes o intereses, siendo necesario señalar que el conflicto que genera debe ser resuelto por un medio socialmente adecuado que no constituya un ataque a la dignidad de las personas.

El origen del peligro puede ser un hecho de la naturaleza o un comportamiento del hombre sea doloso o culposo, además debemos señalar que la acción justificada debe ser necesaria, resulta necesaria cuando es adecuada y menos lesiva.

A B S T R A C T

The state of necessity justified is a cause of justification. Its foundation is the principle of balancing of interests or properties, being necessary to point out that the conflict should be resolved by generating a social mean suitable which is not an attack on the dignity of persons.

The source of the danger may be a fact of nature or human behavior is intentional or negligent, we must also note that justified action must be necessary, it is necessary when appropriate and less damaging.

EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EN EL CODIGO PENAL ECUATORIANO

INTRODUCCIÓN

Tomando en consideración que existen varias teorías, las cuales han buscado su respectivo fundamento con la finalidad de ubicar al estado de necesidad en la Teoría del Delito, es necesario precisar que el estado de necesidad que interesa al estudio, es el estado de necesidad justificante, es decir, el que se ubica dentro de las causas de justificación, pues existe una distinción fundamental entre las causas de justificación y las causas de inculpabilidad. En esta última se ubica el estado de necesidad exculpante. Así lo adecuado es estudiar al estado de necesidad justificante dentro de las causas de justificación de la antijuridicidad. Debemos tener en cuenta que las causas de justificación constituyen autorizaciones o permisos para realizar el comportamiento prohibido.

Con la finalidad de comprender el estado de necesidad justificante, citaremos un concepto de estado de necesidad en general: Anbar citando a Von Liszt, señala que el estado de necesidad es: *“Una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, frente a la cual no queda otro remedio que la violación de los derechos de otro, jurídicamente protegidos”*¹

El estado de necesidad justificante es una causa de justificación basada en el principio de proporcionalidad, denominado principio de ponderación de bienes, intereses o males, es decir se basa en el principio de salvaguardar el *“bien de mayor valor”*, sacrificando el de menor valor; necesariamente tenemos que contar con bienes de dispar valor a diferencia de la teoría de la culpabilidad en el estado de necesidad disculpante en el cual existe un conflicto de bienes de igual valor.

En el presente estudio nos remitiremos a estudiar exclusivamente el estado de necesidad justificante con la finalidad de comprender de una mejor manera a esta causa

¹ ANBAR, DICCIONARIO JURIDICO, Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, Quito – Ecuador -1998.

de justificación prevista en el Código Penal Ecuatoriano. Debemos tener en cuenta que no todos los problemas son resueltos con la sola interpretación del texto legal, por tal motivo dicha interpretación se basará en textos doctrinarios, en los cuales existen principios prelegales, de los que se construyen los argumentos para la solución de conflictos.

Debemos hacer hincapié que el estado de necesidad no es la única causa de justificación prevista en el Código Penal Ecuador, siendo indispensable analizar la diferencia con la legítima defensa. De igual manera se realizará una diferenciación entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante.

Como manifestamos, el fundamento principal para el estado de necesidad justificante es el principio de ponderación de bienes. Debemos tomar en cuenta que no existe un esquema en el cual se asigne preferencia a bienes de mayor valor frente a otros de menor valor. Sin embargo por lógica conocemos que la vida y, en general, los bienes relacionados con la personalidad se encuentran en un eslabón arriba que los bienes materiales y patrimoniales. Por ello se deberá analizar en base a qué opera dicho principio, si prima los derechos individuales ante los colectivos y, además, qué es lo que sucede cuando se ve menoscabada o se encuentra en juego la dignidad del ser humano.

Para al análisis del estado de necesidad tomaremos en cuenta sus elementos, esto es, interpretar acerca de cómo debe apreciarse el peligro, su gravedad, actualidad y persistencia y los bienes sobre los que puede recaer. De igual manera debemos analizar la necesidad del medio empleado que se considera como medio idóneo y menos lesivo y el elemento subjetivo del estado de necesidad.

Trataremos los casos en los cuales el sujeto actúa en posición de garante, debemos adelantarnos a señalar que en este caso, no se puede actuar bajo amparo de justificación por cuanto está a cargo de la preservación del bien jurídico.

Con la finalidad de tener una mejor visión de cómo opera el estado de necesidad, citaremos un caso por un accidente de tránsito en el cual el sentenciado presenta un recurso de casación, existiendo un voto salvado en el cual determina que el sujeto actuó

en estado de necesidad pues infringió normas de tránsito tales como: conducía sin licencia, en estado de embriaguez y sin respetar la luz roja del semáforo, ocasionando un accidente, con la finalidad de salvar a su sobrino que había sido objeto de dos disparos por cuanto le quería robar el vehículo por lo que quería trasladarle al hospital.

CAPITULO I

1. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

1.1. El fundamento de las Causas de Justificación

Con la finalidad de establecer el fundamento de las causas de justificación es necesario tener en cuenta la teoría de las normas de Binding en el cual se puede construir dogmáticamente el tema de las normas y de las excepciones a los mandatos y prohibiciones. Es así, que se debe distinguir entre normas imperativas y normas de excepción, en estas últimas es en donde entran en juego las causas de justificación. Es decir el delincuente con su conducta cumple de manera exacta la descripción del tipo penal, por lo que infringe la norma que le prescribe determinada pauta de comportamiento a los fines de salvaguardar el bien jurídico. Binding ha puesto al descubierto que la acción o la omisión típica y antijurídica –sin perjuicio del análisis de culpabilidad– conllevan una pena, porque existe previamente una prohibición o un mandato de actuar. Esta descripción, explicación, y justificación jurídica de la teoría de las normas parte de la idea de que existe una necesidad lógica de las normas y de la excepción... estas normas desde un aspecto lógico racional, son una orden pura, no motivada por la amenaza de la pena, cuya deducción se hace debido a la consecuencia jurídica que tiene su transgresión.²

La teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al Derecho, es decir, en qué supuestos el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró. Por lo tanto, una acción típica será también antijurídica si no interviene a favor del autor una causa o fundamento de justificación.³ Tal es así, que la antijuridicidad es la violación al orden jurídico en su conjunto, mediante la realización del tipo. A las normas prohibitivas se oponen en ciertos casos disposiciones permisivas

² DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 39

³ BACIGALUPO ENRIQUE, Derecho Penal, Editorial Ara Editores, Perú, 2004, Pág. 339.

que impiden que la norma abstracta general se convierta en deber jurídico concreto y que permiten por eso la realización típica tales disposiciones permisivas se les denomina “*causas de justificación*”, de lo que se desprende que las causas de justificación no excluyen la tipicidad de una conducta, sino exclusivamente su antijuricidad.⁴

La característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de cualquier consecuencia jurídica; no solo penal, sino también civil, administrativa, etc; y no solo respecto del autor, sino también de quienes lo hayan ayudado o inducido.

Cuando un autor obra bajo el amparo de una causa de justificación, su conducta es lícita, es decir, se encuentra aprobada por el orden jurídico, de modo que no puede existir ningún tipo de responsabilidad por “hecho ilícito”. Ello, claro está, no impide que la conducta justificada no pueda generar otra clase de efectos —en otras ramas del derecho— que no tengan origen en el hecho ilícito.

Por otra parte, es preciso señalar que tipicidad y antijuridicidad constituyen elementos distintos en la teoría del delito. Cuando se lleva a cabo una conducta típica, el hecho ya contiene cierto grado importante de desvalor, es decir, estamos ante una conducta socialmente desvalorada.

Bacigalupo señala: “*La característica fundamental de la causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de cualquier consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc; y no solo respecto del autor, sino también de quienes lo hayan ayudado o inducido. En el ordenamiento jurídico sin embargo, el único dato con el que se puede identificar una causa de justificación es la exclusión de la pena. Pero esta característica es compartida por las causas de justificación con la que excluyen la responsabilidad por el hecho que no benefician a los partícipes y que no eliminan la responsabilidad civil, así como las llamadas excusas absolutorias, que, según la teoría dominante, solo afectan a la punibilidad*”⁵

⁴ WESSEL Hans, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Chile—1965 Pág. 117

⁵ BACIGALUPO ENRIQUE, Derecho Penal, Editorial Ara Editores, Perú, 2004, Pág. 339.

Con razón destaca Mir Puig que *“Las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen al legislador a valorar globalmente de forma positiva el ataque a un bien jurídico penal (sin que por ello desaparezca la consideración de –mal– aisladamente considerado). Aunque estos bienes son valiosos para el Derecho Penal pueden entrar **en conflicto con otros intereses** que aquél puede considerar preferentes en determinadas circunstancias. En las causas de justificación se requiere tanto la efectiva concurrencia ex post de un interés superior (**falta de desvalor de resultado**), como su apariencia ex ante (**falta de desvalor de la conducta**)”*⁶

Siendo así, podemos señalar que efectivamente las causas de justificación se encuentran determinadas en las legislaciones, de forma específica en el Código Penal Ecuatoriano, se señalan como causas de justificación a la legítima defensa (legítima defensa de terceros, legítima defensa del pudor, legítima defensa de la propiedad), el estado de necesidad, legítimo ejercicio de un derecho autoridad o cargo (mandato de la ley, orden de autoridad y fuerza física irresistible) o cumplimiento de un deber.

1.2. Justificación e inculpabilidad. Delimitación y consecuencias de las causas de justificación y de las causas de exculpación.

Existe una distinción fundamental entre las causas de justificación y las causas de inculpabilidad, en la estructura del delito la culpabilidad es una categoría ulterior, la cual se resuelve una vez comprobada la antijuridicidad.

La impunidad del estado de necesidad ha buscado su justificación en varias teorías. Algunos alemanes y tratadistas franceses ven en el acto necesario un hecho antijurídico, libre de pena por inimputabilidad del agente originada en la violencia moral en que el necesitado se encuentra; otros autores como Max Ernesto Mayer, usan una nueva táctica e incluyen el estado de necesidad entre las causas de inculpabilidad; pero la doctrina más generalizada le considera como una causa de justificación.⁷ Es decir debe ser considerada como una causa excluyente de la antijuridicidad, tomando en

⁶ MIR PUIG SANTIAGO, Derecho Penal Parte General, Editorial Reppertor, Barcelona –España, 2002, Pág. 171

⁷ JIMENEZ DE ASUA, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, Editorial Sudamericana de Buenos Aires, Argentina, 1958, Pág. 304

consideración que es una causa de justificación basada en el principio de salvaguardar el “bien de valor mayor”, sacrificando el bien de menor valor y poniendo en consideración el interés preponderante.

El fundamento de las causas de inculpabilidad como el estado de necesidad disculpante, en caso de conflicto de bienes iguales –como ocurre con el miedo insuperable o el encubrimiento a parientes– se halla según la opinión dominante, en que, de acuerdo con la teoría normativa de la culpabilidad, no es posible exigir en estos casos otra conducta diferente al autor, es decir, una conducta adecuada a la norma.⁸ El derecho no puede justificar, por ello, los atentados graves a la integridad corporal o a la vida de terceros como medio para la salvación de la vida, sino que puede solamente disculparlos; porque al autor, que se encuentra en la situación de necesidad, no puede serle exigida una conducta jurídica en atención a la debilidad humana.⁹

Donna citando a Gimbernat Ordeig señala: “*Existe una distinción básica entre causas de justificación y causas de inculpabilidad... las causas de justificación el Estado prohíbe conductas de modo general debido a que quiere hacerlo, en cambio en las causas que eliminan la culpabilidad, el Estado renuncia a la pena por la falta de poder intimidante, frente a un grupo de personas.*”¹⁰

Una postura interesante puede verse en la llamada teoría de la responsabilidad por el hecho y la atribuibilidad. Se afirma que entre la antijuridicidad y la culpabilidad existe un nuevo elemento: la responsabilidad por el hecho, en la que se daría una considerable disminución de lo injusto y una presunción *iuris et de iure* de la falta de culpabilidad, pues la exclusión de la responsabilidad se llevaría a cabo mediante un proceso generalizador, sin atender a si el sujeto pudo o no obrar de otro modo en la situación concreta que se hallaba. Según este punto de vista, el llamado estado de

⁸ CERREZO MIR José, *Temas fundamentales de Derecho Penal*, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires– Argentina – Pág. 406.

⁹ WESSEL Hans, *El Nuevo Sistema de Derecho Penal, Introducción a la doctrina de la acción finalista*, Editorial B de F, Buenos Aires – Argentina, 2001. Pág. 196.

¹⁰ DONNA Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General, Tomo III*, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 265

necesidad disculpante es considerado una causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho, que elimina al mismo tiempo la atribuibilidad.¹¹

Es importante recordar que en sus orígenes, el estado de necesidad ha sido reconocido como una causa supralegal de justificación. Se partió del principio en el que se basan todas las causas de justificación, a saber: que en caso de colisión ineludible de intereses en pugna el sujeto actúa conforme a derecho frente al menos valioso y con ella en definitiva hace algo socialmente provechos. La idea básica del estado de necesidad supralegal se mantuvo con dos formulaciones enfrentadas entre sí, la teoría del fin, regía el principio: “no se actúa antijurídicamente en caso de intromisiones en intereses jurídicamente protegidos que supongan un medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el Estado” y el principio de ponderación de bienes: “no actúa antijurídicamente quién lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor, si sólo de este modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor”.¹²

En cuanto a la llamada teoría del fin, se desprende que es más amplia para la aplicación de casos concretos, de modo que establece menores límites a favor del sujeto que actúa en estado de necesidad. Por el contrario, el principio de ponderación de bienes jurídicos, establece limitaciones más claras y concretas, pues únicamente se podrá apreciar un estado de necesidad en los casos en que el sujeto haya obrado salvaguardando el bien de mayor relevancia o mayor valor.

Las causas de inculpabilidad en sentido estricto son, según la opinión dominante, el estado de necesidad en caso de conflicto de bienes iguales, la eximente de miedo insuperable, de obediencia debida, el encubrimiento a parientes, el error de prohibición invencible.¹³

¹¹ Este criterio puede verse en MAURACH, Reinhart, GÖSSELL, Karl H. y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Astrea, Bs. As., 1994, T. 1 y DONNA, Edgardo A., *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Bs. As., 1995, T. 2.

¹² ROXIN Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I*, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997. Pág. 672.

