



UNIVERSIDAD DE CIENFUEGOS
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO

*Los presupuestos teóricos prácticos del estado de necesidad
como causa de justificación de la responsabilidad penal*

Trabajo de Diploma en opción al título de Licenciado en Derecho

Autor: Ariandys Aguiar del Sol
Tutora: Esp. Yoruanys Suárez Tejera

Ciudad de Cienfuegos
2014



Hago constar que el presente trabajo investigativo fue realizado en la Sede Universitaria de Palmira, perteneciente a la Universidad de Cienfuegos: “Carlos Rafael Rodríguez” como parte de la culminación de los estudios de Licenciatura en Derecho, autorizado a que el mismo sea utilizado por la institución para los fines que estime conveniente, tanto de forma parcial como total y que además no podrá ser presentado en eventos ni publicado sin la aprobación del autor.

Firma del Autor

Los abajo firmantes, certificamos que el presente trabajo ha sido realizado según acuerdos de la dirección del centro y el mismo cumple los requisitos que debe tener un trabajo de esta envergadura, referido a la temática señalada.

Firma del Tutor

Información Científico Técnica
Nombres y Apellidos

Computación
Nombres y Apellidos

"La ley es poderosa, pero más poderosa es la necesidad".
Goethe

DEDICATORIA

A todos los que creen en lo imposible.

AGRADECIMIENTOS

A mi salvador Jesucristo quien en su gracia abrió mi intelecto.

A mis padres, especialmente a mi madre Clara.

A mi esposa Maira por su paciencia y aliento para conmigo.

A mi príncipe Isaac y mi princesa Rebeca.

A mi hermano Emilio Jesús y a mi eterno abuelo Eugenio.

A mi suegra Maira por haberme motivado a estudiar.

A la Iglesia Bautista de Potrerillo por sus oraciones.

A la Sede Universitaria de Palmira por haberme acogido en su seno.

A mi tutora Yoruanyis quien siempre confió en mí.

Al Dr. L.M Dyson por toda su ayuda.

RESUMEN

Entre las eximentes que regula el Código Penal cubano se encuentra el estado de necesidad. En relación a dicha causa de justificación, la Ley en algunos casos es omisa y, en otros, es contradictoria. Lo expresado trasciende a la práctica judicial cubana en donde existe indeterminación al momento de apreciarla, confundiéndose en ocasiones con otras eximentes. Por ello es propósito de la investigación formular los presupuestos teóricos prácticos que han de concurrir para que se pueda reconocer la eximente del estado de necesidad, a partir de la inclusión de dichas exigencias en la Parte General del Código Penal. Con ello, se contribuirá a una correcta regulación en el Código Penal de la aludida eximente y se dotará al órgano judicial de un instrumento eficaz que le permita dictar fallos acordes a derecho. Los métodos utilizados son: el histórico lógico, el de análisis y síntesis, el exegético, deducción inducción y el jurídico comparado. Las técnicas utilizadas son la revisión bibliográfica y el análisis de documento. Como resultados, se obtienen los presupuestos teóricos prácticos que han de darse para que se pueda reconocer la eximente del estado de necesidad como una causa de justificación de la responsabilidad penal. Se contribuye además a una correcta regulación del estado de necesidad como una causa de justificación y a la impartición de justicia. Se formarán las bases teórico – científicas, las cuales favorecerán la eliminación de las limitaciones doctrinales existentes al momento de delimitar las causas de justificación, causas de exculpación y causas de inimputabilidad.

ÍNDICE

Introducción.....	1
CAPÍTULO I: El fundamento jurídico de las causas de justificación y el estado de necesidad.....	10
1.1. El reconocimiento de las causas de justificación en la dogmática penal.....	10
1.1.1 La antijuridicidad en el Derecho Penal.....	10
1.1.2 Las causas de justificación en el Derecho Penal.....	14
1.2 El estado de necesidad en la dogmática penal.....	21
1.2.1 Teorías sobre el estado de necesidad.....	22
1.2.2 El estado de necesidad como una causa de justificación.....	28
1.3 El estado de necesidad en el Derecho Comparado.....	32
CAPÍTULO II: Particularidades de la eximente del estado de necesidad en el ordenamiento penal cubano.....	40
2.1 Desarrollo histórico – socio – jurídico de la eximente del estado de necesidad en el Derecho Penal cubano.....	40
2.2 La existencia de una situación de estado de necesidad.....	46
2.2.1 La situación de peligro.....	47
2.2.2 El conflicto de bienes y la colisión de deberes.....	59
3.1. Presupuestos teóricos prácticos que han de existir para que se pueda apreciar la eximente de estado de necesidad.....	66
Conclusiones	
Recomendaciones	
Bibliografía	

INTRODUCCIÓN

El delito es un fenómeno histórico - social. En el artículo 8 del Código Penal Cubano se define como toda acción u omisión socialmente peligrosa, prohibida por la ley bajo conminación de una sanción penal (Asúa, 1977). En tal sentido, considera Eugenio Zaffaroni que para el concepto de delito no interesa cualquier conducta, sino las que al ser típicas son también antijurídicas (Zaffaroni, 1999). La antijuridicidad desde la perspectiva del Derecho Penal consiste en que el autor, al realizar una conducta tipificada en el ordenamiento jurídico, ha desobedecido una norma vigente y ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos protegidos, sin embargo, la simple adecuación de una acción a un tipo legal, no comporta la afirmación de su carácter antijurídico. Es necesario, además, que se compruebe la ausencia de toda causa de justificación.

Las causas de justificación permiten declarar conforme al derecho actos que se adecuan a la descripción contenida en los tipos legales, estos son casos excepcionales, en los cuales la norma no puede ser respetada (Maurach, 1994). El orden jurídico al permitir su infracción, admite en consecuencia, la lesión del bien jurídico protegido. El estado de necesidad, como eximente de responsabilidad penal se observa ante un peligro, donde se va a producir un mal con el fin de evitar otro mayor. Para Juan Luis Alegría Hidalgo, se trata de una reacción necesaria e ineludible originada en un estado o situación de peligro con el fin de evitar una lesión a un bien jurídico propio o de un tercero (Hidalgo, 2007).

Con imprecisa redacción se halla la eximente en el Código Penal Cubano en su artículo veintidós, al eximirse de responsabilidad penal al que obrare con el fin de evitar un peligro inminente que amenace su persona o la de otro, o un bien social o individual, cualquiera que este sea, si el peligro no podía ser evitado de otro modo, ni ha sido provocado intencionalmente, y siempre que el bien sacrificado sea de valor inferior que el salvado (Ley No 62, 1987). En su regulación, algunas dificultades se concentran en torno a los elementos que han de integrarse para que pueda ser reconocida. En el aludido precepto, no se define conceptualmente la eximente, sino la fórmula mediante el enunciado de algunos requisitos para apreciarla en los casos concretos.

En la práctica judicial cubana existe indeterminación al momento de apreciar la eximente debido a que es necesario un juicio de naturaleza objetiva por parte del tribunal con posterioridad a la perpetración del hecho penalmente prohibido, pero referido al momento de la ejecución de ese acto ilícito. Se trata, por consiguiente, de un juicio *ex ante*, es decir, desde una perspectiva de antes del hecho; pues es durante el mismo y no después que se ha de verificar si una acción está justificada o no. Al respecto señala Claus Roxin, que no está claro cómo debe configurarse el criterio objetivo *ex ante* que hay que aplicar (Roxin, 1997).

De acuerdo con las limitaciones existentes en la ley al momento de regularse la eximente objeto de análisis, el órgano judicial en ocasiones no identifica al estado de necesidad como una causa de justificación, por lo que sus pronunciamientos suelen ser discordantes, en otras, no se pronuncia en relación a la misma cuando debería hacerlo y, de hacerlo, algunas veces la confunde con otras eximentes como la legítima defensa y el miedo insuperable. Mientras tanto la doctrina nacional y foránea de forma similar no llega a un consenso, lo cual favorece la incertidumbre predominante. Al respecto señala Daniel Varona Gómez que el estado de necesidad ha planteado desde siempre graves problemas a la doctrina penal a la hora de su fundamentación por su singularidad (Gómez, 2000).

Requisito esencial y fundamento de la eximente es la existencia del mal que se pretende evitar a un bien jurídicamente protegido, no obstante poco se dispone en la norma sobre su origen y naturaleza. Aunque el legislador cubano no ofrece una definición del término peligro, sin este no hay razón legal para apreciar dicha eximente. Su existencia, implica el desarrollo de un proceso cognoscitivo intelectual por parte del sujeto dirigido a definir la posibilidad de que una situación determinada posee la capacidad necesaria para producir un daño. En su valoración el tribunal tendrá que colocarse mentalmente en el momento y dentro de las circunstancias en que la situación de peligro y la actuación del sujeto se produjeron.

De modo que establecer las magnitudes del peligro necesario que da lugar a medidas salvadoras es una cuestión complicada para el Derecho. Para Claus Roxin el concepto de peligro en el estado de necesidad es ya uno de los conceptos más polémicos y menos claros de la Parte General del Derecho Penal que ha sido

especialmente poco investigado (Roxin, 1997), de ahí la necesidad de abordarlo. En relación al elemento temporal, la inminencia del peligro dependerá en gran medida de la comprensión que tenga el ser humano individual de la misma, por lo que determinar los momentos inicial y final constituirá una importante cuestión en esta materia, con cierto nivel de complejidad.

Claus Roxin prefiere aceptar la permanencia del peligro, sobre el supuesto de una situación peligrosa que puede permanecer durante un largo período y que en cualquier momento puede desembocar un daño, por lo que deja así abierta la posibilidad de que pueda tardar un tiempo en producirse el perjuicio (Roxin, 1997). Contrario a ello Renén Quiroz Pérez prefiere que inminente sea el daño, y no el supuesto de peligro, al alegar que de no ser así se tornaría impreciso el hecho, ya que en el contexto de la eximente de estado de necesidad, significaría la posibilidad de un riesgo, de una amenaza, o sea, algo que no existe aún, ni siquiera como tal (Pérez, 2005).

El problema relativo a si el peligro, para apreciar el estado de necesidad, debe ser un fenómeno objetivamente real o si también la mera creencia del sujeto acerca de la existencia del mismo podría justificar la exención que en este caso se hallaría fundada en un mal imaginado o supuesto por el autor. El derogado Código de Defensa Social exigía la realidad del peligro como condición del estado de necesidad, sin embargo el vigente Código Penal, no refleja referencia expresa sobre dicho requisito. Por consiguiente, habrá que decidir entre admitir que ya no resulta necesario que sea real, por lo que podrá ser imaginado o supuesto o aceptar que es reconocida su realidad implícitamente.

La inevitabilidad del peligro se describe en el hecho de que el sujeto no tenga otro medio para salvar a la persona o al bien en riesgo, infiérase así que todas las formas de poderlo evitar que no sea la de apelar al acto delictuoso quedarían excluidas. Un criterio tan absoluto es merecedor de ciertos señalamientos, pues el tribunal, después de ocurridos los hechos, decide que había otro modo de evadirlo distinto al utilizado por el sujeto actuante. De ser así en la experiencia diaria, ningún caso procedería a la apreciación del estado de necesidad, toda vez que casi siempre el sujeto podría haber recurrido a otros medios u otras vías para conseguir la protección

de la persona o bienes del peligro amenazante, además el tribunal no podría exigir que quien obra en la urgencia de una situación peligrosa, observe aquella prudencia, haga aquellos cálculos que hubiese seguido en situación totalmente normal. Emilio Mira y López ilustra la complejidad del asunto al plantear que ante un peligro, la primera intención es huir de él, pero al parecer que se puede evitar, sobreviene un brusco cambio emocional que impulsa al ataque o destrucción del mismo, gracias al instinto de conservación (López, 1954). La ley cubana exige que el bien salvado tenga que ser más valioso que el sacrificado. En la práctica, establecer el valor de los bienes resulta dificultoso.

Enrique Bacigalupo considera que el merecimiento de protección de un bien concreto va a estar relacionado con determinada situación social (Bacigalupo, 1996), de ahí que lo que fue de relevante importancia para el derecho en tiempo pasado, pudiera no tener la misma connotación actualmente. Tratar los bienes de la misma especie no resulta siempre tan simple, por cuanto, puede ocurrir que los objetos particulares de que se trata, estén vinculados en su subsistencia o integridad, a otros, en cuya conservación tenga la sociedad mayor interés. Complicado podría resultar el caso en el que la proporcionalidad debe determinarse entre bienes iguales, en donde para Juan Bustos el conflicto entre vidas humanas no se podrá apreciar en estos casos (Ramírez, 1999); sin embargo sobre la lógica acogida por el legislador cubano, resultaría inadmisibles en un estado de derecho sostener que estaría justificado eliminar diez vidas para salvar cien, o que se procediera a sacrificar a un paciente moribundo con tal de preservar a otro en mejor estado de salud.

Al ser los dos bienes jurídicos no sólo heterogéneos, sino además absolutamente incalculables, el problema es de tal naturaleza que resulta imposible afirmar si los dos son iguales, o si uno de ellos es menor que el otro. Juan Bustos Martínez llama la atención sobre la dificultad que presenta tratar bienes esencialmente abstractos que entran en conflicto, como el honor y la libertad de conciencia, entre otros (Bustos, 1999). Es importante considerar que al momento de valorar un bien no es correcto depender exclusivamente de su calidad, sino, también, de las características del daño evitado al defendido y del causado al lesionado.

En la ponderación entre daños reales y potenciales, no sólo habrá que considerar el valor y la magnitud de estos, sino también el significado funcional de los bienes en juego y la eventual irreparabilidad del daño causado. A partir de la disponibilidad que se tiene sobre un objeto, sería bueno esclarecer si el consentimiento del titular del derecho pudiera excluir la afectación, y dado que dicha afectación es un presupuesto de tipicidad, también la excluiría según sea el caso. En un conflicto entre bienes personalísimos, donde sólo la concurrencia del consentimiento puede permitir la intervención, se produce gran incertidumbre, por lo que sería apropiado precisar sobre la no disponibilidad de los mismos a la hora de actuar ante el mal que provoca el peligro, y sobre qué criterios y requisitos se sostendría esta limitación.

La exigencia de que se cause un mal para evitar otro superior, deja aún un margen en el medio a elegir, el que pudiera provocar un resultado innecesariamente mayor (Balestra, 1998). En el conflicto de deberes que se puede apreciar en el estado de necesidad, el problema surge a la hora del agente realizar algo contrario al dictado de la norma jurídica en apego al cumplimiento de un deber que debe y puede observar (Villanueva, 2004). Al respecto la nota distintiva en este sentido alude al deber de obediencia que tiene el agente, y por otra parte, al deber de sumisión que pretende obligar a respetar a otra persona.

Esta situación se manifiesta en la no apreciabilidad de la eximente en el caso de que el agente tenga el deber de arrostrar el peligro que amenace a su persona, inciso 3 del artículo 22 del Código Penal Cubano, con relación al artículo 25 de dicho ordenamiento jurídico (Ley No 62, 1987). Tales cuestionamientos alcanzan mayores niveles de complicación al no existir claridad en cuanto a los presupuestos teóricos prácticos que han de darse para que se pueda reconocer la eximente del estado de necesidad, aún si las diferentes formulaciones doctrinales dedicadas a puntualizar el cuándo, no logran solucionar la problemática existente. Por lo cual urge elaborar una formulación legal en la que se describa cada uno de los rasgos que han de caracterizar la causa de justificación objeto de análisis.

En cuanto a los estudios existentes en relación al tema, se aprecia en la dogmática contemporánea un amplio desarrollo en países como Alemania, España y Argentina. Resaltan autores como Claus Roxin con el texto *Derecho Penal, Parte General*;

Santiago Mir Puig con el texto *Derecho Penal*, y Eugenio Raúl Zaffaroni con su *Tratado de Derecho Penal*. Por su parte, la doctrina cubana ha tratado escasamente el tema. No obstante, resalta la investigación realizada por Renén Quiroz Pérez con su *Manual de Derecho Penal General* tomo III, en el cual se abordan aspectos puntuales sin profundizar en demasía en la problemática existente.

La actualidad de la investigación es ostensible toda vez que urge formular los presupuestos teóricos prácticos que han de darse para que se pueda reconocer la eximente del estado de necesidad como causa de justificación de la responsabilidad penal. Con ello se contribuirá a una correcta regulación en el Código Penal de la referida eximente, eliminándose las limitaciones que padece, lo cual dotará al órgano judicial de un instrumento eficaz que le permita dictar fallos acordes a derecho.

En la ciencia, en sentido general, el conocimiento actual cancela todo el conocimiento del pasado y ocupa su lugar. El conocimiento futuro convertirá en anticuado el conocimiento presente, el cual es por el momento el más aceptable (Menocal, 2004). Por ello, en el presente trabajo se concretan una serie de consideraciones que propiciarán un proceso de reflexión sobre la justificación como concepto básico de la Teoría del Delito y su fundamento material.

Los antecedentes antes referidos posibilitan que el **problema científico** se exprese en los siguientes términos: en la legislación penal cubana existen limitaciones para que se pueda reconocer la eximente del estado de necesidad como una causa de justificación de la responsabilidad penal, las que trascienden al momento de determinar su apreciación.

En correspondencia con lo expresado se precisa como **objetivo general**: Formular los presupuestos teóricos prácticos que se han de valorar para que se pueda reconocer la eximente del estado de necesidad como una causa de justificación de la responsabilidad penal, a partir de la inclusión de dichas exigencias en la Parte General del Código Penal, lo cual permitirá determinar si, debido a las circunstancias concurrentes, corresponde justificar al sujeto.

Para darle cumplimiento a lo anterior se plantean los **objetivos específicos**, los que a continuación se relacionan, y que se corresponden con los distintos capítulos del trabajo:

1. Valorar el fundamento jurídico de las causas de justificación como condiciones que eliminan la antijuridicidad de la conducta típica al convertir en jurídica una conducta que de otra manera sería contraria al derecho.

2. Caracterizar la eximente del estado de necesidad como un caso de justificación a partir de los elementos y requisitos que han de darse para que se estime un hecho típico en lícito, de acuerdo con los fundamentos doctrinales existentes, tanto nacionales como foráneos, y su regulación en la norma penal sustantiva.

Se define como **objeto de la investigación** la eximente del estado de necesidad. El **campo de acción** se precisa por los presupuestos teóricos prácticos que han de darse para que se pueda reconocer la eximente del estado de necesidad como una causa de justificación de la responsabilidad penal.

A tenor con lo expuesto se trazan las siguientes **interrogantes científicas**:

- a) ¿Cuáles son los criterios para determinar si una conducta es justificable acorde a Derecho?
- b) ¿Cuáles son los fundamentos en los que se sustenta la eximente del estado de necesidad como una causa de justificación de la responsabilidad penal?
- c) ¿Qué características presenta la regulación de la eximente del estado de necesidad como causa de justificación de la responsabilidad en el Código Penal Cubano?

La investigación analiza un problema científico en sus diversos aspectos, cuestiona normas jurídicas vigentes, cuyo contenido es de carácter teórico doctrinal. En ese sentido los **métodos de investigación** empleados son: *el histórico lógico*, que permite conocer el surgimiento y desarrollo de la eximente del estado de necesidad en Cuba; *el exegético*, que facilita profundizar en su regulación; así como *el jurídico comparado*, que posibilita cotejar o contrastarla con otros textos normativos, tales como España, México, Argentina, Estados Unidos, Perú y Panamá, con la finalidad de establecer sus diferencias y semejanzas. Además, se utilizan la *inducción-deducción* y el *análisis y síntesis*.

Las técnicas de investigación empleadas son: la *revisión bibliográfica* y el *análisis de documentos*. La que se aplica a la literatura existente en las diversas ramas del saber, tales como Filosofía, Historia, Psicología, conjuntamente de la doctrina penal;

se comienza por las fuentes primarias, prosiguiéndose con las secundarias o indirectas. Entre los autores extranjeros más consultados están los de Alemania, España y Argentina. En el ámbito nacional se analizan los que han investigado sobre el tema, con trascendencia para el desarrollo del trabajo, mencionados con anterioridad.

La *segunda técnica* se emplea para analizar las sentencias del Tribunal Supremo Popular, publicadas en los Boletines del propio órgano desde el año 1870 hasta la actualidad cuya cifra es 57. Se profundiza en las pronunciadas a partir del 2000, en busca de un mayor grado de actualidad en el examen efectuado, las cuales constituyen el 68.42% de las estudiadas. Del total analizado, 70.18% corresponde a una fecha posterior a la vigencia del actual Código Penal.

Los principales resultados a obtener son:

1. Se formulan los presupuestos teóricos prácticos que han de darse para que se pueda reconocer la eximente del estado de necesidad como una causa de justificación de la responsabilidad penal.
2. Se contribuye a una correcta regulación del estado de necesidad como una causa de justificación y a la impartición de justicia.
3. Se favorece la delimitación entre causas de justificación, de exculpación y causas de inimputabilidad.

La tesis está estructurada en dos capítulos. El **primer capítulo** contiene el fundamento jurídico de las causas de justificación como condición que elimina la antijuridicidad de la conducta típica, al convertir en jurídica una conducta que de otra manera sería contraria al derecho y su manifestación en la eximente de estudio. El **segundo capítulo** contiene la evolución histórica y las características de la eximente del estado de necesidad en el ordenamiento penal cubano a partir de los elementos y requisitos que han de darse para que se estime que le es justificable al sujeto la conducta típica y los presupuestos teóricos prácticos que han de darse para que se pueda reconocer la eximente del estado de necesidad como causa de justificación de la responsabilidad penal. Además, se le adicionan las conclusiones y recomendaciones resultantes de la investigación, así como la bibliografía consultada.

Según lo valorado y de acuerdo con los resultados obtenidos, la investigación se clasifica como jurídico - descriptiva - propositiva (Añón, 1993). Lo expresado está determinado por el estudio dogmático y caracterización tanto normativa como jurisprudencial que se realiza sobre el estado de necesidad como una causa de justificación. Así como que se determinan los presupuestos teóricos prácticos que han de concurrir para que se pueda reconocer la citada eximente, realizándose propuestas de modificación a su actual regulación en el Código Penal Cubano.

