

antonio cuerda riezú

**la colisión
de deberes
en derecho
penal**

1

tecnos

1. The first part of the document discusses the importance of maintaining accurate records of all transactions and activities. It emphasizes that this is crucial for ensuring transparency and accountability in the organization's operations.

2. The second part of the document outlines the various methods and tools used to collect and analyze data. It highlights the need for a systematic approach to data collection and the importance of using reliable and valid measurement instruments.

3. The third part of the document discusses the ethical considerations that must be taken into account when conducting research. It stresses the importance of obtaining informed consent from participants and ensuring that their privacy and confidentiality are protected.

REF. 2795

DRE S.C.
CVC

ANTONIO CUERDA RIEZU

*Profesor de Derecho Penal
de la Universidad de Alcalá de Henares*

La colisión de deberes en Derecho penal

Prólogo de
ENRIQUE GIMBERNAT

tecnos

Diseño cubierta:
Javier Sánchez Cuenca

Impresión de cubierta:
Gráficas Molina

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de Editorial Tecnos, S. A.

© by ANTONIO CUERDA RIEZU
EDITORIAL TECNOS, S. A., 1984
O'Donnell, 27. 28009 Madrid

ISBN 84-309-1108-1

Depósito legal: M. 36.124 - 1984

Printed in Spain. Impreso en España por GAR,
Villablino, 54, Fuenlabrada (Madrid)

Índice

ABREVIATURAS	Pág. 11
PROLOGO, por Enrique Gimbernat	13
CONSIDERACIONES PRELIMINARES	29
INTRODUCCION	35
1. ANTECEDENTES Y TRATAMIENTO DE LA COLISION DE DEBERES EN LA LEGISLACION Y EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA	45
2. CLASES, DELIMITACION DE LA SITUACION DE COLISION DE DEBERES	58
2.1. CLASES	58
2.2. DELIMITACIÓN DE LA SITUACIÓN DE COLISIÓN DE DEBERES	67
2.2.1. Los deberes como términos del conflicto y su naturaleza	68
2.2.2. Colisión de deberes y antinomias jurídicas	72
2.2.3. Contenido de los deberes	83
3. LA DISCUSION SOBRE LA COLISION DE DEBERES EN LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA	85
3.1. LA DISCUSIÓN EN LA POSGUERRA	95
3.1.1. La causa de exclusión de la pena ...	95
3.1.2. La causa supralegal de exculpación ...	105
3.1.3. La causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho	139
3.1.4. La causa de justificación	144
3.1.5. La teoría del ámbito fuera del Derecho (<i>rechtsfreier Raum</i>)	158

3.2.	LA TEORÍA DE ARMIN KAUFMANN Y EL DESARROLLO POSTERIOR	175
3.2.1.	Colisión de deberes de acción y colisión de deberes de acción y omisión.	175
3.2.2.	El estado de necesidad supralegal exculpante o la colisión de deberes supralegal exculpante	192
3.2.3.	La teoría de la "abstención del juicio de culpabilidad"	204
3.2.4.	La teoría de ROXIN: la exclusión de la responsabilidad	207
3.2.5.	La atenuación de la pena	219
3.2.6.	De nuevo la teoría del ámbito fuera del Derecho	223
3.2.7.	Otra vez la causa de justificación	228
4.	TOMA DE POSICION	237
5.	SOBRE LA DOGMATICA DE LA COLISION DE DEBERES	247
5.1.	LA COLISION DE DEBERES COMO SUBCASO DE ESTADO DE NECESIDAD	247
5.2.	LAS RELACIONES ENTRE LA COLISION DE DEBERES Y OTRAS FIGURAS	256
5.2.1.	Colisión de bienes y colisión de deberes. Fundamento del estado de necesidad y de la colisión de deberes	256
5.2.2.	Colisión de deberes, auxilio necesario y estado de necesidad propio	274
5.3.	EL EFECTO JUSTIFICANTE EN LA COLISION DE DEBERES	280
5.3.1.	Las relaciones entre sujeto agente y afectado	287
	Excurso: el problema del concepto de mal	290

5.3.2. La distinción entre causas de justificación	299
---	-----

APENDICE	319
-----------------	-----

1. Legislación española	319
--------------------------------	-----

2. Legislación y proyectos alemanes	328
--	-----

BIBLIOGRAFIA	335
---------------------	-----

1954

1955

1956

1957

1958

1959

1960

1961

1962

1963

1964

1965

1966

1967

1968

1969

Abreviaturas

a., aa.	: artículo, artículos
AT	: Allgemeiner Teil (Parte General)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán)
BGH	: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal)
BOC	: Boletín Oficial de las Cortes
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal)
cap.	: capítulo
cfr.	: <i>confer</i> (confróntese)
cit.	: citado, citada
col.	: columna
CP	: Código penal
CPC	: <i>Cuadernos de Política Criminal</i>
ed	: edición
GA	: <i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i>
GS	: <i>Der Gerichtssaal</i>
<i>ibidem</i>	: en la misma obra
<i>infra</i>	: más adelante
JA	: <i>Juristische Arbeitsblätter</i>
JR	: <i>Juristische Rundschau</i>
Jura	: <i>Juristische Ausbildung</i>
JuS	: <i>Juristische Schulung</i>
JZ	: <i>Juristenzeitung</i>
LECr	: Ley de Enjuiciamiento Criminal
LK	: <i>Leipziger Kommentar</i>
MDR	: <i>Monatsschrift für deutsches Recht</i>
MSchrKrim	: <i>Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform (1904-36)</i>
n., nn.	: nota, notas
n.º, n.ºs	: número, números
n.º marg.	: número marginal
N.S.	: nueva serie
OGH	: Oberster Gerichtshof für die Britische Zone (Alta Corte de Justicia para la Zona Británica)
ÖJZ	: <i>Osterreichische Juristenzeitung</i>
op. cit.	: obra citada

p., pp.	: página, páginas
<i>passim</i>	: que está allí (cuando la referencia no se refiere a una página precisa porque el concepto es tratado en toda la obra)
P 1980	: Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 17 de enero de 1980
PE	: Parte Especial
pfo.	: párrafo
PG	: Parte General
REPen	: <i>Revista de Estudios Penitenciarios</i>
REPol	: <i>Revista de Estudios Políticos</i>
RFDM	: <i>Revista de la Facultad de Derecho de Madrid</i>
RFDUC	: <i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense</i>
RFDUM	: <i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid</i>
RG	: Reichsgericht (Tribunal del Reich)
RGLJ	: <i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
RGSt	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Sentencias penales del Tribunal del Reich)
RIDP	: <i>Revue Internationale de Droit Pénal</i>
S., SS.	: Sentencia, Sentencias
s., ss.	: y siguiente, y siguientes
s. a.	: sin año (de edición)
sc.	: <i>scilicet</i> (es decir)
<i>sic</i>	: así, que aparece de esa manera en el original
SJZ	: <i>Süddeutsche Juristenzeitung</i>
SK	: <i>Systematischer Kommentar</i>
StGB	: Strafgesetzbuch (Código penal alemán).
<i>supra</i>	: más arriba (anteriormente)
t., tt.	: tomo, tomos
tr.	: traducción
TC	: Tribunal Constitucional
TS	: Tribunal Supremo
v.	: <i>videtur</i> (véase)
v. gr.	: verbigracia
VDA	: <i>Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts</i>
vol., vols.	: volumen, volúmenes
ZStW	: <i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>
§	: parágrafo

Prólogo

por Enrique Gimbernat

En 1974 publiqué un artículo¹ en el que defendía la tesis de que el estado de necesidad por conflicto entre bienes equivalentes era, no una causa de exculpación² como mantiene la doctrina dominante, sino una de exclusión de la antijuridicidad: la razón por la cual el legislador renuncia a castigar, frente a todos y de manera general, la lesión de un bien jurídico (por ejemplo, integridad física o libertad) para salvar otro de igual entidad reside —prescindiendo de casos extremos, como el de la tabla de Carneades, en el que están en conflicto dos vidas— en que, a pesar de que sería posible, ese comportamiento no se quiere combatir con la pena³, al contrario de lo que sucede en la exclusión de responsabilidad por inimputabilidad o por error invencible de prohibición, donde —por razones de inmo-

¹ "Der Notstand: ein Rechtswidrigkeitsproblem", *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, pp. 485-497. La versión española de este trabajo, con el título: "El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad", figura recogida en mis *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1981, pp. 155-170 (1.ª ed., 1976, pp. 107-122).