¹³ CEREZO MIR José, *Temas fundamentales de Derecho Penal*, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires– Argentina – Pág. 404.

La distinción entre causas de justificación y causas de inculpabilidad tiene importantes consecuencias prácticas. Las causas de justificación a diferencia de las causas de inculpabilidad, excluyen la antijuricidad de la acción. En relación con la accesoriadad de la participación, las causas de justificación, al excluir la antijuricidad de la acción u omisión, dan lugar a la impunidad de los partícipes, cuya responsabilidad se mantiene, en cambio, en principio, cuando el autor se beneficia exclusivamente de una causa de inculpabilidad, pues según la opinión dominante en la Ciencia del Derecho Penal española, para los inductores, cooperadores necesarios y cómplices rige el criterio de la accesoriadad limitada. En relación con el encubrimiento, tipificado como una forma de participación existe una gran discrepancia de opiniones; según unos penalistas para los encubridores rige también el criterio de la accesoriadad limitada, mientras que según otros, rige para ellos el criterio de la accesoriadad máxima.¹⁴

En la Ciencia del Derecho Penal española considera la opinión dominante que las causas de justificación excluyen no solo la responsabilidad penal sino también la civil derivada del delito, mientras que las causas de inculpabilidad dejan intacta la posibilidad de una responsabilidad civil. Sin embargo, como hemos visto más arriba, las causas de justificación excluyen solo la responsabilidad civil derivada de un acto ilícito, pero son compatibles con una responsabilidad civil que tuviere otro fundamento, como el principio de la gestión de negocios ajenos o el de la prohibición del enriquecimiento injusto, como sucede en los supuestos de estado de necesidad como causa de justificación.¹⁵ Así, por ejemplo, si un sujeto en estado de necesidad, para llevar de urgencia a un familiar a un centro asistencial, se ve obligado a ingresar a sustraer el vehículo de su vecino, es claro que civilmente el titular del rodado tiene derecho a reclamarle la devolución, aún cuando la conducta haya sido claramente lícita por estado de necesidad justificante.

¹⁴ CERESO MIR José, *Temas fundamentales de Derecho Penal*, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires– Argentina – Pág. 415

¹⁵ *Ibidem*, Pág. 416.

CAPITULO II

2. EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACION

2.1 Concepto de estado de necesidad justificante.

Con la finalidad de comprender el concepto de estado de necesidad justificante, citaremos los siguientes ejemplos: si en un accidente de tráfico era necesario llevar rápidamente al accidentado al hospital para salvarle la vida y aceptar al hacerlo así la posibilidad de infringir preceptos de tráfico; faltaría una norma que determine para salvar la vida, hubiera permitido perturbar la seguridad del tráfico. Y así para salvar la vida de una embarazada resultaba imprescindible practicarle un aborto, pero para el médico no había la posibilidad de exculpación, por lo que según la letra de la ley habría tenido que ser castigado a pesar de que, según la concepción jurídica general, su conducta se consideraba no sólo como disculpante, sino incluso como adecuada. De esta situación nació el estado de necesidad justificante supralegal, que se desarrolló partiendo del principio en el que se basan todas las causas de justificación, a saber: que en casos de colisión ineludible de intereses en pugna el sujeto actúa conforme a Derecho si da preferencia al interés más valioso frente al menos valioso.¹⁶

El concepto de estado de necesidad ha sido dado de una manera más clara por Hirsch, en su trabajo *Leipziger Kommentar*, al sostener que al estado de necesidad justificante le pertenece la idea fundamental de que existe para un bien jurídico un peligro real presente y por el cual es permitido afectar a otro bien jurídico, cuando el peligro no puede evitarse de otra manera y que el interés que sea protegido predomine por sobre el que es afectado. En igual sentido puede leerse en Kohler, para quien el concepto de necesidad significa la existencia de un peligro para la existencia de derechos, de intereses personales, que se agrava cuando está en riesgo la vida de la persona. El concepto de necesidad comprende condiciones empíricas y la intención de la acción para desviar el peligro en la colisión de bienes jurídicos definida colisión con diferentes pretensiones de validez. De este modo para la salvación de un bien jurídico

¹⁶ ROXIN Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I*, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997. Pág. 672.

puesto objetivamente en peligro deviene inevitable y necesaria la entrada de una acción típica en otro bien jurídico.¹⁷

El estado de necesidad justificante es una causa de justificación basada en el principio de proporcionalidad, denominado principio de ponderación de bienes, intereses o males, es decir se basa en el principio de salvaguardar el “*bien de mayor valor*”, sacrificando el de menor valor. Necesariamente tenemos que contar con bienes de dispar valor a diferencia de la teoría de la culpabilidad, en el estado de necesidad disculpante, en el cual existe un conflicto de bienes de igual valor.

Donna citando a Cerezo Mir señala; “*estado de necesidad como la situación de peligro de un bien jurídico, propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir la lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber*”¹⁸

En definitiva, nos encontramos frente a un caso de estado de necesidad justificante cuanto el autor realiza la conducta típica con la finalidad de evitar un mal o un peligro ajeno, mayor e inminente, que afecta algún bien jurídico propio o de terceros, siempre que no haya estado obligado a soportar ese riesgo y en la medida en que utilice el medio estrictamente necesario, sin afectar, al mismo tiempo, el principio fundamental de la dignidad del ser humano.

2.2 Fundamento jurídico del estado de necesidad justificante

Es necesario precisar que el estado de necesidad tiene su fundamento en la ponderación de bienes jurídicos y más concretamente de intereses, de modo que la justificación está dada por la salvación del bien o interés de mayor valor jurídico, aunque ello exige hacer una aclaración a los efectos de encuadrar los fundamentos de la institución dentro del Estado de Derecho.¹⁹ La teoría de la ponderación de bienes señala:

¹⁷ DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 268.

¹⁸ *Ibíd*em 270.

¹⁹ DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 283.

“no actúa antijurídicamente quién lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor, si sólo de ese modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor”

Sin embargo si un cirujano extrae de una persona sana un riñón, sin su consentimiento, para que otro colega pueda llevar a cabo un trasplante de órganos con el fin de salvar la vida de un paciente, el mal causado es menor que el que se trata de evitar. Se ha producido una lesión corporal y un atentado a la libertad, pero es indudable que en nuestro ordenamiento jurídico la vida humana es un bien superior al de la integridad corporal y al de la libertad. Por ello se debe introducir una restricción a este principio, que es cierto, pero que debe ser completado con otro, que se basa en la autonomía ética del hombre, en el sentido que no debe utilizarse a un hombre como medio, para los fines de un tercero, tal como reza el imperativo categórico kantiano.²⁰

Acertadamente, Donna citando a Cerezo Mir afirma que: *“ el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave al respeto debido a la dignidad de la persona humana”*.²¹ Debemos señalar que el principio de ponderación de intereses será analizado minuciosamente en el Capítulo III que hace referencia a los elementos del Estado de Necesidad.

La historia dogmática del estado de necesidad ha ofrecido tres fundamentaciones a esta eximente: la teoría de la adecuación, teoría de la colisión y la teoría de la diferenciación.

a) La teoría de la adecuación: se origina de la idea de que la acción realizada en estado de necesidad no es conforme a Derecho, no es jurídicamente correcta, pero que no puede castigarse por razones de equidad (de ahí su nombre), habida cuenta de la situación de coacción psicológica en que actúa el sujeto. Procede de Kant. En esta teoría puede decirse que el fundamento de la exención es la salvación del interés objetivamente más importante: son los casos en los que se lesiona un interés

²⁰ Ibídem. Pág. 284.

²¹ Ibídem. Pág. 284.

esencialmente inferior al que se salva. Concorre entonces un **estado de necesidad justificante**.

b) La teoría de la colisión –que proviene de Hegel– sostiene, por el contrario, que el fundamento del estado de necesidad radica en el mayor valor objetivo que para el Derecho tiene los intereses salvados en comparación con los intereses que se sacrifican. A la vista de dicha superioridad valorativa, en caso de colisión (de ahí el nombre de la teoría) debe considerarse objetivamente correcta, justificada y no sólo disculpada personalmente al autor, la acción que salva el interés más importante. Ello es independiente de que el sujeto actúe o no bajo el influjo de una coacción psicológica. En esta teoría abarcaría los casos en que el interés lesionado no es esencialmente inferior al que se salva, o incluso es igual o superior a este. Pero como no se salva un interés esencialmente superior, no cabe justificación, sino solo exclusión de culpabilidad (esto es, de la imputación personal): se habla aquí de un **estado de necesidad exculpante**.

c) La teoría de la diferenciación: es la dominante en la actualidad. Entiende que el criterio del conflicto psicológico señalado por la teoría de la adecuación y el principio del interés predominante destacado por la teoría de la colisión deben utilizarse para explicar, respectivamente, dos grupos de casos diferentes de estado de necesidad. (debemos señalar que estas tres teorías se encuentran descritas por Mir Puig).²² Es así que debemos tomar en cuenta que en el estado de necesidad justificante, lo importante es el principio de ponderación de bienes o intereses, de modo que la eximente se configura únicamente en los casos de salvación del bien de mayor valor, siendo diferente con el estado de necesidad exculpante, donde a pesar de no existir un bien claramente superior al otro, no es posible afirmar la culpabilidad del autor, debido al conflicto o situación de “coacción” psicológica en el que se encuentra.

²² MIR PUIG SANTIAGO, Derecho Penal Parte General, Editorial Reppertor, Barcelona –España, 2002, Pág. 171

2.3 Diferencia con la legítima defensa

A diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa, la situación generadora del estado de necesidad no tiene por qué provenir en todo caso de un tercero, sino que puede surgir por el propio devenir de la vida, catástrofe natural, o incluso del ataque de un animal. Por el contrario esta causa de justificación se asemeja a la anterior en cuanto a la posibilidad de actuar no sólo ante una situación de necesidad propia, sino también cuando el necesitado es un tercero. Se habla entonces de un auxilio necesario.²³

Tanto el estado de necesidad en sentido estricto como la legítima defensa suponen una situación de peligro que sólo pueden conjurarse mediante un hecho típico. En la legítima defensa se permite reaccionar frente a una persona que agrede antijurídicamente; en el estado de necesidad, en cambio, se permite lesionar intereses de una persona que no realiza ninguna agresión ilegítima –salvo si ataca bienes colectivos, no susceptibles de legítima defensa–. En la legítima defensa se enfrentan dos sujetos que se encuentran en diferente situación ante el Derecho: mientras que el agresor infringe el Derecho, el defensor se halla en una situación legítima respecto a su agresor. En cambio en el estado de necesidad entran en conflicto sujetos que se hallan en la misma posición frente al Derecho: ninguno de ellos es aquí un injusto agresor.²⁴

Con la finalidad de ilustrar lo mencionado, se citará un ejemplo: Cuando alguien defiende su propiedad del ataque de un ladrón dentro de los límites legales, concurre legítima defensa. Cuando una tempestad amenaza con hundir un barco si el capitán no hecha al mar una parte de la carga, concurre estado de necesidad que puede justificar esta medida. Nótese que con este segundo caso entran en conflicto intereses de personas, ninguna de las cuales se enfrenta al Derecho con una agresión: el dueño o dueños del cargamento, por una parte y los tripulantes del navío y su propietario por otra.²⁵

²³ SERRANO PIEDECASAS JOSE RAMON, BERDUGO IGNACIO, ARROYO LUIS, GARCIA RIVAS NICOLAS, FERRE OLIVE JUAN CARLOS, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Praxis, España – Madrid, 1999. Pág. 231.

²⁴ MIR PUIG SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona –España, 2002, Pág. 440

²⁵ *Ibidem*.

La situación del estado de necesidad se caracteriza por la colisión de diversos intereses reconocidos; esta es la diferencia decisiva con respecto a la legítima defensa, en la cual los bienes del agresor pierden su pretensión de protección jurídica debido a la antijuricidad de la agresión, en la medida que sea necesaria la defensa. Al contrario; el estado de necesidad está marcado por la urgencia de sacrificar bienes dignos de protección en pro de un interés social.²⁶

Esta diferencia es la que explica los distintos límites que fija la ley a la legítima defensa y al estado de necesidad. Mientras que en principio es legítima toda defensa necesaria para repelerla agresión ilegítima –salvo en los casos de extrema desproporción y siempre que no medie provocación previa suficiente por parte del que se defiende–, el estado de necesidad sólo justifica cuando el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar. Ello se debe al distinto significado de las dos eximentes: ante el injusto agresor el defensor, amparado por el Derecho, puede reaccionar en principio con todos los medios que sean necesarios para evitar que lo ilícito triunfe sobre el Derecho. En cambio, el conflicto entre dos personas que se encuentran en la misma situación ante el Derecho, que es lo que se produce en el estado de necesidad, sólo puede solucionarse a favor de uno de ellos si no causa en el otro un mal mayor que el que le amenaza: *a igualdad de legitimidad en las situaciones de los sujetos, lo que decide el conflicto es la importancia de los intereses en juego.*²⁷

En definitiva, el estado de necesidad tiene límites más exigentes que la legítima defensa, pues sus fundamentos son notablemente diferentes. La legítima defensa no se basa únicamente en el llamado “fundamento individual” –la necesidad de protección de los bienes jurídicos amenazados– sino también en el denominado fundamento social, entendido como la necesidad de defender al orden jurídico. Cuando un sujeto se defiende en legítima defensa contra la conducta ilícita del agresor, no sólo está resguardando sus propios bienes jurídicos, sino que, al mismo tiempo, está actuando a favor del orden jurídico, de ahí que tradicionalmente se ha sostenido que mientras la agresión constituye una “negación” del derecho, la conducta en legítima defensa implica una “afirmación”

²⁶ MAURACH Reinhart, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, Pág. 468

²⁷ MIR PUIG SANTIAGO, Derecho Penal Parte General, Editorial Reppertor, Barcelona –España, 2002, Pág. 440

del orden jurídico. Dicho de otro modo, en la legítima defensa se reacciona única y exclusivamente contra una acción del agresor que es antijurídica y, por lo tanto, contraria al derecho. Es por ello que no debe acudir al principio de la ponderación de los bienes en conflicto, sino que el Estado autoriza a reaccionar al sujeto agredido con cualquier medio efectivo, siempre que sea el racionalmente necesario: que de todos los medios disponibles para la defensa, el autor emplee el menos lesivo para el agresor.