CAPITULO I: EL FUNDAMENTO JURIDICO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION Y EL ESTADO DE NECESIDAD

El capítulo constituye la base teórica – doctrinal de la investigación y tiene como propósito valorar el fundamento jurídico de las causas de justificación de la responsabilidad penal y su manifestación en la eximente del estado de necesidad, a partir del contexto histórico – socio – jurídico en que se ha desarrollado su reconocimiento por la dogmática penal.

1.1 El reconocimiento de las causas de justificación en la dogmática penal

1.1.1 La antijuridicidad en el Derecho Penal

La antijuridicidad desde la perspectiva del Derecho Penal determina que el autor, al realizar una conducta tipificada en la ley penal, ha lesionado una norma vigente del ordenamiento jurídico y ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos protegidos justamente por dicho ordenamiento. El positivismo del último tercio del siglo pasado y de comienzos del actual, origen de las bases del moderno concepto de delito, había concebido la antijuridicidad como referida únicamente a la competencia objetiva de la acción. Beiling consideró al tipo como la mera descripción objetiva de una conducta determinada, totalmente extraña a todo juicio de valor jurídico (Beiling, 1944). De modo que, para que coincidiera con el pensamiento que imperaba en la época, la antijuridicidad no era otra cosa que lo que contrariaba al derecho positivo, lo que la caracteriza como formal.

De todas maneras, el sistema era sencillo, sólo había que constatar la ausencia de causas de justificación, sin embargo fue criticado por pretender separar radicalmente, el aspecto objetivo y subjetivo del delito (Pozo, 1987). El más alto exponente del positivismo jurídico fue, precisamente, el normativismo fundado por Hans Kelsen en la conocida Escuela de Viena (Kelsen, 1934); sin embargo como todo fenómeno del pensar y el ser, no existió sin contraposición. En efecto, señala Emilio Menéndez, que esa abominación de la especulación metafísica propia del positivismo, ese querer liquidar todo el contenido valioso de la vida en la observación empírica de los hechos, este no querer explicar nada, siquiera con un poco de traviesa aventura de

la imaginación, más que esclavizar la observación de los sentidos a lo factual, sin remontar el pensamiento a otras zonas que no fueran a de lo inmediato, tuvo su término, ya que se comenzó a sentir la inquietud por una más pretenciosa filosofía (Menéndez, 1946). El alejamiento del Positivismo Científico y el viraje hacia el neokantismo como corriente idealista surgida en Alemania a finales del siglo XIX, conducen a que en el Derecho Penal, en lugar del método de las ciencias naturales consistente en observar y describir, apareciera un método propio de las ciencias humanas consistente en comprender y valorar (Toste, 2003). Así se recupera para la dogmática, la dimensión jurídica, esto es valorativa.

Con el pensamiento de Welzel no sólo va a ampliar las categorías, que la teoría neokantiana había logrado, sino que se subjetiviza el injusto, de modo tal que se va a exigir también el tipo subjetivo en las causas de justificación, que conllevan como mínimo, que el sujeto tenga la voluntad de defenderse (Shunemann, 1991). Welzel entiende la antijuridicidad como un juicio de valor que se pronuncia sobre la conducta típica a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico. El objeto que es estimado como antijurídico, es decir, la conducta del hombre, constituye una unidad de elementos objetivos y subjetivos. Así, hace una diferencia entre antijuridicidad e injusto, al ser el primero de ellos el que designa una propiedad de la acción típica, vale decir, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho penal, mientras que el segundo es la conducta antijurídica misma (Welzel, 1987).

De lo expuesto se podría pensar que un hecho típico será necesariamente antijurídico, puesto que si está regulado por la norma penal es porque afecta el ordenamiento jurídico. No obstante, esto no va a ser siempre así, ya que pueden concurrir causas de justificación que hagan que la conducta típica no sea considerada como antijurídica. Si es que no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es la constatación de la culpabilidad del autor del hecho típico y antijurídico (Conde, 1991). Producto de las ideas de Liszt, se abrió el camino y se promovió la distinción entre antijuridicidad formal y material.

Una acción es formalmente antijurídica al contravenir una prohibición o mandato legal, y materialmente en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva que no se puede combatir suficientemente con medios

extrapenales (Liszt, 1927). La importancia de esta distinción está dada en el hecho de que sobre la antijuridicidad material se va a desarrollar y determinar el contenido de las causas de justificación. De esta manera puede existir antijuridicidad material sin que concurra la antijuridicidad formal, al existir en el ordenamiento jurídico normas permisivas que facultan a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos bajo ciertas circunstancias, lo que determina que no se lesione dicho ordenamiento (Hidalgo, 2007). Además el tema tiene relevancia en los casos de conductas típicas que no han hecho peligrar el bien jurídico, con lo cual la conducta deja de ser antijurídica.

El contenido material de la antijuridicidad no se va a agotar en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico ya que además es necesario valorar la acción que dio lugar a la vulneración del bien. A partir de la teoría finalista de Welsel, lo determinante de la acción es la voluntad que se busca con la realización de la misma. De esta forma surge el desvalor de la acción que consiste tanto en las modalidades externas del comportamiento del autor, como en las circunstancias que incurrir en su persona. De ahí que se distinga entre el desvalor de la acción referido al hecho y al autor (Jescheck, 1981).

Esto quiere decir que la acción de matar a otro no será valorada igualmente al ser cometida con dolo que con imprudencia, lo cual explica que se pueda hablar de tipo de injusto doloso y tipo de injusto imprudente (Basoco, 1989). Asimismo, no se valorará de igual manera el modo o grado en que se comete el ilícito. De lo dicho queda claro que en el Derecho Penal no puede haber injusto de resultado sin injusto de acción. Sólo serán antijurídicas las lesiones o puestas en peligro de un bien jurídico que deriven de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico y sólo serán antijurídicas las acciones que vulneren los valores que fundamentan a los bienes jurídicos protegidos, ya que están perfectamente entrelazados (Peña, 1988). Con Jakobs y Roxin se va a tomar otro camino.

En el funcionalismo de Jakobs existe una perspectiva distinta del concepto antijuridicidad. Para él, el Derecho aparece como un ente regulador de la sociedad, en la cual existen contactos sociales entre personas. Estos contactos son una señal de que quien lo inicia no va a esperar que la otra persona realice un comportamiento imprevisible con un desenlace indeterminado, sino que pretenderá que adecue su

comportamiento conforme a las normas vigentes en la sociedad. Esto se conoce en el funcionalismo como expectativa normativa (Jakobs, 1997). Es bajo este fundamento que construye el concepto de acción, entendido como el sentido jurídico que comunica o expresa el comportamiento como el no reconocimiento de la vigencia de la norma. La diferencia entre el concepto funcionalista de acción, y el concepto finalista de acción radica en que en el funcionalismo el reconocimiento de la vigencia de la norma puede ser completo sin que se produzca un resultado externo del delito, al bastar que el autor haya dado principio a la producción del resultado. El resultado será para Jakobs una ulterior objetivación que incrementa cuantitativamente el movimiento corporal.

En el caso del finalismo, en cambio, es necesaria la producción de un resultado, puesto que lo determinante de la acción para esa corriente dogmática es la voluntad final que se busca con la realización de la acción. Roxin, influenciado por su concepción de política criminal, va a concebir la antijuricidad como el ámbito en donde se solucionan los conflictos sociales. Una acción antijurídica es para Roxin materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva (Roxin, 2000). A partir de este momento el sistema bipartito comenzó a tomar fuerza. De manera que los dos testamentos más importantes van a ser la antijuridicidad y la culpabilidad, y pasa la tipicidad a tener una función con el fin de obtener el injusto penal.

Existe una relación de valoración entre el tipo y la antijuridicidad, pero sólo como base para conocer la antijuridicidad. Así, probada la causa de justificación desaparece la antijuridicidad, aunque persiste la tipicidad, pero sin la fuerza que tenía antes de la demostración de su causa de exclusión. La teoría de la antijuridicidad no se refiere a la persona, esto es al autor, sino que se está en el ámbito del hecho, y de un juicio de valor, obviamente negativo sobre él. El juicio sobre el autor se encuentra en la culpabilidad, en donde se realiza el juicio de reproche respectivo. Desde este punto, no hay duda alguna de que existe una función de valorización anterior a la de determinación (Sánchez, 1984). En este escalón de la teoría del delito es donde se ha analizado por qué se ordena una conducta y no otra.

La antijuridicidad implica que el autor de un hecho típico ha infringido una norma que está exigiendo su validez. De tal modo que si ésta es negada, la consecuencia es que ella ha retrocedido frente a otra norma, con el resultado de que no existe violación de la primera. Para Engisch existe una valoración entre ambas normas, de modo tal que se le reconoce al autor el derecho a actuar y, lo que es más, hacerlo típicamente. De ahí la afirmación de que no hay posibilidad de zonas libres para el derecho, o zonas neutras; o se está dentro de lo jurídico o se está en contra de la norma (Engisch, 1960).

En resumen, ante la existencia de un comportamiento que se puede subsumir dentro de un supuesto de hecho legalmente establecido en algún tipo de delito habrá una conducta típica. Cumplida esta fase, el juez deberá valorar si es que existe alguna causa de justificación, de no ser así, la conducta, además de típica, será antijurídica (Welzel, 1956). Un hecho típico será necesariamente antijurídico, puesto que si está regulado por la norma penal es porque afecta el ordenamiento jurídico. No obstante, esto no va a ser siempre así, ya que pueden concurrir causas de justificación que hagan que la conducta típica no sea considerada como antijurídica (Treviño, 1983).

1.1.2 Las causas de justificación en el Derecho Penal

Para el Derecho Penal las causas de justificación son aquellas circunstancias que de concurrir en el caso concreto convierten en lícita la comisión de un acto penalmente prohibido por la ley. Estas han discurrido, en el orden histórico legislativo, por dos etapas principales. En una primera fueron previstas, asociadas sólo a particulares delitos. El caso más típico es el de la legítima defensa que se vinculaba directamente con los delitos contra la vida y contra la integridad corporal. En una segunda y más reciente etapa, fueron llevadas a la parte general de los códigos penales, con el fin de favorecer la posibilidad de su apreciación en todos los delitos, o por lo menos, en una amplia diversidad de ellos (Pírez, 2005).

Como se ha mencionado anteriormente, el hecho típico no será antijurídico al concurrir una causa de justificación. Cerezo Mir considera que las causas de justificación son casos especiales de excepción que excluyen la antijuridicidad de la conducta en principio típica, haciendo que ésta sea conforme a Derecho, vale decir,

justificada (Cerezo, 2000). Para Carlos Fontán la relación figura de delito y causa de justificación responde al esquema de regla - excepción. Estima, que en las abstracciones contenidas en las figuras penales, la ley contiene la regla que encuentra su excepción en las disposiciones del mismo texto legal que prevén las circunstancias dentro de las cuales una conducta es legítima. Sistema que cataloga como el primero y más firme paso en materia de justificación (Balestra, 1998). Con ello no se alude, a la mayor o menor frecuencia de los casos de una u otra, sino a que la figura delictiva constituye la afirmación de la antijuricidad del hecho, en tanto no intervenga una causa de justificación que la excluya.

Desde este punto de vista las figuras delictivas constituyen normas prohibitivas y las causas de justificación normas permisivas. Las primeras son aquellas que prohíben con carácter general y abstracto la realización del supuesto de hecho previsto en la figura, las que resultan interferidas, en ciertos casos, por otras normas llamadas permisivas, que eliminan la valoración de la ejecución del hecho delictuoso como ilícita, o sea, que justifican ese hecho y excluyen, por lo tanto, su antijuridicidad. La denominación norma permisiva, empleada en esta materia para referirse a las causas de justificación, significa sólo que tales normas operan al permitir, autorizar o facultar, lo que por regla general está prohibido.

Con esta expresión no quiere afirmarse que las causas de justificación se hallan formuladas siempre como autorizaciones o permisos de los que el destinatario puede hacer uso o renunciar a su ejercicio. Ellas revisten la forma de un mandato de índole imperativa que no sólo autoriza o permite, sino que impone la realización de la conducta y con ella la materialización del hecho delictuoso previsto en la correspondiente figura de delito. Esta idea fundamental acerca de la relación figura de delito - causa de justificación desempeña, además, otro importante cometido al definir la naturaleza estrictamente normativa tanto de la antijuridicidad como de las causas de justificación, lo cual, para Renén Quiroz, implica el rechazo de las eximentes apreciables al margen de la ley, fuera de las expresamente previstas en la legislación penal (Pírez, 2005).

Por lo que sólo podrán considerarse causas de justificación aquellas que de modo taxativo se enuncien y reconozcan en la ley. Hasta ahora no se ha logrado una

sistematización fructífera de las causas de justificación, y la verdad es que tampoco se puede lograr de modo cerrado y definitivo. Los puntos de vista que pueden dar lugar a que se excluya el injusto material de un hecho pese a encajar en el tipo son muy variados, y el número de causas de justificación procedentes de todas las partes del ordenamiento jurídico es amplio. Mientras que las clases de delitos descritas en los tipos representan una cierta estática, a través de las causas de justificación penetra la dinámica de los cambios sociales en la teoría del delito.

La concesión de derechos de intromisión hace referencia a que el afectado no sólo ha de renunciar a una legítima defensa contra la actuación del legitimado, sino que también tiene que soportarla de modo general, sin poder invocar otras causas de justificación para efectuar una defensa lesiva de bienes jurídicos. Las causas de justificación tienen como objetivo la protección excepcional de intereses que se estiman más valiosos. Si la acción salvadora se permite es, más bien, por la posibilidad real de protección del bien jurídico más valioso, que aparece asociada a ella. Las justificantes difieren radicalmente de las otras eximentes de responsabilidad penal; porque si bien todas impiden la configuración del delito, cada una elimina un elemento esencial diverso. De ahí que haya tantas, como elementos integran el ilícito penal, más las de imputabilidad, que afectan el presupuesto necesario de la culpabilidad.

La distinción de estas excluyentes no es puramente especulativa, sino de incalculable interés práctico. Quien actúa con derecho por encontrarse en la hipótesis de alguna de las causas de justificación no puede, en términos generales, exigírsele ninguna responsabilidad penal o civil, ni tampoco a los copartícipes. Sebastián Soler expresa que las justificantes son objetivas, es decir referidas al hecho e impersonales, en cambio las otras eximentes son de naturaleza subjetiva, personal, e intransitiva y por lo mismo no aprovechan a los partícipes ni eliminan la responsabilidad civil, puesto que subsiste la antijuridicidad de la conducta (Soler, 1992). Quienes intervienen con el que actúa al amparo de una causa de justificación, también se benefician con ella, porque en la última instancia, resultan en cooperación en una actuación perfectamente jurídica, reconocida por el Derecho.

Su característica fundamental es la de excluir totalmente la posibilidad de cualquier consecuencia jurídica, no sólo penal, sino también civil, administrativa. En el ordenamiento penal cubano, sin embargo, el único dato con el que se puede identificar una causa de justificación es la exclusión de la pena. Esta situación conforma el trasfondo de toda la discusión relativa a si el estado de necesidad es una causa de justificación o de inculpabilidad o simplemente una excusa absolutoria.

Resulta insuficiente recurrir a un criterio estructural, pues las eximentes todas tienen una estructura idéntica, en donde al existir ciertas circunstancias, la pena no es aplicable. Fruto de los intentos de la doctrina, de elaborar un sistema de causas de justificación, no sólo con el objeto de fundamentar debidamente cada una de éstas; sino para formular directrices generales, se ha dado lugar a dos teorías: la teoría monista de la justificación y la teoría pluralista de la justificación.

a) Teoría monista

Opera con un único principio, mientras que la segunda opera con más de uno. Las teorías monistas tienen que recurrir a un alto grado de abstracción para poder incluir los supuestos que estiman justificantes. Históricamente ha sido especialmente importante la llamada teoría del fin; conforme a la cual la acción no es ilícita si constituye el medio adecuado y justo para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico. En este sentido, se ha sostenido que son causas de justificación las que responden a la idea de más utilidad que daño social, al plantear Sauer como ley jurídica fundamental el principio de más beneficio que perjuicio (Sauer, 1956), o de utilización de un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico (Donna, 1995).

Conforme a Derecho es una actuación que en su tendencia general le garantiza a la comunidad estatal de modo generalizado más beneficio o provecho que perjuicio. Sin embargo, estos criterios se muestran como excesivamente amplios para permitir una distinción entre las causas de justificación y las que no lo son, pues todo depende de lo que se considere como socialmente útil, o como adecuado al fin reconocido por el derecho.

b) Teorías pluralistas

En las teorías pluralistas de manera distintas deducen de la naturaleza de lo ilícito una pluralidad de principios que, en realidad, pretenden explicar por qué ciertos casos deben considerarse causas de justificación. De esta forma, al considerar la esencia de lo ilícito como una lesión de intereses, sólo cabe aceptar dos principios justificantes: el principio de la ausencia de interés y el principio del interés preponderante (Mezger, 1963). El primero de ellos hace referencia al consentimiento del ofendido. Se trata sustancialmente de asignar un lugar autónomo en el sistema de las causas de justificación al consentimiento presunto, en donde lo que hay que ponderar es la voluntad presunta del titular del bien jurídico frente a la posibilidad de que en el momento de la intromisión haya una voluntad real distinta, pero no comprobable, del titular del bien jurídico.

El segundo procura dar cuenta del fundamento justificante del ejercicio de deberes especiales y de los llamados derechos de necesidad. En estos casos el orden jurídico da preeminencia a un bien jurídico sobre otros y, por lo tanto, la lesión producida en esas circunstancias debe ser justificada. El principio del interés preponderante se interpreta de manera diversa en cada caso. En uno es preponderante la salvación de un bien jurídico de más valor que el que se sacrifica, como se observa en el estado de necesidad; en los otros, prepondera un interés que es independiente del valor de los bienes jurídicos en juego, visto en el cumplimiento de un deber y la defensa necesaria.

Aunque las diversas fórmulas acentúan de modo algo diferente el principio rector de la justificación, todas resultan iguales en tanto ellas no se pueden derivar resultados concretos. Pues saber cuál es el medio justo para el fin justo, qué conducta produce más beneficio que perjuicio, o qué valor es el superior, qué interés el preponderante y qué pretensión del bien es la que tiene rango prioritario, es algo que no se puede reconocer al partir de esas fórmulas. Sin embargo, existe un sector de la doctrina actual que entiende que debe dejar de lado estas teorías, pues si bien es cierto que las causas de justificación tienen cierto rasgo o principios generales comunes, es preferible examinar el o los fundamentos específicos o diferenciadores de cada una de ellas (Zipf, 1989), (Peña, 1995), (Conde, 1991).

Una regulación social correcta de los intereses en pugna es para Roxin la clave en las causas de justificación, al perfilar la antijuridicidad material mediante la elaboración de los principios ordenadores sociales en los que se basa. Aquí se resalta la existencia de un número ilimitado de principios que, combinados, determinan el contenido de las causas de justificación. Los principios de autoprotección y de prevalencia del derecho servirán de base a la regulación legal. (Roxin, 2008). Es decir, cualquier persona tiene derecho a defenderse de ataques antijurídicos con el fin de evitar daños a sus bienes jurídicos, aún si el sujeto puede sustraerse al ataque.

Al evaluar este principio de prevalencia del derecho, en todos los casos, y la regla de que el derecho no tiene que ceder nunca ante el injusto, lleva a que en la legítima defensa quede desplazado el principio de ponderación de bienes, por lo cual se podría matar para salvar otros bienes propios de menor valor. No obstante preventivamente, Roxin pone límites a la auto protección y la prevalencia del derecho en los casos de absoluta desproporción entre los bienes jurídicos de modo tal que no estaría justificada la defensa. Al desarrollar un concepto que ampare el estado de necesidad prefiere tomar el principio de la ponderación de bienes y autonomía de la personalidad (Roxin, 2008).

El tema quizás más controvertido con respecto a las causas de justificación es la inclusión de los elementos subjetivos dentro de ellas. Por un lado, desde el punto de vista de la teoría final de la acción, toda causa de justificación tendrá elementos objetivos y subjetivos, los que van a estar compuestos por la voluntad final del sujeto de actuar amparado en una de esas causas (Welzel, 1987). Asimismo, un sector de la moderna doctrina penal reconoce también que las causas de justificación cuentan con un elemento subjetivo, consistente en el conocimiento por parte del sujeto de que actúa justificadamente (Roxin, 1997), (Conde, 1991), (Zipf, 1989).

Se ha llegado a proponer por Cerezo Mir que en adición al conocimiento de la actuación justificada, se agregue al elemento subjetivo un ánimo específico o voluntad de cumplir la actuación justificante; el *animus defensionis* o *defendendi* (Mir, 1985). Por otro lado, existen posiciones doctrinarias que rechazan los elementos subjetivos en las causas de justificación, aunque no siempre bajo el

mismo sustento. Desde este punto de vista de la teoría causal, se estima que la acción es la producción o la no evitación voluntaria de un cambio en el mundo externo, lo que deduce como requisito indispensable la producción de un resultado perceptible por los sentidos y dependiente del querer.

De esta manera, el juicio sobre la antijuridicidad sólo podrá referirse al acontecimiento externo, y éste quedará justificado cuando aparezca objetivamente adecuado a una causal de justificación. Defensor de esta posición es Enrique Cury, para quien las causas de justificación carecen de todo elemento subjetivo (Urzúa, 1982). De distinta forma, Antón rechaza también la inclusión de ánimos específicos en las causas de justificación, salvo en caso que la ley lo exija (Antón, 1990). No obstante desde la posición que se ha sustentado ello no es posible, y por ende se exige que existan también los elementos subjetivos, o si se quiere un tipo subjetivo. De la misma forma, una consideración puramente subjetiva de la justificación contradice la forma en que operan las permisiones, es decir, las causas de justificación.