² En lo que sigue, las expresiones persona "culpable" e "inculpable" han de ser entendidas —cuando no se deduzca otra cosa— en el sentido de, respectivamente, "motivable" o "no motivable" por la pena.

³ Cfr. GIMBERNAT, *Estudios...*, pp. 163-164.

tivabilidad del agente— la pena es ineficaz para luchar contra conductas cuya comisión se querría evitar⁴. Esta tesis acaba de ser rechazada en Alemania por KÜPER⁵; y para responder a las críticas que me formula no se me podía presentar mejor contexto que el prólogo de este libro dedicado precisamente al estado de necesidad y, más en concreto, a la colisión de deberes, que es un subcaso de aquél⁶.

I

Según KÜPER, mi concepción sobre el fundamento y la naturaleza del estado de necesidad contiene varias «simplificaciones»⁷.

1. Frente a mi afirmación⁸ de que en las causas de justificación el legislador renuncia a castigar comportamientos que *podría* combatir, KÜPER objeta que «desde un punto de vista político-criminal no puede ser sometida a debate la punición de *todas* las acciones de legítima defensa abarcadas por el § 32 StGB [este precepto del CP alemán regula la legítima defensa y coincide,

⁴ “El Derecho estaría encantado de combatir, mediante la pena, los homicidios que cometen los inimputables, las apropiaciones indebidas ejecutadas por personas que, de modo subjetivamente invencible, desconocen la prohibición; pero no puede combatir esos comportamientos inculpables, porque la pena es —principalmente por razones de motivabilidad— ineficaz para hacerlo” (GIMBERNAT, *op. cit.*, páginas 162-163).

⁵ “Der entschuldigende Notstand —ein Rechtfertigungsgrund? —Bemerkungen zur kriminalpolitischen ‘Einheitstheorie’ Gimbernat Ordeigs—”, *JZ*, 1983, pp. 88-95.

⁶ Cfr. *infra* 5.1 y 5.2 en el libro de CUERDA.

⁷ *JZ*, 1983, p. 92.

⁸ KÜPER, *op. cit.*, p. 92, cita literalmente mi ejemplo referido a la legítima defensa de que el legislador “podría perfectamente influir mediante la pena para que se sopor-tasen ataques antijurídicos de relativa entidad o para que, ante ellos, en vez de rechazarlos, se emprendiese la huida” (*Estudios...*, p. 162).

en lo fundamental, con el art. 8, núm. 4, de nuestro CP]; el castigo general de un comportamiento típico que sólo sirve para defenderse de un ataque antijurídico sería una clara extralimitación del marco de una prevención razonable y justa... y supondría un abuso insoportable de la potestad punitiva del Estado»⁹. Según KÜPER, por consiguiente, el legislador *no debe* sancionar las acciones ejecutadas en legítima defensa, porque ello es el «límite inmanente de la punición “posible” y “razonable”», porque ahí «no se puede seguir hablando en serio de una “posibilidad de punición” (en el sentido de GIMBERNAT) por parte del legislador», porque esas acciones son «inobjetables» y «razonables», y «ni están necesitadas ni son merecedoras de pena», y porque, en definitiva, el fundamento último de la legítima defensa es uno de Derecho natural¹⁰.

En mi artículo de 1974 yo sólo había operado con dos criterios: el de qué es lo que el legislador quiere y no puede combatir (culpabilidad) y el de qué es lo que el legislador puede y no quiere inhibir mediante la pena (antijuridicidad). KÜPER introduce, sin embargo, un tercer criterio: el de qué es lo que el legislador *debe y no debe prohibir*. Y a pesar de que una cosa es lo que se puede, otra lo que se quiere y otra lo que se debe, KÜPER confunde lo primero con lo tercero y afirma que no se puede prohibir (u ordenar) lo que no se debe prohibir (u ordenar). Desgraciadamente, KÜPER no tiene razón: el Derecho penal franquista fue un continuo ejemplo de que se podían tipificar conductas «inobjetables», y la Orden de Hitler de 1 de septiembre de 1939¹¹

⁹ JZ, 1983, p. 92 (subrayado en el texto original).

¹⁰ Cfr. la p. 92 y las notas 54 y 55 a esa página en el artículo citado de KÜPER.

¹¹ Cfr. *infra* 3 en el libro de CUERDA.

una horrible muestra de que también se puede ordenar la comisión de acciones «merecedoras y necesitadas de pena»; finalmente, es el mismo KÜPER el que se ve obligado a diferenciar entre poder y deber como dos conceptos independientes cuando escribe que el castigo de las acciones de legítima defensa «supondría un abuso insoportable de la potestad punitiva del Estado»¹², con lo que está reconociendo que el legislador *puede* abusar del Derecho penal prohibiendo conductas perfectamente «razonables». Por consiguiente y resumiendo: la afirmación de KÜPER de que sólo es posible prohibir (u ordenar) lo que se debe es —por mucho que ello sea una elemental exigencia que hay que formular al legislador— histórica y lógicamente falsa.

2. «La segunda simplificación, no menos discutible, que contiene el punto de partida político-criminal de GIMBERNAT» —continúa KÜPER— «consiste en que el autor deduce sin más una *causa de justificación* de la *impunidad* de un hecho que lesiona un bien jurídico y cuya punición no carecería completamente de sentido (es decir, que sería “posible”), interpretando así como autorización toda renuncia “voluntaria” de la Ley a la sanción... [GIMBERNAT] desconoce la fundamental diferencia entre la causa de justificación que deroga una *prohibición* y la “supresión” de la *sanción* jurídico-penal —que no afecta a la prohibición— del comportamiento prohibido»¹³. Según KÜPER, pues, aunque el sujeto sea motivable y sea «posible», por consiguiente, castigar su conducta si el legislador lo quiere, la renuncia de éste a imponer una sanción no significa aún que estemos ante una causa de justificación, pues

¹² Véase *supra* nota 9.

¹³ *JZ*, 1983, pp. 92-93 (subrayados en el texto original).

cuando ese legislador, por ejemplo, hace depender la sanción penal de que el rebelde no deponga las armas antes de las intimaciones que se le dirigen o a consecuencia de ellas, con ello no está declarando *autorizado* ese comportamiento típico, sino simplemente prescindiendo de castigar un comportamiento que sigue considerando típico y prohibido; por consiguiente, la segunda crítica que KÜPER me formula es la de que no distingo entre, por una parte, causas de justificación y, por otra, causas personales de exclusión de la pena y condiciones objetivas de punibilidad.