Por el contrario, en el estado de necesidad, como venimos sosteniendo, el sujeto no reacciona contra una agresión antijurídica, sino simplemente para evitar un “peligro”, cuyo origen puede ser muy variado. Esta causa de justificación se basa, exclusivamente, en el derecho de autoprotección frente a la necesidad y, a diferencia de la legítima defensa, no existe un resguardo del orden jurídico ni una reacción frente al injusto. Es por ello que en el estado de necesidad, sí es imprescindible acudir al fundamento de la ponderación de los intereses en conflicto, de modo que únicamente se justifica la acción cuando el sujeto obra para salvar un bien jurídico claramente superior (proporcionalidad).

2.4 El Estado de Necesidad Justificante y el Estado de Necesidad Disculpante. La discusión en la dogmática

Edgardo Alberto Donna citando a Jiménez de Asúa señala que intenta dar un concepto que solo abarque al estado de necesidad como causa de justificación: “*El estado de necesidad es una situación de peligro actual o inminente de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de intereses ajenos, jurídicamente protegidos, pero de inferior entidad, a condición de que el peligro no haya sido intencionalmente provocado por quién actúa en salvaguarda del bien o interés en conflicto*”²⁸. El mismo autor citando a Cerezo Mir señala: “*En consecuencia, cuando los intereses sean iguales, la cuestión... deberá ser tratada en el campo de la culpabilidad.*”. De lo cual se desprende que existen dos tipos de estado de necesidad, el estado de necesidad que exige un conflicto de bienes desiguales y un estado de necesidad cuando el conflicto es de bienes iguales.

²⁸ DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 260.

No obstante, en el estado de necesidad disculpante, el autor se encuentra en una situación de conflicto psicológico que afecta evidentemente la libertad de su comportamiento. Actúa coaccionado en virtud del peligro que lo afecta de modo relevante. Es por ello que, generalmente, se exige que el mal o peligro que pretende ser evitado debe poner en riesgo algún bien jurídico fundamental como la vida, la integridad física o la libertad. Por el contrario, la disculpa no debería operar cuando simplemente se afectan bienes de menor valor como sería la propiedad. Al mismo tiempo, en el estado de necesidad disculpante, el peligro debe afectar al propio autor, a un pariente o a una persona muy allegada, situación que no es imprescindible en el estado de necesidad justificante, donde el sujeto obra –como venimos sosteniendo– para salvar un bien jurídico claramente superior.

La versión española de la teoría de la diferenciación (ver fundamento del estado de necesidad) no es satisfactoria en sus consecuencias. El ámbito que se atribuye al estado de necesidad justificante es demasiado amplio, mientras que el alcance que se da al estado de necesidad exculpante resulta en parte excesivo y en parte insuficiente. No es satisfactorio que en todo estado de necesidad entre bienes desiguales, en que se salva el más valioso, se justifique automáticamente el hecho. No parece adecuada siempre siempre la justificación porque en los casos de poca hasta mínima diferencia entre los bienes de conflicto resulta políticamente excesivo que el Derecho apruebe sin más la perturbación del orden jurídico. Por otra parte el estado de necesidad exculpante se concibe por la doctrina española en términos demasiado amplios cuando admite que puede abarcar el auxilio necesario de terceros sin exigir que el salvador sea un pariente o persona próxima que pueda compartir la situación de conflicto psicológico del necesitado. Además resulta excesivo que el estado de necesidad exculpante no se limita a las salvación de bienes personalísimos, sino que admite toda clase de bienes, con la sola condición que sea igual y no menor que el lesionado. La única manera de evitar tan graves inconvenientes es limitar el alcance de aquel precepto al estado de necesidad justificante, entendiéndolo en un sentido más restringido. El estado de necesidad exculpante debe entenderse comprendido por la eximente de miedo insuperable y, en lo que pueda resultar insuficiente, por una eximente analógica.²⁹

²⁹ MIR PUIG SANTIAGO, Derecho Penal Parte General, Editorial Reppertor, Barcelona –España, 2002, Pág. 447

2.5 Estado de necesidad y colisión de deberes

El estado de necesidad se presenta en dos formas distintas: colisión de deberes y colisión de bienes. Las mismas pautas que rigen la solución de los casos de estado de necesidad por colisión de intereses son aplicables al caso de la colisión de dos deberes que imponen al obligado al mismo tiempo comportamientos contradictorios y excluyentes, de forma tal que el incumplimiento de un deber determina la lesión de otro.³⁰

En primer lugar es necesario entrar en análisis de la distinción de bienes jurídicos e intereses. La distinción entre bienes jurídicos e intereses se justifica, ya que el término intereses es mucho más amplio que el primero y por lo tanto amplía la protección de los sujetos en los casos de excepción, por una parte, y por otra le da la institución una mayor posibilidad, tanto conceptual, como de rendimiento. En este sentido sostienen Schonke, Schröder y Lenckner que el concepto de interés refleja no sólo la importancia de los bienes jurídicos, sino que debe analizarse también si ellos han sido puestos en peligro, o directamente lesionados y en este caso el grado de gravedad de la lesión, si ella es reparable o irreparable. Y más aún, debe tenerse presente el desvalor de la acción cuando se intenta hacer la valoración del mal causado, así como se deben tener en cuenta los intereses de la generalidad, en la función del orden y la paz social.³¹

Se dice que concurre colisión de deberes cuando para cumplir un deber es preciso infringir otro. Concurre entonces una situación de conflicto que en la doctrina se considera una manifestación particular del estado de necesidad. También en la colisión de deberes se produce un conflicto de intereses en sentido amplio, porque los interés protegen intereses personales o colectivos; pero lo peculiar de la colisión de deberes es que el sujeto debe actuar u omitir, a diferencia de lo que sucede en los demás casos de estado de necesidad en los cuales se faculta (pero no se obliga) al agente a efectuarla lesión de un bien jurídico. Ejemplos: Según la doctrina, concurre una colisión de deberes cuando el médico sólo dispone de un pulmón artificial y se encuentra ante dos enfermos que lo precisan y a los cuales tiene el deber de auxiliar. En cambio, cuando alguien causa

³⁰ BACIGALUPO ENRIQUE, Derecho Penal, Editorial Ara Editores, Perú, 2004, Pág. 339.

³¹ DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 271

unos daños en la propiedad ajena como único modo de salvar la vida, actúa en un estado de necesidad que le permite hacerlo pero que no le obliga a ello.³²

La figura de la colisión de deberes se maneja por la doctrina alemana con objeto de diferenciar su tratamiento respecto de los demás casos de estado de necesidad. La diferencia de tratamiento vendría requerida por el hecho de que en la colisión de deberes el sujeto no sólo puede, sino que debe actuar u omitir. Así, mientras que en el estado de necesidad genérico sólo quedaría justificada la lesión de un bien jurídico – esencialmente– inferior al que se salva, en la colisión de deberes, resultaría justificada la lesión de un deber *ligeramente* inferior al que se cumple o incluso, según la opinión mayoritaria la infracción de un deber igual al que se respeta. La situación característica de la colisión de deberes, en la que el sujeto debe actuar u omitir, se da tanto en caso de concurrencia de dos deberes de actuar, como cuando colinden un deber de actuar y otro de omitir. En el ejemplo propuesto del pulmón artificial entrarán en conflicto de deberes de actuar (deber de auxilio); en cambio, concurriría un deber de actuar con otro de omitir si para salvar la vida de un pariente (deber de auxilio) hubiera que dañar la propiedad ajena (infracción del deber de omitir la lesión de la propiedad).³³

La teoría se divide entre los que consideran que un estado de necesidad propio por colisión de deberes sólo se da cuando colisionan dos deberes de actuar y los que también aceptan un estado de necesidad por colisión de deberes cuando colisionan un deber de actuar y otro de omitir. La diferencia fundamental que existe entre la colisión de deberes y la colisión de bienes o intereses reside en que, en la colisión de deberes de igual jerarquía, el cumplimiento de uno de ellos tiene efecto justificante, aunque al mismo tiempo se lesione el otro: en todo caso se ha cumplido con un deber y el comportamiento no debería ser antijurídico. Este punto de vista no es compartido, sin embargo, por un sector considerable de la teoría, que, ante la colisión de deberes de igual jerarquía, sólo reconoce al que cumple con uno de ellos, lesionando el otro, una causa de exclusión de la culpabilidad. Esta posición no resulta sin embargo convincente, pues el

³² MIR PUIG SANTIAGO, Derecho Penal Parte General, Editorial Reppertor, Barcelona –España, 2002, Pág. 440

³³ *Ibidem*. Pág. 442

orden jurídico no puede poner a una persona ante el dilema de obrar de una forma u otra bajo la amenaza de que, de todos modos, lo hará antijurídicamente.³⁴

En consecuencia, si bien en los casos de colisión de deberes el sujeto se encuentra también frente a una situación de necesidad, existe una diferencia fundamental con los tradicionales supuestos de estado de necesidad. El individuo se halla obligado simultáneamente a cumplir dos deberes jurídicos contradictorios, de modo que necesariamente debe omitir uno de ellos. Si tenemos en cuenta que se trata de deberes impuestos por el orden jurídico, es claro que el Estado no puede colocar al autor en una situación tal de que, cualquiera sea la decisión que adopte, ya estará obrando antijurídicamente. Dicho de otro modo, cuando los deberes jurídicos en conflicto son equivalentes, corresponde justificar la conducta, cualquiera sea el deber que el sujeto decida cumplir.

³⁴ BACIGALUPO ENRIQUE, Derecho Penal, Editorial Ara Editores, Perú, 2004, Pág. 339

CAPITULO III

3. ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.

3.1 El peligro:

Peligro significa algo más que posibilidad. No basta la sola posibilidad de un mal, sino que tiene que existir una probabilidad inminente.³⁵ Sin duda es el tema clave del estado de necesidad en general y en particular del justificante. El estado de necesidad presupone un peligro para un bien jurídico. El concepto de peligro es uno de los conceptos más polémicos y menos claros en la parte general del Derecho penal. La mayoría de autores parten sin preocuparse más, de un concepto de peligro único para todo el ámbito del Derecho penal, sin embargo no es lo correcto.

También en relación con el estado de necesidad, se ha dicho que para toda regulación se tiene que concretar el concepto de peligro independientemente, desde el punto de vista de su específica función. Esto sería la expresión de la moderna metodología normativo–funcional. En el estado de necesidad la doctrina dominante habitualmente se limita a una remisión a la definición dada en los delitos de peligro. Según ésta, el peligro debe consistir en que *“la posibilidad de lesión aparezca como probable en las concretas circunstancias que concurren en el momento dado”*. Con la vista puesta en la problemática del estado de necesidad, Schaffstein trata de hacer una precisión. Llega a la conclusión de que lo importante es la perspectiva objetiva ex ante de un observador inteligente, de las mismas condiciones que el autor (contando con los especiales conocimientos de éste), que se encuentre con su misma situación en el momento del hecho. Lo cual significa que en el estado de necesidad el conflicto se resolvería unilateralmente, atendiendo a cómo se han desarrollado los hechos para el observador situado en la posición del sujeto necesitado. Por ejemplo desde la perspectiva de un observador objetivo situado en la posición del autor, el inofensivo humo que sale de una barbacoa parece un incendio que amenaza una casa vecina, el necesario uso para avisar a la policía del automóvil de una persona ajena a los hechos quedaría justificado

³⁵ MAURACH Reinhart, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, Pág. 468

por el estado de necesidad, y por lo tanto habría de ser consentido por el perjudicado incluso en el caso de que éste hubiera apreciado correctamente la situación. Contra una solución tal, sin embargo, se aduce que el estado de necesidad justificante otorga una facultad excepcional de agresión del bien jurídico ajeno, y por tanto no cabe descomponer el reparto de riesgo entre quien obra en estado de necesidad y el obligado a tolerar.³⁶

Donna citando a Hirsch expone que: *“El peligro como un elemento de la regulación del estado de necesidad, se refiere, sin embargo, a un estado en el que ha entrado el bien jurídico. Mientras que en el delito de peligro concreto, el peligro como estado (situación de peligro) constituye el resultado producido –tal y como se pone de manifiesto claramente en la moderna legislación–... y por eso peligran la integridad o la vida de otro, o cosas ajenas de valor relevante.*³⁷ Para que exista un estado de necesidad, tiene que concurrir ante todo un peligro de un mal propio o ajeno. Sin dicha base no cabe hablar de un estado de necesidad completo e incompleto.

El problema central pasa por decidir cómo debe ser determinada la existencia del peligro que permite configurar un estado de necesidad. Un criterio es acudir a una perspectiva “ex ante” –tomando en cuenta lo que podía razonablemente suponer el autor en el momento del hecho– o de acuerdo a un criterio “ex post” –según lo que fue efectivamente demostrado con las evidencias y pruebas conocidas posteriormente–.³⁸

La postura que considera que el peligro en el estado de necesidad debe ser determinado conforme a una perspectiva “ex ante”, tiene un inconveniente fundamental: impide la diferenciación entre lo objetivamente lícito y lo ilícito, entre justificación y disculpa, confundiendo las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad. De este modo, para que exista estado de necesidad el peligro o mal que se pretende evitar debe existir en la realidad y debe ser comprado “ex post”. No basta con que el autor –aún obrando razonablemente, haya supuesto su existencia– Si no existe realmente un peligro,

³⁶ HIRSCH Hans Joachim, Derecho Penal Obras Completas, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998.