La permisión no puede hacer depender la excepción de la prohibición sólo de la representación de aquel al que se otorga el permiso, pues el riesgo de un uso erróneo de la permisión afecta de manera primaria a un tercero, titular del bien jurídico lesionado, mientras que al autor sólo lo afecta en forma secundaria con respecto a eventuales consecuencias penales (Kaufmann, 1997). Un punto de vista que combine el criterio objetivo y subjetivo, resulta ser, en verdad, el que mejor responde a una estructura de lo ilícito que reconoce un desvalor del resultado junto a un desvalor de acción y que, en la teoría de la justificación debe requerir paralelamente la exclusión tanto del desvalor del resultado como del desvalor de acción.

Por lo tanto, ante la situación de colisión de bienes jurídicos habrá que tener en cuenta los llamados elementos subjetivos de la justificación, es decir el conocimiento de la situación de necesidad por parte del autor. Los efectos de las causas de justificación determinan la exclusión completa de responsabilidad penal y civil por la realización del hecho típico para el autor. La extensión del efecto justificante a los partícipes, eximiéndoles de responsabilidad penal y civil por la colaboración en la

realización del hecho típico o la inducción al mismo. Toda causal de justificación concede un verdadero derecho. En base a ello se deduce que el titular del derecho puede hacerlo valer hasta el límite de la fuerza, si ello fuera necesario. Con lo cual quien se encuentre lesionado en sus intereses, por la persona que ejerce el derecho, carece de derecho de defensa frente a quien tiene su acción justificada, por lo que no será posible ejercer legítima defensa contra el que obra justificadamente.

1.2 El estado de necesidad en la dogmática penal

En el ámbito de la teoría del delito, existen básicamente dos grupos de doctrinas sobre la posición sistemática del estado de necesidad. Las unificadoras y las diferenciadoras, las que a su vez admiten distintos matices teóricos internos. Así, entre las teorías unificadoras existen sectores de la doctrina que estiman que el estado de necesidad es siempre un problema de justificación, es decir, que halla su lugar sistemático en el aspecto negativo de la antijuridicidad, y sectores que por su parte lo consideran siempre un problema del ámbito negativo de la categoría de la culpabilidad, en términos de una causal de exculpación o excusa.

Por su parte, conforme a las teorías diferenciadoras, la ubicación sistemática del estado de necesidad está condicionada por el valor de los bienes jurídicos en disputa, es decir, si los bienes, los intereses en conflictos son desiguales, en el sentido de que el bien que se lesiona con la acción necesaria es de menor valor que el que se salvaguarda, el conflicto será resuelto en la categoría de la antijuridicidad bajo la figura de una causa de justificación; mientras que, si los bienes en juego tienen una entidad jurídica simétrica, o en otros términos, si el mal que se ocasiona es equivalente al que se evita, el conflicto será tratado entonces como un estado de necesidad que excluye la culpabilidad.

1.2.1 Teorías sobre el estado de necesidad

a) El estado de necesidad como una causa de exculpación

Postulada en sus orígenes por Feuerbach, fue Goldschmidt quien la describió y sentó sus bases (Golschmidt, 2010), para luego ser defendida por Mayer (Mayer, 2007) y Frank en Alemania (Frank, 2000). Goldshmidt defiende esta postura basado en su

concepción normativa de la culpabilidad jurídico - penal, y en la regulación vigente en el ordenamiento jurídico del Imperio Alemán, en la cual existía un derecho de necesidad previsto en las normas del Derecho Civil, que para Goldshmidt es de carácter general y objetivo, porque el bien lesionado es de menor entidad que el salvaguardado. Por lo que queda así un estado y no un derecho de necesidad como problema del Derecho Penal, que debía tratarlo como un asunto de la culpabilidad (Golschmidt, 2010). Mayer considera el estado de necesidad junto a la coacción, como especies de una causa de exculpación genérica: la necesidad (Mayer, 2007). Frank, por su parte, consideraba que la atribución de la figura a la categoría de la culpabilidad era posible a partir de su concepción no psicológica, mediante la cual es posible incluir como elementos de la misma, al lado del dolo y la imprudencia, otros elementos concomitantes bajo los cuales es realizado el hecho, entre ellos el estado de necesidad y la imputabilidad (Frank, 2000). Justamente por sus consecuencias, la unificación en la culpabilidad hoy se encuentra prácticamente abandonada. Si el estado de necesidad fuera exculpante, significa que cualquiera puede ejercer legítima defensa en contra de quien pretende salvar un bien muy valioso, pues, siempre habría una agresión ilegítima. Afirmar la teoría de la unificación en la culpabilidad sería afirmar que el derecho es indiferente frente a los propios bienes jurídicos que protege, sería una contradicción con toda la teoría del injusto.

b) El estado de necesidad como causa de justificación y como causa de exculpación
Esta teoría se propone la bifurcación del estado de necesidad en causa de exclusión del injusto y causa de exclusión de la culpabilidad, en donde el conflicto de intereses en juego involucre bienes de diferente valor y se salve el de mayor valor, o iguales sin que sea posible afirmar razonablemente que el que se ha sacrificado sea de menor valor que el que se salva. En criterio de Bernal del Castillo, su fundamento dogmático es el principio del interés preponderante, de tal manera que, a efectos penales, queda justificada la lesión típica del bien o valor en cuya salvaguarda el ordenamiento tiene un menor interés como medio de evitar un daño al interés de preferente protección (Castillo, 2001).

La conclusión, tras realizar la actividad ponderativa, de que el interés lesionado es de igual o mayor entidad que el interés que se intentaba salvaguardar, impide la apreciación del estado de necesidad justificante, por no cumplirse el fundamento material de la justificación (Castillo, 2001). En este caso, debe valorarse la posible eficacia exculpatoria del conflicto, de lo cual se deduce que la naturaleza exculpante del estado de necesidad es residual y subsidiaria, fundamentada en principios distintos del interés preponderante, inoperante en este caso, más adecuados a la dimensión subjetiva del conflicto.

El fundamento adecuado para valorar la posible naturaleza exculpante del estado de necesidad es el principio de inexigibilidad (Castillo, 2001). Entre los autores alemanes que siguen la tesis ortodoxa de la diferenciación se encuentra Welsel quien se refiere al estado de necesidad justificante como estado de necesidad del derecho civil y al disculpante como estado de necesidad penal (Welsel 1970). Resaltan autores como Jiménez de Asúa (Asúa, 1961), Mir Puig (Puig, 1983), Cobo (Rosal, 1999), Cuello Contreras (Contreras, 2002), quienes tratan el estado de necesidad disculpante como un supuesto de miedo insuperable que excluye la irreprochabilidad como elemento de la culpabilidad.

Un caso especial en los partidarios de la teoría de la diferenciación es la posición de Cerezo Mir, quien la acepta pero con restricciones tanto para el estado de necesidad justificante como para el exculpante. En cuanto al justificante afirma que el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se ha tratado de evitar siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana. Al ser el mal causado, menor que el que se trataba de evitar, pero se haya cometido una grave infracción del respeto debido a la dignidad de la persona humana, la conducta será ilícita y cabrá frente a ella la legítima defensa. El estado de necesidad sólo podrá tener, en estos casos, la naturaleza de una causa de inculpabilidad (Puig, 2002).

Por su parte, el citado autor con relación al exculpante, manifiesta que es preciso llevar a cabo una interpretación restrictiva de la eximente de estado de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales. En primer lugar, hay que tener en cuenta que

en el estado de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales es menor ya lo injusto, en todo caso el desvalor de la acción, pues, el sujeto realiza la acción típica para salvaguardar otros intereses, de igual entidad, protegidos por el derecho y si consigue salvaguardar esos intereses será también menor el desvalor de resultado (Puig, 2002).

Esta teoría al realizar la actividad ponderativa, en donde el interés lesionado es de igual o mayor entidad que el interés que se intentaba salvaguardar, impide la apreciación del estado de necesidad justificante, por no cumplirse el fundamento material de la justificación. En este caso, se prefiere valorar la posible eficacia exculpatoria del conflicto, por lo que se deduce que la naturaleza exculpante del estado de necesidad es residual y subsidiaria, fundamentada en principios distintos del interés preponderante, inoperante en este caso, más adecuados a la dimensión subjetiva del conflicto.

c) El estado de necesidad neutral o del ámbito libre de valoración jurídica

Esbozada en Alemania por Binding bajo la denominación de teoría del comportamiento neutral, y por Beling (Jakobs, 1997); sin embargo sus antecedentes se remontan a los planteamientos de Hugo Groccio los cuales fueron recogidos por Pufendorf y Kant (Laurenzo, 1990). Ha sido replanteada por Arthur Kaufmann, bajo la presentación de la teoría de ámbito libre del Derecho, el cual estima que el comportamiento realizado en estado de necesidad por conflicto entre bienes disímiles con sacrificio del de menor valor, no alcanza la categoría de comportamiento prohibido, pero tampoco puede ser considerada como un acto permitido, por lo que no puede ser tratado ni como una causa de justificación ni como una de inculpabilidad (Kaufmann, 1997).

Kaufmann plantea que en estos supuestos el ordenamiento jurídico prescinde de realizar una valoración racional sobre el comportamiento de salvaguarda del interés menor involucrado en el conflicto. Abstención que conlleva lógicamente a que dichos comportamientos no puedan ser calificados como conformes ni disconformes a derecho, en la medida que están dentro de un ámbito de libertad propio del derecho y referente a ese espacio del orden jurídico en el que están inmersos los

comportamientos neutros, o que no son desvalorados a través de prohibiciones ni tampoco avalados como permisos por el ordenamiento jurídico (Kaufmann, 1997). Surge entonces con esta teoría, dentro de la entidad conceptual del injusto, una nueva categoría jurídico - penal, para obtener así una nueva configuración sistemática de la antijuridicidad compuesta por tres subcategorías: la de las acciones lícitas o jurídicamente aprobadas; la de las acciones no prohibidas ni autorizadas por el Derecho; y, la de las acciones ilícitas o desaprobadas. (Kaufmann, 1997).

Esta nueva categoría se corresponde con un valor que Kaufmann erige como criterio ético - político que permite explicar la funcionalidad de esta doctrina en un Estado de derecho: el principio de tolerancia. Hay dos precisiones pertinentes en aras de una mejor comprensión de esta directriz doctrinal. En primer lugar, el ámbito libre del Derecho no es plenamente coincidente con el silencio de la ley, porque existen acciones que ontológicamente se adscriben al ámbito de la no valoración jurídica, sin que sea necesario entonces considerar que están allí porque el legislador deliberadamente guardó silencio frente a ellas como por la naturaleza de algunos comportamientos que los mantiene insertos en ese sector de lo neutral del ordenamiento jurídico (Kaufmann, 1997).

En segundo lugar, la aceptación de los comportamientos vinculados al ámbito libre del Derecho no implica la vía libre para la existencia de lagunas jurídicas. Esta formulación genera importantes consecuencias en lo que al momento valorativo judicial respecta, dado que con ella se veda al juez la posibilidad de pronunciarse frente al silencio legal que guarda el legislador ante las conductas frente a las cuales la valoración estatal es neutral (Laurenzo, 1990).

La teoría es discutible, no tanto por la existencia de ese espacio, sino porque en los ejemplos que se presentan entran en juego intereses que el Derecho no sólo protege, sino que tienen, además, un carácter fundamental. El Derecho, ciertamente, no puede ser indiferente frente a la vida, no puede ser neutral, no podría dejarla entregada en caso alguno al libre juego de las fuerzas circunstanciales presentes en cada ocasión. Si así lo hiciera, dejaría de cumplir con su función de proteger bienes jurídicos, de regular los conflictos sociales. Significaría, en definitiva, una renuncia a los fundamentos de su validez y legitimación.

d) El estado de necesidad intermedio

Propuesta por Maurach, sostiene que al lado del estado de necesidad como causa de justificación, se encuentra el estado de necesidad por conflicto entre bienes equivalentes como una causa excluyente de la responsabilidad por el hecho, categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad (Maurach, 1994). En España son partidarios de esta tesis Bacigalupo (Bacigalupo, 1998) y Laurenzo (Laurenzo, 1990). Éstos sitúan el estado de necesidad por conflicto entre bienes equivalentes como una causa excluyente de la responsabilidad por el hecho. Argumentan que este instituto no alcanza a convertirse en un problema de culpabilidad, en la medida que no involucra supuestos de exigibilidad de obrar conforme a derecho, pero sí con directa relación con una notable disminución del contenido de ilícito que implica siempre la salvación de un bien jurídico.

Aunque ello suponga la lesión de otro igualmente tutelado por el Derecho. Según esta doctrina, la categoría de la responsabilidad por el hecho no consiste en un juicio de reproche individualizado que se efectúa sobre el autor por el injusto cometido, como sí sucede con la culpabilidad, sino que simplemente denota en aquél el incumplimiento de las facultades que jurídicamente se presumen permitidas al hombre medio. Premisa de esta consideración es la tesis de que el ordenamiento jurídico contiene presunciones relativas a la normalidad o cotidianidad de las relaciones interpersonales, las cuales involucran valoraciones relativas a los comportamientos riesgosos que deben encararse diariamente para poder hacer posible el curso de la vida social.

Al considerar ínsitas las conductas tendientes a la salvación de los bienes jurídicos cuando éstos se encuentren amenazados o en peligro, y que tienen en su contracara un bien jurídico de similar entidad al que se salva (Laurenzo, 1990). No obstante los contenidos de esta categoría deberían ser reformulados a partir de la función que cumple el Derecho Penal dentro del ordenamiento jurídico, y de conformidad con los fundamentos y las consecuencias jurídicas que cada una de las categorías dogmáticas del delito tiene adscritas. Así, la antijuridicidad se fundamentaría en la exclusión de lo ilícito de aquellas conductas, que al ser típicas, pueden recibir juicio

de aprobación jurídica dado que no son merecedoras de pena, y no cumple en ellas ningún papel la función preventiva del Derecho Penal.

e) El estado de necesidad como causa general y como causa genuinamente penal de justificación

Esta doctrina, más que ser una construcción específica en torno a la posición sistemática del estado de necesidad, lo es de la categoría de la antijuridicidad. Ha sido postulada por Günther y se caracteriza principalmente por acuñar una distinción en la antijuridicidad. Sus orígenes se remontan al objetivo de desarrollo de la funcionalización del sistema del delito propuesta por Roxin, acometido por varios de sus discípulos, entre ellos Günther, para quien el procedimiento de incorporación de criterios teleológico - funcionales a las categorías del delito sustrajo del mismo a la antijuridicidad, centrándose en la tipicidad y la culpabilidad (Jakobs, 2003).

Es por ello, que Günther clasifica esta categoría en dos tipos o clases, a partir de la generalidad o especificidad de las causas que la excluyen, al formular así las categorías de la antijuridicidad general y la antijuridicidad genuinamente penal (Jakobs, 1997). La primera es tratada como un concepto extractado de la teoría general del derecho, cuyo aspecto negativo está conformado por las causas de exclusión del injusto general, y la que le sigue como un concepto al cual corresponde el criterio del injusto penal, cuyo lado negativo está compuesto por las causas de justificación genuinamente del injusto penal o propiamente penales (Jakobs, 1995). Las causas de justificación generales las asimila a lo que la doctrina penal alemana mayoritaria considera normas permisivas de carácter general.

Esta sostiene que excluyen el carácter injusto general del comportamiento, es decir, en todos los sectores del orden jurídico. Las causas de exclusión del injusto penal, por su parte, las considera la regla en materia de exclusión de lo ilícito penal, por ser propio de ellas que no excluyen necesariamente el carácter ilícito de la conducta típica, sino sólo la desaprobación penal de la misma (Jakobs, 1995). Esta clasificación implicaría la postulación de causas de justificación de diversa intensidad o de una tipología de causas de justificación con eficacia justificante decreciente.

1.2.2 El estado de necesidad como una causa de justificación

El estado de necesidad es siempre una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad del comportamiento y por ende del injusto, independientemente de que el bien sacrificado sea de menor o igual entidad jurídica que el salvado (Barbero, 1980). Fundamentada en criterios de prevención penológica esta tesis fue originada en Alemania, en donde la elaboró Hippel, sostenida posteriormente por Maihofer (Gimbernat, 1990), por Sauer (Sauer, 1956), quienes expusieron que entre los caracteres abstractos del delito la antijuridicidad es el círculo amplio y la culpabilidad es el más reducido, debe pues el estado de necesidad encontrar en primer lugar representación, como derecho necesario, entre las causas de justificación mientras que solamente la extralimitación del derecho de necesidad aparece como motivo de inculpabilidad, como un añadido del derecho necesario.

La teoría es suscrita también por buena parte de la doctrina en Italia, a la que advierte Palazzo sobre la necesidad de admitir que el elemento de la constricción a la necesidad pueda permitir una subjetivación de la causal que dé lugar a su tratamiento como un supuesto de coerción psíquica del agente, que no haga irrelevante la entidad de los intereses en juego tal y como sucede con el punto de vista objetivista (Palazzo, 2008). En España, no pocos autores se acogen a ella, algunos como De Toledo y Huerta, añaden algunas precisiones al aceptar la existencia de la justificación en todos los casos en los que el mal que se evita es mayor que el que se causa (Toledo, 1984).

Al referirse al conflicto entre bienes equivalentes, sugieren que cuando el mal que se causa es atípico y el que se evita es típico, no puede darse una equivalencia entre los bienes. Sobre esta última cuestión, habían precisado antes los autores que el mal causado siempre implica la realización de una conducta típica, mientras que el mal a evitar no necesariamente ha de ser producto de un comportamiento tipificado. Cuando no lo sea, el mal causado típico deberá considerarse, por ello, mayor que el mal que se trata de evitar no típico (Toledo, 1984). Para García Arán ante el clásico caso de los naufragos, manifiesta que nada impide que el estado de necesidad aquí opere como causa de justificación, pues no se trata sólo de comparar el valor de los bienes en conflicto, sino de enjuiciar si el sacrificio de uno de ellos para salvar el otro

era la única vía adecuada, dentro de los límites de exigibilidad normales en la vida ordinaria (Arán, 2007). Sin embargo su principal exponente, no sólo allí sino en el contexto de la dogmática penal internacional es Gimbernat (Gimbernat, 1990). Considera Gimbernat que el estado de necesidad tiene siempre el carácter de una causa de justificación en la medida que la antijuridicidad expresa lo que el legislador no quiere prohibir; en ella éste renuncia a motivar al sujeto a pesar de que podría hacerlo a través de la pena, y no lo quiere hacer precisamente porque valora positivamente el comportamiento realizado en situación de necesidad: el legislador valora positivamente tal comportamiento y por ello, aunque puede, no quiere tachar el mismo de disconforme con el ordenamiento jurídico.

Diferencia el fundamento de esta abstención de prohibición, de la exención de pena que se presenta en las causales de la inculpabilidad, en cuyos supuestos lo que sucede es que el Derecho, por ser la pena ineficaz para motivar inhibitoriamente al sujeto, no es que no quiera prohibir como sucede en la justificación, sino que no puede prohibir, dada la ineficacia de la pena para motivar al sujeto a que se abstenga de realizar el comportamiento desvalorado por el derecho. Es entonces, el querer del legislador, delimitado a partir de la eficacia preventiva de la sanción penal, el criterio que fundamenta la licitud del comportamiento realizado en situación de defensa en un conflicto de intereses en el que se sacrifica uno de igual entidad que el que se salva. Para respaldar su tesis Gimbernat utiliza dos argumentos.

Con criterio positivo, se propone argumentar por qué es el estado de necesidad un problema de exclusión del injusto penal, consistente en la renuncia general del Derecho a combatir determinadas conductas mediante la conminación penal. Con criterio negativo, resuelve por qué el estado de necesidad no es un problema de exclusión de la culpabilidad penal, que responde a la falla de ineficacia preventiva general y especial de la pena, que el Derecho realiza por razones de incapacidad de motivabilidad (Gimbernat, 1990). A partir de una argumentación funcionalista, basada en criterios de prevención, se fundamenta la tesis de la unificación en la antijuridicidad.

Al adherirse Larrauria a la tesis de la unificación, añade que en la delimitación de las causas de justificación de las de inculpabilidad, no basta el criterio de la eficacia

motivadora de la pena, sino que debe tenerse en cuenta, además, la razón que respalda esa no desvaloración. La que para ella emana, no tanto de una fundamentación utilitarista, al estilo de Gimbernat, sino de una argumentación basada en las teorías de la justicia, a partir de la cual el comportamiento no se desvalora y se considera aprobado por las consecuencias sociales del mismo, las cuales se deben analizar a partir del criterio de la no generación de un daño mayor al que se pretende evitar (Laurrari, 1997).

Expresa la autora que los comportamientos a excusar son sólo aquellos en los cuales se causa un daño mayor. Para Larrauri, las eximentes que contengan un límite normativo, mal menor o igual, o los comportamientos que no han ocasionado un daño mayor del evitado, o aquellas conductas que no sean socialmente desvaliosas, debieran tener la consideración de comportamientos autorizados. Si un comportamiento no puede ser exigido con carácter general, carece de sentido declarar este comportamiento injusto (Laurrari, 1997).

El estado de necesidad como una causa de justificación contenida en la ley, confiere un derecho ante situaciones que reúnen determinados requisitos. Actuará legítimamente quien ejerce un derecho necesario acordado por cualquiera de las ramas del ordenamiento jurídico dado que la necesidad no opera como una causa autónoma y derogatoria del derecho, ya que es de vital importancia que se obre conforme con una norma jurídica. De esta manera las situaciones prevista en la ley como justificadas por la necesidad, darán lugar a un derecho de necesidad, por lo que la acción será lícita y no producirá consecuencias jurídicas de ninguna clase en perjuicio del autor (Ruiz, 2000).

La necesidad prevista por el legislador y reflejada en la ley constituye la materia sobre la cual se estructura la justificación. Este derecho concedido por la norma puede resultar de una disposición expresa o de la decisión que el sujeto toma en estado de necesidad, coincidente con la valoración que resulta del orden jurídico a través de cualquiera de sus manifestaciones. Precisa Balestra que la situación de necesidad en sí misma es sólo fundamento de la justificación, pero no la justificación como tal, ya que ésta es un derecho de necesidad, que como tal, sólo nace de la ley (Balestra, 1998), criterio acogido también por Sebastián Soler.