Sobre todo ello quiero hacer la siguiente observación:

Porque el tema central de mi artículo de 1974 era el del lugar sistemático del estado de necesidad, de ahí que sólo me ocupase de las dos únicas teorías que hoy tienen actualidad: si es una causa de justificación o de exculpación, y de ahí también que pasase por alto otra teoría que siempre fue minoritaria y que hoy no tiene vigencia alguna¹⁴: la de si es una causa personal de exclusión de la pena. Ello no quiere decir, sin embargo, que no sugiriese —ya en ese artículo— criterios que pudieran servir para distinguir las causas de justificación de otras que condicionan también la impunidad por razones distintas de las basadas en la inmotivabilidad del agente. Ciertamente que tanto las causas de justificación, por una parte, como las condiciones objetivas de punibilidad, las causas personales de exclusión de la pena y los presupuestos de procedibilidad¹⁵,

¹⁴ Véase *infra* 3.1.1 en el libro de CUERDA.

¹⁵ Añado los presupuestos de procedibilidad —que KÜPER no menciona— a las condiciones objetivas de punibilidad y a las causas personales de exclusión de la pena, porque lo que se expone a continuación rige conjuntamente para estos tres casos de no punición de comportamientos prohibidos y motivables.

por otra, tienen en común que estamos ante motivos de impunidad en los que el legislador renuncia a sancionar, aunque, en teoría, le sería posible hacerlo. Pero lo que distingue a las primeras de las tres últimas es que en el sector de la antijuridicidad el Derecho «tiene que decidir qué es lo que quiere prohibir *frente a todos*»¹⁶: por ello, las causas de justificación amparan, en principio, la comisión de *cualquier* delito ejecutado por *cualquier* persona. Las condiciones objetivas de punibilidad (por ejemplo, declaración de insolvencia en la quiebra, arts. 520 y 521 CP), las causas personales de exclusión de la pena (por ejemplo, irresponsabilidad del Jefe del Estado, art. 56, núm. 3, Constitución de 1978; exención de responsabilidad por determinados delitos contra la propiedad realizados entre parientes, art. 564 CP), y los presupuestos de procedibilidad (por ejemplo, impunidad del abandono de familia si no existe denuncia de la persona agraviada, art. 487 CP), por el contrario, son siempre y únicamente exenciones de responsabilidad criminal referidas, no a cualquier delito cometido por cualquier persona como sucede, por regla general, en las causas de justificación, sino a *determinados* delitos o a *determinadas* personas¹⁷, o a *determinados* delitos cometidos por *determinadas* personas: la razón de por qué ello es así reside en que la conducta amparada por una causa de justificación es considerada por el Derecho, bien valiosa (lesiones en legítima defensa, ejecución de una pena

¹⁶ GIMBERNAT, *Estudios...*, p. 162 (subrayados en el texto original).

¹⁷ Por circunstancias personales distintas a las de una "inmotivabilidad" permanente o accidental del autor, pues en este caso la presencia de precisamente esas circunstancias es el fundamento de la impunidad por ausencia de la llamada "culpabilidad".

privativa de libertad) ¹⁸, bien «jurídicamente neutral» ¹⁹ o «indiferente» ²⁰ (estado de necesidad por conflicto de bienes iguales); en cambio, en los otros tres supuestos que aquí nos ocupan de exclusión de la pena las acciones no son ni positivas ni indiferentes, sino absolutamente desvaliosas, como lo puede ser el asesinato cometido por un Jefe del Estado o la rebelión de un militar que después depone las armas ante las intimaciones que se le dirigen ²¹: de ahí que, en principio, estén prohibidas frente a todos y que sean únicamente circunstancias puntuales y heterogéneas ²² las que han llevado al legislador a la

¹⁸ Cfr. GIMBERNAT, *Estudios...*, pp. 167 y 169.

¹⁹ GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 167.

²⁰ GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 169.

²¹ Que la excusa absoluta del art. 294 CJM no era aplicable al supuesto de hecho del 23-F es algo que he tratado de demostrar en otro lugar ("La sentencia del 23-F: crítica jurídica", *El País*, 6 de junio de 1982, pp. 11-12).

²² Imposibles de unificar en un solo criterio. En referencia a la condición objetiva de punibilidad del art. 226 CP ("Cuando los rebeldes o sediciosos se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas, quedarán exentos de toda pena los meros ejecutores de cualquiera de aquellos delitos, y también los sediciosos comprendidos en el artículo 219, si no fueren funcionarios públicos"), cfr. ANTÓN, *Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1949, p. 316: "La razón de que este precepto deje sin sanción hechos antijurídicos y culpables es de pura conveniencia: evitar el derramamiento de sangre y demás duras consecuencias de la guerra civil." Con referencia a en qué delitos aparece indicado y en cuáles no el presupuesto de procedibilidad de la denuncia del agraviado, cfr. GIMBERNAT, "La violación: presente y futuro de la regulación legal", *El País*, 9 de enero de 1983, p. 13: "Para terminar quiero ocuparme de la regulación de la violación y de los abusos deshonestos, tanto en el CP como en el PLOCP, como un delito privado que sólo puede perseguirse previa denuncia de la persona agraviada, teniendo ésta en sus manos en todo momento, mediante el perdón, la extinción de la responsabilidad criminal, incluso aunque haya recaído ya sentencia firme y el autor esté cumpliendo la pena impuesta. Esta consideración de delito privado la

conclusión de que, a pesar del claro carácter delictivo del comportamiento, en el caso concreto parece oportuno renunciar a una pena.

comparten la violación y los abusos deshonestos con la calumnia y la injuria, con el estupro y con el abandono de familia, y, antes de ser suprimidos como hechos punibles, la compartían también con el adulterio y el amancebamiento.— Frente a la regla de que los delitos son públicos y el particular no decide ni sobre su persecución ni sobre su posible perdón, la existencia excepcional de un delito privado sólo viene justificada, desde una perspectiva de política criminal, si concurren todos o la mayoría de los siguientes requisitos: que se trate de un hecho de poca entidad y de carácter no violento, porque sólo en esos casos es plausible atender primariamente a los intereses del ofendido, descurriendo los que vienen exigidos por la prevención general y por la especial; que su prueba implique el riesgo de una intromisión en la vida privada de la víctima; que el hecho sea de carácter predominantemente ocasional, como lo es, por ejemplo, la injuria, y que su persecución penal, una vez que ha sido perdonado espontáneamente, pueda suponer, en vez de su protección, un daño irreparable para el ofendido (que es lo que ocurriría si en el abandono de familia ahora —y en el adulterio y en el amancebamiento antes—, después de restaurada la paz familiar, quedase pendiente el procedimiento o el cumplimiento de la pena).— Como, prescindiendo de la posible intromisión del proceso penal en la intimidad de la víctima, no concurre ninguno de los requisitos que fundamentaría su calidad de delito privado: porque la violación es —abierta o sublimadamente— una conducta violenta que integra uno de los delitos más graves de cualquier Código Penal; porque prevalecen, por consiguiente, frente a los intereses meramente particulares, los preventivo-generales y preventivo-especiales (es insostenible que la víctima pueda decidir sobre la libertad de una cuadrilla de violadores y, con ello, sobre la posible comisión de ulteriores delitos); porque carece en la mayoría de los casos de un carácter ocasional (la violación violenta o la paidófila suelen encerrar una tendencia repetitiva); y porque, finalmente y por lo general, la relación autor-víctima no es una familiar como la del abandono de familia —y, antes de su derogación, como la del adulterio y la del amancebamiento—, que hace explicable que el perdón espontáneo extinga una responsabilidad penal que, de mantenerse, podría afectar a una convivencia pacífica restablecida; por todo ello, es absolutamente intolerable que el

3. La tercera y última crítica que me formula KÜPER es la siguiente: «Contra la concepción fundamental de GIMBERNAT hay que objetar, finalmente, que la radical limitación de las causas de exculpación (causas de exclusión de la culpabilidad) a comportamientos antijurídicos que el legislador de ninguna manera “puede” castigar supone asimismo una burda simplificación»²³. Pues, ésta es la opinión de KÜPER, la culpabilidad no sólo queda excluida «cuando el autor es completamente incapaz de motivarse por el Derecho, siendo ineficaz, por ello, la llamada de la amenaza penal», sino también en otros supuestos —precisamente en los de estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales que yo incluyo en la antijuridicidad— en que el autor es motivable y en los cuales «el legislador... prescinde de reproche y de sanción penal, a pesar de que existe “auténticamente” culpabilidad»²⁴.