³⁷ DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 271

³⁸ Ver DE LA FUENTE, Javier E., *El aspecto subjetivo de las causas de justificación*, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe/Bs. As., 2008, p. 217 y ss.

comprobado objetivamente, estaremos frente a un caso de error –error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación–, que debe ser analizado en el ámbito de la culpabilidad.³⁹

Sin embargo, como veremos luego, otra postura debe adoptarse a la hora de determinar la verdadera magnitud o intensidad del mal que afectaba al autor y, de esa forma, constatar si el medio que empleó para evitarlo era o no el racionalmente necesario. En estos casos, sí que debe acudirse a un criterio objetivo “ex ante”, de modo que lo importante para valorar si la reacción del autor fue o no jurídicamente la adecuada, es tomar en cuenta lo que una persona puesta en su lugar, razonablemente, hubiera considerado respecto de la gravedad del peligro. En definitiva, el mal o peligro debe existir en la realidad y ser constatado “ex post”. Por el contrario, su gravedad o magnitud debe ser analizada según una perspectiva objetiva “ex ante”.⁴⁰

3.1.1. Gravedad del peligro

Mientras que los delitos de peligro concreto presuponen un peligro incrementado que sólo por casualidad no se traduce en el resultado, en el estado de necesidad lo que importa es ante qué grado de peligro deben permitirse medidas salvadoras; pero para eso no es preciso que el peligro sea grande. Por ejemplo: aunque el peligro de un accidentado muera o sufra daños en su salud si no le transporta de inmediato al hospital, sea de un 10 % de todos modos tiene sentido justificar por el estado de necesidad la utilización de un vehículo ajeno que es necesaria para el transporte. Se señala que el grado de peligro se considera relevante, no para la existencia de un peligro, sino sólo para la ponderación de intereses. Por lo tanto, ante un peligro sólo escaso para un accidentado se puede justificar ciertamente una intromisión en la posesión relativamente irrelevante, pero ya no será justificable la puesta en peligro de otras personas que participan en el tráfico por una conducción demasiado rápida durante el transporte. En

³⁹ DE LA FUENTE, ob. cit., p. 231 y ss.

⁴⁰ DE LA FUENTE, ob. cit., p. 231 y ss.

consecuencia rige lo siguiente: un peligro en el sentido del estado de necesidad se da ya cuando no sea totalmente improbable la producción de la lesión de un bien jurídico.⁴¹

Por otra parte, de acuerdo a lo señalado precedentemente, la gravedad o intensidad del peligro debe ser analizada conforme a lo que era objetivamente razonable suponer en el momento concreto en que el autor debe obrar. Por ejemplo, si el sujeto sustrae el auto de su vecino para llevar de urgencia a un familiar que ha sufrido un desmayo, la conducta está plenamente justificada aún cuando posteriormente los médicos comprueben que no había un peligro inminente de muerte y que sin atención médica el cuadro se hubiera revertido. Lo que importa, para analizar la reacción del autor, es la gravedad o intensidad perceptible en el momento de la acción.

3.1.2. Bienes sobre los que puede recaer:

Basta con un peligro para un bien jurídico cualquiera (vida, integridad, honor, propiedad se enumeran solo como ejemplos significativos). El bien jurídico no tiene por qué pertenecer al propio sujeto que actúa ante un estado de necesidad; y, de modo correlativo a lo que suceda con el bien jurídico agredido en el caso de la legítima defensa, tampoco es preciso que este jurídico—penalmente protegido. Así p.ej. “el puesto de trabajo seguro” se ha considerado como otro bien jurídico susceptible de estado de necesidad: obediencia a instrucciones antirreglamentarias del patrono para no poner en peligro el puesto de trabajo; en determinados casos, la protección del patrimonio puede justificar una infracción.⁴²

En principio también son susceptibles de estado de necesidad los bienes jurídicos de la comunidad. De esta posición partieron ya las antiguas sentencias del RG sobre el estado de necesidad supralegal, que p. ejemplo reconocieron la economía de la zona de Ruhr o el abastecimiento de alimento para la población como bienes jurídicos cuya preservación puede en su caso justificar una infracción de la norma. Sin embargo en la práctica sólo en raras ocasiones se planteará un estado de necesidad justificante a favor

⁴¹ ROXIN Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997. Pág. 672.

⁴² ROXIN Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997. Pág. 672.

de bienes jurídicos de la comunidad.⁴³ El principio de la preeminencia de los bienes jurídicos colectivos por sobre los individuales sólo tiene vigencia en la medida de que se trate de una acción actual, no así de un peligro potencial. De tal manera, la contravención de meras disposiciones de orden que tienden a proteger de un peligro, se justifica si ella tiene por objeto la mantención de intereses individuales, concretamente amenazados.⁴⁴

3.2 Actualidad del peligro

3.2.1 El Peligro ha de ser actual:

En el estado de necesidad, el peligro que pretende evitarse debe ser “actual”. Sin embargo, un peligro actual no es lo mismo que una agresión actual en la legítima defensa, sino que en dos puntos esenciales la actualidad del peligro va más allá de lo que aún se podría calificar como actual en una agresión, que como mínimo requiere proximidad a la tentativa. En primer lugar un peligro ya es actual cuando, aunque aún no sea inminente la producción del daño, posteriormente ya no sería posible hacerle frente o sólo sería posible corriendo riesgos mayores. Se entiende por peligro actual una situación que conforme a la experiencia pone de manifiesto que, si continúa evolucionando de modo natural, será con seguridad inminente la producción del daño en caso de que no se intervenga para impedirlo.⁴⁵

3.2.2 Inminencia y Permanencia del peligro

La doctrina afirma que el peligro debe ser inminente, lo que incluye además el llamado peligro permanente. De la jurisprudencia que se ha ido dando en Alemania se puede establecer que *“un peligro permanente es una situación peligrosa que permanece un largo período y que en cualquier momento puede desembocar en un daño, aunque pueda quedar abierta la posibilidad de que aún pueda tardar un tiempo en producirse el daño”* Un ejemplo de la jurisprudencia reciente nos ofrece el llamado atemorizador: un sujeto desconocido tenía atemorizado a un matrimonio al haber penetrado varias veces en la noche en su vivienda, hasta que finalmente el marido lo sorprendió, hiriéndolo de

⁴³ *Ibidem*. Pág. 672.

⁴⁴ MAURACH Reinhart, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, Pág. 468

⁴⁵ ROXIN Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997. Pág. 680.

un disparo mientras huía. En este caso, el momento del disparo no había una agresión actual, por lo que estaba excluido la legítima defensa; pero el intruso sí que constituía un peligro permanente, puesto que cada noche había que temer que volviera aparecer, por lo que era planteable la justificación del disparo.⁴⁶ Eser y Burkhardt en cuanto a la inminencia del daño son contestes en que este extremo existe cuando, de no actuar, con seguridad el daño se va a producir. Y esta situación también se produce en el llamado “*peligro continuado*”, en el cual en cualquier momento se puede dar la situación de peligro, como ser en el caso del derrumbe de una casa vieja.⁴⁷

Es necesario tomar en cuenta que el peligro también es actual cuando, aunque no sea aún inminente la producción del daño, posteriormente ya no sería posible hacerle frente o sólo sería factible corriendo riesgos muchos mayores, tal es así que existen casos en los que el peligro no es inminente, pero la única forma de evitar un peligro futuro es actuando en ese preciso momento. Es el caso, por ejemplo, del testigo que ha presenciado un hecho muy grave, pero fue objeto de amenazas de muerte contra él o su familia. Si los autores de tales amenazas ya conocen su domicilio y no existen mecanismos adecuados de protección, es claro que la única forma que tiene el sujeto de evitar ese peligro “latente” es cometiendo falso testimonio al momento de su declaración. Y, en este caso, corresponde apreciar un estado de necesidad, aún cuando el daño anunciado no ocurre en forma “inminente” –el sujeto sabe que puede concretarse mucho después de la fecha de la declaración–.

3.3. Ponderación de los bienes jurídicos en conflicto:

Es necesario precisar que el estado de necesidad tiene su fundamento en la ponderación de bienes jurídicos y más concretamente de intereses.⁴⁸ De una manera general se puede afirmar, a través de dicho principio, que se trata de la salvación del bien o del interés más valioso, utilizando para ello un bien o interés de menor valor, sin ser violentado el principio de autonomía ética de una persona.⁴⁹ Podemos señalar que en algunos casos se sacrifica un bien jurídico ajeno, es decir, no implicado en el conflicto,

⁴⁶ DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 321

⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 321.

⁴⁸ *Ibidem* Pág. 270

⁴⁹ *Ibidem* Pág. 270

mientras que en otros el peligro a evitar procede del bien jurídico mismo lesionado por la acción del estado de necesidad.⁵⁰

3.3.1. Mayor importancia del bien que se salva:

Con la finalidad de comenzar con la problemática, es necesario hacer una distinción entre bienes jurídicos e intereses. El término “*intereses*” es mucho más amplio que el primero y amplía la protección de los sujetos en los casos de excepción, por una parte, y por otra, le da a la institución una mayor posibilidad, tanto conceptual como de rendimiento... se deben tener en cuenta los intereses de la generalidad, en la función del orden y la paz general...”. Cerezo Mir citando a Noll más exactamente se ha sugerido la denominación “*principio de la ponderación de valores.*”⁵¹

Donna citando a Claus Roxin señala “*Además es necesario precisar que el estado de necesidad procede con respecto a todos los intereses que merezcan protección jurídica... el bien jurídico no tiene por qué pertenecer al propio sujeto que actúa ante un estado de necesidad... tampoco es preciso que esté jurídico-penalmente protegido*”⁵²

Es fundamental el principio de ponderación de bienes o intereses en los casos prácticos. Como señalamos, para la existencia de colisión de bienes dentro de la antijuridicidad es necesario un conflicto de bienes de dispar valor. Es decir su principio radica en la salvación de un bien jurídico (el de mayor valor), con la pérdida o puesta en peligro de otro bien (menor valor), caso contrario faltará el efecto justificante que lo caracteriza, siendo necesario que la desproporción entre el bien que se salva y el que se sacrifica exista una gran diferencia. Por lo tanto existe un principio de proporcionalidad como límite característico al estado de necesidad, es decir que el mal causado sea notablemente menor al que se trate de evitar.

⁵⁰ HIRCH Hans Joachim, Derecho Penal, Obras completas, Tomo I, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires – Argentina, 1998. Pág. 131

⁵¹ CEREZO MIR José, Temas fundamentales de Derecho Penal, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires– Argentina – Pág. 402.

⁵²DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 285

Ante la existencia de una situación de necesidad que excede el riesgo normal, debe recurrirse al principio de ponderación de bienes con el fin de pesquisar la licitud de la acción de salvamento.⁵³ En la valoración de los bienes de particulares, es necesario la individualización en cada caso, esto respecto a los bienes independientes de la personalidad tales como es el patrimonio. Sin embargo es discutible si ante idéntica calidad de bienes en colisión –verbigracia patrimonio contra patrimonio–, la mayor cantidad del bien a salvar autoriza la acción de necesidad.⁵⁴ Es necesario manifestar que la colisión o conflicto de bienes procede cuando existen bienes de dispar valor, de modo que en principio no es posible invocar un estado de necesidad justificante cuando el sujeto causa un daño patrimonial de menor valor para evitar otro de mayor perjuicio. Por ejemplo, no podría justificarse la conducta de la coqueta mujer que, para evitar que su costoso vestido se dañe con la lluvia, le quita el paraguas que un indigente, mal vestido, tiene para protegerse.

3.3.2 Criterios para efectuar la ponderación de los bienes:

Maurach señala que no es posible una ponderación de bienes de forma esquemática, sin embargo señala que es esencialmente indiscutible la vida, de igual manera señala que los bienes unidos a la personalidad e indisolublemente relacionados con la dignidad humana, reclamen preponderancia frente a intereses materiales y patrimoniales.⁵⁵ Tal es así que con el supuesto esquema valorativo, indispensable para la valoración de los bienes jurídicos, por lo que solo el bien jurídico de menor valor puede ser sacrificado con la finalidad que prevalezca el bien jurídico de mayor valor. Se pueden formular tres proposiciones: los preceptos sobre el orden general ceden ante la protección frente a daños concretos; los valores de la personalidad tienen preferencia frente a los bienes patrimoniales; y la protección de la vida y la integridad fundamenta un interés superior incluso frente a la preservación de otros valores de la personalidad o de bienes jurídicos supraindividuales.⁵⁶ De igual manera el principio de preeminencia de los bienes jurídicos colectivos por sobre los individuales sólo tienen vigencia, en la medida de que se trate de una lesión actual, no así de un peligro potencial. De tal manera la

⁵³ MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz, Derecho Penal, Parte General, Edición Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1994. Pág. 472

⁵⁴ *Ibidem*, Pág. 475

⁵⁵ *Ibidem*, Pág. 475.

⁵⁶ ROXIN Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997. Pág. 684

contravención de meras disposiciones de orden que tienden a proteger un peligro, se justifica si ella tiene por objeto la mantención de intereses individuales concretamente amenazados.

Tomando en consideración que la comparación de bienes o intereses no autoriza, la realización de acciones que afectan bienes individuales, se afirma que la acción necesaria, en el estado de necesidad debe constituir un medio adecuado para la solución del conflicto. Bacigalupo cita un ejemplo: extraer un riñón a una persona para trasplantarlo a otra a quién se salva la vida.⁵⁷ De igual manera se señala de que en la ponderación no basta la comparación de los bienes jurídicos, sino hay que tomar en consideración todas las circunstancias del caso concreto.

Un amplio sector de la moderna ciencia del Derecho Penal español considera insuficiente el principio de ponderación de intereses como fundamento del estado de necesidad como causa de justificación. No basta con que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar, es preciso que la acción no implique un grave atentado a la dignidad de la persona humana, o que constituya, en general, un medio adecuado para un fin justo.⁵⁸

El parámetro “*el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar*”, da lugar a la interpretación tradicional de la comparación de los bienes jurídicos en conflicto, de modo que no sea más importante el lesionado, señalando que tal planteamiento conduce a consecuencias políticas criminales inadmisibles. Además es necesario precisar que existen legislaciones que no comparan bienes sino males, en la gravedad del mal no sólo influye el valor del bien lesionado sino también la forma en que se lesiona. Sin embargo el mal causado al lesionar el bien jurídico penalmente protegido supone no solo el menoscabo de un bien, sino además una perturbación del orden jurídico y siendo individual el bien, una inherencia anormal en la esfera del lesionado.⁵⁹ Podemos señalar que el requisito del estado de necesidad “*El mal causado*

⁵⁷ BACIGALUPO, Derecho Penal Parte General, Editorial ARA, Perú – 2004. Pág. 361

⁵⁸ CEREZO MIR JOSE, Temas Fundamentales del Derecho Penal, Tomo I, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina –Buenos Aires. 2001. Pág. 401

⁵⁹ MIR PUIG Santiago, Derecho Penal, Parte General, Edición VI, Editorial Reppertor, Barcelona 2002. Pág 457

no sea mayor que el que se trate de evitar”, se considera una versión precisa del principio de proporcionalidad.