Este es del criterio de que no es necesario mostrar el mecanismo por el cual opera la ley como justificante en el estado de necesidad, porque es obvio que el cumplimiento de lo prescripto por el derecho no puede constituir una acción antijurídica (Soler, 1992). Aquí se debe puntualizar que la necesidad no va operar como una causa autónoma y derogatoria. El poder justificante de la necesidad deriva del derecho. En efecto, las normas que constituyen un sistema jurídico son siempre el resultado de un complejo juego de valoraciones en las cuales siempre se hallan presentes, junto a las más incondicionales aspiraciones de justicia, las exigencias, limitaciones y aun restricciones impuestas por la realidad de la vida social.

Sólo las normas éticas son normas puras; las normas del derecho contienen siempre una opción. Todo orden de la *praxis*, y el derecho lo es, sin duda, se mueve dentro de los márgenes de lo posible, esto significa que reconoce lo inevitable o necesario, lo absorbe, y regula las consecuencias que inútilmente intentaría desconocer. Las exigencias de seguridad, de orden, de paz, el poder ineluctable de las fuerzas naturales, creadoras y destructoras, la virtud y la malicia de los hombres, todo debe ser medido para componer una ley. La necesidad, pues, no será para el derecho un cuerpo extraño; las situaciones que ella plantea ni le son extrañas ni le sorprenden. Son muchas las veces en que la ley no es sino la opción en favor de un mal menor, y esa opción es jurídica. La seguridad y el orden, por ejemplo, sólo son alcanzables mediante ciertas restricciones a la libertad e inversamente, una libertad amplísima comporta siempre riesgos.

No es posible tampoco hacer grandes obras sin grandes impuestos, ni dejar de hacerlas sin rebajar el nivel de vida. Pues bien, si ésta es la naturaleza del derecho, es forzoso reconocer que obra *jure* el sujeto que en una determinada situación de apremio, es decir, ante un estado de necesidad, toma la opción que la ley misma tomaría frente al mismo conflicto. La necesidad, pues, no es una fuente extrajurídica de justificaciones, su poder justificante va ínsito en la naturaleza misma del derecho y deriva de éste (Soler, 1992).

Al ser considerado el estado de necesidad como causa de justificación, la punición de los partícipes se acoge al postulado de que la participación delictiva en una acción realizada en situación de necesidad es impune, por faltar el hecho principal

antijurídico desde el cual pueda derivarse la responsabilidad penal de los partícipes. En efecto, si el hecho principal adquiere aprobación de parte del ordenamiento jurídico, carece de sentido que no fuese también aprobada por éste la conducta accesoria del partícipe (Planas, 2003).

1.3 El estado de necesidad en el Derecho Comparado

a) Regulación en el ordenamiento jurídico español

El Código Penal Español de 1932 representa una absoluta novedad, por cuanto habla por primera vez del estado de necesidad y de infracción de deberes, amén de modificar las circunstancias o requisitos que Códigos penales anteriores exigían para su apreciación. En su artículo 8 dicho texto legal exime de responsabilidad penal al que en estado de necesidad lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber. El Código de 1944, después Texto Refundido de 1973, hizo exactamente lo contrario a lo que ha hecho ahora el Código Penal de 1995.

En lugar de describir una situación objetiva o predominantemente objetiva da preeminencia a lo subjetivo al evitar el mal propio o ajeno. Su modificación más importante fue la concerniente al primer requisito de esta circunstancia eximente: ya no se dice que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar sino que no sea mayor, esto es, el mal podrá ser menor o igual al que se evita, y he aquí la novedad. En el artículo 20.5 del actual Código Penal español de 1995 se requiere antes que todo que exista un estado de necesidad.

El Tribunal Supremo exige, así mismo, el requisito de necesidad o inevitabilidad del acto interpretándolo actualmente en el sentido de que, en caso de inacción, el mal que se evita se hubiera producido sin que haya otro medio normal de evitarlo atendidas las circunstancias del hecho y del sujeto. Ello responde a la idea de que la inevitabilidad no puede ser exigida en términos tan absolutos que desconozcan estas circunstancias valorativas o la eximente sería, así, de imposible aplicación (Sentencia, 1994). Según la jurisprudencia española, la valoración de los requisitos de la eximente no puede hacerse tan sólo con criterios objetivos sin tener en cuenta el estado anímico de la persona actuante (Sentencia, 1994).

En el precepto español se van a ponderar males y no bienes como hace el Código Penal de Cuba. En cuanto a este mal la jurisprudencia exige que sea: real y efectivo; grave, atendida la importancia de los bienes amenazados; inminente, siempre que el alejamiento en el tiempo pueda suponer posibilidad de precaver el mal al bien mayor sin necesidad de tener que conculcar el menor, y, sobre todo, proporcionado a la situación, es decir, que el mal que se cause no sea mayor que el que se trata de impedir, lo que repugnaría la lógica más elemental (Sentencia, 1983), (Sentencia, 1994) y (Sentencia, 1995).

Para el derecho español es posible el estado de necesidad por colisión de bienes de igual jerarquía, dado que al regular la eximente la exclusión de la responsabilidad allí prevista sólo requiere, en este sentido, que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. En estos casos la teoría dominante considera que sólo se dará una causa de exclusión de la culpabilidad (Asúa, 1977). En España, la doctrina dominante ha sostenido que en el citado artículo se contiene una causa de justificación y una causa de exculpación, según que los bienes en conflicto sean desiguales y se salve el de mayor valor, o iguales (Cerezo, 1989).

Sin embargo, en la legislación penal cubana en la que el bien sacrificado tiene que ser menos valioso que el salvado no puede apreciarse la eximente de estado de necesidad en los casos en los que el bien salvado y el bien sacrificado sean del mismo valor; sólo podrá apelarse a la regla del exceso prevista en el artículo 22.2 del Código Penal, que incluye la atenuación de la pena e incluso la impunidad, pero por la vía de la adecuación.

b) Regulación en el ordenamiento jurídico mexicano

En el presente Código Penal de los Estados Unidos mexicanos, publicada su última reforma el 24 de Junio de 2009, en su artículo 15, fracciones IV y V aparece regulado el estado de necesidad. Al igual que la legislación cubana, este se olvida que un bien jurídico puede ser vulnerado por omisiones también y no solamente por acciones. En el mismo no existe en la descripción de la eximente el diverso valor que los bienes jurídicos deben de tener, por lo que al tenor gramatical de la ley, se sostendrá que ante la falta de jerarquización el sacrificio del bien mayor pudiera ser justificado,

pues, quien así actuara salvaguardaría un bien propio o ajeno. Para el legislador mexicano es necesario que el sujeto no haya sido el causante del peligro, sino que se haya creado una situación de hecho al margen de su voluntad. En el caso de que el sujeto no haya deseado generar el peligro pero éste se produce con motivo de su negligencia, impericia, falta de cuidado, falta de reflexión o imprudencia, entonces el peligro se entiende creado por él y la justificante no resulta válida.

En la eximente mexicana se ha de lesionar un bien de menor o igual valor que el salvaguardado. De esta manera al exigirse la realidad y actualidad del peligro, la aceptación de bienes iguales a ponderar, y sostenerse una redacción sofisticada sobre la inevitabilidad, hace que el legislador mexicano contraste con el cubano quien obvia estos aspectos.

El robo de Famélico es un caso que se adecúa exactamente a la fórmula general del artículo 15 fracción V, del Código Penal, y que el legislador contempla en un apartado de la parte especial, en el artículo 379 del mismo Código Penal al declarar que no se castigará al que, sin emplear engaño, ni medios violentos se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento. El criterio de necesidad racional para salvar un bien personal o familiar está presente en el derecho del necesitado de lo ajeno, que puede ser de tanta importancia como la misma conservación de la vida. Nada se aprecia sobre esta institución en la normativa penal de Cuba.

c) Regulación en el ordenamiento jurídico argentino

El Código Penal de Argentina, texto ordenado por Decreto 3992 de 1984 regula el estado de necesidad en su artículo 34.3. La normativa argentina al igual que la española habla de bienes jurídicos, sino de males a la hora de ponderar, aspecto que una vez más difiere con el Código Penal cubano el que prefiere bienes y no males. Totalmente opuesto a la inevitabilidad absoluta del legislador cubano, el Código Penal de Argentina no reglamenta nada sobre el medio y la forma para repeler el daño. De ahí que sobre dicha redacción, se van a regular casos especiales, en los que no se exigen todos los requisitos enunciados en la doctrina para apreciar dicha eximente.

Así se regula en el artículo 86.1 el llamado aborto terapéutico, practicado por un médico con el consentimiento de la mujer en cinta, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. De modo que si se trata de dos vidas en juego; aunque se considere que la vida o la salud de la madre es más valiosa que la vida del feto, por la imposibilidad de afirmar con certidumbre la viabilidad de éste quedará marginada la exigencia de la inminencia del mal que amenaza a la madre, ya que no se requiere el grado de proximidad del peligro en este caso, basta la certeza o gran probabilidad de la producción del mal, aunque no sea ello inminente.

A diferencia de lo que ocurre en el artículo 34.3, en el artículo 34.2 el daño cuyo peligro percibe el autor si tiene que ser grave e inminente. Aquí la acción formalmente típica no tiene que recaer sobre un bien de mayor valor que el que se trata de salvar; así, resuelve el conflicto de bienes de igual jerarquía, y en supuestos de bienes jurídicos de importancia, especialmente los personalísimos. El bien que se salvaguarda puede llegar a ser de menor jerarquía que el vulnerado, puesto que la irreprochabilidad depende aquí, en su mayor parte, de la condición subjetiva en que el autor se ve colocado ante la situación de hecho que vive.

d) Regulación en el ordenamiento jurídico estadounidense

En los Estados Unidos de Norteamérica, el estado de necesidad es conocido como *necessity defense*. Regulado en el Derecho estatutario principalmente y en estatutos estatales, existe en dos modelos, que son los más estudiados por la doctrina. El *Model Penal Code* y lo que ha sido descrito como *New York model*. Aquí la eximente no exige que la emergencia o que la situación de falta de alternativa realmente existan, por lo que la inminencia que si es tenida en cuenta en el Código Penal de Cuba no es apreciada. Más bien, lo que la eximente exige es sólo una razonable creencia en una situación de emergencia, que no deje alternativa a la acción ilegal. Ello se desprende de la jurisprudencia en *State v. Keller* (*State v. Keller*, 1984). Al invocar la *necessity defense*, el infractor necesita presentar sólo una evidencia suficiente para que el jurado pueda pensar que el desobediente realmente creía que no existía alternativa alguna.

Ante el requerimiento de la inminencia del daño algunas jurisdicciones requieren que el desobediente establezca que él realmente creía que el daño era inminente para que se pueda plantear con éxito la *necessity defense*. Basta una bien fundada creencia en la inminencia del peligro, sin embargo, esta cuestión de la credibilidad es algo que se deja en manos del jurado. (Pople v. Block, 1979). Esta consideración es debatida sobre la eximente cubana al no regularse nada sobre la realidad del daño a acontecer.

En tercer término se encuentra el requisito de la relación de causalidad. Algunas jurisdicciones exigen que las acciones del desobediente civil estén razonablemente dirigidas a impedir realmente el daño mayor que amenaza (United States v. Grant, 1982) y el cuarto y último requisito de este tipo de defensa es la corrección de su elección desde el punto de vista valorativo. El desobediente debe realizar una elección adecuada; una razonable creencia en que escoge el mal menor no es suficiente. El juez debe decidir si los valores del desobediente civil son tan contrarios a los valores socialmente aceptados, tal y como éstos se manifiestan en las leyes, cuando éstas les conceden un valor prioritario, que se vicia la *necessity defense*, haciéndose inadecuada, o no.

e) Regulación en el ordenamiento jurídico peruano

En el artículo 8, inciso 7, del Código Penal de Perú de 1862, se estableció que estaba exento de responsabilidad penal el que en la propiedad ajena causa un mal por evitar otro mayor, siempre que éste sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos perjudicial. A diferencia del Código Penal vigente, en el derogado, artículo 85, inciso 3, se reguló de manera imprecisa y conjunta la fuerza física irresistible, la coacción y el estado de necesidad sin mencionar la preponderancia del bien salvaguardado. En el nuevo código, artículo 20, inciso 4, se exime de responsabilidad penal el que, ante un peligro actual e insuperable amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro. La insuperabilidad del peligro es un término muy particular de este ordenamiento, no acogido por la normativa penal cubana.

A la hora de apreciar el conflicto de bienes, el legislador va a tomar como referencia los daños causados y la intensidad del peligro que amenazó en su juicio. Criterio que le permitirá una ponderación más justa y del que carece la redacción del estado de necesidad en el precepto penal cubano. Cualquier bien jurídico individual tutelado por el Estado puede ser protegido en situación de necesidad. La ley enumera, primero y a título de ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad y, luego, mediante una fórmula general dice: u otro bien jurídico.

Al estar expresamente admitido el auxilio de un tercero, el aborto terapéutico del artículo 119 del Código Penal, es un caso perfectamente subsumible dentro del estado de necesidad justificante; por tanto, su inclusión como tipo permisivo independiente, resulta hoy superflua ya que no era así en el Código Penal de 1924, en el que no se preveía expresamente el auxilio necesario en favor de terceros. Los casos denominados exceso en el estado de necesidad constituyen situaciones de necesidad imperfectas y se hallan previstos en el artículo 21. En los casos del artículo 20, estatuye el artículo 21, que al no concurrir alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

f) Regulación en el ordenamiento jurídico panameño

Para el Código Penal de Panamá una situación de peligro, y no un peligro constituirá el factor determinante en el estado de necesidad. En el mismo se describe con gran precisión que el peligro ha de ser actual, grave e inminente. La gravedad se va a incluir como un requisito más que se ha de sumar a la hora de examinar la situación peligrosa, por lo que se sitúa en superioridad con relación a la norma penal cubana. El legislador panameño estimó como necesario que el mal producido fuere menor que el evitado, que el peligro no haya sido voluntariamente provocado por el agente y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar el riesgo. El Código Penal panameño aprobado en 1982, pero vigente a partir del 23 de marzo de 1983, dedica el artículo 122 a la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito en casos de causas de justificación.

Contrario a ello nada se dispone sobre la responsabilidad civil producto de la aplicación de la eximente del estado de necesidad en el Código Penal de Cuba. La norma panameña en cuestión, a la letra, dispone que en todos los hechos amparados por una causa de justificación, sus autores estén exentos de responsabilidad civil, excepto el caso de estado de necesidad previsto en el artículo 20 cuando se afectan bienes patrimoniales. Si bien es cierto que no se necesita señalar que en casos de justificación no se produce responsabilidad civil, el Código sólo exonera de tal responsabilidad por hechos justificados a los autores de la acción típica justificada, con lo que deja por fuera a los posibles partícipes del mismo: instigadores y cómplices.

El legislador eximió de toda responsabilidad civil al autor de la acción típica justificada solamente. Por otra parte, el Código sólo permite que haya responsabilidad civil por una acción típica justificada por el estado de necesidad, sólo si se afectan bienes patrimoniales. Bien puede ocurrir que el sujeto afecte la integridad física de una persona para salvar la vida, sin que haya una agresión injusta, actual o inminente que autorice una defensa necesaria. En este caso, sin embargo, parece que de la regulación del artículo 122 antes transcrito, no se puede exigir la reparación del daño causado, pues no hubo afectación de bienes patrimoniales en la acción típica justificada por la necesidad mencionada.

f) *Regulación en el ordenamiento jurídico chileno*

La idea del estado de necesidad justificante en el Código Penal de Chile de 1874 aparece en el artículo 10.7. Supone la existencia de un mal que será considerado por el legislador como peligro en similitud con el Código Penal de Cuba. Es de notar que el legislador en la circunstancia primera del artículo 10.7 se señala que el peligro y no el mal sea real e inminente. De esta forma se aparta de cualquier especulación en cuanto a la existencia del peligro, ya que este ha de ser real. La norma cubana si acoge la inminencia pero olvida la realidad del peligro, algo sumamente necesario en la apreciación del estado de necesidad. Según la norma penal chilena, los bienes que pueden ser sacrificados en amparo de un bien de mayor valor son únicamente la propiedad, artículo 10.7 y la inviolabilidad de la morada, artículo 145.

En criterio de proporcionalidad el mal que se evita debe ser mayor que el que se causa para evitarlo. La propiedad, es el único bien dañable en el estado de necesidad justificante del artículo 10, el que restringe los bienes que pueden ser sacrificados en amparo de un bien de mayor valor a un daño en la propiedad ajena.

En la voz propiedad se comprenden todos los derechos patrimoniales y no sólo las cosas que son objeto del dominio. Luego, la ponderación a que se refiere el requisito segundo del artículo 10 admite dos grupos de casos: comparación con bienes diferentes a la propiedad, y comparación entre daños reales y potenciales a la propiedad. Criterios que a bien no ha estimado el legislador penal cubano. En ambos casos, la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto no es aritmética, pero debe haber desde luego una indudable superioridad del bien que se trata de salvar. Desde luego parece claro que todo bien personal es de mayor valor a la propiedad, según la ordenación del Código, y que también lo es todo bien colectivo especialmente protegido, como la salud y seguridad pública.

La teoría de la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal no es contraria al derecho. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Esencialmente las causas de justificación obedecen al principio de que, en el conflicto de dos bienes jurídicos, debe salvarse el preponderante para el derecho. El estado de necesidad es aquel en el que se encuentra el que causare un daño para evitar otro, a un bien propio o ajeno, al que ha sido extraño. Lo que determina la exclusión de la antijuricidad, es la voluntad de legislador al tener en cuenta la necesidad de la lesión, unida a la significación del bien sacrificado respecto del salvado. Aunque de interés resulta el estudio de cada teoría postulada, dado que a partir de las mismas se origina la expresión normativa del estado de necesidad en las diversas legislaciones estudiadas.

CAPÍTULO II: PARTICULARIDADES DE LA EXIMENTE DEL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ORDENAMIENTO PENAL CUBANO

El capítulo tiene como objetivo caracterizar la eximente del estado de necesidad en el ordenamiento penal cubano de acuerdo a su desarrollo histórico – socio – jurídico y los elementos que la han de integrar para que pueda ser reconocida.

2.1. Desarrollo histórico – socio – jurídico de la eximente del estado de necesidad en el Derecho Penal cubano

El primer antecedente del estado de necesidad se encuentra en el experimento mental propuesto por primera vez por Carnéades de Cirene, 214 - 129 a.C. En su discurso el filósofo expresa: Justicia significa no matar a otro hombre, no afectar de ninguna manera a un tercero. ¿Qué hará entonces el justo, cuando en un naufragio, otro que es más débil se ha apoderado de una tabla salvadora?, ¿No se la quitará para aferrarse a ella y salvarse a sí mismo, especialmente si se encuentra en medio del mar y no hay testigo alguno? Si es sensato lo hará, pues de lo contrario morirá. Pero si prefiere morir antes que realizar un acto contra su prójimo, será justo pero también necio, pues no protege su propia vida sino la de un vecino (Donna, 1995). Bajo el imperio Romano, Marco Tulio Cicerón, orador y estadista del 106 al 43 a.C. es continuador de la polémica propuesta por Carnéades (Ramírez, 1998).

No obstante hasta el momento no se había formulado y desarrollado un concepto claro de estado de necesidad. Solamente se encuentra para ese entonces La *lex incendio ruina, naufragio rate have expugnata*, en donde al haberse pegado fuego a un bosque que lindaba con heredades romanas, o a una casa que estaba cerca de otra, y no existía medio de apagar el fuego que se extendía, y amenaza invadir la propiedad. Si el único recurso era talar los árboles del vecino, echar por tierra la casa intermedia, se hacía. Para dicha ley se daña sin duda a otros en sus bienes y se les causa un mal, que en otra circunstancia constituiría un delito. Aquí, sin embargo, no lo es y no había por ello culpabilidad alguna al eximirles, como en su entender les había eximido la razón. La defensa de lo del mayor número, la defensa de la sociedad, la defensa de los legítimos y respetables intereses era suficiente para justificarles (Pacheco, 1870).

Así también describía la ley romana a los que iban embarcados, y el buque llevaba una carga superior a su resistencia actual, porque había recibido averías en el curso de la navegación. Si el peligro era inminente, sin que hubiera otro modo de conjurarlo que el disminuir de cualquier modo la carga. Era justificable apoderarse de la propiedad ajena y lanzarla al mar. Una vez más se causaba daño a los bienes de otro y al apelar a la razón se les declaraba absoluta y completamente irresponsables (Pacheco, 1870). En el Derecho Penal Canónico el estado de necesidad tiene un origen que va más allá del derecho positivo, por lo que se admiten como causas eximentes, la defensa necesaria, el estado de necesidad, el mandato del superior o la orden impartida por quien tiene derecho a ser obedecido y la violencia física (Núñez, 1999).

Las Siete Partidas fueron realizadas desde el año 1256 al 1263, esta legislación no recibió en un principio ese nombre sino que se conoció como Libro de las Leyes o Fuero de las Leyes. La obra es algo más que un código, por cuanto antes de presentar cada precepto hace la historia de este y ofrece la actualización del debate doctrinal que se haya establecido sobre el asunto que se regula. Se encuentra dividida en siete partes, subdivididas en 182 títulos y 1479 leyes (Bulté, 2000). En la Partida IV, Título XVII, Ley VIII, se percibe el estado de necesidad en un caso de antropofagia. En donde se exime de pena al que cercado en algún castillo que tuviese de señor, al estar a punto de morir de hambre se veía en la necesidad de comer a alguno para sobrevivir con tal de que no se diese el castillo.

Además se formula la necesidad de eximir de responsabilidad penal al causar daño para quien trata de defenderse o defender sus cosas. Desde que en 1512 llegase a la isla de Cuba el conquistador Diego Velásquez, los reyes españoles trataron de dirigir personalmente todo lo concerniente a la administración colonial, sin perjuicio de lo cual, tuvieron que arbitrar otros órganos, en los que delegaron importantes atribuciones y responsabilidades. Para ello debieron en múltiples ocasiones atenerse a la opinión de los consejeros y de las otras fuerzas políticas que existían dentro del mecanismo político de la monarquía. Entre ellos, El Real y Supremo Consejo de Indias tenía entre sus funciones la jurisdicción civil y penal (Bulté, 2006).