Si KÜPER mantiene esta posición, ello sólo es posible porque se niega a llevar hasta sus últimas consecuencias los principios que informan cualquier teoría hoy vigente de la culpabilidad: no se entiende cómo puede agrupar en la culpabilidad, junto a comportamientos en los que no hay motivabilidad ni tampoco «reprochabilidad» en el sentido de la teoría normativa, otros en los que, según el mismo KÜPER reconoce, el autor es motivable por la pena y habría sido capaz de actuar de otra manera, ni se entiende, en definitiva, que pueda formular una frase tan contradictoria como la de que las acciones amparadas por un estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales

castigo de la violación y de los abusos deshonestos siga dependiendo de la denuncia del particular y que el perdón de éste tenga un efecto extintivo.”

²³ JZ, 1983, p. 93.

²⁴ *Op. cit., loc. cit.*

son impunes por ausencia de culpabilidad, a pesar de que «existe “auténticamente” culpabilidad»²⁵.

4. Frente a las críticas de KÜPER respondo, en consecuencia y resumiendo, lo siguiente: el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales reúne todos y cada uno de los requisitos de una causa de justificación: porque regula supuestos en que el legislador no quiere combatir lo que podría (mantener, como es la opinión de KÜPER, que el legislador, además de por razones de inmotivabilidad, tampoco *puede* prohibir lo que *no debe* supone confundir conceptos absolutamente diferenciados lógicamente e históricamente); porque, al contrario de lo que sucede en las condiciones objetivas de punibilidad, en las causas personales de exclusión de la pena y en los presupuestos de procedibilidad, que afectan a la impunidad de acciones típicas abiertamente desvaliosas cometidas por determinadas personas y/o referidas a determinados delitos, en el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales la impunidad se refiere a acciones típicas jurídicamente neutrales o indiferentes ejecutadas, en principio y por regla general, por cualquier persona para realizar cualquier delito; y, finalmente, porque si, como también reconoce KÜPER, en los supuestos amparados por un estado de necesidad entre bienes equivalentes el sujeto es motivable por la pena —o, en la formulación de la teoría normativa, podría haber actuado de otra manera—, entonces es obvio que, por definición, no puede fundamentarse su impunidad en la ausencia de culpabilidad —tanto si ésta se entiende como motivabilidad o como reprochabilidad—, sino que habrá que desplazar el problema —tal como vengo proponiendo desde

²⁵ Véase la nota anterior.

hace diez años— a la antijuridicidad, donde de lo que se trata es precisamente de la exención de responsabilidad de personas motivables ²⁶.

II

Hasta aquí la defensa de mi tesis frente a las críticas de KÜPER. Para rechazar la parte constructiva de su artículo no es preciso extenderse tanto, pues KÜPER, al aceptar en lo fundamental la doctrina dominante, incurre en las mismas contradicciones de ésta que ya había expuesto y denunciado en mi artículo de 1974.

²⁵ KÜPER opina —como, por supuesto, también lo opino yo (cfr. *Estudios...*, p. 163)— que *en los casos más extremos de estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales* (vida contra vida) se convierte en “evidente” que “la llamada del Derecho penal poco contribuiría a evitar las acciones de estado de necesidad” (*JZ*, 1983, p. 93), y me critica como “poco consecuente” (*JZ*, 1983, p. 94, nota 69) que me limite a los “casos menos agudos de estado de necesidad, en los que sólo se trata de evitar, por ejemplo, una lesión de la integridad física o de la libertad” (*Estudios...*, páginas 163-164). KÜPER, sin embargo, no tiene razón: lo que hay que tomar en consideración para determinar la esencia del estado de necesidad son precisamente esos casos en que los bienes amenazados no colocan al agente en una situación de coacción psíquica extrema; pues si la ausencia de motivabilidad sólo afecta a unos casos límite de estado de necesidad, pero no a otros que quedan igualmente libres de responsabilidad por aplicación de la misma exigente, entonces es evidente que esa ausencia de motivabilidad no puede ser el criterio correcto para explicar cuál es la razón de la impunidad prescrita por esa causa de exención: el criterio correcto tiene que ser, más bien, uno aplicable al todo y no sólo a la parte, a saber: el de que estamos ante acciones típicas jurídicamente neutrales o indiferentes. Por lo demás, nadie trata de explicar tampoco la esencia del art. 8, núm. 4, sobre la base de la posible ausencia de motivabilidad cuando el agresor amenaza la vida del que se defiende, pues ese criterio no serviría para explicar los restantes y numerosísimos supuestos en los que, a pesar de que no concurre una situación límite así, también es aplicable, no obstante, la legítima defensa.

1. En el error sobre los presupuestos de un estado de necesidad «exculpante», esto es: por conflicto entre bienes iguales, KÜPER estima que si el error es invencible no hay responsabilidad, y que si es vencible ello debe tener consecuencias en el sentido de castigar, bien por imprudencia, bien atenuando la pena del delito doloso (KÜPER no dice claramente por cuál de estas dos alternativas se inclina).

Como ya he expuesto en otro lugar²⁷, si el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales perteneciese a la culpabilidad, entonces el error sobre sus presupuestos debería ser irrelevante, como lo es la equivocación del sujeto sobre cualquier otro elemento de la culpabilidad (cree falsamente, por ejemplo, que es un enajenado mental).

Para justificar por qué el error invencible sobre los presupuestos de un estado de necesidad sólo «exculpante» condiciona la impunidad del agente, KÜPER argumenta de la siguiente manera: «La situación de necesidad supuesta coloca al autor en la misma situación psíquica de coacción que el estado de necesidad real, reduce su culpabilidad —bajo el aspecto de la capacidad de motivación— en una medida comparable, y por ello —y precisamente si se parte de una “causa de exculpación”— no puede ser de ningún modo “irrelevante” jurídico-penalmente»²⁸. Esta toma de posición de KÜPER no puede superar las dos siguientes críticas:

a) En primer lugar, si, como mantengo yo y reconoce también KÜPER²⁹, la situación psíquica de coacción del estado de necesidad en muchas ocasiones —cuando el bien amenazado es de re-

²⁷ Cfr. *Estudios...*, pp. 161 y 165.

²⁸ *JZ*, 1983, p. 94.

²⁹ Cfr. *supra* II.3.

lativa importancia— no anula la motivabilidad —o, si se prefiere, la reprochabilidad—, entonces la única consecuencia que puede extraerse de ahí es —si no se considera que ese estado de necesidad es una causa de justificación— que no sólo el error invencible, sino tampoco siquiera la existencia real de un estado de necesidad pueden excluir la responsabilidad criminal de un hecho típico, antijurídico y motivable (o, si se prefiere, reprochable).

b) Pero, en segundo lugar, y aun prescindiendo de todo lo que acabo de decir: si se estima, con KÜPER, que la situación psíquica de necesidad concurre tanto si el estado de necesidad es real como supuesto, entonces lo decisivo sería el resultado: «situación psíquica de necesidad», e irrelevante, en cambio, la causa que ha llevado a ese resultado: la invencibilidad o vencibilidad del error, con la consecuencia de que habría que excluir la responsabilidad criminal siempre que hubiese error —independientemente de que éste fuese vencible o invencible— sobre los presupuestos del estado de necesidad³⁰: una tesis que sería tan consecuente con los principios de los que parte como insostenible en sus resultados, pues si yo causo daños es imposible que esté en mejor situación si creo, errónea y venciblemente, que estoy en presencia de un estado de necesidad, que si creo, errónea y venciblemente también, que lo que concurre es una legítima defensa (que el error vencible sobre la existencia de una causa de jus-

³⁰ La tesis de que el error vencible sobre la existencia del estado de necesidad *también* exime plenamente de responsabilidad ha sido defendida en Alemania, aunque minoritariamente: cfr. las indicaciones de KÜPER en JZ, 1983, p. 94, notas 73 y 74. KÜPER, *op. cit.*, p. 94, la rechaza diciendo que en estos casos de error hay que "tener en cuenta la génesis" (vencibilidad o invencibilidad) de la falsa representación, pero sin explicar por qué hay que tenerla en cuenta.

tificación como la legítima defensa no excluye de responsabilidad criminal es algo doctrinal y legalmente³¹ fuera de discusión).