De igual manera otro sector doctrinario señala es que necesario que exista una *“acción necesaria”*, tal como en la legítima defensa, puesto si el peligro o la salvación del bien jurídico de menor valor podría evitarse de alguna forma, no cabe dicha justificación. Podemos señalar que la *“acción necesaria”*, cabe tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad como causa de justificación. Por lo tanto basta con un peligro para un bien jurídico cualquiera, señalando que el bien jurídico no tiene por qué pertenecer al propio sujeto que actúa ante un estado de necesidad... tampoco es preciso que esté jurídico penalmente protegido.⁶⁰ Roxín señala que en el ámbito el Derecho Penal se ha dado poco interés en conceptualizar el peligro, sin embargo hay que tomar en cuenta que este es relevante para el principio de ponderación de intereses, tomando en cuenta que para un peligro escaso se puede justificar una intromisión en la posesión pero ya no será justificable la puesta en peligro de otras personas.⁶¹ De igual manera el peligro tiene que ser actual: un peligro actual, aunque no sea aún inminente la producción del daño posteriormente ya no sería posible hacerle frente o sólo sería posible corriendo riesgos muchos mayores.⁶² La inminencia concretaría la exigencia de la actualidad del peligro, supone que el peligro no debe hallarse demasiado alejado aún, como que no debe haberse producido ya la lesión puesto que en este caso ya hubiera desaparecido el peligro.⁶³

Además se señala que para el principio de ponderación de bienes puede constituir un punto de apoyo la comparación de las penas previstas en los diferentes tipos penales. Es razonable suponer que el legislador ha sancionado con mayor pena los comportamientos que se estiman más graves y que afectan bienes jurídicos de mayor valor. El homicidio, es castigado con mayor pena que otros delitos como los patrimoniales. Y dentro de los delitos consta la vida, por ejemplo, se sanciona con mayor

⁶⁰ ROXIN Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997. Pág. 675

⁶¹ En un accidente de tránsito, el peligro que el conductor es decir el accidentado muera o sufra algún deterioro en su salud es de un diez por ciento, sin embargo se puede justificar la utilización de un vehículo ajeno para poderlo transportar, pero ya no será justificable la puesta en peligro de otras personas que participan en el tráfico por una conducción demasiado rápida.

⁶² ROXIN Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997. Pág. 680

⁶³ MIR PUIG Santiago, Derecho Penal, Parte General, Edición VI, Editorial Reppertor, Barcelona 2002. Pág 457.

pena el ataque a la persona nacida que contra la persona por nacer (aborto). Todo esto constituye un parámetro importante que debe tenerse en cuenta para decidir cuál es el bien jurídico de mayor valor. Así se señala si para salvar una vida es preciso extraer un órgano de un difunto, teniendo en cuenta que analizando las penas previstas, se pone en relieve la necesidad de preservar la vida humana, pues esta tiene preferencia sobre el interés referido a la integridad del cadáver.⁶⁴

3.3.3. Estado de necesidad agresivo y defensivo:

Es necesario volver a señalar que el estado de necesidad es “*una situación de peligro actual para intereses que solo puede evitarse mediante la lesión de los de otra persona*”. Es obvio que detrás de esta definición se esconden problemas de diferente índole, que el Derecho les debe dar un distinto tratamiento. Una vez diferenciado el estado de necesidad justificante e inculpante, dentro del estado de necesidad justificante se debe realizar una nueva diferenciación. Siendo así, debemos analizar el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad agresivo.⁶⁵

La cuestión ha sido analizada por Hirsch que también ve en el estado de necesidad más que un problema de males amenazantes, un problema de interés contrapuestos, en cuyo caso el problema no es solo de bienes jurídicos y de los peligros que los amenazan, sino que existen otros factores a considerar.⁶⁶

a) Estado de Necesidad Defensivo:

No actúa antijurídicamente quién destruye una cosa ajena, con el propósito de evitar un peligro proveniente de una cosa respecto de sí mismo o de un tercero, en la medida que la acción sea necesaria para evitar dicho peligro y que el daño no sea desproporcionado a este.⁶⁷ El estado de necesidad defensivo es propio también de la ponderación, sin embargo es necesario tener en cuenta que el peligro a evitar procede

⁶⁴ ROXIN Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997. Pág. 681

⁶⁵ DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 272

⁶⁶ DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 273

⁶⁷ MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz, Derecho Penal, Parte General, Edición Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1994. Pág. 487

del bien jurídico mismo lesionado por la acción del estado de necesidad.⁶⁸ Debiendo señalar que esta es la principal característica del estado de necesidad defensivo es decir que el peligro a evitar procede del propio bien jurídico. Esta regla solo recibe aplicación cuando la amenaza proviene de la cosa misma, como por ejemplo: la destrucción de un enjambre de abejas que se ha arrojado sobre un animal doméstico o la eliminación de un perro rabioso.

La doctrina afirma que se trata de la posibilidad de causar un daño o de destruir una cosa ajena con o sin dueño para evitar un peligro que se origine en ella, con la exigencia de que ese daño o destrucción deben ser necesarios para eludir el peligro y los perjuicios no sean desproporcionados en relación con el peligro. Además se afirma que el estado de necesidad defensivo no sólo se aplica a las cosas, sino también a los animales y a las personas. Los ejemplos están dados por los casos de ataques a los animales, demolición del edificio contiguo.⁶⁹

Como podemos darnos cuenta el estado de necesidad defensivo, especialmente frente a las cosas, se encuentra desde el punto de vista jurídico cercano a la legítima defensa, pero tiene características propias, se trata de casos en los que un bien jurídico amenazado procede de una persona, pero la legítima defensa con sus amplias facultades, no entra en consideración porque falta ya una acción de esa persona, porque no existe agresión actual alguna, aunque subsiste un peligro permanente o porque por falta de desvalor de la acción no existe ninguna agresión antijurídica, esto es, que suponga por lo menos contrariedad al cuidado debido.⁷⁰

En los casos de estado necesidad defensivo, como la situación se acerca en gran medida a la legítima defensa, se debe ser mucho más flexible en el análisis de los requisitos de la causa de justificación. Especialmente, debe tomarse en cuenta esta modalidad para aplicar el principio de ponderación de los intereses, es decir, corresponde aceptar con mayor facilidad la concurrencia del recaudo de que el peligro evitado ha sido mayor que el causado.

⁶⁸ DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 273

⁶⁹ DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 273

⁷⁰ *Ibidem* Pág. 277

b) Estado de Necesidad Agresivo:

El estado de necesidad agresivo admite intervenciones en cosas ajenas que sean necesarias para evitar un peligro actual, en medida que el peligro supere en forma considerable el daño que amenaza al dueño. Por ejemplo: licitud de la destrucción de la carga en caso de peligro para el barco, los pasajeros y la tripulación.⁷¹ El sujeto en este caso no es el agresor injusto, ni se trata de un peligro que haya partido de él, de modo que se encuentra en primera línea el permiso para evitar el peligro de un bien jurídico desinteresado que es intervenido.⁷²

A diferencia de lo que ocurre en el estado de necesidad defensivo, aquí se debe ser muy estricto al momento de apreciar el requisito de la prevalencia del bien jurídico que pretende salvarse y de la existencia de un peligro mayor. Es decir, como en estos casos se afecta un interés completamente ajeno a la fuente del peligro, se debe ser muy estricto al analizar la causa de justificación. Concretamente, será necesario que la diferencia de valor entre los intereses en conflicto resulte manifiesta y evidente.

3.4. Necesidad del medio empleado:

En cuanto al medio empleado es necesario tomar en cuenta que este medio debe ser utilizado siempre que no se pueda hacer frente de otro modo al peligro. Este requisito es correlativo al de la necesidad en la legítima defensa y quiere decir que el medio empleado para hacer frente al peligro debe ser el adecuado y el más benigno entre los diversos medios que pueda haber disponibles.⁷³

Presupuesto de toda acción de estado de necesidad es que la acción típica constituya el único medio de preservar el bien jurídico amenazado por el peligro: *tertium non datur*. Toda posibilidad de justificación fracasa cuando el bien es sacrificado y el

⁷¹ MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz, Derecho Penal, Parte General, Edición Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1994. Pág. 488

⁷² DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 282

⁷³ ROXIN Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997. Pág. 681

sujeto actuante ha dispuesto de otras medidas de menor intensidad.⁷⁴ Bajo este rubro la doctrina se refiere al problema de que la acción típica que realiza el autor es la única posible a los efectos de salvar el bien jurídico.⁷⁵

3.4.1. Inexistencia de medios menos lícitos o medios ilícitos menos lesivos:

En cuanto a la idoneidad del medio, hay que aplicarle módulos estrictos, para no perturbar inútilmente bienes jurídicos ajenos. No obstante, es cierto que un medio no es ya inidóneo por el hecho que el mismo no pueda evitar el daño con seguridad o con una elevada probabilidad; por tanto se puede llevar al hospital a un herido grave rebasando la velocidad máxima autorizada aunque sea dudoso si aún se le podrá salvar. Pero como mínimo la infracción de la norma tiene que aumentar de modo mesurable las oportunidades de preservar el interés valioso. Si. p. ej. un médico, que por haber bebido no está en condiciones de conducir, y lo hace infringiendo las leyes de tránsito, tal conducta no se podrá justificar por el estado de necesidad, si debido a su embriaguez el médico ya no está en condiciones de efectuar un tratamiento adecuado; aparte de que esa conducción no era el medio menos dañoso, ya que podía haber utilizado un taxi.⁷⁶

Tampoco falta la necesidad de la acción en estado de necesidad cuando se pueda disponer de varios bienes igualmente idóneos para la intervención salvadora y el agente elige uno de ellos. Por consiguiente si el sujeto tiene que penetrar en una morada ajena para avisar por teléfono a un médico para que acuda al lugar del accidente, no estamos ante un peligro eliminable de otro modo por el simple hecho de que el agente hubiera podido entrar por la fuerza en la casa B en vez de la casa A. Es necesaria toda acción en el estado de necesidad que no pueda ser sustituida por una menos dañosa. El peligro solo es eliminable de otro modo si, en el ejemplo detallado, un tercero pone voluntariamente su casa a disposición del agente, o si el sujeto que obra en estado de necesidad puede eliminar el peligro renunciando a sus propios medios jurídicos o bienes jurídicos del beneficiado. Sin embargo, sólo es preciso recurrir a los bienes jurídicos de quienes están “más próximos”, cuando ello tenga lugar dentro de los límites de una ponderación

⁷⁴ MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz, Derecho Penal, Parte General, Edición Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1994. Pág. 470

⁷⁵ *Ibidem*. Pág. 470

⁷⁶ ROXIN Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997. Pág. 682

razonable. Por lo tanto, la persona que con sus propias fuerzas físicas sólo podría eliminar el estado de necesidad aceptando el riesgo de sufrir lesiones corporales, puede recurrir a los bienes patrimoniales de terceros si de ese modo es posible hacer frente al peligro sin menoscabo de la salud propia.⁷⁷

3.5. Elemento subjetivo del estado de necesidad

De la legislación se desprende que el autor debe actuar con el fin de salvar o de evitar un mal para un bien jurídico de mayor valor, y en el que reside sin duda la base de la justificante. Donna citando a Cerezo Mir señala: *“para que se dé la eximente es preciso que el sujeto actúe con el fin de evitar un mal propio o ajeno. No basta por tanto, que el sujeto tenga conocimiento de la concurrencia de los elementos subjetivos que sirvan de base a la eximente, especialmente que tenga conocimiento de la existencia de un estado de necesidad, sino que es preciso que concurra un elemento subjetivo adicional. El sujeto ha de actuar con el fin, es decir con el ánimo de evitar un mal propio o ajeno. Este ánimo o voluntad es compatible, sin duda con otras motivaciones. No es preciso que sea el único motivo, ni el motivo desencadenante de la acción. El ánimo o voluntad de evitar un mal propio o ajeno representa un elemento subjetivo tanto de la causa de justificación como la causa de inculpabilidad”*⁷⁸

Respecto de esta cuestión, es claro que a partir de una concepción personal sobre lo injusto no es posible apreciar las causas de justificación solo objetivamente. Para que las eximentes produzcan sus efectos, no basta con la concurrencia de los requisitos objetivos, sino que también corresponde exigir –en todos los casos– un aspecto subjetivo en la justificación. Lo que se autoriza o justifica no son resultados salvadores, sino más bien acciones dirigidas finalmente a la producción de tales resultados.⁷⁹

En tal sentido, es necesario señalar que el estado de necesidad, como causa de justificación –como ocurre también en la legítima defensa– tiene una estructura llamada “de resultado cortado”. Ello supone que lo importante no es que se logre el resultado

⁷⁷ Ibídem Pág. 682

⁷⁸ DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 334

⁷⁹ Ver DE LA FUENTE, ob. cit., p. 53 y ss.

salvador del bien jurídico, sino más bien que el autor obre con la finalidad de lograrlo. Por ejemplo, si el sujeto sustrae un vehículo para llevar a un familiar de urgencia a un hospital, porque carece de otro medio para hacerlo, su conducta quedará justificada aún cuando pese al esfuerzo no logre salvarle la vida y la persona muera en el trayecto. En esta clase de causa de justificación lo más relevante es el “valor de la acción” y el “valor en el resultado” es un elemento secundario, no indispensable.⁸⁰

3.5.1. El Elemento Subjetivo y los hechos imprudentes

La necesidad de que el sujeto conozca el estado de necesidad no excluye la posibilidad de apreciar la eximente en los hechos imprudentes. Por ejemplo: con la finalidad de procurar asistencia a un herido grave de carretera, alguien lo conduce al hospital a velocidad excesiva, causando lesiones a un peatón. Mir citando a Córdova Roda señala la imprudencia no excluye la voluntad referida a la conducta imprudente y en ésta podrá el autor obrar impulsado por un estado de necesidad y para evitar un mal propio y ajeno. Antes cabía que el estado de necesidad cubriese la acción imprudente (por ejemplo conducir demasiado de prisa). Con mayor razón ahora que no se requiere que el autor actúe –impulsado por– el estado de necesidad, sino sólo que la actuación tenga lugar en un estado de necesidad. Y si la acción está permitida por el estado de necesidad, el resultado de dicha acción lícita no podrá tampoco castigarse (resultado de acto lícito). Se trata de una manifestación particular de riesgo permitido: si está permitido el riesgo, no puede castigarse si el riesgo produce un resultado lesivo.⁸¹

En definitiva, el elemento subjetivo de la causa de justificación es exigible no solo en los delitos dolosos, sino también en los imprudentes. El hecho de que el autor no obra con la finalidad de producir el resultado típico (dolo) no significa que no deba conocer perfectamente la situación objetiva de justificación. Únicamente puede justificarse la conducta cuando el sujeto realiza la acción culpable con la finalidad de evitar un peligro mayor que, obviamente, debe ser perfectamente conocido.⁸²

⁸⁰ DE LA FUENTE, ob. cit., p. 123 y ss.