En relación a la justicia penal, ésta se impartió en Cuba hasta 1879, dentro de una fórmula de anarquía completa (Pírez, 2002). Nominalmente tan sólo, rigieron las Ordenanzas Reales de Castilla, así como la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, las cuales se aplicaban a capricho por los juzgadores bajo el falso pretexto de atenuar el rigor de sus preceptos. En ocasiones, además, se aplicaron el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas y la Novísima Recopilación, aun cuando éstos, por su antigüedad, habían caído en desuso hacia mitad del siglo XIX. En dicho Código emanado del poder del Rey, se admitieron algunas causas eximentes: matar al enemigo conocido, al adúltero o al corruptor de la hija, al ladrón fugitivo con la *res furtiva*. En el mismo se regula el estado de necesidad al causar daño para impedir que un incendio no se propague (Asúa, 1997).

Con claridad, en 1848 aparece recogido en España el estado de necesidad en su Código Penal; aunque sin ser aludido expresamente, en el número séptimo del artículo 8. Eximía dicho precepto de responsabilidad criminal al que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que el mal que se trata de evitar fuera real, mayor que el causado para evitarlo y que no hubiera otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. Para ese entonces solo se planteaba el estado de necesidad, con buena lógica dada la entonces vigente redacción legal, en relación a la propiedad y no a otros bienes jurídicos, por lo que en la interpretación del requisito de la mayor gravedad del mal que se evita no se hacía ninguna mención a los bienes en colisión. En él se lesiona la propiedad para salvar una vida, queda fuera la colisión de bienes iguales, en este caso entre las vidas y las propiedades (Pacheco, 1870).

Como consecuencia de la Guerra de Independencia iniciada por Carlos Manuel de Céspedes el 10 de octubre de 1868, resulta necesaria la elaboración de normas jurídicas que rigieran en los territorios liberados por el Ejército Mambí, las cuales reconocieran los intereses del pueblo cubano. Alega Renén Quiroz Pírez que en tal sentido, en la referida etapa las normativas en la esfera penal fueron de muy limitadas proporciones y en cuanto a la eximente del estado de necesidad, se desconoce que se realizara algún pronunciamiento (Pírez, 2002).

El 17 de junio de 1870 se aprobó un nuevo Código Penal, puesto en vigor en Cuba por el Real Decreto de 23 de mayo de 1879, que sustituía, en España, al Código de 1848. Este fue el primer cuerpo legal penal que rigió en el país (Gaceta, 1879). En relación con este código es de señalar que solo se va a corregir el término ajena en cuanto a la propiedad y se modifica el verbo tratar que aparecían en el Código de 1848. Hasta el momento ninguno de los comentaristas españoles como Groizard y Gómez de la Serna (Serna, 1926) o Viada y Vilaseca (Vilaseca, 1890), se plantearon el problema de la colisión de bienes. Castejón por su parte, aunque no hablaba de la teoría de la diferenciación ni de la colisión, distinguía en el fundamento del estado de necesidad dos teorías, unas subjetivas, según que el necesitado obre compelido por una coacción moral, y otras objetivas, según que colisionen derechos iguales (Castejón, 1926).

Posteriormente al reiniciarse la lucha revolucionaria en 1895, la actividad legislativa fue mayor. En lo concerniente al ámbito jurídico penal se pusieron en vigor la Ley Penal de la República en Armas, el Reglamento del Cuerpo Jurídico Militar y la Ley Procesal Penal de la República en Armas promulgada el 28 de Julio de 1896 en Montefirma, Camagüey. No obstante lo anterior, se desconoce que se haya realizado algún pronunciamiento en relación al tema. Con la promulgación del Decreto – Ley número 802 de 4 de abril de 1936, se aprueba el Código de Defensa Social, redactado por José Agustín Martínez y aprobado por la Comisión de Reformas Jurídicas y Políticas. El Consejo de Estado lo aprobó y ordenó su publicación en la Gaceta Oficial, junto a la Ley de Ejecución de Sanciones y Medidas de Seguridad Privativas de Libertad, cuyo objeto era aplicar las sanciones determinadas en el Código.

Entró en vigor el 8 de octubre de 1938 y se deroga el Código Penal de 1879. Fueron sus fuentes, el proyecto de Lanuza de 1910, el Código italiano de Zanardelli, el Código Penal español de 1928 y el Código Penal italiano de 1930. El aludido Código, se compone de cuatro libros divididos a su vez en Títulos, Capítulos y Secciones (Pírez, 2002). Su nombre, a juicio de Julio A. Carreras, está mal utilizado ya que no contempla todos los aspectos de la defensa de la sociedad sino sólo uno, el que corresponde a la rama penal del Derecho. El propio autor expresa, que aunque se

propagó que la nueva ley no atendía sólo al castigo del delincuente sino a la defensa social, dicha concepción fue una mentira más dentro del régimen económico social imperante. Los Jueces Correccionales y los Tribunales de Justicia sancionaban al delincuente como una simple consecuencia del delito perpetrado, sin ningún carácter educativo y ejemplarizante (Carraras, 1985). En el citado Código, en su Libro Primero, Título III, Capítulo II, “De las causas eximentes de la responsabilidad penal”, incluyó la eximente objeto de análisis en su artículo 36 y 38 (García, 2013).

El derogado Código de Defensa Social en su artículo 36 incisos *d* y *e* señalaba el peligro hacia la integridad personal o la vida, propia o de tercero, así como a los bienes, el honor o la libertad propios o ajenos. En su comentario a la Parte General del Código Penal de 1979 (Juristas, 1981), opina Juan Vega que al regular el Código el estado de necesidad muestra su ideología burguesa en dos aspectos. El primero, al olvidar nuevamente los bienes sociales, y al regular bienes tales como el honor y la libertad.

Sobre los bienes de propiedad de todo el pueblo o de propiedad cooperativa u otra social, según el viejo código, no puede hablarse de justificación por estado de necesidad. El que obra en virtud de un peligro que amenaza un bien social, no puede alegar según el Código de Defensa Social, estado de necesidad. En cambio habla del estado de necesidad cuando existe un peligro grave, real y actual para el honor o la libertad propia o ajena. En esos casos se puede alegar el estado de necesidad por los daños causados a las personas o a las cosas (Juristas, 1981).

Con la victoria del 1 de enero de 1959, la Revolución había quebrado las bases del Estado burgués; se disolvió el viejo ejército y los demás cuerpos represivos; se castigó ejemplarmente a los principales responsables de los crímenes cometidos por la tiranía batistiana. Se confiscaron los bienes de los malversadores del tesoro nacional y se democratizó la vida política, sindical y social del país. La nueva dirección de este, apoyada por las masas, se encargaría de convertir en leyes las tareas derivadas del Programa del Moncada.

En la primera mitad de la década de 1970 el país había logrado avances económicos tales como la mecanización de la agricultura cañera, el impulso de la construcción, la industria y la agricultura no cañera y nuevos pasos en la creación de la

infraestructura para el desarrollo industrial. Lo expresado fue posible por la participación de las masas y la ayuda recibida del campo socialista en función del progreso económico y social; proclamándose el 24 de febrero de 1976 la Constitución Socialista de la República de Cuba.

El Código de Defensa Social, fue abrogado por la Ley 21, Código Penal de fecha 15 de febrero de 1979, promulgada el 30 de diciembre de 1979 publicada en la Gaceta Oficial el 15 de febrero de 1979 y entró en vigor el 1ro de noviembre de 1979. En ella se regula la tratada eximente en su Libro Primero, Título V, "De la Responsabilidad Penal", Capítulo III, De las Eximentes de la Responsabilidad Penal, Sección tercera, artículo 22. Recogía lo concerniente al estado de necesidad al establecer que está exento de responsabilidad penal el que obra con el fin de evitar un peligro inminente que amenace su propia persona o la de otro, o un bien social o individual, cualquiera que éste sea, si el peligro no podía ser evitado de otro modo, ni fue provocado intencionalmente por el agente, y siempre que el bien sacrificado sea de valor inferior que el salvado.

Si es el propio agente el que, por su actuar imprudente, provoca el peligro, o si se exceden los límites del estado de necesidad, el Tribunal puede rebajar la sanción hasta en dos tercios, o, si las circunstancias del hecho lo justifican, eximirlo de responsabilidad. No es apreciable el estado de necesidad si el agente tiene el deber de arrostrar el peligro que amenace a su persona. Luego en el Capítulo II de la responsabilidad civil de los terceros, artículo 71 inciso c se responsabilizaba civilmente a los que hubieran obtenido un beneficio realizado en estado de necesidad, en proporción adecuada. Es de notar que al regular el estado de necesidad el nuevo Código va incluir la persona y los bienes sociales e individuales amenazados por un peligro inminente y rechaza la posibilidad de que el honor y la libertad puedan ser puestos en peligro inminente.

En el artículo 38 inciso b del mencionado Código de Defensa Social se consideraba como una circunstancia atenuante el exceso de los límites del estado de necesidad en, lo que para Vega no se trataba de circunstancias atenuantes. Se trataba de un problema que debía resolverse en la forma en que lo resuelve el Código Penal de 1979, sin hablarse de circunstancias de atenuación de la responsabilidad penal al

considerar ambos casos como un elemento a tener en cuenta por el Tribunal, no como una circunstancia de atenuación sino como algo más importante (Vega, 1981). El nuevo Código le dice al Tribunal que cuando alguien se exceda de los límites del estado de necesidad, se puede rebajar hasta en dos tercios del límite mínimo, o si las circunstancias del hecho lo justifican, eximir de responsabilidad al agente (Vega, 1981).

En la redacción del referido Código, se tuvo en cuenta especialmente la legislación penal de los países de la desaparecida comunidad socialista. La ley 21 de 1979, fue sustituida por la Ley 62, Código Penal, de fecha 29 de diciembre de 1987, la que entró en vigor el 30 de abril de 1988 y rige actualmente. En dicha Ley, la institución tratada tiene similar redacción en igual Libro, Título, Capítulo, Sección y Artículo a la de la Ley derogada. A partir del año 1989 se agudiza el proceso que finaliza con el derrumbe del socialismo en Europa y la disolución del campo socialista. En octubre de 1992 se promulga la Ley Torricelli, la cual prohíbe las transacciones cubanas con filiales de empresas norteamericanas en terceros países, e impide que los barcos que arriben a Cuba lo hagan por seis meses a puertos de Estados Unidos.

Con posterioridad se promulga la Ley Helms – Burton, que refuerza aún más el bloqueo, al establecer nuevos castigos a los que inviertan o comercien con Cuba. Dicha situación incide en el ámbito económico, social y político del país, el jurídico no es una excepción. En el año 1997 el Código Penal de 1988, Ley 62 aprobada el 29 de Diciembre de 1987 fue modificada por el Decreto – Ley No. 175 de 17 de junio del propio año (Gaceta Oficial No 6, 1997). Pero la eximente objeto de estudio no sufrió variaciones manteniéndose así hasta la actualidad.

2.2 La existencia de una situación de estado de necesidad

De conformidad con el Código Penal Cubano la eximente del estado de necesidad se estructura sobre la base de varios elementos, entre los que se encuentra la existencia de una situación de peligro. En virtud de lo expresado se requiere que el sujeto obre con el fin de evitar un peligro inminente que amenace su propia persona o la de otro, o un bien social o individual, cualquiera que éste sea, si el peligro no podía ser evitado de otro modo, ni fuer provocado intencionalmente por el agente, y

siempre que el bien sacrificado sea de valor inferior que el salvado. Al respecto se suscitan diversos criterios, los cuales fluctúan con relación a la apreciación de sus requisitos fundamentales.

2.2.1 La situación de peligro

Aun cuando la ley penal cubana, significativamente, no contiene definición del término, la situación de peligro resulta el elemento fundamental del estado de necesidad, sin peligro no hay razón legal para apreciar la eximente. Esa situación va a constituir el nexo causal con la conducta del sujeto actuante, aquella constituye la causa de dicha conducta del sujeto. El presupuesto básico que fundamenta al estado de necesidad, lo constituye el hecho de que el bien protegido se halle objetivamente en peligro. Este va a estar compuesto por la existencia de una situación que causalmente amenaza con producir un resultado lesivo o dañoso a las personas o a los bienes y por la formación de un juicio que relaciona ese elemento objetivo con la posible producción de un evento dañoso a las personas o a los bienes.

Para Cerezo Mir, el estado de necesidad exige una situación de peligro actual para un bien jurídico propio o ajeno. Pero ese mal debe ser grave e inminente, y además imposible de ser evitado por un procedimiento menos perjudicial. De ahí que lo defina 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 (Cerezo, 1989).

a) Concepto de peligro

Eugenio Zaffaroni entiende que el mal que amenaza se trata de una lesión o peligro para un bien jurídico (Zaffaroni, 2002). En el análisis comparado realizado en el capítulo uno es apreciable que algunas legislaciones se refieren al mismo fenómeno como mal, o como peligro. En la presente investigación se ha preferido analizar el peligro, al seguir la intención del legislador cubano y dada la similitud entre ambos términos. Diversos son los criterios elaborados en la doctrina relacionados con este requisito. Renén Quiróz entiende por peligro aquel conjunto de circunstancias

objetivas que al concurrir en un momento y lugar determinados le confieren a esa situación capacidad suficiente para causar un daño o perjuicio a la propia persona o a la de otro, o a un bien individual o social (Pírez, 2005). En criterio de Olga Islas es la probabilidad de que un bien jurídico sea lesionado (Mariscal, 1991). Muy similar Francesco Carrara lo considera como la probabilidad de un daño o la probabilidad de que se presente un resultado temido (Carrara, 1944) y Castellanos lo concibe como posibilidad de sufrir un mal (Castellanos, 1984).

En palabras de Jakobs, peligro es un estado en el que se puede pronosticar que la lesión de un bien no es improbable de acuerdo al curso causal que es de esperar (Jakobs, 1997). Roxin afirma que un peligro, se da al no ser totalmente improbable la producción de la lesión de un bien jurídico (Roxin, 1997). Según Baldo Lavilla es un estado en el cual, de acuerdo a las concretas circunstancias de ese momento, la producción de una lesión o daño de un bien jurídico se presenta, inminentemente, como probable (Lavilla, 1994). Se estima que el peligro se trata de toda circunstancia real que concede a una situación determinada la capacidad de causar un daño posible.

b) El origen del peligro

No tiene importancia cuál sea el origen del peligro, este mal puede tratarse de fenómenos naturales como avalanchas, terremotos, del efecto de un acto de un tercero y hasta del propio necesitado; es irrelevante si por culpa de éste se ha originado la situación de necesidad (Devesa, 1993). Puede originarse de animales o de comportamientos humanos que no constituyan agresiones ilegítimas (Lavilla, 1994). No interesa si el autor obró lícita o ilícitamente o si obró culpable o inculpablemente.

Novedosa resulta la opinión de Silvia Sánchez para quien el peligro que se trata de evitar no tiene por qué ser el resultado lesivo de un bien jurídico penalmente protegido. Considera que el hambre, el dolor, o la angustia pueden integrar dicho concepto también. Para la citada autora la situación de amenazante no puede, pues, estructurarse sobre la base de lo penalmente relevante a través de la tipicidad, sino al partir de un enfoque jurídico realista que surja de la esfera del Derecho, pero que

atienda a la realidad social; y es del criterio que no es posible apreciar el origen del peligro desde una perspectiva naturalística, sino que es preciso traspasar un prisma valorativo que le dote de un contenido de sentido (Sánchez, 1982).

Rodríguez Morullo sostiene que no configura un peligro la representación de quien realmente se ve constreñido por un mal inminente no desvalorado como tal por la comunidad jurídicamente organizada (Morullo, 1976). Así, el malestar y los temores de quien sufre el rigor del acuartelamiento por servicio militar obligatorio no meritan la deserción por estado de necesidad. Los castigos disciplinarios y el agotamiento físico impuesto al soldado carecen de juicio disvalioso jurídico penalmente relevante y son más bien valorados positivamente aunque, en concreto, constituyan un mal.

Según Garrido, distinto será si el autor produjo intencionalmente el peligro al contar con la lesión del bien jurídico para superarlo, lo que al ser un supuesto de abuso del derecho, impediría la admisión de la justificante (Montt, 2001). Este elemento solicita que el sujeto no haya sido el causante del peligro, sino que se ha creado una situación de hecho al margen de su voluntad. En el caso de que el sujeto no haya deseado generar el peligro pero éste se produce con motivo de su negligencia, impericia, falta de cuidado, falta de reflexión o imprudencia, entonces el peligro se entiende creado por él y la justificante no resulta válida. El origen del peligro se ha de encontrar en cualquier acción u omisión capaz de generar una situación de necesidad, siempre que no se haya provocado intencionalmente por el sujeto al que beneficiaría la aplicación de la eximente.

c) La magnitud del peligro

En el estado de necesidad el peligro ha de producir una situación de necesidad de salvación o protección. Se ha de hacer preciso una acción salvadora. A pesar de que en el Código Penal Cubano no se valore este requisito, el mal que amenaza ha de producir un peligro grave. En este sentido el peligro debe ser de tal magnitud, que sea inevitable por medios distintos de aquellos a los reunidos. En caso de demostrarse que era evitable de una manera menos perjudicial, y con un medio menos lesivo o peligroso que el utilizado, desaparece la posibilidad de invocar la justificante (Villanueva, 2004).

El umbral de peligro a partir del cual se considera típicamente relevante, considera Welsel que es determinado por el legislador en cada tipo objetivo de la parte especial para cada clase de conductas que constituyen una fuente de peligro para un bien jurídico específico. Este es obviamente un criterio normativo y no naturalístico (Welsel, 1970). Carlos Creus es del criterio de que el mal que se procura evitar ha de ser más grave que el que se causa para tratar de conseguir aquello. Para ello trae a referencia el resultado del cotejo de los bienes jurídicos en conflicto; por tanto, agrega que la gravedad del mal a evitar no se considera en sí, sino con relación al mal que se ha causado. De esta forma actuará en estado de necesidad el que para salvar su vida en un incendio vuela la finca lindante con explosivos, como el que para salvar sus plantíos de lechuga en época de lluvias intensas hace correr el agua hacia el fundo baldío de su vecino (Creus, 1992).

Entre los criterios de ponderación que se encuentran dentro del estado de necesidad justificante para valorar la situación de peligro frente al acto típico realizado por el sujeto se tiene a la acción necesaria; y la preponderancia. La acción necesaria deberá ser realizada una vez que en cumplimiento del principio de *última ratio* se haya logrado verificar que no existía otra forma más justa de evitar el peligro, o en caso de que existiera le fue imposible para el sujeto, que la realización del acto típico objeto de la justificación. De esta manera, la acción necesaria ha de ser el modo menos lesivo de evitar el mal que se amenaza (Villavicencio, 1999). Ponderar la acción necesaria realizada, con el peligro que amenazó, permitirá juzgar si el mismo calificaría como grave o no.

De aplicarse el conflicto de deberes, una vez verificado que no se puede resolver éste sin la realización del acto típico, cumplimiento de la orden antijurídica o su desobediencia, se debería salvar el bien jurídico de mayor jerarquía. Es en este momento que se debe analizar la preponderancia del actuar de la persona que responde a la situación de peligro. Así, quien actúe justificadamente debe conjurar el peligro al provocar un mal menor que el que se busca evitar. Se va a tener que realizar entonces una ponderación total de los intereses en conflicto al tomar en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto (Ramírez, 1998). El peligro ha de ser capaz de producir en la persona el conocimiento de una situación peligrosa ante

la que se encuentra, además de la idea de salvaguardar el interés preponderante y de esa manera evitar un mal grave. Este elemento subjetivo para Puig será necesario además para que desaparezca de manera clara y completa el desvalor de la acción del hecho cometido por la persona (Puig, 1989). Para que se configure la eximente se necesita, la presencia de un peligro capaz de crear en el sujeto un juicio consciente sobre la gravedad del mismo.

d) La realidad del peligro

El tema de la realidad o no de peligro es suscitado. De lo que se trata es de determinar si el mal temido tiene que ser un fenómeno realmente existente en el medio objetivo o si también puede admitirse que sea imaginario, es decir, supuesto. Lo real se plantea en oposición a lo irreal, figurado o fantasioso. Real significa que la probabilidad como tal existe, no es imaginaria. En cuanto al peligro en sí mismo, éste debe ser real, porque de no serlo, el autor incurriría en un error de prohibición. Si son suposiciones no se justifica la conducta. No es lo mismo un peligro real que un peligro aparente, si la policía cree equivocadamente que se comete un asalto y causa un daño en la propiedad ajena, el hecho no está justificado en ningún caso, como no lo está el del que se apodera de un automóvil, al romper sus resguardos, para conducir al hospital al que había simulado un accidente.

Manifiesta Sergio Politoff que al igual que sucede con la imaginaria agresión, la imaginaria presencia de un peligro que no existe es un problema propio de la teoría de la culpabilidad, y más precisamente del error, que nunca puede dar lugar a una justificación, y cuyo alcance exacto se verá en ese lugar, aunque se adelante aquí la regla de que, en principio, quien no sabe lo que hace, no puede responder criminalmente de ello (Politoff, 2004). Baldo Lavilla destaca ciertos tipos de peligros que no dan lugar a una situación de estado de necesidad. Los que va a catalogar como inidóneos, aparentes y peligros que no acarreen un peligro concreto de lesión; los mismos que sí pueden dar lugar a una situación putativa de estado de necesidad (Lavilla, 1994). Para él el error sobre la inminencia del peligro amenazante es un caso de estado de necesidad putativo, y las reglas aplicables para su solución son las del error.

En coincidencia Welsel considera que sólo si el apremio es real, hay necesidad de evitarlo; de lo contrario, se estaría frente a un estado de necesidad putativo que, salvo casos excepcionales, no eximirá de pena (Welsel, 1970). Ante la amenaza de un peligro que no es objetiva y solo existe en la mente del presunto sujeto necesitado, supone un estado de necesidad putativo. En esta figura el peligro no es real y no existe amenaza actual de lesión de intereses individuales, por lo que no pueden constituir causa de justificación. El peligro será subjetivo más no objetivo, por lo que su tratamiento en el orden nacional cubano corresponde al uso de las reglas del error establecidas en el artículo 23 del Código Penal de Cuba.