Todos estos inconvenientes que encierra la posición de KÜPER: el error sobre los presupuestos de un estado de necesidad por conflicto de bienes iguales debería ser irrelevante porque afecta a un elemento de la culpabilidad y porque, como la situación de coacción que crea no excluye la motivabilidad, ni la existencia real ni mucho menos aún la errónea pueden justificar la impunidad del agente; pero, a su vez, si lo que importa es esa situación de coacción creada, entonces, coherentemente, la situación real y la errónea —tanto si el origen de ésta es vencible como invencible— deberían tener la misma consecuencia de impunidad; pero esto, a su vez, tampoco puede ser correcto, porque entonces el que se equivoca venciblemente sobre un estado de necesidad estaría en mejor situación que el que lo hace sobre una legítima defensa. Todos estos inconvenientes son fácilmente superables si se adopta la teoría correcta: estamos en presencia de una causa de justificación³², y, por ello, el error invencible sobre sus presupuestos exime de responsabilidad, y el vencible condiciona una responsabilidad penal por imprudencia³³ o por delito doloso atenuado.

2. Si el estado de necesidad por conflicto de bienes iguales sólo excluye la culpabilidad, como mantiene KÜPER, entonces, como el hecho cubierto

³¹ La única duda es la de si hay que aplicar a estos supuestos de error vencible el párrafo 2 o el párrafo 3, segundo inciso, del art. 6 bis, a) CP.

³² Cfr. GIMBERNAT, *Estudios...*, pp. 162 y ss.

³³ Si se acepta, como lo hago yo (cfr. *Estudios...*, p. 141, nota 32, y p. 159, nota 15), la teoría de los elementos negativos del tipo.

por esa eximente no es, ciertamente, culpable, pero sí antijurídico, contra él sería posible una reacción al amparo de la legítima defensa³⁴. Inconsecuentemente, frente a un estado de necesidad sólo «exculpante» KÜPER rechaza la posibilidad de una legítima defensa y únicamente admite el estado de necesidad defensivo, con el argumento —cuyo sentido no he alcanzado a entender— de que «este hecho *antijurídico* (sc. el cubierto por un estado de necesidad por conflicto entre bienes equivalentes) no es un “*ataque antijurídico*” en el sentido del § 32 StGB [el precepto que en el CP alemán regula la legítima defensa]»³⁵. La crítica a la que se somete esta tesis de KÜPER en este mismo libro³⁶ es contundente. No se me ocurre qué otra cosa más podría añadir a lo que expone CUERDA.

3. Finalmente, si se parte, como hace KÜPER, de que el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales sólo excluye la culpabilidad, de ahí tiene que derivar que la participación en un hecho cubierto por esa eximente es punible. KÜPER elude en su artículo tomar posición ante este problema, a pesar de que la tesis de la impunidad del partícipe en una acción de estado de necesidad «exculpante» es mantenida actualmente por un sector muy cualificado de la doctrina alemana —incluso por partidarios de la teoría de la diferenciación—³⁷ y a pesar de que es la única defendible en Derecho español³⁸.

³⁴ Para una crítica de esta tesis, cfr. mis *Estudios...*, páginas 168-169.

³⁵ *JZ*, 1983, p. 95 (subrayados añadidos).

³⁶ Véase *infra* 5.3.2, nota 115.

³⁷ Véanse las referencias en GIMBERNAT, *Estudios...*, página 160, nota 19, y p. 161, nota 20.

³⁸ Véanse mis *Estudios...*, p. 160.

4. Mi crítica a la parte constructiva del artículo de KÜPER la voy a concluir parafraseando la objeción fundamental que dirigía a la doctrina dominante en mi artículo de 1974³⁹: KÜPER no considera el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales como una causa de justificación, pero lo trata como si lo fuera (en cuanto que al error sobre sus presupuestos le vincula las mismas consecuencias que al error sobre la existencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad; en cuanto que contra el hecho teóricamente «antijurídico» no admite la legítima defensa, y en cuanto que no dice expresamente que sea punible la participación en ese hecho). ¿Por qué? Pues porque es una causa de justificación.

III

Posiblemente a estas alturas el lector se haya olvidado ya de que esto es un prólogo. Pero he de confesar que a mí me había pasado lo mismo; pues el libro de mi querido discípulo, Antonio CUERDA, es tan claro, tan riguroso y tan agudo que, después de leerlo, lo que uno desea no es hacer literatura elogiosa, sino —imitándole— hacer literatura científica. Me detengo a pensar en la frase que acabo de escribir y me doy cuenta de que, en realidad, no podía haber formulado una alabanza mayor.

Las Matas/Madrid, septiembre de 1984

³⁹ Cfr. *Estudios...*, p. 162.

Consideraciones preliminares

¿Por qué este tema de la colisión de deberes? ¿Cuál es la razón que me ha llevado a centrar mi atención en este punto de la dogmática penal? En primer lugar, dicha institución es prácticamente desconocida en la doctrina española, lo que contrasta con el panorama que ofrece la República Federal Alemana, donde los conflictos de deberes están siendo objeto de interesantes estudios; desde hace tiempo los penalistas alemanes incluyen un apartado en sus manuales dedicado a la colisión de deberes; en España, por el contrario, es una figura prácticamente desconocida. Dado este escaso tratamiento en nuestro contexto jurídico se corría el peligro de «importar» al Derecho penal español de forma acrítica un aspecto foráneo; sin embargo, he intentado en lo posible no caer en este peligro, además de que los conflictos de deberes habían sido recibidos, si no por la doctrina, sí por la legislación española, hace algunos años. Por lo tanto, no es un tema totalmente nuevo, pero sí requería un análisis y un desarrollo —que todavía no se habían llevado a cabo—, aunque con las necesarias correcciones para adecuarlo a nuestro Derecho positivo.

Se podría pensar que éste es un tema límite del Derecho penal —y del Derecho en general—, en

cuanto que en este estudio se tratan preferentemente, pero no exclusivamente, las colisiones de deberes que hacen referencia a la vida humana, y como tema límite cabría considerarlo como algo que no debe merecer la atención de la doctrina; en efecto, no todos los días se producen tales situaciones extremas que exijan abandonar una vida para salvar otra; dado el bajo índice de frecuencia de estos supuestos de hecho, sería posible pensar que es preferible relegar estos casos a lo extraordinario y dedicarse a otros puntos más centrales de la dogmática penal. No obstante, pienso que, aunque infrecuentes, estos casos se dan y que por consiguiente el intérprete tiene que ofrecer soluciones, antes que arrinconarlos en el olvido. Además hay otra razón metodológica que determina que estos casos límites sean investigados en una ciencia; me explico: una de las formas de constatar la corrección o incorrección de una teoría o parecer es intentarla aplicar a casos extremos; si falla, es que no es válida; por el contrario, si dicha teoría es entonces manejable, es posible que sea la correcta.