⁸¹ MIR PUIG Santiago, Derecho Penal, Parte General, Edición VI, Editorial Reppertor, Barcelona 2002. Pág. 457.

⁸² Respecto de la exigencia de elementos subjetivos de justificación en los delitos imprudentes, ver DE LA FUENTE, ob. cit., p. 285 y ss.

3.5.2. Contenido del elemento subjetivo en el estado de necesidad y ausencia del elemento subjetivo

Como elemento subjetivo de la justificación es necesario el conocimiento de la situación justificante y la voluntad de realizar la conducta para salvar el bien jurídico superior. Lo que caracteriza al elemento subjetivo de justificación es la decisión del autor a favor del bien jurídico que se intenta resguardar.⁸³ Como ocurre con el dolo, conocimiento y voluntad, constituyen los dos componentes fundamentales del elemento subjetivo. Dicho de otra forma, es necesario que el autor conozca la existencia del peligro mayor que se pretende evitar y, además, que realice la conducta con la finalidad de salvación.

En cambio, es indiferente el análisis de los “motivos” adicionales que haya perseguido el autor para realizar la conducta. En este punto, nuevamente hay que diferenciar la voluntad de los motivos. Estos últimos, no forman parte del aspecto subjetivo. Por lo tanto quién salva a otro de modo objetivamente amparado en el estado de necesidad tipificado en la ley, actúa justificadamente incluso aunque no lo haga precisamente por la salvación, sino por ansia de celeridad o para conseguir una recompensa.

Si el sujeto ignora el peligro o el mal, no puede apreciarse la eximente, aún cuando fortuitamente se demuestre que objetivamente ha salvado al bien jurídico mayor. Por ejemplo, en el caso del médico que practica un aborto ilegal sin realizar un estudio previo del estado clínico de la mujer, su conducta será antijurídica aún cuando se demuestre posteriormente que de causalidad, en el caso, la interrupción del embarazo estaba autorizada porque su continuación ponía en riesgo la vida de la madre. Si el médico ignoraba completamente esta circunstancia no puede invocar el estado de necesidad –bajo la forma de aborto terapéutico–.

No obstante, existe una intensa discusión en la dogmática acerca de cómo resolver estos casos. Para un sector de la doctrina, en los supuestos de concurrencia de los elementos objetivos de justificación, pero con ausencia de los subjetivos, el sujeto

⁸³ Ver DE LA FUENTE, ob. cit., p. 166.

debe responder como autor de un delito consumado. Para otros, en cambio, corresponde apreciar una tentativa, pues objetivamente el resultado valioso era lícito, de modo que existe únicamente un desvalor de la acción sin desvalor en el resultado.

La postura más adecuada es la intermedia, en el sentido de considerar que nos hallamos frente a un caso de delito consumado, pues el resultado típico efectivamente se ha producido –en el caso del aborto, por ejemplo, se ha causado la muerte del feto–, pero es imprescindible hallar un mecanismo de atenuación de la pena, que permita reflejar el verdadero contenido de injusto de la conducta. Dicho de otra forma, la circunstancia de hallarse presentes los requisitos objetivos de una causa de justificación necesariamente debe disminuir la sanción al momento de graduar la pena en el caso concreto.⁸⁴

3.6. Límites al estado de necesidad

3.6.1 El límite derivado del principio de dignidad del ser humano

El principio vinculado al valor constitucional de la dignidad humana, según el cual no es lícito admitir que se instrumentalice al individuo por otros, sacrificando derechos fundamentales del mismo, puede conducir a negar también el estado de necesidad, para justificar un ataque grave a otros bienes personalísimos, como la libertad sexual o la libertad de movimiento, ni siquiera para evitar otro delito que proceda del lesionado, aunque este delito sea más grave que aquel ataque. Por ejemplo no se puede justificar que alguien viole o secuestre a otra persona para evitar que se mate, viole o secuestre a un tercero. Cosa distinta es que pueda concurrir un miedo insuperable que impida la imputación personal del hecho objetivamente antijurídico, o, por lo menos, una exigente incompleta de estado de necesidad o de miedo insuperable.⁸⁵ Debemos señalar que el conflicto que genera el estado de necesidad debe ser resuelto por un medio socialmente adecuado o que no constituya un ataque a la dignidad de las personas.

Por ello, el principio de dignidad del ser humano funciona como un verdadero límite al estado de necesidad. Existen dos alternativas al respecto. Una posibilidad es considerar que la idea de “dignidad del ser humano” funciona como un criterio que debe

⁸⁴ Sigue esta postura DE LA FUENTE, ob. cit., p. 402.

⁸⁵ MIR PUIG Santiago, Derecho Penal, Parte General, Edición VI, Editorial Reppertor, Barcelona 2002. Pág 457.

ser tomado en cuenta al momento de ponderar los intereses en conflicto. Desde este punto de vista, cuando la afectación de uno de los bienes jurídicos conlleva, al mismo tiempo, un daño al mencionado principio de dignidad, no resultará posible afirmar que estemos ante un interés de menor valor que pueda ser sacrificado. Otra alternativa es entender que la prohibición de daño a la dignidad constituye un requisito adicional al de la ponderación de los bienes, en el sentido de que no basta con que uno de los intereses sea de mayor valor que el otro, sino que, además, es preciso que no se afecte la dignidad de la persona, como un recaudo adicional en esta exigente.

3.6.2 La provocación de la situación de necesidad

Quién pone deliberadamente en peligro un bien jurídico está realizando ya una conducta antijurídica cuya evitación no puede permitirse a costa de lesionar otro interés positivamente valorado por el Derecho. Esta exigencia se relaciona con la idea de que el peligro que pretende ser evitado debe ser “ajeno al autor”. Ello supone que no haya sido el mismo sujeto quien, dolosa o imprudentemente, dio origen al peligro o al mal que genera la situación de necesidad.

Para que la causa de justificación no pueda aplicarse, no es suficiente con que el autor haya intervenido o contribuido de cualquier forma en el peligro, sino que debe tratarse de una intervención jurídicamente relevante, es decir, que al menos se funde en un actuar imprudente (falta al cuidado debido). Si el sujeto provoca el riesgo actuando conforme a derecho –por ejemplo cuando el peligro generado ha sido imprevisible o fortuito– no puede aplicarse esta excepción y, por lo tanto, tiene derecho a invocar el estado de necesidad.

Se incluyen, entonces, en este límite los casos de causación imprudente de la situación de necesidad. Sí, por ejemplo un conductor provoca por su negligencia una situación en la que tiene que decidir si lesiona a una sola persona o cinco y se decide por el primero, su acción última no va a quedar justificada, como es lógico pues la imputación del hecho se derivará hacia ese momento previo en que incumplió el deber de

cuidado que ha tenido como consecuencia final la lesión de una persona. El mecanismo *actio libera in causa*⁸⁶ opera para explicar la ausencia de justificación del hecho.⁸⁷

La doctrina dominante y la jurisprudencia entienden que falta este requisito cuando el sujeto causa la situación de peligro que amenaza. No sería preciso para apreciar provocación que el sujeto haya querido, además, el estado de necesidad consistente en la situación no sólo de peligro, sino de estado de necesidad de optar entre un mal u otro. Así quien provocase un incendio y se viera envuelto en él no podría alegar la eximente si lesionara a otro para salvarle aunque no hubiera querido la situación de tener que elegir entre su vida y la integridad física de otro (el sujeto quiere el incendio pero no tener que salvarse de él lesionado).⁸⁸

3.6.3. Casos en que el necesitado se encuentra obligado a afrontar el peligro

Es necesario tomar en cuenta que existen obligaciones especiales a consecuencia de una situación profesional en las cuales se debe hacer frente a determinados peligros, de modo que quienes se encuentran en esta situación no pueden invocar el estado de necesidad, para negarse a afrontar dichos peligros: por ejemplo el policía no puede argumentar que actuó en estado de necesidad si omitió intervenir en la detención de un delincuente armado, por el peligro de muerte que para él representa.⁸⁹

Determinados profesionales o cargos conllevan un especial deber de soportar ciertos riesgos. Es necesario que el deber genérico de sacrificio se halle especialmente vinculado a un determinado oficio o cargo. De igual manera debe tratarse de un deber jurídico, es decir basado en normas jurídicas. Por otro lado el deber de sacrificio tendrá

⁸⁶ La denominación *actio libera in causa* se entiende por una acción cuya causa decisiva ha sido puesta por el autor en condición de libertad de imputabilidad, pero en cuanto resultado típico, opera en un momento en que el autor es incapaz de imputabilidad.⁸⁶ La a.l.i.c se manifiesta en los casos en que el sujeto es inimputable en el momento de la realización del resultado típico suscitan la cuestión de si el que actúa no puede ser castigado, sin embargo cuando, en un momento anterior en que todavía era imputable estableció dolosa o imprudentemente una causa del resultado. (ROXIN Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997. Pág. 850)

⁸⁷ SERRANO PIEDECASAS JOSE RAMON, BERDUGO IGNACIO, ARROYO LUIS, GARCIA RIVAS NICOLAS, FERRE OLIVE JUAN CARLOS, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Editorial Praxis, España – Madrid, 1999. Pág. 231.

⁸⁸ MIR PUIG Santiago, Derecho Penal, Parte General, Edición VI, Editorial Reppertor, Barcelona 2002. Pág 461

⁸⁹ MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz, Derecho Penal, Parte General, Edición Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1994. Pág. 479

sus límites, derivados del alcance que le confieran las normas que lo establecen también, en el ámbito de la correspondiente función. Ejemplos: La tripulación de un buque no podrá pretender su salvamiento a costa de la muerte de los viajeros, pero sí podrá arrojar al mar la carga para salvar sus vidas. Tal límite de su deber de sacrificio ya se deriva de la regulación que prevé el Código de Comercio de la figura de la echazón.⁹⁰

Por tal motivo, este tercer requisito del estado de necesidad cierra el paso de su aplicación a quienes cumplen funciones sociales que conllevan la posibilidad de enfrentarse a situaciones de riesgo para su vida, salud, etc., como ocurre con los bomberos. Si en el cumplimiento de la función arriesgada pudieran invocar la existencia del estado de necesidad, se estaría poniendo en peligro bienes jurídicos ajenos que la sociedad entiende preservados por la existencia de esos profesionales. Ahora bien, el sacrificio al que están obligados tiene sus límites y no cabría negar la aplicación de la eximente, por ejemplo, a un bombero que se negara a entrar a un edificio que está a punto de desplomarse.⁹¹

En consecuencia, el límite que rige como consecuencia del ejercicio de una función, debe ceder cuando se trata de una exigencia “irracional”, que supondría, por ejemplo, un sacrificio de la vida del profesional o funcionario. Para ello, habrá que tomar en cuenta las regulaciones y protocolos de las diversas actividades.

⁹⁰ *Ibídem.* Pág. 464.

⁹¹ SERRANO PIEDECASAS JOSE RAMON, BERDUGO IGNACIO, ARROYO LUIS, GARCIA RIVAS NICOLAS, FERRE OLIVE JUAN CARLOS, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Praxis, España – Madrid, 1999. Pág. 231.

CAPITULO IV

4. LA REGULACION DEL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ECUADOR.

4.1 El Art. 24 del Código Penal Ecuatoriano.

El Código Penal Ecuatoriano en el art. 24 establece: *“No se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”*

El Código Penal Ecuatoriano señala al estado de necesidad como causa de justificación, es decir, no se impone la sanción o pena a la persona que actúa en un estado de necesidad, debido a que con la finalidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca un daño determinando en la propiedad ajena siempre que el daño causado sea menor que del que se trata de evitar, debiendo tomar en cuenta que este fue el único medio practicable y el menos perjudicial para impedirlo. Por cuanto de la redacción del art. 24 del Código Penal se desprende que deben ser bienes de desigual valor, estamos frente a un estado de necesidad justificante.

Del mismo texto legal se desprende que únicamente se trata *“un daño determinado en la propiedad ajena...”*, por lo que podemos señalar que en el ordenamiento jurídico no existe limitación en cuanto a la determinación del bien jurídico que se salva, no siendo así para el bien jurídico sacrificado que hace referencia a la *“propiedad ajena”*, no debemos entender por propiedad ajena solamente al derecho de dominio en estricto sentido, sino que hemos de entender todo derecho patrimonial como propiedad ajena y en sentido amplísimo. Debemos tomar en cuenta que se pueden presentar otras situaciones en las cuales el bien jurídico sacrificado no se trate sobre bienes patrimoniales, por lo tanto según nuestra legislación no podemos hablar de estado de necesidad.