Es necesario especificar que el estado de necesidad, para eximir de responsabilidad penal, requiere que el agente obre con el fin de evitar un peligro. No basta que, materialmente, la inflicción del daño menos valioso haya evitado el perjuicio al bien más valioso, para que la naturaleza delictiva del daño menor desaparezca. No es suficiente un estado puramente objetivo de sacrificio del bien menos valioso por el más valioso, sino que resulta indispensable que tal sacrificio se lleve a cabo con la intención consciente de materializar un acto de defensa. El estado de necesidad queda excluido siempre que en el acto predomine la idea del delito (Pírez, 2002). Para que surja el derecho de necesidad a favor del agente será de vital importancia que se trate de un fenómeno existente y no imaginario o especulativo, de lo contrario se estaría fuera de los límites concedidos por estado de necesidad.

e) La actualidad del peligro

Lo actual supone un peligro presente, no pasado ni futuro, pues, si existe tiempo para meditar y evitar el peligro entonces el sacrificio de otro bien jurídico no se justifica. Actualidad del peligro significa para Olga Islas, que existe en el momento en que se actúa por la necesidad de salvaguardar el bien jurídico (Mariscal, 1991). Jescheck afirma que el peligro es actual cuando una consideración objetiva *ex ante* muestra que la producción de un daño con carácter inmediato o en un momento posterior, es hasta tal punto probable, que es racionalmente preciso adoptar en seguida las medidas necesarias para la protección del bien jurídico amenazado (Jescheck, 1981). Welzel encuentra este requisito en el hecho de que se teme de

que la defensa llegue tarde si no se actúa de inmediato (Welsel, 1970). Arias Torres manifiesta que para que sea actual basta con que exista cierto grado de probabilidad de que el peligro vaya a producir un daño (Árias, 2005). Al hacer referencia a que debe existir un peligro actual para que opere el estado de necesidad justificante no se requiere la existencia de una considerable posibilidad de producción del daño, sino que basta con que exista cierto grado de probabilidad de que el peligro vaya a producir un daño. Esto equivale a decir que, de seguirse en desarrollo un suceso de manera natural, la producción del resultado lesivo va a ser próxima. La amenaza del peligro actual, tiene que ver con la potencialidad perenne del peligro amenazante para un interés protegido.

La amenaza del peligro posee actualidad cuando puede constatarse la presencia objetiva del riesgo en la situación de necesidad en un momento determinado, en la que existe buena probabilidad, no es improbable *ex ante* de la producción de una lesión inmediata o de un daño en momento posterior. Aprecia Jakobs que la actualidad del peligro de daño probable, en un momento posterior no inmediato ocurre en los casos de peligro permanente o continuo. Sin embargo, no es necesario una probabilidad preponderante o alta de desenlace fatal, sino que más bien haya que tener en cuenta, al ponderar los riesgos, en su caso, un grado pequeño de peligro (Jakobs, 1997).

La existencia del peligro actual amenazante, es un juicio que se obtiene sobre la base de una perspectiva *ex post*, pero que en el caso concreto se formula *ex ante*. Sobre cómo determinar el criterio objetivo *ex ante*, es discutible, sin embargo, para este juicio importa el grado de conocimiento que tiene el observador experto. Por ello, el juicio para Jakobs debe realizarlo el especialista competente. Así, para los peligros de fuego, el bombero profesional, para los peligros en obra, el especialista en cálculo de resistencia de materiales; para enfermedades el médico. (Jakobs, 1997). A la par de Jakobs, Roxin expone que hay que tener en cuenta que la amenaza de la actualidad del peligro no tiene por qué ser sólo momentánea y fugaz, sino que además puede el peligro mantenerse o prolongarse espacio temporalmente (Roxin, 1997).

Luzón Peña, manifiesta que la situación de necesidad puede ser prolongada o permanente (Peña, 1995). Para Cerezo Mir un peligro no deja de ser actual por el hecho de ser permanente o continuo (Cerezo, 2000). La permanencia hace referencia a que la situación de peligro perdura en el tiempo, y que puede desembocar en un daño en cualquier momento. Pueden constituirse perfectamente peligros actuales, permanentes al existir una especie de cronicidad o continuidad en el peligro que es ininterrumpido. Ante la cuestión del momento en dejar de ser actual el peligro permanente o continuado, se puede responder al afirmar que el peligro amenazante deja de constituir una probabilidad de amenaza inminente de daño. El haber o no peligro actual, en general, debe valorarse en cada caso concreto.

A pesar de que la amenaza de peligro para la mujer embarazada por indicaciones médicas se presenta recién en el momento del parto, es legítimo en función del peligro futuro, realizar la interrupción del embarazo ya desde los primeros meses. La dificultad en delimitar el grado de actualidad del peligro se pone de manifiesto al afirmar, que en el estado de necesidad no se requiere un grado tan estricto como si se exige en la legítima defensa. Porque a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa, sostiene Baldo Lavilla que en las situaciones de estado de necesidad aún se dispone de un ulterior filtro para valorar el conflicto de intereses que se deriva de tales situaciones: la cláusula de ponderación de interés. Así que, el grado de inminencia constituirá un criterio a tener en cuenta, junto a los demás que se acostumbra a considerar (Lavilla, 1994).

Por otra parte, si la amenaza de la situación de peligro no es actual o idónea para lesionar intereses de protección, no cabe estado de necesidad. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, al considerar que no existe estado de necesidad cuando se realiza un ilícito penal para recaudar dinero para pagar los gastos médicos de la enfermedad de la menor, si a su referida hija ya la habían practicado una primera intervención quirúrgica de manera urgente con anterioridad, pues era entonces cuando verdaderamente peligraba su integridad física (Sentencia, 1999). A la hora de delimitar el grado de actualidad del peligro que debe concurrir para estar o no frente una situación de necesidad. No debe pretenderse en todo caso crear una regla general que abarque todos los casos de inminencia o actualidad del

peligro, porque de entrada es posible graduar la amenaza de peligro en cada caso y en cada tipo delito, pero sin lo actual el peligro dejará de calificar como una situación apremiante necesaria en el estado de necesidad.

e) La inminencia del peligro

La inminencia está tan estrechamente relacionada con la actualidad que se puede emplear el uno en defecto del otro y viceversa. Sin embargo, con el objetivo de lograr un mayor acercamiento de forma metodológica son abordados independientemente. Para hablar de un estado de necesidad, afirma Balestra que es esencial que se encuentre en peligro un bien jurídico, amenazado de ser destruido o disminuido. Pero considera que no todo peligro es apto para crear un estado de necesidad, sino sólo un peligro inminente (Balestra, 1998). Lo inminente implica que el peligro se presenta en el momento en que la persona actúa para salvar otro bien jurídico. No basta la sola posibilidad de que se produzca el daño, sino que tiene que existir una probabilidad inminente (Mir, 2002).

Para Zaffaroni inminencia es un grado de proximidad del peligro que indica que el daño se puede producir en cualquier momento a partir de aquel en que se suscitó el peligro de su ocurrencia, sin que lo sea únicamente el que se habrá de producir dentro de un segundo (Zaffaroni, 1985). Ricardo Núñez considera que el mal es inminente si está por suceder prontamente. Esto no sólo exige que el peligro de que se realice el mal sea efectivo, sino, también, que se presente como de realización inmediata. No basta, por consiguiente, que el mal sea posible; no basta que se le vea lejano; es menester que exista, es menester que nos amague, próximo, inminente.

Aunque haya comenzado la tormenta, no es permitido arrojar el cargamento al agua, en tanto que el buque se conserva bien, que obedece a la maniobra, que el agua no lo inunda incesante e irresistible. No se puede invocar un estado de necesidad sin que el autor esté frente a la alternativa de actuar o de que, al no actuar o proceda de una manera inocente o más benigna, se efectivice el daño para el bien más valioso (Núñez, 1999).

La inminencia del peligro mayor es la que determina la necesidad justificante. Esta es independiente de todo criterio cronológico; es inminente un mal a cuya merced se

encuentra el sujeto. La inminencia también reitera la permanencia del peligro, ya que debe ser considerado el mal que tiene continuidad por su reiteración muy frecuente, como una inundación que se produce cada vez que llueve en zona de alta precipitación. Un bebedor de la comunidad constituye para Welsel la posibilidad de que la permanencia del peligro se manifiesta también en la inminencia.

Aunque en el momento esté tranquilo constituye, un peligro permanente, si se puede esperar en todo momento nuevos accesos graves de ira, con consecuencias peligrosas para la vida (Welzel, 1956). Lo inminente requiere que la afectación del bien jurídico debe de ser segura. Ha de concurrir grave probabilidad de su futura causación, una particular exigencia temporal será que se prevea su ocurrencia en un lapso suficientemente breve como para que el sujeto tenga que actuar inmediatamente con la finalidad salvadora; la simple previsión de un mal grave futuro, pero no inminente, aleja la justificante.

f) Inevitabilidad del peligro

Antes que todo el mal que se pretende evitar debe ser un mal que el sujeto no esté jurídicamente obligado a soportar. Tal obligación para Soler puede provenir directamente de la ley o de la propia acción del individuo al comprender, tanto las disposiciones de una ley propiamente dicha, como las de una ordenanza, reglamentación o decreto legítimos, en los que se imponga al sujeto la obligación de soportar el riesgo. Tal puede ser la situación de los marinos o de los bomberos, quienes, en caso de necesidad, no pueden salvar su bien a costa del que debían socorrer (Soler, 1992). Sobre la medida necesaria, es importante que uno de los bienes aparezca, de antemano, como medio de salvación disponible para el otro.

Jescheck opina que debe considerarse la importancia de los bienes afectados, la idoneidad de la acción que se realiza en estado de necesidad y la insustituibilidad del daño producido (Jescheck, 1981). Por lo que en un incendio, los bomberos pueden emplear sus equipos de extinción aunque exista el peligro de que los curiosos se mojen y posiblemente se enfríen (Jescheck, 1981).

La inevitabilidad se puede determinar al tener en cuenta las particulares circunstancias que concurren en el hecho concreto de que se trate, por cuanto puede

perfectamente ocurrir que exista otro medio legítimo o menos perjudicial con el que se hubiese podido salvar la persona o el bien que se procura proteger, pero el sujeto no lo hubiera descubierto. El Código Penal Español de 1870 que rigiera en Cuba, en lo referente a este requisito, señalaba la necesidad de que no hubiera otro medio más practicable y menos perjudicial para impedir el peligro. Hasta cierto punto sólo existía la obligación de acudir a un medio menos perjudicial para salvarse siempre que esta salvación fuera practicable, mediante el empleo de ese medio.

El Código de Defensa Social en su artículo 36, incisos *d* y *e* suprimió toda alusión a la inevitabilidad del peligro, con lo cual evidentemente instituyó un ámbito ilimitado a las interpretaciones tocante al requisito en examen, incluso hasta para prescindir de su exigencia. Que el peligro no pueda ser evitado de otro modo implica para Mir Puig una exigencia de *última ratio*, la cual consiste en que la realización del acto típico, objeto de la justificación, debe ser el medio apropiado para evitar el peligro y el último al que debe recurrirse (Puig, 2002).

Con un criterio más estrecho considera José Hurtado Pozo que el acto del autor debe ser necesario; debe constituir el único medio para alejar el peligro subsidiario. No obstante añade que quien obra por necesidad está obligado, antes de lesionar el bien jurídico de un tercero, a determinar si él no puede preservar de otra manera su bien en peligro. Si es factible, él debe huir del peligro (Pozo, 1987). En su razonamiento el estado de necesidad tiene evidentemente un carácter subsidiario.

Sugiere Juan Córdova que siempre que el sujeto haya realizado todo lo humanamente exigible, dadas las circunstancias concretas prevalecientes en el momento del acto, antes de decidirse a causar el daño en el grado en el que lo hizo, deberá apreciarse la concurrencia del requisito de la inevitabilidad del peligro, por cuanto demuestra un respeto hacia los intereses protegidos por el orden legal. No es necesario que el modo empleado sea el único, ni el menos perjudicial, ni el mejor de todos. No es justo excluir de la eximente a quien ha contribuido a evitar los estragos de un incendio por no haber tenido la fortuna de elegir para ello el medio o modo menos perjudicial (Córdova, 1977).

Si al existir otro modo de evitar el peligro, el sujeto no lo ha apreciado por falta de previsión, es bien distinto de aquel caso en que pueda comprobarse que aún con la

previsión exigible resultaba tan difícil el conocimiento de ese modo que se halla justificada su ignorancia por el sujeto. Por consiguiente, habrá de estimarse la acción como inevitable, no sólo cuando exista otro modo de impedir el daño o perjuicio que se trata de eludir, sino también cuando al existir alguna vía menos gravosa, esta no haya podido ser apreciada o descubierta por el agente o al menos resulta explicable el que no se haya previsto, dada las circunstancias en que actuó.

Por ello, deberá descartarse la aplicación de la eximente de estado de necesidad cuando al poder escoger entre varios delitos, el sujeto prefirió, libre y voluntariamente, aquel que se presentaba como penalmente más grave o, en igualdad de gravedad, el más dañoso a otros (Córdova, 1977). Según el autor citado la naturaleza peculiar de la justificación basada en el estado de necesidad obliga a considerar, como componente esencial del juicio *ex ante* el contenido de la voluntad del agente, que ha de hallarse dirigida a la salvación del bien mayor. Con ello, la determinación de si el actuar es adecuado para repeler el peligro será realizado al tomar en cuenta todas las circunstancias que se presentan en cada ocasión, al no ser posible establecer una regla absoluta aplicable a todas las circunstancias particulares.

La conducta del sujeto debe tener objetivamente potencialidad para alcanzar su meta. Si bien la ley, en la regulación de la eximente de estado de necesidad, no ha hecho mención de ese requisito, este deriva de la propia naturaleza de la justificación: por estado de necesidad se tiene derecho a llevar a cabo las acciones idóneas para salvar el bien de superior valor. Las acciones inidóneas para conseguirlo podrán ser inculpables, pero no se hallarán justificadas por el estado de necesidad, por cuanto la eficacia justificante del acto necesario no depende sólo de la dirección volitiva sino que requiere, además, la aptitud objetiva de la conducta para resolver el conflicto de intereses con prevalencia del interés superior (Córdova, 1977). Según lo investigado, la balanza de la inevitabilidad se inclina hacia un criterio más amplio y relativo que debe ser reflejado en el Código Penal de Cuba, lo que permitirá un análisis más certero y justo a la hora de apreciar la eximente.

Un criterio tan absoluto no permite el aprovechamiento jurídico - práctico que ofrece el estado de necesidad en la actualidad.

2.2.2 El conflicto de bienes y la colisión de deberes

A diferencia de la legítima defensa en la que sólo se demanda cierta aproximación entre la agresión y la defensa, en el estado de necesidad se exige que el sacrificio de un bien para salvar otro. A finales del siglo XIX, Stammler fundamentó la legitimidad de la acción ejecutada en estado de necesidad, en la obligación de que, en la colisión de dos bienes jurídicos, se sacrifique otro, porque el Estado tiene mayor interés en la conservación del más importante. A partir de ese momento la definición del concepto proporcionalidad de los bienes, en el terreno del estado de necesidad, devino objetivo de primordial interés para la teoría penal. Sin embargo, no ha resultado, cuestión sencilla la de dilucidar cuándo el bien salvado es más valioso que el sacrificado (Pírez, 2002).

El peligro, según el artículo 22.1 del Código Penal de Cuba, debe amenazar la propia persona o la de otro, o un bien social o individual, cualquiera que este sea. Esto trae a colación el problema relativo a la definición del concepto de bienes. A la hora de interpretarse el significado de bienes en la aludida legislación, pudiera hacerse en dos sentidos, primeramente al considerar que la ley penal ha ampliado el ámbito de los bienes jurídicos no limitados ahora al honor y la libertad, sino a cualquiera que estos sean; o que la ley penal ha reducido el campo de los objetos en peligro a los bienes en el sentido de objetos físicos, de cosas, al comprender los que sean tanto de propiedad social como de propiedad individual.

Jiménez de Asúa considera propio clasificar los bienes en generales, particulares e individuales (Asúa, 1977). El bien jurídico general es el sistema de relaciones sociales protegido por el Derecho penal. El bien jurídico individual consiste en el tipo particular de relación social o en el elemento particular de una relación social, amenazada o atacada por la acción u omisión socialmente peligrosa cometida por el sujeto. El bien jurídico particular es la relación social o elemento de una relación social, protegida por el Derecho Penal de los ataques o amenazas de acciones u omisiones socialmente peligrosas, común a un grupo de delitos. El bien jurídico particular enlaza los bienes jurídicos individuales de un conjunto de delitos, con el bien jurídico general (Asúa, 1977).

Al clasificar los bienes jurídicos según la índole de su titular, para Renén Quiroz Pérez predomina la naturaleza personal o colectiva del mismo (Pérez, 2005). Desde este punto de vista, bienes jurídicos personales son aquellos en los que el titular es la persona natural; y bienes jurídicos colectivos son todos los demás. Ricardo C. Núñez considera que el bien jurídico que se protege en el estado de necesidad, puede ser un bien individual, como la vida, la integridad física, la libertad, el honor, la propiedad, propios o ajenos; o pueden ser bienes de índole social como son la salud y la seguridad pública o el orden constitucional y la seguridad de la Nación (Núñez, 1999). En principio, son susceptibles de ser salvados de esta manera todos los bienes jurídicos, no obstante, ordenamientos como el mexicano en su artículo 15 y el venezolano en el artículo 65, van a limitar el estado de necesidad a la vida.

Para Bacigalupo Hidalgo, la colisión de bienes está dada ante el peligro de la pérdida de un bien jurídico y la posibilidad de su salvación al lesionar otro bien jurídico y de menor valor relativo. Sin embargo, considera que de esta forma se limita la ponderación a bienes jurídicos considerados como si fueran una necesidad estática. Añade que el conflicto que caracteriza un estado de necesidad está determinado por numerosos factores. Por lo tanto, ha propuesto un punto de vista más amplio al ponderar no solo bienes sino intereses, cuya misión sostiene, que sería la de permitir considerar la totalidad de las circunstancias relevantes para la situación (Bacigalupo, 1996).

El valor relativo de los bienes en conflicto debe ser resuelto objetivamente según criterio de Balestra. Afirma que una valoración subjetiva sólo puede conducir a la disculpa de la acción pero no la legítima. Como en toda justificante, en el estado de necesidad los bienes en conflicto han de ser valuados objetivamente. La ley requiere que el mal a evitar sea mayor, no que se le tenga por mayor (Balestra, 1998). Al ser la acción necesaria un hecho amenazado con pena, para Balestra un criterio cierto de valoración lo da la propia ley penal, con las escalas comparativas de penas para distintos tipos de lesión de un mismo bien jurídico, tales como la vida, integridad física, propiedad, o para la lesión de distintos bienes jurídicos (Balestra, 1998). Ricardo Núñez estima que la determinación del bien menos valioso, no depende exclusivamente de la calidad de los bienes en juego, sino, también, de la calidad del

daño evitado al bien defendido y del causado al bien lesionado (Núñez, 1999). En realidad la ponderación de los bienes, no puede consistir en una simple operación matemática, por cuanto el daño causado por el hecho punible no consiste sólo en la lesión o puesta en peligro del objeto de la protección, sino que también hay que tener en cuenta el objeto directo de la acción, la persona o bien salvado en comparación con la persona o bien sacrificado, o sea, hay que tomar en consideración la totalidad de los daños o perjuicios producidos por el delito.

Para Núñez la apreciación del daño evitado al bien defendido y del causado al bien lesionado de ambas calidades no debe hacerse con arreglo al criterio personal del autor ni del damnificado ni del juez, sino según el valor que les asigne el derecho positivo de conformidad con las normas de cultura social propias de cada tiempo y lugar y las circunstancias de cada caso (Núñez, 1999). De ello deviene la necesidad de salvaguardia del bien relacionándolo con la situación social en que se encuentra. Como muy importante cataloga Carlos Creus el rol social concreto que juega el bien. Así, frente a dos propiedades, un humilde bien único sustento de una familia y una de las tantas propiedades de un vecino, el valor social de la primera es completamente superior al valor estrictamente económico de la segunda y, por tanto, determina la gravedad del mal (Creus, 1992). Incluso el propio interés del sujeto dueño del bien a sacrificar puede ser tenido en cuenta.

Puede ser que por razones particulares tenga más interés en un bien de menor valor que en uno de mayor valor. Puede existir el caso en el que el dueño del bien a sacrificar pide que se le tome una lancha nueva en vez de una antigua, pues esta última tiene para él un valor afectivo. Un grupo de reglas referentes a la ponderación de la total situación que forma la base del estado de necesidad para Bacigalupo ofrecerán una gran claridad en el asunto (Bacigalupo, 1996). Basado en el pensamiento Leckner, parte de la relación jerárquica de los bienes jurídicos en juego, es decir, de los bienes jurídicos que colisionan (Lenckner, 1985). El orden valorativo de estos bienes se debe deducir de la totalidad del ordenamiento jurídico; las penas amenazadas en la legislación penal para la violación de los mismos no es sino un indicio a los efectos de la determinación de la jerarquía de los bienes.

Al coincidir con criterios expresados anteriormente para Bacigalupo lo decisivo será, sin embargo, no la relación jerárquica de bienes, sino el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social. La acción realizada en estado de necesidad sólo resultará justificada cuando la desproporción entre el interés que se salva y el que se sacrifica sea esencial. Tiene que haber una marcada diferencia en favor del interés que se salva. Es de relevancia aclarar que la comparación de bienes o intereses no autoriza, la realización de acciones que afecten bienes individuales como, por ejemplo, extraer un riñón a uno para trasplantarlo a otro a quien se le salva la vida (Bacigalupo, 1996).

En este caso la vida salvada es de mayor jerarquía que la integridad corporal, pero el límite frente a los bienes individuales excluye la posible aplicación del estado de necesidad justificante. La razón de esta limitación reside en que la acción necesaria, en el estado de necesidad, debe constituir un medio adecuado socialmente para la resolución del conflicto. La sola preponderancia de un interés no es suficiente para la justificación; se requiere además un juicio sobre la adecuación social del medio utilizado para resolver el conflicto de intereses. En todo caso, la diferencia valorativa de los intereses en juego debe ser esencial.