Por otro lado, y si se inserta la colisión de deberes en el estado de necesidad —como yo he hecho—, el tema podía servir para estudiar algunos aspectos de esta eximente, aparte de, por supuesto, reflejar las corrientes de opinión sobre la colisión de deberes en sí misma y tomar postura frente a ellas. Asimismo, el objetivo de interpretar estos conflictos ofrecía una oportunidad favorable para analizar conjuntamente ciertos puntos de la antijuridicidad y de la culpabilidad, puesto que las corrientes doctrinales mayoritarias adoptan la perspectiva de una de estas categorías para explicar la contraposición de deberes. En definitiva, pues, he tratado de resolver no todos, pero sí los problemas fundamentales que presenta la colisión

de deberes en el ámbito objetivo, así como —más incidentalmente— estudiar algunas cuestiones relativas al estado de necesidad, al injusto y a la culpabilidad.

La presente investigación constituye sustancialmente mi tesis doctoral, dirigida por el profesor Enrique Gimbernat Ordeig, cuya elaboración fue realizada en Madrid, Alcalá de Henares y Munich; en Madrid, donde muy amablemente se me permitió consultar los fondos bibliográficos del Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense; en Alcalá de Henares, cuyos recursos en materia de fuentes son más modestos, y en Munich, donde tuve la oportunidad de estudiar durante año y medio en el Instituto de Derecho Penal de la *Ludwig-Maximilians-Universität*, dirigido por el profesor Claus Roxin. La investigación, tanto en España como en la República Federal Alemana, ha sido posible gracias a las Becas de Formación de Personal Investigador que el Ministerio de Universidades e Investigación me concedió durante los años 1979 a 1981. La investigación se ha prolongado a lo largo de los cursos 1981-1982 y 1982-1983, ya como profesor contratado de la Universidad de Alcalá de Henares.

Conforme a estos lugares de estudio no debe extrañar, por tanto, que la bibliografía que he consultado se ciña a la doctrina de lengua alemana —con inclusión de algún autor suizo y austríaco— y a la doctrina española¹, como ya he dicho, la

¹ En lengua castellana tengo que llamar la atención sobre dos obras de reciente aparición: la primera es de MIR PUIG: "Problemas del estado de necesidad en el art. 8, 7.º CP", en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, t. 1, 1983, pp. 501-520, que trata del problema de la colisión de deberes —coincidiendo con bastantes de las tesis aquí sostenidas— y que sólo ha

colisión de deberes ha sido tratada con mayor detenimiento por la ciencia penal alemana, por lo que decidí no tener en cuenta otras fuentes de nuestro entorno jurídico, como pueden ser las italianas. Es evidente, además, que la República Federal Alemana ostenta la primacía en lo que a dogmática penal se refiere, por lo que mi atención se centró desde un principio en los autores germanos.

Respecto a las citas de las obras consultadas, tengo que advertir que no he trabajado con ediciones príncipe, como exige la ortodoxia tradicional en materia de investigación, sino por el contrario, y dentro de lo posible, con las ediciones más modernas; las razones de esta elección creo que son fácilmente comprensibles: la ciencia evoluciona rápidamente y es preciso atender a las últimas innovaciones más que a los orígenes de una determinada postura; además, de esta manera se favorece un acceso más rápido y más sencillo a las fuentes consultadas. También por este mismo motivo de agilizar la consulta he preferido, por lo general, citar por las obras traducidas al castellano. Las notas a pie de página reflejan el título de los libros de forma abreviada, indicándose a continuación el año y número de edición; de los artículos, no se cita el título, sino el lugar donde han aparecido (revistas, homenajes, etc.), el tomo y el año; los comentarios de textos legales alemanes se citan por su estructura particular (parágrafos y números marginales o notas) y no por las páginas; cuando se trata de una obra co-

podido ser tenida en cuenta parcialmente; la segunda obra es de ROLDÁN BARBERO: "Estado de necesidad y colisión de intereses", *CPC*, n.º 20, 1983, pp. 469-550, que lamentablemente, aunque también aborda los conflictos de deberes, no he podido analizar por razones de impresión.

lectiva o de un libro-homenaje, ello queda indicado por la preposición «en». Por tanto, para completar la referencia hay que acudir a la bibliografía insertada al final de esta obra, donde aparecen de forma completa todos los textos manejados; sin embargo, no se han incluido en bibliografía las obras marginales al tema tratado, en cuyo caso aparecen citadas con todos los datos en la nota correspondiente.

Quiero acabar estas advertencias previas con dos justificaciones, una metodológica y otra de orden material. En relación a la metodológica, puede extrañar que en la presente investigación se aborde antes la naturaleza de la colisión de deberes que su fundamento; en realidad creo que ambos aspectos están tan ligados entre sí que es difícil disociarlos; sin embargo, lo normal suele ser comenzar por los cimientos y luego determinar qué clase de figura es la que se ha construido. En este caso había razones para invertir el orden de los factores: la opinión doctrinal está tan dividida, que es preciso concretar en primer lugar dónde se deben emplazar estos conflictos para luego tratar de precisar los principios sobre los que se asientan; su fundamento tiene que ser forzosamente diferente si se opta por incluirlos en el injusto o en la culpabilidad. Por otro lado, existen cuestiones previas, como principios generales del Derecho o aspectos de la teoría de la norma que predeterminan a mi entender su naturaleza. Y por ello he abordado en segundo y no en primer lugar el fundamento de los conflictos de deberes.

En el contenido se puede echar en falta un tema que hoy se encuentra en discusión en la ciencia penal española: me refiero a la teoría de los elementos negativos del tipo. Las cuestiones que plantea esta teoría hubieran requerido un estudio minucioso por mi parte de la teoría de la

norma que no me era posible llevar a cabo; por otro lado, las consecuencias que se derivan de adoptar dicha teoría se plasman fundamentalmente en la cuestión de los elementos subjetivos de las causas de justificación y en el tratamiento del error sobre las mismas, aspectos que no he abordado en mi estudio. Este se centra en el ámbito objetivo de la colisión de deberes, y en este ámbito es menos relevante a mi entender si uno es o no partidario de los elementos negativos del tipo. De todas maneras, cuando se plantean diferentes perspectivas desde ambas posturas, han quedado reflejadas en el texto.

* * *

Mi agradecimiento más sincero al profesor Enrique Gimbernat, y más que por muchas otras razones, por la siguiente: porque, entre los veintitantos profesores que tuve durante los cinco años de Licenciatura, él fue el único que me enseñó a pensar en términos jurídicos y a formar un esquema de razonamiento respecto al Derecho. Sin estas armas de trabajo, esta investigación no hubiera sido posible.

Introducción

Una situación de necesidad puede surgir no sólo de una colisión de bienes, lo que constituye el supuesto más normal de estado de necesidad, sino también de una contraposición de deberes. En efecto; de la misma forma que, en ocasiones, la salvación de un bien jurídico sólo puede ser llevada a cabo mediante la lesión o puesta en peligro de otro bien jurídico, hay supuestos en que sólo puede cumplirse un deber mediante el incumplimiento de otro deber.

La diferencia entre ambos tipos de conflicto se ha dado por supuesta normalmente en función de los distintos conceptos jurídicos utilizados: en un caso el derecho a determinados bienes o intereses jurídicos, en el otro, el deber de realizar determinadas conductas, que pueden consistir en una acción o en una omisión. Parece, pues, que la colisión de deberes encaja sin grandes problemas en la teoría general del estado de necesidad. Provisionalmente se puede dar por bueno este criterio de distinción, basado en el objeto de referencia. Después se verá si esto es suficiente o incluso si existen otros elementos diferenciadores.