Para una mayor ilustración, citaremos un proceso penal por un delito de Tránsito, el cual sucedió en fecha 28 de noviembre del 1998, en la Ciudad de Guayaquil, en circunstancias que un automóvil placas GIU 308 conducido por MARLON REGATO SANCHEZ quién al momento no portaba licencia, y se encontraba en estado de embriaguez, al llegar a la altura de la intersección colisionó la parte frontal del automotor que conducía con la parte lateral derecha del vehículo de placas ACG 842 que estaba en ese momento siendo conducido por CRISTIAN JOSE ALVARADO ZAVALA, que ha consecuencia del impacto el vehículo placas GIU 308 rodó hacia adelante estrellándose con un poste del alumbrado eléctrico que se hallaba en dicha intersección y el vehículo de placas ACG 842 rodó hacia la izquierda. Se menciona que por el impacto falleció MARCO ANTONIO SUAREZ quién viajaba en el automóvil GIU 308 el cual estaba siendo conducido por MARLON REGATO SANCHEZ. Se le impuso la pena de dos años de prisión a MARLON REGATO SANCHEZ, además de la suspensión de la autorización para conducir vehículos motorizados por igual tiempo y pago de una multa de cuatro salarios mínimos vitales. Por tal motivo el sentenciado interpuso el recurso de casación. Sin embargo se dijo que una vez probada, tanto la infracción material como la responsabilidad del sentenciado MARLON MARCELO REGATO SANCHEZ, se declara improcedente el recurso de casación presentado. No obstante, es necesario aclarar que existió un voto salvado del Dr. Carlos Riofrío Corral señalando que MARLON MARCELO REGATO SANCHEZ alega violación a la ley en la sentencia por no haberse aplicado los Arts. 18 y 24 del Código Penal, pues reconoce los hechos redactados, determinando que estos sucedieron pues estaba siendo trasladado de urgencia su sobrino MARCO SUAREZ, por cuanto habría sido herido por una persona no identificada, quién trató de robarle el automotor. Se encuentra plenamente comprobado que el sentenciado se encontraba en casa de su sobrino MARCO SUAREZ y había ingerido licor, observando cómo su sobrino fue impactado por dos tiros. El jurista mencionado en el presente caso, y tomando en cuenta el principio de ponderación de bienes, señaló que la vida es el primero de los derechos constitucionales, impone a todos los seres humanos no solo el deber de respetarla sino de protegerla, por lo tanto si un hombre se encuentra en peligro de muerte los demás tienen que socorrerla para evitar su fallecimiento. Que el sentenciado se encontraba en la obligación jurídica y el deber moral de salvar la vida de su sobrino, y por ello inobservó las normas reguladoras de tránsito que prohíben conducir en estado de embriaguez o que obligan a detener el

vehículo cuando el semáforo se encuentre en luz roja. Por lo que citó el art. 24 del Código Penal, determinando que no había otra persona que conduzca el vehículo, ni otro medio practicable para impedir su muerte que no haya sido la asistencia médica de emergencia, que es la que se buscaba cuando REGATO SANCHEZ no obstante de su estado de embriaguez, decidió guiar el vehículo. Con estos antecedentes casó la sentencia dictada en contra de Marlon Marcelo Regato Sánchez, absolviéndole de los cargos a él imputados, pues si bien causó el accidente de tránsito, lo hizo bajo el deber de salvar la vida a su sobrino, provocando daño a la propiedad ajena bajo el estado de necesidad de evitar un mal mayor y sin intención de violar la ley por lo que no hay infracción. (VER ANEXO 1)

CONCLUSIONES

Donna señala que la justificación de un hecho que *prima facie* se presenta como antijurídico deja de serlo después de un ulterior análisis. Ausencia de justificación significa que el hecho, que después de un primer análisis es antijurídico, sigue siéndolo cuando se examina más detenidamente. Por el contrario la exculpación presupone la comprobación de la previa contrariedad con el derecho del hecho, incluyendo su ausencia de justificación.⁹²

Las causas de justificación constituyen autorizaciones o permisos para realizar un comportamiento prohibido,⁹³ mientras que la exculpación tiene lugar cuando se disculpa al autor, cuando se le perdona.⁹⁴ Sin embargo, no faltan autores y legislaciones que se manifiestan a favor de la tesis unificadora, ya sea considerando todos los casos como un problema de antijuridicidad o bien por el contrario de culpabilidad.⁹⁵

El principio de ponderación de intereses es relevante para explicar el estado de necesidad justificante. Como manifestamos es necesario remitirnos a este principio para poner en consideración que constituye una causa de justificación, pues el estado de necesidad radica en el principio de ponderación de bienes, tomando en cuenta que deben ser bienes de distinto valor, siempre salvaguardando el bien de mayor valor. Es mejor la denominación de intereses pues abarca las circunstancias de cada caso. Lo decisivo, sin embargo, no es la relación jerárquica de bienes sino el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social.⁹⁶

El principio de ponderación de bienes tiene un planteamiento exclusivamente cuantitativo, razón por la cual no se le debe dar una importancia exclusiva, sino que

⁹² DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág. 242

⁹³ <http://www1.unne.edu.ar/cyt/2003/comunicaciones/01-Sociales/S-017.pdf>

⁹⁴ DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008, Pág.– 241

⁹⁵ MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Teoría General del Delito, Editorial Temis, Colombia Bogotá –1990, Pág. 112

⁹⁶ BACIGALUPO Enrique, Derecho Penal Parte General, Tomo I Editorial ARA, Perú – 2004. Pág. 363

corresponde analizar cada caso. Tal es así que debemos tomar en cuenta que no podemos dejar a un lado los intereses individuales, o la dignidad de las personas, por salvar un bien de mayor valor, por ejemplo como es la vida, por lo tanto el principio de ponderación de bienes como nos hemos podido percatar tiene sus deficiencias. El conflicto que genera debe ser resuelto por un medio socialmente adecuado que no constituya un ataque a la dignidad de las personas.

Debemos tomar en cuenta el conflicto entre bienes colectivos y bienes individuales. Los colectivos prevalecerán sobre los bienes individuales siempre que exista un peligro actual, no un peligro potencial.

El origen del conflicto puede ser un hecho de la naturaleza o un comportamiento del hombre que no constituye una agresión ilegítima, en cuyo caso, deberá aplicarse la eximente de legítima defensa.

El peligro debe ser actual, debiendo considerar la actualidad cuando el peligro continúa evolucionando de modo natural, siendo con seguridad inminente la producción del daño en caso de que no se intervenga para impedirlo. La actualidad del peligro no debe valorarse desde una perspectiva cronológica, sino que debe atenderse a la situación en la que se encuentra el bien jurídico en peligro. Basta con un peligro para un bien jurídico cualquiera, debemos tener presente que no necesario que los bienes se encuentren jurídico-penalmente protegidos.

La justificación del comportamiento requiere que la acción sea necesaria. La acción resulta necesaria cuando el medio empleado para hacer frente al conflicto es el adecuado y el menos lesivo. Esto significa que no pueda hacerse frente de otro modo al peligro. En el estado de necesidad justificante debe buscarse toda ayuda que se pueda conseguir para hacer frente al peligro antes de atacar bienes jurídicos. El autor debe acudir a cualquier medio lícito disponibles o, en su caso, al medio ilícito que resulte idóneo y que sea menos lesivo.

El estado de necesidad justificante exige que la persona sea extraña a la generación de conflicto, por lo tanto podemos decir que es extraña la persona que no provocó la situación de conflicto, ya sea dolosa o imprudentemente.

Señalamos que la persona que se encuentra en posición de garante no puede actuar bajo el amparo de justificación, pues justamente está a cargo de la preservación del bien jurídico que se encuentra en peligro.

Por lo tanto, es indispensable el análisis de cada caso en particular, tomando en consideración los requisitos del estado de necesidad justificante, es decir: el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto, que el necesitado no tenga por su oficio o cargo el deber de soportar el riesgo y, además, que el peligro sea actual.

BIBLIOGRAFÍA:

ANBAR, DICCIONARIO JURIDICO, Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, Quito – Ecuador –1998.

BACIGALUPO, Derecho Penal Parte General, Editorial ARA, Perú – 2004

CEREZO MIR José, Temas fundamentales de Derecho Penal, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires– Argentina 2001

DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2008

DE LA FUENTE, Javier E., *El aspecto subjetivo de las causas de justificación*, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe/Bs. As., 2008.

HIRCH Hans Joachin, Derecho Penal, Obras completas, Tomo I, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires – Argentina, 1998.

JIMENEZ DE ASUA, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, Editorial Sudamericana de Buenos Aires, Argentina, 1958

MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz, Derecho Penal, Parte General, Edición Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1994

MIR PUIG Santiago, Derecho Penal, Parte General, Edición VI, Editorial Reppertor, Barcelona 2002.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Teoría General del Delito, Editorial Temis, Colombia Bogotá –1990.

ROXIN Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997.

SERRANO PIEDECASAS JOSE RAMON, BERDUGO IGNACIO, ARROYO LUIS, GARCIA RIVAS NICOLAS, FERRE OLIVE JUAN CARLOS, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Editorial Praxis, España – Madrid, 1999.

WESSEL Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, 12ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1969.

WESSEL Hans, El Nuevo Sistema de Derecho Penal, Introducción a la doctrina de la acción finalista, Editorial B de F, Buenos Aires – Argentina, 2001. Pág. 196.

<http://www1.unne.edu.ar/cyt/2003/comunicaciones/01–Sociales/S–017.pdf>

ANEXO No. 1
ACCIDENTE DE TRANSITO.

Expediente 121, Registro Oficial 132, 24 de Julio del 2003.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 16 de abril de 2003; las 14h30.

VISTOS: El presente juicio penal de tránsito se inicia con el auto cabeza de proceso dictado en Guayaquil el 9 de diciembre de 1998 por el Ab. César Ermida Alvarado, Juez Provincial de Tránsito del Guayas, quien señala en esa providencia que del parte policial 74 – 1198. de varios escritos, anexos y de las diligencias previas practicadas, pudo conocer del accidente de tránsito –choque de vehículos, estrellamiento, heridos y conductor sin licencia– ocurrido en la Av. 9 de Octubre y Los Ríos de la ciudad de Guayaquil, el sábado 28 de noviembre de 1998, a las diez de la mañana, en circunstancias en que el automóvil placas GIU–308 conducido por Marlon Regato Sánchez, quien al momento no portaba licencia, al llegar a la altura de la intersección conformada con la Av. 9 de Octubre, colisionó la parte frontal del automotor que conducía con la parte lateral derecha del vehículo de placas ACG–842 que estaba al momento conducido por Cristian José Alvarado Zavala que circulaba por la calle 9 de Octubre, cabe mencionar que a consecuencia del impacto el vehículo de placas GIU–308 rodó hacia adelante estrellándose con el poste de alumbrado eléctrico que se hallaba en dicha intersección y el vehículo de placas ACG–842 rodó hacia la izquierda. Se menciona en el auto cabeza de proceso que en el vehículo de pacas GIU—308 trasladaban a Marco Antonio Suárez Regata y que el conductor del vehículo últimamente descrito fue trasladado por el personal de la Policía para la investigación pertinente, realizándose la prueba de alcoholemia la que arrojó resultado positivo. Se menciona también que los heridos fueron trasladados a diversas casas de salud para ser atendidos. Que por el impacto falleció el señor Marco Antonio Suárez Regata, quien viajaba en el automóvil GIU–308 conducido por Marlon Regato Sánchez, occiso a quien asimismo se trasladó para realizar el levantamiento del cadáver y la autopsia del caso en la morgue de la institución policial. De este modo el Juez Tercero Provincial de Tránsito ordenó que se instruya el sumario de ley en contra de Marlon Regato Sánchez, Cristian Alvarado

Zavala y más responsables. Al primero de los nombrados le impuso la pena de dos años de prisión, suspensión de la autorización para conducir vehículos motorizados por igual tiempo, pago de una multa equivalente a cuatro salarios mínimos vitales generales por encontrarlo responsable de la infracción prevista y reprimida en el artículo 79, literal c) de la Ley de Tránsito, perpetrada en las circunstancias señaladas en el artículo 74 del propio cuerpo legal. Condenó al responsable del hecho ilícito, además, al pago de las indemnizaciones de daños y perjuicios de conformidad con la ley. En lo que se refiere al sindicado Cristian José Alvarado Zavala, por no existir del proceso prueba plena de responsabilidad en su contra, el Juez dictó sentencia absolutoria en su favor, por lo que tiene derecho al reclamo de daños y perjuicios, denegándose la acusación particular de Yolanda Elvira Arteaga Intriago viuda de Suárez, quien reclamó daños y perjuicios, por las falsas imputaciones a Marlon Marcelo Regato Sánchez, declarándose a la postre tal acusación particular ilegal e improcedente, sin calificarla de temeraria o maliciosa. El Juez de la causa ordenó la consulta de su pronunciamiento al superior y dispuso además que se remita copia del fallo al Jefe Provincial de Tránsito del Guayas. El Juez Tercero de Tránsito del Guayas en la providencia de mayo 31 de 2000, consideró que la consulta ordenada era ilegal e improcedente, denegándola y concedió a continuación los recursos de apelación a Yolanda Elvira Arteaga Intriago viuda de Suárez, en su calidad de acusadora particular y a Marlon Marcelo Regato Sánchez, quien solicita expresamente se le absuelva de la causa. La Segunda Sala de la Corte Superior de Guayaquil, a fojas treinta del cuaderno de segunda instancia, dicta sentencia confirmando la resolución impugnada y a la vez ordena dirigir oficio a la Comisaría del Guayas, a fin de que se sirva desbloquear el vehículo de placas GIU-309 de propiedad de Javier Mantilla Montero, Marlon Marcelo Regato Sánchez, interpuso recurso de casación para ante la Corte Suprema mediante escrito de 22 de diciembre de 2001. La Sala debe decidir el recurso de casación interpuesto por el sindicado Marlon Marcelo Regato Sánchez y, en cumplimiento de las disposiciones específicas de la ley, para hacerlo, consigna las siguientes reflexiones:

PRIMERA.— Esta Sala dispone de facultades constitucionales y legales para resolver acerca del recurso de casación, anotando que ha sido sustanciado válidamente sin que exista causal alguna de nulidad que declarar.

SEGUNDA.— La sentencia expedida por la Segunda Sala de la Corte Superior de Guayaquil con fecha 19 de diciembre de 2000, luego de reiterar el trámite procedente del

proceso, a partir del tercer considerando, expone reflexiones jurídicas ajustadas al valor probatorio de los autos, en lo que se refiere a la existencia material de la infracción, y en lo que atañe a la responsabilidad de Marlon Marcelo Regato Sánchez, quien conducía el vehículo por la calle de Los Ríos en sentido de Norte a Sur. De especial gravedad aparece de la sentencia, que el conductor antes nombrado, no respetó el semáforo que se halla en luz roja en las calles Los Ríos y 9 de Octubre y que fue ésta la causa determinante de la colisión del vehículo de placas ACG 842, guiado por Cristian Alvarado Zavala. A más de la ebriedad del culpable, el parte policial revela que Mario Regato Sánchez conducía el automóvil a inmoderada velocidad y que carecía para hacerlo de licencia o autorización especial. La prueba de la alcoholemia arrojó la cantidad de 1 .704-g- 1 lo cual está expresamente prohibido por la ley. TERCERA.- Regato Sánchez en su primera declaración reconoció inequívocamente haber conducido el automotor en estado de ebriedad, afirmación que la reitera en su testimonio indagatorio de fojas 366 a 368. declaración que se rindió ante el Juez y en la que aseguró haber ingerido licor durante una hora aproximadamente. CUARTA.- Las tres declaraciones testimoniales que aparecen del proceso y que corresponden a Manuel Isaac Romero Antaneda, Edwar Alfredo Cajas Cedeño y Jhonny Velasco Chapiro, testigos presenciales del accidente que les llevó a tratar de detener a su autor, lo cual no fue posible, dan razón plena, pormenorizada y uniforme, de la conducta y responsabilidad del sentenciado.