Sobre la misma base Claus Roxin considera especialmente discutible la situación de conflicto entre bienes personalísimos, como el que surgiría en los casos de los trasplantes, vacunación y transfusión de sangre por fuerza. Respecto al trasplante, parecería ser claramente antijurídico el comportamiento, dada la permanencia y gravedad del mal que se ocasiona. En estos casos para él, sólo la concurrencia del consentimiento puede permitir la intervención profesional (Roxín, 1988). Según Mir Puig la llamada indicación médica en el aborto se basa en el estado de necesidad, en su criterio la vida y la salud de la madre son superiores a la vida del feto (Puig, 1983).

Sin embargo, a la hora de determinar el valor de los bienes en conflicto pueden considerarse inclusive los intereses individuales del afectado o afectados por la acción de estado de necesidad. No es posible justificar el aborto contra la voluntad de la embarazada, aunque de esta manera se le salve la vida. Al ser necesario considerar el papel que juega el consentimiento en algunas situaciones ya

mencionadas, su análisis forma parte de este trabajo. Los códigos penales no regulan, por lo general, en forma expresa los efectos justificantes del consentimiento del titular del bien jurídico lesionado. Sólo excepcionalmente el Código Penal español prevé en el artículo 428 que el consentimiento del lesionado no excluye las penas previstas para las lesiones. En este sentido se suele considerar al consentimiento como un producto del derecho consuetudinario (Hirsch, 1999).

Existen bienes jurídicos disponibles en donde solo el consentimiento puede excluir la responsabilidad, la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo, la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico. Desde este ángulo la lesión del sustrato material del bien jurídico es irrelevante. En consecuencia, el consentimiento si tiene relevancia, lo que depende del poder de decisión sobre el mantenimiento del bien que el orden jurídico otorgue al particular, excluirá en todos los casos el tipo penal. La eficacia del consentimiento depende del poder de decisión que el orden jurídico otorgue sobre el mantenimiento del bien jurídico al particular que es titular del mismo. En principio este poder de decisión sólo se le reconoce al particular con respecto a la posesión, la propiedad y el patrimonio en general, la libertad personal y la integridad corporal en el sentido del delito de lesiones.

Mientras la disponibilidad de los bienes de contenido patrimonial en general no tiene límites, en el caso de la libertad personal y de la integridad corporal aquella depende de que el consentimiento no implique acuerdo en la tolerancia de acciones lesivas de la dignidad de la persona. Esta no es renunciabile y está íntimamente ligada con la libertad y el respeto del cuerpo (Bacigalupo, 1996). No es válido el consentimiento para ser reducido a servidumbre u otra conducta análoga ni para ser torturado por funcionarios policiales, así se expresa en el artículo 140 del Código Penal argentino. Al tratarse de bienes jurídicos que admiten la disponibilidad de parte de su titular, la eficacia del consentimiento dependerá de la capacidad del sujeto pasivo de comprender la situación en la que consiente.

El sujeto debe poder comprender la significación de su consentimiento respecto de la acción que lesionará el objeto de la misma. Es suficiente capacidad natural de comprender o juzgar (Schmidhauser, 1979). El consentimiento debe ser anterior a la

acción y se debe haber mantenido hasta el momento de la acción, es decir es retractable. Es importante que el mismo no deba provenir de un error ni haber sido obtenido mediante amenaza. Sólo bajo esta condición el consentimiento es un acto autónomo y, por lo tanto, sólo de esta manera elimina la lesión del bien jurídico. La eficacia del consentimiento depende por lo tanto, ante todo, del consentimiento correcto del que consiente respecto de la extensión del daño. Ello tiene singular importancia en el caso de la intervención médico - quirúrgica y en el tratamiento médico en general, pues es el fundamento del deber del médico de esclarecer al paciente respecto al tratamiento o intervención y sobre sus consecuencias.

El estado de necesidad justificante se va a presentar en dos formas distintas, colisión de bienes y colisión de deberes. De esta forma el artículo 22.3 del Código Penal cubano excluye la apreciación del estado de necesidad si el agente tiene el deber de arrostrar el peligro que amenace a su persona. En el caso de colisión de deberes, la cuestión gira en torno al ejercicio de un cargo, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho. Este conflicto aparece cuando, para realizar un deber, es necesario infringir o lesionar otro (Puig, 1989). No se hace referencia aquí a cualquier clase de deberes, ya que debe tratarse de deberes jurídicos que se contrapongan, y no simplemente de que uno limite al otro (Ramírez, 1999). Un estado de necesidad propio por colisión de deberes se da cuando colisionan dos deberes de actuar y cuando colisionan un deber de actuar y otro de omitir (Jescheck, 2002).

Un mandato con contenido antijurídico da lugar a un deber de obediencia si la instrucción cumple con los requisitos formales y aquello que se exige no es manifiestamente antijurídico, ello produce un conflicto entre el deber de obediencia y la prohibición de cometer acciones antijurídicas. En tal caso, la contradicción entre el deber de obediencia y el deber de no infringir la norma penal sólo puede ser resuelta según cuál de ambos deberes deba ser calificado con rango superior. Si se considera que prima el deber de obediencia, el subordinado estará justificado (Zaffaroni, 2002).

Ahora bien, la elección del deber que debe prevalecer no se determina exclusivamente según la importancia del bien jurídico que se trate, o de la intensidad del peligro que amenace, sino que también, entre otros factores, según el grado de

vinculación entre el obligado y el afectado, por ejemplo, los casos en que existe un deber de garante del obligado sobre el afectado (Stratenwerth, 1982). Roxin estima que en dicho conflicto tiene preferencia el interés en la obediencia del subordinado frente al interés de evitar el comportamiento antijurídico, pero sólo al tratarse de infracciones no tan graves, como podría ser el caso del soldado, que en cumplimiento de una orden, intenta arrestar a un terrorista que se encuentra escondido en una casa, para lo cual tiene que romper la puerta de ésta y causar otros daños a la propiedad. En caso de infracciones más graves, si se ordena ejecutar extrajudicialmente a un detenido, tiene prioridad el interés en evitar el injusto (Roxin, 1988).

Para Bacigalupo 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 cumplimiento de un deber determina la lesión del otro (Bacigalupo, 1996). El cumplimiento de un deber sólo entrará en consideración como causa de justificación en tanto colisione con otro deber. Para que el cumplimiento de una orden pueda ser analizado desde la perspectiva de la colisión de deberes, ésta debe ser revisable. De no ser así, se trataría de un error de prohibición, ya que el subordinado que no podía revisar la orden habría cumplido con la orden ilícita, pero sin saber que su contenido era contrario a Derecho.

En el caso de la colisión de deberes, el subordinado sabe que lo mandado es ilícito, debiendo decidir si es que cumple con la directa o desiste hacerlo. En resumen, al concurrir una colisión entre dos deberes de igual rango esta figura puede dar lugar a tres grupos de supuestos en los que se presentaría la colisión de deberes al entrar en conflicto un deber de acción con un deber de omisión; al existir un conflicto entre dos deberes de acción; o al haber un conflicto entre varios deberes de omisión (Weigend, 2002). Para que se cumpla con uno de estos deberes será necesario infringir o lesionar el otro, debiéndose analizar cuál de los dos debería prevalecer, al tomar como referencia los criterios de ponderación establecidos por el artículo 22.1 del Código Penal de Cuba.

3.1. Presupuestos teóricos prácticos que han de existir para que se pueda apreciar la exigente de estado de necesidad

Por naturaleza la ciencia es progresiva y dialéctica, lo que significa que los conocimientos que hoy la integran son el resultado del proceso de interacción del hombre con su entorno en cada momento histórico y que todo sistema explicativo que pautan es provisional en tanto puede ser enriquecido o negado con posterioridad; por lo que no hay verdades finales ni absolutas (Armengol, 2012). Es por medio de la ciencia que la civilización es transformada velozmente. Según Núñez Jover, es un cuerpo de conocimiento en constante desarrollo formado por fragmentos de las reflexiones y las ideas. Es un descubrimiento constante de hechos, leyes y teorías nuevas que critican y con frecuencia destruyen mucho de lo construido (Jover, 1999).

Como una de las múltiples ramas de las ciencias se encuentran las Ciencias Jurídicas. Definidas como el sistema de conocimientos que se ocupa del estudio de los fundamentos, principios, categorías y valores que informan, sustentan o han sustentado tanto el derecho vigente como el anterior; así como su impacto social y su crítica para su futuro perfeccionamiento. De lo anterior se deriva que su objeto de estudio lo integren las tres dimensiones del derecho la social, con la sociología jurídica, la valorativa, con la filosofía del derecho y la normativa, con la ciencia del derecho.

Uno de los elementos de la ciencia del Derecho lo constituye la ciencia de Derecho Penal. La ciencia del Derecho Penal positivo se designa con el nombre de dogmática jurídico – penal. El jurista ha de aceptar, como punto de partida, el contenido del orden jurídico positivo, porque sólo así podrá comprenderlo, interpretarlo y aplicarlo (Mourullo, 1996). La dogmática jurídica establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del Derecho Penal segura y previsible, y lo sustrae de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación. Pero lo cierto es que no basta con la previsibilidad de las decisiones ni con la construcción conceptual para proveer seguridad jurídica, sin perjuicio de que muchas veces la dogmática ni siquiera permite esta previsibilidad (Zaffaroni, 2002).

La dogmática procura una aplicación altamente objetiva del derecho vigente. Sin embargo, no puede lograr una objetividad total: la exclusión absoluta de puntos de vista del intérprete no es posible. Toda aplicación del Derecho requiere fijar puntos de partida que condicionan el proceso interpretativo posterior. El interés del conocimiento dogmático se vincula a la tarea de la aplicación del Derecho Penal a los casos que juzgan o deben juzgar los tribunales. Por ello, con la ayuda de esta el jurista del Derecho Penal debe poder contestar de una manera técnicamente aceptable si el autor de un hecho es punible y, cómo debe ser punible (Bacigalupo, 1996).

La dogmática jurídica penal y política criminal se superponen y complementan, siendo no disciplinas separadas, sino más bien zonas o aspectos de la ciencia del Derecho Penal. La política criminal suministra los criterios para la valoración del derecho vigente y revela cuál es el que debe regir en el futuro. Una política criminal sin conocimiento del Derecho positivo vigente es inimaginable. A través de este conocimiento se descubre los aciertos y los defectos del orden jurídico en vigor y, por tanto, señala lo que merece ser mantenido y lo que debe ser eliminado o sustituido en el futuro (Mourullo, 1996).

Dado que la dogmática penal debe permitir contestar si un hecho es o no delito, es preciso analizar sus relaciones con otros conocimientos que se ocupan del delito (Bacigalupo, 1996). Para ello se emplea el método jurídico. Este es fundamental para la interpretación de la ley. Es el que conduce a un objetivo práctico, que es orientar las decisiones de la jurisdicción y, por ende, lo alcanza conforme al modo en que se conciben esas decisiones.

De allí que el método siempre se halle condicionado por el modelo de estado al que sirve el saber jurídico, o sea, que su elección va precedida por una decisión política fundamental. Por ello, es claro que el Derecho no es objeto de interpretación sino fruto de ella, o sea, de una variable que no depende sólo de la legislación sino sobre todo de la actividad doctrinal y jurisprudencial, que nunca es inocente ni aséptica respecto del poder (Zaffaroni, 2002). Cualquier método que no se degrade a una mera metodología de racionalización al servicio del que manda, es decir, cualquier método propiamente jurídico, requiere un análisis exegético, histórico y genealógico

de la ley, tanto como una posterior construcción explicativa. En definitiva, se trata de la necesidad de construir un sistema, es decir, de formar un conjunto ordenado en el que se enlazan sus elementos. El objetivo que se asigna al saber jurídico penal no es producto del método sino previo a éste (Zaffaroni, 2002). En tanto el método científico es el procedimiento que se sigue para analizar un objeto de investigación; el procedimiento mediante el cual se estudia éste; el recurso perceptivo o racional que aplica el investigador para penetrar lo que estudia con el fin de obtener información, hallar explicaciones y solucionar de esa manera un problema científico. Así, para que un trozo de saber pueda ser llamado científico no basta con que sea verdadero; es imprescindible demostrar cómo se ha llegado a él y exhibir las operaciones empíricas o racionales por las cuales es verificable (Armengol, 2012). Se ha concebido un conjunto de presupuestos, que en su integración pueden constituir la base de una futura metodología, a ser empleada bien al instante de realizarle una posterior modificación a la Ley penal sustantiva o apreciarse por el órgano jurisdiccional la eximente del estado de necesidad.

Para la conformación de *los presupuestos* se utilizan *dos directrices: teórico y práctico*. La primera, empleada como fundamento en el cual se sustenta la investigación y la última, dirigida a la obtención de los criterios jurisprudenciales en materia de la eximente del estado de necesidad.

La primera directriz permite conformar el marco teórico, lo cual facilitó cumplir con las dos primeras etapas prevista para su conformación, la revisión de la literatura correspondiente y la adopción de una teoría. En este se imbricó los enfoques teóricos, estudios y antecedentes generales que aluden al problema de la investigación, constatándose que existen varias teorías que de manera generalizada pueden ser de aplicación para la solución del conflicto central objeto de estudio. No obstante, ninguna se ajusta a la solución ideal, por lo que se propone otra diferente.

Lo expresado implicó a su vez cumplir los pasos siguientes:

1. Estudiar las teorías capaces de explicar en qué supuestos se ha de apreciar la eximente del estado de necesidad y por tanto, eximir de responsabilidad penal al sujeto que ha cometido una conducta que revisten caracteres de delito.

2. Evaluar dichas teorías al valorar su capacidad de descripción, explicación, predicción y consistencia lógica según lo exige la ciencia de la metodología de la investigación.

3. La creación de un esquema conceptual a aplicar al problema de la investigación, que en el caso concreto, tiene como referente los postulados de la doctrina foránea y nacional, además de las fuentes formales y materiales del Derecho Penal.

La directriz práctica se encuentra condicionada a lo limitado de los estudios nacionales precedentes sobre la materia, lo abstracto de los contenidos relacionados con la misma y la escasez de criterios jurisprudenciales sobre dicha eximente debido a la exigua radicación, juzgamiento y existencia dentro del catálogo sancionador.

Se emplea la metodología cuantitativa, con el propósito de evaluar la calidad de la información en torno a la eximente del estado de necesidad. Criterios que se obtienen con el uso de las técnicas de revisión de bibliografía y análisis de documentos. En cuanto a la última, aplicada, según se expresó antes, a un total de 57 sentencias. De ellas, 20 aluden al estado de necesidad para un 33.84%, 21 al error para un 35.09%, 2 a la enfermedad mental para un 3.51 % y 9 a la legítima para un 15.79% y 5 al trastorno mental transitorio para un 8.77 %.

Como resultado de la aplicación de las técnicas antes relacionadas se obtienen conclusiones que constituyen la base de los presupuestos interpretativos que se expresan a continuación:

- a) Existe poco dominio en los jueces acerca de cuáles son los presupuestos que han de darse para que se pueda configurar la eximente del estado de necesidad.
- b) La judicatura no identifica adecuadamente en qué supuestos ha de reconocer la eximente del estado de necesidad.
- c) La aplicación jurisprudencial efectiva de la eximente completa de estado de necesidad es sumamente escasa. Tampoco se advierte la aplicación de la eximente incompleta de estado de necesidad.

Al vincular las dos directrices se conforma el *conjunto de presupuestos* que han de darse para que se pueda reconocer la eximente, lo que a su vez en aras de una mejor comprensión de sus postulados se dividen en tres grupos.

Primer grupo: *Presupuestos que conforman el marco conceptual. Integrado por la definición de la eximente como soporte básico.*

La eximente del estado de necesidad se configura en los siguientes términos:

Está exento de responsabilidad penal el que obra con el fin de evitar un peligro actual, real e inminente que amenace su propia persona o la de otro, o un bien, cualquiera que este sea, si el peligro no podía ser evitado por un medio menos perjudicial, o si al existir el mismo no se pudo apreciar, ni fue provocado por el agente, y siempre que el bien sacrificado sea de menor o igual valor que el salvado.

Segundo grupo: *Presupuestos relativos al peligro como elemento fundamental para la configuración de la eximente del estado de necesidad.*

- a) El peligro puede ser de cualquier origen, no importa su naturaleza siempre y cuando sea capaz de crear una situación de necesidad, y no haya sido provocado intencionalmente por el propio sujeto.
- b) El peligro ha de ser grave, y se ha de requerir que el sujeto tenga conocimiento de la situación de peligro, y de la idea de salvaguardar un bien. La determinación de la gravedad se establecerá de acuerdo con criterios objetivos.
- c) El peligro ha de ser real, en oposición a lo irreal, figurado o fantasioso, la situación de necesidad por peligro subjetivo se tratará conforme a las reglas de error.
- d) El peligro ha de ser actual, al tratarse de un peligro presente, no pasado ni futuro.
- e) El peligro ha de ser inminente, ya que no basta que sea posible, es menester que sea próximo y cercano.
- f) El peligro podrá o no ser permanente, ya que la amenaza no tiene por qué ser sólo momentánea y fugaz, sino que además puede mantenerse o prolongarse en el espacio temporalmente.
- g) El peligro no debe jurídicamente obligar al sujeto a soportarlo.
- h) El peligro ha de ser inevitable, esto significa que el sujeto ha realizado todo lo humanamente exigible, dadas las circunstancias concretas prevalecientes en el momento del acto, antes de decidirse a causar el daño.

Tercer grupo: *Presupuestos relativos a los bienes como elementos para la configuración de la eximente del estado de necesidad.*

- a) Los bienes jurídicos susceptibles de ser salvados podrán ser de cualquier especie ya sean físicos o abstractos.
- b) Los bienes han de valorarse conforme a la situación social en que se encuentran y al rol social que desempeñan de conformidad con las normas de cultura social propias de cada tiempo, lugar y las circunstancias de cada caso.
- c) Los bienes sacrificados han de ser de menor o igual valor que los salvados, pues no se trata sólo de comparar el valor de los mismos, sino de juzgar si el sacrificio de uno de ellos para salvar el otro era la única vía adecuada, dentro de los límites de exigibilidad normales en la vida ordinaria.
- d) Los bienes jurídicos susceptibles de ser sacrificados han de limitarse a aquellos relacionados con la misma existencia humana en donde el consentimiento es el factor determinante.

Los antecedentes del estado de necesidad provienen desde la antigüedad. La figura es apreciada en Cuba a través de las legislaciones españolas, y progresivamente sufre cambios que estuvieron condicionados por factores políticos, económicos y sociales hasta la actualidad. La existencia de un peligro que amenaza, constituye el elemento fundamental sin el cual no se podrá apreciar la eximente. Sin embargo es necesario no esté fundado en la imaginación. En relación al tiempo y la proximidad se requiere de actualidad e inminencia, sin desestimar la durabilidad en el tiempo en que se desarrolla. Determinante será el papel que jugará el tribunal a la hora de valorar la inevitabilidad en el estado de necesidad, pues, de ello dependerá en gran manera la apreciación de la eximente. En cuanto a los bienes se estima que podrán ser de cualquier especie, y se alienta hacia un criterio más abarcador a la hora de la ponderación, con la excepción de aquellos que le pertenecen por naturaleza al mismo ser humano.

CONCLUSIONES

Finalizada la investigación, se establecen las conclusiones en los términos que siguen:

PRIMERA: La antijuridicidad como sustrato material de la justificación expresa lo que el legislador no quiere prohibir, en ella éste renuncia a motivar al sujeto a pesar de que podría hacerlo a través de la pena, y no lo quiere hacer porque valora positivamente el comportamiento realizado en situación de necesidad.

SEGUNDA: El peligro se define como el estado en el cual, de acuerdo con las circunstancias, que concurren en un momento y lugar determinado le confieren a esa situación capacidad suficiente para causar un daño o perjuicio. La causa que produce el peligro puede considerarse como la situación objetiva, lícita o ilícita, que amenaza con producir un daño probable.

TERCERA: El fundamento del estado de necesidad como causa de justificación se basa en el derecho que le confiere la ley al sujeto que actúa en una situación de necesidad ante un peligro inminente que lo amenaza. Derivado de ello, los bienes en conflicto pueden ser de igual o menor el uno del otro y de cualquier naturaleza excepto los que forman parte de la existencia misma del ser humano para los que el consentimiento será necesario para su interrupción.

CUARTA: En el ordenamiento jurídico cubano la eximente del miedo insuperable se regula en su artículo 22.1 donde se establece que está exento de responsabilidad penal el que obra con el fin de evitar un peligro inminente que amenace su propia persona o la de otro, o un bien social o individual, cualquiera que este sea, si el peligro no podía ser evitado de otro modo, ni fue provocado intencionalmente por el agente, y siempre que el bien sacrificado sea de valor inferior que el salvado.

QUINTA: Presupuestos teóricos prácticos de la eximente del estado de necesidad:

- a) La eximente del estado de necesidad se configura en los siguientes términos:
Está exento de responsabilidad penal el que obra con el fin de evitar un peligro actual, real e inminente que amenace su propia persona o la de otro, o un bien, cualquiera que este sea, si el peligro no podía ser evitado por un medio menos perjudicial, o si al existir el mismo no se pudo apreciar, ni fue provocado por el

agente, y siempre que el bien sacrificado sea de menor o igual valor que el salvado.

- b) El peligro puede ser de cualquier origen siempre que no haya sido provocado intencionalmente por el propio sujeto.
- c) El peligro ha de ser grave, y se ha de requerir que el sujeto tenga conocimiento de la situación de peligro, y de la idea de salvaguardar un bien. La determinación de la gravedad se establecerá de acuerdo con criterios objetivos.
- d) El peligro ha de ser real, actual, inminente y relativamente inevitable. El peligro no debe jurídicamente obligar al sujeto a soportarlo.
- e) Los bienes jurídicos susceptibles de ser salvados podrán ser de cualquier especie, los mismos se valorarán conforme a la situación social en que se encuentran y al rol social que desempeñan. Los bienes sacrificados han de ser de menor o igual valor que los salvados, y se limitan aquellos relacionados con la misma existencia humana en donde el consentimiento es el factor determinante.