La colisión de deberes ha sido definida por lo general diciendo que existe cuando el titular de dos deberes se encuentra en una situación en la que mediante el cumplimiento de un deber tiene

que lesionar forzosamente el otro, y por tanto cometer una acción u omisión conminada con una pena¹. La paternidad de este concepto corresponde a BINDING², quien en 1885 consideró la colisión de deberes como un problema juridicopenal y como un subcaso del estado de necesidad junto a la colisión de bienes³. No es extraño que un partidario de la teoría de los imperativos, como lo fue BINDING⁴, destacara el papel que el deber puede jugar en la esfera del estado de necesidad. Sin embargo, ya STAMMLER descubrió unos años antes (1878) que la conducta realizada en estado de necesidad podía consistir en la lesión de un deber jurídico, entrando en colisión la vida y el cumplimiento de un deber⁵. Con este reconocimiento se daría un paso hacia la figura de los conflictos de

¹ MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.ª ed., 1977, p. 407; he de advertir que he adjuntado al término "acción" el de "omisión", por entender que el sujeto agente puede cometer también un delito de omisión. En el original sólo aparece la expresión "acción".

A pesar de que es discutible que acción y omisión puedan ser reducidos a un supraconcepto (cfr. HUERTA TOCILDO, *CPC*, n. 17, 1982, p. 252 ss.), utilizo en este trabajo el término "conducta" como comprensivo de acción y omisión por una mera razón de simplificación y sin que ello suponga tomar partido por la teoría que engloba acción y omisión en una categoría superior.

² BINDING, *Handbucht*, t. 1, 1885, p. 759 s.

³ Cfr. MARGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 447.

⁴ Si bien tales imperativos se encuentran, según BINDING, no en la ley penal, sino en un momento previo: en la norma anterior a la ley. Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 185, n. 2 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 315, n. 2); OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, 1981, p. 76.

⁵ STAMMLER, *Darstellung*, 1878, p. 37 s. En n. 1 cita estos dos casos: una banda de delincuentes asaltan una prisión para liberar a los presos y amenazan de muerte al guardián si no les entrega las llaves. Alguien entra casualmente en una reunión en la que se están forjando planes de alta traición; los conjurados le dicen: si no te quedas, te mataremos. Cfr. además sobre el primer caso JANSEN, *Pflichtenkollisionen*, 1930, p. 7.

deberes, que BINDING plasmó definitivamente en su Manual.

La colisión de deberes tardó, no obstante, bastante tiempo en asentarse en la dogmática penal. La mayoría de los Tratados de principios de este siglo ni siquiera la mencionan, o si hablan de ella es sólo de pasada⁶. Esto, a pesar de que KÜHN publica en 1908 su tesis doctoral con el título *Die Pflichtenkollision im Strafrecht* y años más tarde, en 1930, JANSEN presenta su monografía *Pflichtenkollision im Strafrecht*. Pero va a ser tras la Segunda Guerra Mundial⁷ cuando la temática de la colisión de deberes alcance su momento estelar, igual que lo alcanzara el estado de necesidad en general en la década de los treinta de este siglo⁸. La situación bélica presentó casos que

⁶ No tratan el tema de la colisión de deberes: MERKEL-LIEPMANN, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, 1912; MEYER, Hugo-ALLFELD, *Lehrbuch*, 7.^a ed., 1912; von LISZT, *Lehrbuch*, 21-22.^a ed., 1919; ALLFELD, *Lehrbuch*, 8.^a ed., 1922; MAYER, Max Ernst, *Lehrbuch*, 2.^a ed., 1923; BELING, *Grundzüge*, 11.^a ed., 1930; SCHMIDT, Richard, *Grundriss*, 2.^a ed., 1931. Lo mencionan, pero dedicándole escasa atención: FINGER, *Lehrbuch*, t. 1, 1904, p. 418 ss., quien admite que en el estado de necesidad del antiguo § 54 StGB se incluyen tres supuestos: colisión de dos bienes jurídicos, colisión de dos deberes y colisión de un bien jurídico con un deber; MERKEL, Paul, *Grundriss*, t. 1, 1927, pp. 82, 133 y 136, quien acoge la figura de la colisión de un deber con un bien jurídico; GERLAND, *Lehrbuch*, 2.^o ed., 1932, p. 154, aludiendo a la colisión de deberes a propósito de la S. del RG, t. 61, pp. 242-258.

⁷ Antes de la Segunda Guerra Mundial se trató en el marco de la colisión de deberes sobre todo la interrupción del embarazo indicada médicamente, la orden vinculante antijurídica y la lesión de un deber de secreto para el cumplimiento de otro deber profesional; cfr. FRANK, 18.^a ed., 1931, n. III previa al § 51 (p. 143).

⁸ Cfr. WELZEL, *ZStW*, t. 63, 1951, p. 47: "Después de veinte años de calma, el problema del estado de necesidad se ha puesto de nuevo en movimiento"; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 1; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 447 s.

podían ser tratados dentro del conflicto de deberes, por lo que doctrina y jurisprudencia ahondaron en esta figura para ofrecer criterios de solución. Su tratamiento es objeto, todavía hoy, de una animada polémica, si bien ha adquirido definitivamente carta de naturaleza y es estudiada en todos los Manuales y Tratados de lengua alemana.

¿Qué problemas plantea la colisión de deberes? Desde 1885 se reconoce con BINDING⁹ que el problema fundamental del conflicto de deberes surge cuando estos son equivalentes¹⁰. Si existe una diferencia de valor, se acude al principio del interés preponderante o, expresado de otra manera, al del mal menor, lo que significa que el deber de inferior valor tiene que retroceder ante el de mayor valor. De acuerdo con esto, el cumplimiento del deber de rango superior excluye el injusto de la conducta, lo que constituye doctrina absolutamente dominante¹¹.

⁹ BINDING, *Handbuch*, t. 1, 1885, p. 765 s.

¹⁰ Aquí, y para lo que sigue, utilizo este término en su sentido etimológico de "igual valor".

¹¹ BINDING, *Handbuch*, t. 1, 1885, p. 765 s.; el mismo, *Grundriss*, 1907, p. 194; JANSEN, *Pflichtenkollision*, 1930, p. 35 ss. (con matizaciones); von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, 1930, p. 237; FRANK, 18.^a ed., 1931, n. III previa al § 51 (p. 144); von HIPPEL, *Lehrbuch*, 1932, p. 120; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Defensas penales*, t. 2, 1935, p. 120; MEZGER, *Grundriss*, 2.^a ed., 1941, p. 73; von WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 242; MAURACH, *Grundriss AT*, 1948, p. 83; MEZGER, *Lehrbuch*, 3.^a ed., 1949, pp. 206 y 231; PETERS, *JR*, 1949, p. 500; el mismo, *JR*, 1950, p. 746; OEHLER, *JR*, 1951, p. 494; KERN, *ZStW*, t. 64, 1952, p. 287; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1953, p. 180; MEZGER, en *LK*, 7.^a ed., t. 1, 1954, § 54, n. 10 h aa previa al § 51; NAGLEIZ-JAGUSCH, en *LK*, t. 1, 7.^a ed., 1954 § 54, n. V b; HENKEL, en *Festschrift für Mezger*, 1954, p. 275; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1955, p. 126; MEZGER, en *LK*, t. 1, 8.^a ed., 1957, n. 10 h aa previa al § 51; JAGUSCH, en *LK*, t. 1, 8.^a ed., 1957, § 54, n. 10; KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 137; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1967, p. 89 ss.; GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 59 s.; WELZEL, *Strafrecht AT*, 11.^a ed., 1969, pp. 91, 205 y 219; MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.^a ed.,

La problemática por tanto queda reducida al ámbito más estrecho de la contraposición de deberes equivalentes, y en particular a su ubicación en la sistemática de la teoría del delito, a sus efectos y a su alcance. Como es lógico, donde con mayor intensidad se presentan estas cuestiones, es en la colisión de deberes que hacen referencia a la vida humana. La mayoría de los casos debatidos en este contexto son situaciones en las que se enfrenta «vida contra vida»¹².