QUINTA.- Se han realizado el reconocimiento del lugar de los hechos y especialmente el de los daños del vehículo, por lo que es inadmisibles la pretensión de Regato Sánchez de acogerse a las disposiciones que pudieran favorecerle en la ley general de la materia. Con estos antecedentes y la muy detenida apreciación de lo sucedido por parte de la Corte Superior, la sentencia expedida y la pena impuesta se hallan conforme a ley, dando como resultado inadmisibles, la impugnación del infractor.

SEXTA.- En el extenso escrito de fundamentación que ante esta Sala ha presentado Marlon Marcelo Regato Sánchez, existen numerosas referencias a disposiciones de orden legal, en las que trata de afianzar sin fundamento alguno su inocencia. En el dictamen fiscal suscrito por el doctor Guillermo Mosquera Soto, subrogante de la Ministra Fiscal General, consta en forma concisa las conclusiones que dejan plenamente establecidas, tanto la infracción material como la responsabilidad de su autor y consigna "que encontrándose debidamente probada la responsabilidad del sentenciado Marlon Marcelo

Regato Sánchez, como único autor del accidente de tránsito que se juzga, opina que desechando el recurso de casación infundadamente interpuesto, se confirme la sentencia impugnada, toda vez, que en tal sentencia, no se ha violado ninguna disposición legal, menos las puntualizadas por el recurrente en los términos del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal". En consecuencia, la Sala coincide con los fundamentos de la opinión fiscal, y por ello, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Marlon Marcelo Regato Sánchez y dispone devolver el proceso al Tribunal jurisdiccional de origen.– Sin costas ni honorarios que regular en el presente nivel.– Notifíquese.

f.) Doctor Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrado–Presidente.

f.) Doctor Eduardo Brito Mieles, Magistrado.

f.) Doctor Carlos Riofrío Corral, (voto salvado), Magistrado.

Corte Suprema de Justicia, 1ra. Sala de lo Penal.

Es fiel copia de su original.

Quito, 19 de junio de 2003.

Certifico.

f.) Secretario Relator

VOTO SALVADO DEL DOCTOR CARLOS RIOFRIO CORRAL.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRIMERA SALA DE CASACION PENAL

Quito, 16 de abril de 2003; las 14h30.

VISTOS: La Segunda Sala de la Corte Superior de Guayaquil confirmó el fallo del Juez Tercero de Tránsito del Guayas, que impuso a Marlon Regato Sánchez la pena de dos años de prisión correccional, suspensión de la autorización de conducir vehículos por igual tiempo, multa de cuatro salarios mínimos vitales generales, y la obligación de indemnizar daños y perjuicios, por encontrar que el procesado causó el accidente de tránsito que produjo lesiones a Rubén Serrano Barzallo y Cristhian Alvarado Zavala, así como daños materiales al vehículo que éste guiaba, un automóvil Chevrolet Swift de placas ACG–842. que fue colisionado por el automóvil marca Mazda de placas GIU–308 de propiedad de Marco Antonio Suárez Regato que conducía Marlon Regato Sánchez, con exceso de velocidad, por la calle Los Ríos de la ciudad de Guayaquil, sin portar

licencia de manejo y en estado de embriaguez y quien no respetó la luz roja del semáforo en la intersección de la avenida Nueve de Octubre con la calle Los Ríos de la ya mencionada ciudad, habiendo determinado que el procesado cometió la infracción tipificada en el literal c) del artículo 79 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres en relación con el artículo 74 ibídem, cometida con las circunstancias agravantes previstas en su artículo 81 –conducir sin haber obtenido licencia– y en el literal a) del artículo 70 ibídem –conducir en estado de embriaguez–. De la sentencia expedida por la Corte Superior interpuso recurso de casación el procesado Marlon Marcelo Regato Sánchez, que previo el sorteo de ley fue remitido a esta Sala.– Concluida la sustanciación del recurso conforme el rito procesal pertinente, sin omisión de solemnidad sustancial alguna, por tener este Tribunal Supremo potestad jurisdiccional y competencia para decidir la impugnación, según los mandatos del artículo 200 de la Constitución Política, 349 del Código de Procedimiento Penal y 60 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, para resolver considera:

PRIMERO.– El artículo 128 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres limita el recurso de casación a las sentencias condenatorias que impongan pena de reclusión menor de seis a nueve años, pero el Tribunal Constitucional mediante Resolución número 074–99 TP, expedida el 26 de octubre de 1999, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 331 de 2 de diciembre de 1999, declaró con carácter de obligatoriedad general la inconstitucionalidad de fondo del artículo 128 de la referida ley en la parte que limita y restringe el recurso de casación, para posibilitar este medio de impugnación sobre cualquier sentencia dictada en juicios de tránsito.

SEGUNDO.– Marlon Regato Sánchez alega violación de la ley en la sentencia por no haberse aplicado los artículos 18 y 24 del Código Penal.– Reconoce que conducía velozmente el vehículo de propiedad de Marco Antonio Suárez Regato en estado de embriaguez, y que al cruzar la avenida Nueve de Octubre en la intersección con la calle Los Ríos colisionó al vehículo de Cristhian Alvarado, porque pretendía salvar la vida de su sobrino Marco Antonio Suárez Regato, a quien traslada de urgencia –en el propio vehículo de éste– para que lo atiendan de heridas de bala que había recibido en la ciudadela Martha de Roldós, cuando una persona no identificada trató de robarle el automotor; alegando el recurrente que no hay infracción cuando se la comete impulsado por una fuerza imposible de resistir, y que no puede imponerse pena alguna a quien en la

necesidad de evitar un mal ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena según lo dispuesto por los referidos artículos 18 y 24 del Código Penal.

TERCERO.– Examinada la sentencia y los autos en relación con las alegaciones del recurrente, esta Sala encuentra plenamente comprobado que cuando el procesado se encontraba en la casa de su sobrino Marco Suárez Regato y había ingerido licor, vio como su sobrino fue impactado por dos tiros, habiendo caído a la calzada gravemente herido.– Que Marlon Regato pidió ayuda y que ni siquiera los amigos del herido la prestaron hasta cuando llegó un vecino Edgar Alfredo Cajas Cedeño –su testimonio consta a fojas 208–quien ayudó a introducir el cuerpo de Marco Suárez aún con vida, al vehículo de propiedad de éste, para que lo trasladen a una casa de salud, que pidió Regato Sánchez que alguien manejara el vehículo, sin conseguirlo, por lo que se vio forzado ante la necesidad y obligación de salvar la vida de su sobrino, a tomar el vehículo y guiarlo, con las luces de stop encendidas, pitando en todo el trayecto y haciendo juego de luces para indicar que el vehículo se conducía a velocidad en razón de la emergencia.– Que primeramente se condujo al herido hasta el policlínico de la FAE, en donde se negó la asistencia médica, ante lo cual se llevó al herido hasta el Hospital de la Policía, cuyo oficial de turno también manifestó la imposibilidad de prestar auxilio al herido, por lo que Regato Sánchez le pidió que condujera el vehículo, recibiendo respuesta negativa y por el contrario la indicación que el mismo Marlon Regato traslade al herido al Hospital Luis Vernaza.– Que transitado por la calle Los Ríos al llegar a la avenida Nueve de Octubre se impactó con el automóvil Chevrolet Swift cuyo conductor hizo caso omiso del juego de luces, del pito de la bocina y de las señales que se le hacían para que comprenda la emergencia produciéndose graves daños en los dos vehículos, y las lesiones sufridas por los ocupantes del vehículo Chevrolet Swift y la muerte del herido que por aquel incidente no pudo llegar con vida al hospital hasta donde se le llevaba.– Del proceso consta la licencia de conducir sportman de Marlon Marcelo Regato Sánchez, siendo por ello inaplicable el artículo 81 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres, indebidamente considerado por la Segunda Sala de la Corte Superior de Guayaquil como una circunstancia agravante de la infracción de tránsito, y consta también la prueba de alcoholemia de fojas 2 que acredita 1.704 gramos de alcohol por litro de sangre, cantidad mayor a la permitida por la ley, pero que no alcanza a privar el conocimiento y ni siquiera a disminuirlo grandemente, tanto que Marlon Regato pudo conducir el vehículo durante un largo trayecto sin percance alguno, lo que debió ser

considerado por el juzgador al menos para la graduación de la pena, lo que no se ha hecho.

CUARTO.– El artículo 169 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres ordena que en todo lo no previsto en esta ley se aplicarán como normas supletorias, en cuanto fueren pertinentes, las del Código Penal.– El artículo 18 del Código Penal preceptúa que no hay infracción cuando el indiciado haya sido impulsado, a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir.– Las infracciones son tanto los delitos como las contravenciones y por ello el alcance de dicha norma, en la que se emplea el vocablo "infracción" comprende tanto a los delitos dolosos como a los delitos culposos y hasta las contravenciones que únicamente son culposas, y la fuerza que impulse a realizar el acto, a que se refiere dicha norma, no solamente es la fuerza física empleada por un tercero que le conmine a ejecutarlo, sino también la fuerza moral del propio razonamiento que fuerzan al individuo por convicciones de conciencia, por temor insuperable, o por motivos de particular valor social, entre otros, a obrar con una determinada conducta, que aunque fuere contraria a la ley, en tales casos deja de ser punible.– La vida, que es el primero de los derechos fundamentales de la persona, reconocido así por la Constitución Política de la República, impone a todos los seres humanos no solo el deber de respetarla, sino también el de protegerla, de modo que si un hombre se encuentra en peligro de muerte los demás tienen que socorrerle para evitar su fallecimiento, particularmente si tienen relación de parentesco o si por razones de profesión u oficio están llamados a salvaguardar ese derecho fundamental; de lo que deviene que el cumplimiento de tan alto deber moral y social constituya en los hombres de bien, sensibles, solidarios y responsables, una fuerza irresistible tan más que, no impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo equivale a ocasionarlo, al tenor literal del artículo 12 del Código Penal, siendo obligación jurídica de todo ciudadano respetar los derechos humanos y por ello proteger la vida humana, conforme el imperativo mandato del numeral 3 del artículo 97 de la Carta Política.

QUINTO.– El artículo 32 del Código Penal dispone que nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción sino la hubiere cometido con voluntad y conciencia, y el artículo 33 idem señala que "se reputan como actos concientes y voluntarios todas la infracciones, mientras no se pruebe lo contrario, excepto cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo".– Si Marlon Regato impulsado por el deber moral y

obligación jurídica de salvar la vida de su sobrino, inobservó las normas reguladoras de tránsito, que prohíben conducir en estado de embriaguez o que obligan detener el vehículo que se conduzca cuando el semáforo se encuentre en luz roja, al así proceder no cometió infracción por lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, ni puede ser reprimido bajo lo dispuesto en el artículo 33 ibídem, pues de las circunstancias que precedieron y acompañaron al acto se deduce sin esfuerzo que Marlon Regato no tuvo intención de violar la ley o la reglamentación de tránsito, ni obró con negligencia, imprudencia o impericia, habiéndose más bien probado acción decidida para salvar la vida de Marco Antonio Suárez Regato, así como prudencia y pericia en todo el trayecto desde la ciudadela Martha de Roldós hasta la avenida Nueve de Octubre, pasando por el policlínico de la FAE y por el Hospital de la Policía, conduciendo a la velocidad que la emergencia requería, pero haciendo las debidas señales para que se aprecie el estado de emergencia, hasta cuando colisionó con el vehículo de Cristhian Alvarado Zavala, que inobservó aquellas señales o hizo caso omiso de ellas.

SEXTO.– El artículo 24 del Código Penal preceptúa que no se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecute un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.– En el caso sub júdice se produjeron –a parte de lesiones– daños en el vehículo de Cristhian Alvarado Zavala, esto es daños en propiedad ajena, debidos al impacto del vehículo que conducía Marlon Regato, inobservando las disposiciones que regulan el tránsito para evitar un mal mayor que el causado, cual era muerte de una persona que tiene más valor que el vehículo afectado por la colisión, hallándose también probado que era real el mal que se pretendía evitar (la muerte de Marco Antonio Suárez Regato) que gravemente herido era conducido al hospital; y, finalmente que no hubo otra persona que conduzca al herido, ni que había otro medio practicable para impedir su muerte que no haya sido la asistencia médica de emergencia. que es la que se buscaba cuando Regato Sánchez no obstante su estado de embriaguez, decidió guiar el vehículo.

RESOLUCION: Por lo expuesto en los considerandos anteriores, esta Sala estima procedente el recurso deducido en la presente causa, ya que el juzgador omitió considerar todas las circunstancias de la infracción y particularmente las previstas en los artículos 18, 24 y 33 del Código Penal, violando así la ley en la sentencia; por lo que para enmendar el error de derecho que vicia el fallo impugnado, esta Primera Sala de

Casación Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada en contra del Marlon Marcelo Regato Sánchez, absolviéndole de los cargos a él imputados, pues si bien causó el accidente de tránsito referido en la sentencia, lo hizo bajo el deber de salvar la vida de su sobrino, provocando daño a propiedad ajena bajo el estado de necesidad de evitar un mal mayor, y sin intención de violar la ley por lo que no hay infracción, ni puede imponérsele pena alguna, al tenor de lo dispuesto por los artículos 18, 24. 32 y 33 del Código Penal, que es supletorio de la Ley de Tránsito.– Se califica de no temeraria ni maliciosa la acusación particular.– Devuélvase el proceso al inferior.– Notifíquese.

f.) Doctor Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrado–Presidente.

f.) Doctor Eduardo Brito Mieles, Magistrado.

f.) Doctor Carlos X. Riofrío Corral, Magistrado.

Corte Suprema de Justicia.– 1ra Sala de lo Penal.

Es fiel copia de su original.

Quito, 19 de junio de 2003.

Certifico.

f.) Secretario Relator.