RECOMENDACIONES

Sobre la base de las conclusiones expuestas y a partir de los presupuestos establecidos, se plantean las siguientes recomendaciones:

PRIMERA: Proponer a la comisión de asuntos legislativos de la Asamblea Nacional del Poder Popular la valoración de los siguientes aspectos para su inclusión en la Parte General del Código Penal, específicamente en el artículo 22.1, al regular la eximente del estado de necesidad.

Dicha cláusula podría contener los elementos que a continuación se exponen:

Está exento de responsabilidad penal el que obra con el fin de evitar un peligro actual, real e inminente que amenace su propia persona o la de otro, o un bien, cualquiera que este sea, si el peligro no podía ser evitado por un medio menos perjudicial, o si al existir el mismo no se pudo apreciar, ni fue provocado por el agente, y siempre que el bien sacrificado sea de menor o igual valor que el salvado.

SEGUNDA: Someter a consideración del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular los presupuestos analizados en la investigación relacionados con la eximente del estado de necesidad y su determinación. Indicadores que se resumen a continuación:

- a) El peligro puede ser de cualquier origen y no haya sido provocado intencionalmente por el propio sujeto.
- b) El peligro ha de ser grave, y se ha de requerir que el sujeto tenga conocimiento de la situación de peligro, y de la idea de salvaguardar un bien. La determinación de la gravedad se establecerá de acuerdo con criterios objetivos.
- c) El peligro ha de ser real, actual, inminente y relativamente inevitable. El peligro no debe jurídicamente obligar al sujeto a soportarlo.
- d) Los bienes jurídicos susceptibles de ser salvados podrán ser de cualquier especie, los mismos se valorarán conforme a la situación social en que se encuentran y al rol social que desempeñan. Los bienes sacrificados han de ser de menor o igual valor que los salvados, y se limitan aquellos relacionados con la misma existencia humana en donde el consentimiento es el factor determinante.

BIBLIOGRAFÍA

(1870). En *Código penal reformado de 1870*.

(1870). En J. Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*. (pág. 162). Madrid. Depalma.

(1870). En Serna, G. *El Código penal de 1870 concordado y comentado* (pág. 238). Burgos.

(1890). En Vilaseca, *Código penal reformado de 1879* (págs. 166-167). Madrid. España.

(1926). En C. M. Arizala, *Comentarios científico-prácticos al código penal de 1870* (págs. 546-547). Madrid.

(1931). *Código Penal para Distritos Federales de México*.

(1950). En Dohna, *Der Aufbau der Verbrechen* (pág. 28).

(1955). En Sauer, W. *Allgemeine Strafrechtsle* (pág. 56).

(1972). En C. Mir, *Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I* (pág. 779). Madrid: Tecnos.

(1974, junio). *Código Penal de Venezuela, vigente. Gaceta Oficial*. Caracas: Eduven F/F.

(1979). En G. Ordeig, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*. (págs. 72-73). Madrid.

(1979). *Ministerio de Justicia. Código Penal, Ley No. 21 de 15 de Febrero de 1979.-- La Habana, 1979. Promulgado el 30 de diciembre de 1978 y publicado en la Gaceta Oficial*. La Habana.

(1981). En Jesechek, *Tratado de Derecho Penal. Parte general* (pág. 257). Barcelona: Casa Editorial S.A.

- (1982). En Urzúa, E. *Derecho penal. Parte general. Tomo I.* (pág. 315). Santiago de Chile: Jurídica da Chile.
- (1985). En C. Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte general* (pág. 259). Madrid: Tecnos.
- (1985). En Lenckner, *Sobre la evolución y la necesidad del tránsito desde la ponderación de bienes a la de intereses* (pág. 295).
- (1987). *Código Penal de Cuba.*
- (1987). Ley No 62. En *Código Penal de Cuba.*
- (1987). Ley No 62. En *Ley No. 62. Código Penal de Cuba de 29 de diciembre de 1987. Gaceta Oficial Especial No.3 de 30 de diciembre de 1987. Ministerio de Justicia.* La Habana, Cuba.
- (1991). En B. Shunemann, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.* (pág. 113). Madrid: Tecnos.
- (1992). *Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria No 7 de 1ro de agosto de 1992, actualizada por la ley de la Reforma Constitucional, Gaceta Oficial Extraordinaria No 10 de 16 de julio de 2002.* La Habana. Cuba.
- (1992). En C. Creus, *Derecho Penal, Parte General* (pág. 323- 325). Argetina: Astrea.
- (1995). *Código Penal de Honduras, vigente. Diario Oficial de la Gaceta, 4ta edición.* Honduras: Graficentro Editores.
- (1996). *Código Penal de España. Boletín Oficial del Estado, No.281.* Madrid, España.
- (1997). En C. Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, La Estructura de la teoría del delito, Tomo I* (pág. 680). Madrid: Civitas.
- (1997). *Gaceta Oficial No 6.* La Habana. Cuba.

- (1998). En Balestra, *Derecho Penal. Introducción y Parte General* (pág. 261). Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
- (1998). En F. Balestra, *Derecho Penal, Introducción y Parte General. Cap. V* (pág. 305). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (1999). *Código Penal de Bolivia, vigente, 1 ra edición*. La Paz: Cabezas de Cura.
- (1999). *Código Penal de Ecuador, vigente Legislación conexas, 1 ra edición*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- (1999). *Código penal de Uruguay, vigente, 5ta edición*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- (1999). En E. Bacigalupo, *Derecho Penal, Parte General* (pág. 379). Buenos Aires: Hammurabi.
- (1999). En H. H. Juan J Bustos Martínez, *Lecciones de Derecho Penal, Volumen II* (pág. 145). Madrid: Trotta.
- (1999). En J. B. Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal, Volumen II* (págs. 140-143). Madrid: Trotta.
- (2001). *Código Penal de Colombia vigente, 24 de julio de 1984. Diario Oficial de 25 de julio de 1984*.
- (2005). En Quiroz Pérez, *Manual de Derecho Penal General, Tomo III* (pág. 214). Habana: Félix Varela.
- (2005). En Quiroz Pérez, *Manual de Derecho Penal. Tomo I* (pág. 194). La Habana: Félix Varela.
- (2007). En J. L. Hidalgo, *Derecho Penal, Parte General, Texto para la docencia en Derecho* (pág. 178). Perú: Alas Peruanas.
- (2007). En *Curso de Derecho penal español. Parte general* (pág. 406).

- Aguado, D. I. (2007). El estado de necesidad: normativa y naturaleza jurídica. *Revista de Derecho Procesal Penal*, 13.
- Antón, V. (1990). Derecho penal. Parte general. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Armengol, C. M. (2012). Investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica. La Habana: Felix Verela. Cuba.
- Asúa, J. d. (1977). *Tratado Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada S.A.
- Asúa, L. J. (1961). *Tratado de Derecho Penal. Tomo IV*. Argentina: Losada.
- autores, C. d. (1989). *Conferencia Jurídica Nacional, Ponencias de Derecho Penal*. La Habana. Cuba: Ediciones ONBC.
- Bacigalupo, E. (1996). Manual de Derecho Penal. Colombia: Temis.
- Baldo Lavilla. (1994). Estudio de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre la situación de necesidad de los que se derivan facultades y deberes de salvaguarda. Barcelona: José M. Bosch.
- Balestra, C. (1998). *Derecho Penal. Introducción y parte general. Capítulo III. La justificación*. Buenos Aires: Depalma.(2000).
- Barbero, H. (1980). Estado de necesidad y colisión de intereses. En *Cuaderno de política criminal* (págs. 469-550).
- Basoco, T. (1989). Curso de Derecho penal. Parte general.
- Beiling, E. V. (1944). Esquema del Derecho Penal. La teoría del delito. España: Depalma.
- Benítez Corsi, J. J. (2005). El estado de necesidad en la responsabilidad civil. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 22.
- Bulté, J. F. (2006). Historia del Estado y el Derecho en Cuba. La Habana: Félix Varela.

Carbonell, M. (2001). *El sistema de la justificación*. España: Arazandi.

Carrara, F. (1944). Programa del curso de derecho criminal. Buenos Aires: Depalma.

Carraras, J. A. (1985). Programa de Derecho. Bogotá: Temis.

Carreras Julio, A. (1983). Historia del Estado y el Derecho en Cuba. La Habana: Pueblo y Educación.

Castejón. (1926). Comentarios científicos prácticos al Código penal de 1870. Madrid: España.

Castellanos, F. (1984). Lineamientos elementales del Derecho Penal. México: Porrúa.

Castro González, C. (2013). *Los presupuestos teóricos prácticos del miedo insuperable como causa de inexigibilidad de la responsabilidad penal. Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en Derecho. Universidad Carlos Rafael Rodríguez. Cienfuegos.*

Cejas Sánchez, A. (1986). Algunas consideraciones sobre la peligrosidad social. *Revista Cubana de Derecho No. 27*, La Habana.

Cerezo, M. (1989). El consentimiento de la causa de exclusión del tipo y como causa de justificación. Madrid: Tecnos.

Cerezo, M. (2000). Curso de Derecho Penal. Parte General. España: Tecnos.

Código Penal de Argentina, vigencia 1984,
<http://www.latinows.com/legislación/modules/mylinks/viewcat.php?cid¿218>.
Recuperado el 2014 de enero de 12.

Código Penal de Chile de 12 de junio de 1875
<http://www.latinws.com/legislación/modules/mylinks/viewwcatphp?cid¿218>.Recu
perado el 11 de enero de 2014.

Código Penal de Colombia vigente 1999, 4ta edición de 1999. Bogotá DC: Legis Editora.

Código Penal de Perú 1999 vigente 3ra edición oficial. Editorial Jurídica. Grijley.
Lima, Perú
<http://www.latinlaws.com/legislación/modules/mylinks/viewcat.php?=218>.

Código Penal de República Dominicana de 1998, Santo Domingo, DN.
<http://www.latinwas.com/legisa.com/modelus/mylinks/viewcat.php?cid=218>.
Recuperado el 13 de diciembre de 2013.

Conde, F. M. (1991). *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch. (pág. 91).

Contreras, J. C. (2002). *El derecho penal español. Parte general*. España: Dykinson.

Córdova Roda, J. (1977). *Culpabilidad y pena*. Barcelona: Bosch.

Cruz Ochoa, R. (2000). "La criminología y el derecho penal en Cuba después de 1959". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* , 123.

Cruz Ochoa, R. (s.f.). *Las ideas sociales en Cuba en la primera mitad del siglo XX*.
<http://www.revista-caliban.cu/aticulo.ph%3f>. Recuperado el 12 de noviembre de 2013.

Del Olmo, J. A. (2006). La aplicación del estado de necesidad como causa de justificación. *Diario La ley*. XXVIII (No 6426).

Delgado Herrera, Z. I. (2010). *La peligrosidad social del hecho como límite al ius Puniendis. Trabajo de Diploma*. Cienfuegos.

Delito. En Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana. Tomo XVIII. Segunda Parte. 1680 páginas. Espasa Calpe 94 S.A.

Donna, E. A. (1995). *Teoría del delito y de la pena*. Buenos Aires: Astrea.

En C. Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte general I* (pág. 405).Madrid: Tecnos.

Engisch, K. (1960). El ámbito no jurídico. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

Frank, R. (2000). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Argentina , Uruguay: B de F.

Gaceta. (1879). *La Habana* . Cuba.

Galperin, I. (1988). *La sanción. Funciones sociales y práctica de su aplicación*. p. 289. La Habana: Ciencias Sociales.

García Añón, J. (1993). Metodologías y técnicas para la realización de trabajos de investigación. Valencia, España: Universidad de Valencia.

García, D. R. (2013). Lay No. 62/87. Anotado con las Disposiciones del CGTSP. La Habana. Cuba: ONBC.

Garrido Montt, M. (2001). *Derecho Penal. Tomo General*.Chile: Solesionas.

Gimbernat Ordeig, E. (1990). El estado de necesidad: un problema de antijuricidad. En *Estudio del Derecho Penal* (pág. 321). Madrid: Tecnos.

Golschmidt, J. (2010). El estado de necesidad, un problema de la culpabilidad. En *Derecho Penal y Procesal: Problemas fundamentales* (pág. 213). España: Depalma.

Gómez, D. V. (2000). El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia. Granada: Comares.

Günther, J. (1997). Derecho General. Parte General. Madrid. España: Thomson Civitas.(pág. 9).

Günther, J. (2003). *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. España: Thomson Civitas.

- Hernán de Fazio, E. (s.f.). *El juicio de reproche y la noción de exigibilidad en la culpabilidad*. www.penamientopenal.com.ar/52fazio.pdf. Recuperado el 21 de diciembre de 2013
- Hirsch, H. H. (1999). *La regulación del estado de necesidad*. Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de Derecho Penal. Penal General*. Villacencio.
- Jescheck Hans, H. (2003). Evolución del concepto jurídico penal de la culpabilidad en Alemania y Austria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* , 26.
- Jescheck. (2002). *Tratado de de Derecho Penal*. Granada: Comares.
- Jiménez Huerta, M. (1952). *La antijuricidad*. México: Impresión Universitaria.
- Juristas, U. N. (1981). Comentarios a la parte general del Código Penal de 1979. *Revista Cubana de Derecho* , 145.
- Kafmann, A. (1997). *Teoría de las normas, fundamentales de la dogmática penal moderna*. Buenos Aires: Depalma.
- Kelsen, H. (1934). *Teoría Pura del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- La adecuación judicial de la pena en el código penal cubano actual*.<http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/determinacion%20judicial%20de%20la%20pena.htm>. (s.f.). Recuperado el 13 de noviembre de 2013
- Laurenzo, P. (1990). *El aborto no punible*. España: Bosh.
- Laurreari Puján, E. (1997). *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho Penal*. Madrid: Tecnos.
- Lenckner, T. (1985). Schönke-Shróder, StGB § 34, 23. Munich SA: Verlgauchandlungs.
- Liszt, F. V. (1927). *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Reus.

- López, E. M. (1954). *Manuel de Psicología Jurídica*. Argentina: El Ateneo.
- Malamud Goti, S. (1997). *Legítima defensa y estado de necesidad*. Bs. As: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Mariscal, O. I. (1991). *Análisis lógico de los delitos contra la vida*. México: Trillas.
- Maurach, G. Z. (1994). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Mayer, M. E. (2007). *Derecho Penal. Derecho General*. Argentina , Uruguay: B de F.
- Mejías Bernal, C. (s.f.). *El estado de necesidad justificante* www.derechopenal.com.cu/53mejíaspdf. Recuperado el 22 de noviembre de 2013.
- Mejías Rodríguez, C. A. (s.f.). *Las circunstancias atenuantes y agravantes en la teoría general de las circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal*. www.unifr.ch/ddp/derechopenal/abrasí. Recuperado el 21 de diciembre de 2013.
- Menéndez, E. (1946). *El nuevo Derecho. Origen y evolución del pensamiento jurídico*. La Habana. Cuba: Lex.
- Menocal, C. (2004). *Problemas Sociales de la ciencia y la técnica*. La Habana. Cuba: Félix Varela.
- Mezger Edmundo, B. (1963). *Derecho penal. Parte general* (3 ra ed.). Buenos Aires: Lozada.
- Moro, A. (1949). *La antijuricidad penal*. Bs As: Atalaya.
- Mourullo, R. (1996). *Comentarios al Código Penal, Tomo I*. Buenos Aires: Ariel.
- Noli. (1965). *Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*. .
- Núñez Jover, J. (1999). *La ciencia y la tecnología como procesos sociales*. La Habana: Félix Varela.

Núñez, R. C. (1999). Manual de Derecho Penal. Parte General. Argentina: Córdoba.

Padilla, H. R. (2001). *Acerca de la naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Derecho Penal Español*. Córdoba: Iniversidad de Córdoba.

Palazzo, F. (2008). Manual de Derecho Penal. México: Porrúa.

Paredes Vargas, C. (2002). *La eximente del miedo insuperable en el Código Penal Peruano de 1991. Su aplicación por los juzgados y las salas penales de Junín. Tesis presentada para Optar por el grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Peña, D. M. (1995). *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*. Pamplona: Aranzandi.pág. 37-38).

Peña. (1988). Curso de Derecho penal. Parte general.

Planas, R. (2003). La participación en el delito: fundamentos y límites. España: Marcial Pons.

Plascencia Villanueva, R. (2004). *Teoría de delito. Cap. IV Causas de justificación*. México: Universidad autónoma de México.

Plsacencia Villanueva, R. (2004). *Teoría del delito. El estado de necesidad*. México: Universidad autónoma de México.

Politoff, S. (2003). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General (2 da ed.)*. Chile: Jurídica de Chile.

Pople v. Block, 3235 (Sacramento County Mun Agosto de 1979).

Pozo, J. H. (1987). Manual de Derecho Penal. Lima: EDDILI.

Puig, M. (1989). Derecho penal. Parte General. Madrid: Tecnos.

Puig, M. (2002). *Derecho Penal. Parte General (4 ta ed.)*. Barcelona: Repertor.

- Puig, S. M. (1983). *Problemas del estado de necesidad en el art. 8.7 del Código Penal*. España: Bosch.
- Quiroz Pérez, R. (2002). El estado de necesidad. Manual de Derecho Penal. La Habana: Félix Varela.
- Ramírez, B. (1999). Obras completas tomo I. Derecho penal. Parte general. España: Trotta.
- Ramírez, J. J. (1998). Obras completas tomo I. Derecho penal. Parte general. Madrid: Trotta.
- Ramos Smith, G. (1987). *Derecho penal Parte General. Tomo I*. La Habana: Pueblo y Educación.
- Rivero García, D. (2007). *Disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular sobre el Código Penal*. La Habana: Ediciones.
- Rodríguez Devesa, S. G. (1993). Derecho Penal. Parte General. Madrid: D y Kinson.
- Rodríguez Pérez de Agreda, G. (2000). ¿La culpabilidad un concepto en crisis? *Revista Cubana de Derecho* No. 16 , 125.
- Rosal, M. C. (1999). *Derecho penal. Parte general*. España: Tirant Lo Blanc.
- Roxin, C. (1997). La Parte General del Derecho Penal sustantivo. Barcelona: Bosch.
- Roxin, C. (2000). *Política criminal y sistema de derecho penal*. Hammurabi.
- Roxin, C. I. (2008). *La antijuricidad* www.pensamientopenal.com.ar/52fazio.pdf. Recuperado el 22 de noviembre de 2013.
- Roxin. (1988). Derecho penal. Parte general. Barcelona: Bosch.
- Roxin. (1988). Observaciones sobre la “actio libera in causa. *Anuario de Derecho penal y Ciencias Sociales. Tomo XLI, Fascículo I* , 692-694.

Ruiz, M. (1999). *Manual de Derecho Penal*. Cádiz: Tecnos.

Ruiz, M. (2000). *Manual de Derecho Penal*. Cádiz: Tecnos.

Sánchez Silva, J. (1984). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*.

Sánchez, Silva. (1982). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*.(pág. 378).

Santiago Nino, C. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del Derecho Penal*. Buenos Aires: Astrea.

Santiago Nino, C. (2009). *La legítima defensa. El exceso de las causas de justificación*. Madrid: Tecnos.

Sauer, W. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. España: Bosch.

Schmidhauser, E. (1979). *Sobre la sistemática teoría del delito en Nuevo Pensamiento Penal*.

Serna, G. (1926). *Comentarios científicos prácticos al Código penal de 1870*. Madrid: Madrid.

Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Editorial Argentina S. A.

State v. Keller, 1372 (Distr.Ct 4 de Nov de 1984).

Stratenwerth. (1982). *Derecho Penal, Parte General, I*.

Toledo, E. (1984). *Las actuaciones en nombre de otro. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.

Torres Árias, L. M. (2005). *Manual de Derecho penal. Parte general*. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.

Treviño, V. (1983). *Culpabilidad e inculpabilidad*. México: Trillas.

United States v. Grant, 1159 (5Th Cir 1982).

- Uribe Álvarez, R. (2012). *Sobre la posición sistemática del estado de necesidad y sus problemas dogmáticos. Tesis Maestría en Derecho Penal. Modalidad Investigación. Informe final del trabajo.* Medellín.
- Vega, J. V. (1981). *Comentarios a la Parte General del Código Penal cubano de 1979.* La Habana: Félix Varela.
- Vera Toste, Y. (2009). . El fundamento de la esencia del concepto de delito. *Revista Justicia y Derecho No 12. La Habana .*
- Vera, Toste, Y. (2003). El dominio del hecho, una mirada crítica. *Revista Cubana de Derecho, No 22 , 4.* La Habana.
- Vicente Tejera, D. c. (s.f.). *El delito. La criminología y el derecho penal en Cuba después del 1959.* www.criminet.org.es/recp02-02.html. Recuperado el 13 de noviembre de 2013, de Revista electrónica .
- Vilaseca. (1890). *Código penal reformado de 1870.* Madrid: España.
- Villanueva, R. P. (2004). *Teoría del delito.* México: Universidad Autónoma de México.
- Villavicencio. (1999). *Derecho penal. Parte general.*
- Von Liszt, F. (1927). *Tratado de Derecho Penal.* Madrid: Reus.
- Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Granada: Comares.
- Welsel, H. (1987). *Derecho Penal Alemán.* Santiago de Chile: Jurídica de Chile.(pág. 77).
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Roque Depalma.
- Welzel, H. H. (1956). *Derecho Penal Alemán.* Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Welzel, H. H. (1970). *Derecho Penal Alemán.* Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal. Capítulo IV. El estado de necesidad*
<http://sites.google.com/site/lomasapuntes/derechopenal/resumen-zaffaroni/capitulo-v>. Recuperado el 21 de diciembre de diciembre.

Zaffaroni, E. (2003). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (6 ta ed.). Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora.

Zaffaroni, E. R. (1985). *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (1999). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

zielinski, D. (1990). *Disvalor de la acción y disvalor del resultado en el concepto de límite*. BS. As: Hammurabi.

Zipf, H. (1989). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Astrea.(pág. 432).