Sin embargo, toda la discusión que va a ser reflejada más adelante no podrá ser entendida, si no se conocen previamente las circunstancias le-

1971, p. 334; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, pp. 459 y 477-478; BAUMANN, *Grundbegriffe*, 4.^a ed., 1972, p. 77; KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 337; MEZGER-BLEI, *Strafrecht AT*, 15.^a ed., 1973, p. 150; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.^a ed., 1974, n. marg. 86 previo al § 51; del ROSAL, *Tratado PG*, t. 1, 2.^a ed., 1976, p. 878; OTTO, *Grundkurs*, 1976, p. 139; SAMSON, en *SK*, t. 1, 2.^a ed., 1977, § 34, n.^{os} marg. 26 y 28; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.^a ed., 1977, p. 407; BAUMANN, *Strafrecht AT*, 8.^a ed., 1977, p. 364; BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.^a ed., 1977, p. 299; PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch*, 30.^a ed., 1978, § 34, n. 5; JESECHECK, *Lehrbuch AT*, 3.^a ed., 1978, pp. 293-294 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 498); OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.^a ed., 1978, pp. 1 y 111; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 111 s.; BOCKELMANN, *Strafrecht AT*, 3.^a ed., 1979, p. 147; PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, pp. 107 y 158; LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.^a ed., 1980, n.^o marg. 73 previo al § 32; ESER, *Strafrecht I*, 3.^a ed., 1980, pp. 131 y 132; GEILEN, *Strafrecht*, 5.^a ed., 1980, p. 109; WESSELS, *Strafrecht AT*, 10.^a ed., 1980, p. 164; DREHER-TRÖNDLE, 40 ed., 1981, n. marg. 11 previo al § 32; HAFI, *Strafrecht AT*, 1980, p. 112; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.^a ed., 1981, p. 145; TRIFFTERER, *Optisches Strafrecht AT*, t. 1, 1981, p. 94; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, pp. 405-406 y 408.

¹² Este es además el punto de partida de las dos monografías más recientes sobre la colisión de deberes: OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.^a ed., 1978, p. 1, y KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 15; cfr. además MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 449.

gales positivas del Derecho germano. Bastará para ello, creo, una breve indicación de los preceptos que hipotéticamente podrían acoger la colisión de deberes.

Hasta la 2.^a Ley para la reforma del Derecho penal de 4 de julio de 1969 y que entró en vigor el 1 de enero de 1975, la regulación del estado de necesidad estaba comprendida en los §§ 52 y 54 del Código penal alemán. El primero estaba referido a la situación de coacción, mientras que el segundo trataba el estado de necesidad propiamente dicho. Fuera del Código penal se encontraban y se encuentran los aún vigentes §§ 228 y 904 del Código civil.

El § 52 abarcaba aquellos supuestos en que la situación de peligro surge de un ser humano que coacciona a otro a una determinada conducta mediante fuerza o amenaza¹³. Al ser una situación que parte de un ser humano, no resulta aplicable a la colisión de deberes, institución en la que la situación de necesidad está originada por la colisión de dos o más deberes impuestos por el ordenamiento jurídico.

A la doctrina alemana tampoco le servía el § 54 para resolver las cuestiones planteadas. Y no podía resolverlas porque el ámbito del § 54 era tan estrecho, que, por un lado, sólo permitía la salvaguarda de los bienes jurídicos «vida» e «integridad física» y por otro, el auxilio necesario estaba exento de pena únicamente en los casos en que el necesitado fuera pariente del sujeto agente¹⁴. Estas dos limitaciones, la de los bienes jurídicos aptos para ser salvados en estado de necesidad y la de los necesitados para ejercitar el auxilio necesario, imposibilitaron la vía del § 54

¹³ V. *infra* Apéndice 2.1.1, § 52.

¹⁴ V. *infra* Apéndice 2.1.1, § 54.

respecto al conflicto de deberes. Pues los deberes no tienen por qué estar impuestos exclusivamente en interés de la vida o integridad corporal, sino que pueden destinarse también a la protección de otros bienes jurídicos. Además, los deberes no sólo se imponen en beneficio de determinados parientes del obligado, sino que pueden obedecer a tutelar los intereses de otros muchos sujetos distintos de los incluidos en la categoría de parientes¹⁵.

Tampoco resulta accesible el camino del Código civil alemán en sus preceptos reguladores de casos concretos de estado de necesidad; el § 228 está previsto para situaciones de peligro que provienen de animales o cosas, mientras que el § 904 sólo hace referencia a la salvación de un peligro mediante la causación de un mal en cosas ajenas¹⁶. Es evidente que estos dos preceptos de Derecho privado no habían sido pensados por el legislador alemán para abarcar los casos de colisión de deberes.

Así las cosas, al intérprete germano anterior a 1969 no le quedaba más recurso que acudir a los principios fundamentales de las causas de exclusión de la antijuridicidad, culpabilidad o pena, o bien inventarse una causa suprallegal para fundamentar la exención de la responsabilidad penal del obligado simultáneamente a cumplir dos deberes equivalentes.

Los padres de la Reforma del Derecho penal alemán no se atrevieron a resolver legalmente, de forma expresa, la colisión de deberes, pues ésta —así se dijo— comprendía una multiplicidad de casos que la ley no era capaz de abarcar¹⁷. En

¹⁵ V. *infra* Apéndice 2.1.1, § 52, pfo. 2.

¹⁶ V. *infra* Apéndice 2.1.2, §§ 228 y 904.

¹⁷ De esta manera se expresó SCHMIDT, Eberhard, en *Niederschriften*, t. 2, 1958, p. 146; cfr. OTTO, *Pflichtenkoll-*

1969 y en posteriores reformas legislativas se perdió por tanto la oportunidad de hacer mención expresa de esta figura de estado de necesidad.

Sin embargo, los nuevos preceptos reguladores del estado de necesidad, por su tenor literal¹⁸, no impiden de forma absoluta que la mayoría de los casos de colisión de deberes sea resuelta conforme a los criterios y presupuestos de los nuevos §§ 34 y 35 del Código penal alemán. En referencia al § 34, que regula el estado de necesidad entre bienes con una esencial diferencia de valor, no es obstáculo ni la ponderación de intereses, que puede aplicarse también a la colisión de deberes¹⁹, ni la mención de bienes jurídicos y no de deberes, pues todo deber tiene una referencia objetiva²⁰. No obstante, y por lo que respecta al § 35, que regula las colisiones entre bienes cuyos valores no se diferencian esencialmente, la exigencia del parentesco y la limitación de los bienes jurídicos susceptibles de actuar en estado de necesidad, si

sion, 3.^a ed., 1978, p. 116; MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.^a ed., 1971, p. 335; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.^a ed., 1977, p. 408. En la fundamentación del *Entwurf 1962*, página 159, se indica que hubo "obstáculos insuperables" para regular positivamente la colisión de deberes; sobre esto último cfr. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 209; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.^a ed., 1974, n.ºs marg. 87 y 117 previos al § 51; STREE, en *Einführung*, 2.^a ed., 1975, p. 40; BAUMANN, *Strafrecht AT*, 8.^a ed., 1977, p. 354; DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 479.

En contra de que existan obstáculos insuperables para la positivación de la colisión de deberes, LENCKER, en "*Schönke-Schröder*", 20.^a ed., 1980, n.º marg. 74. previo al § 32.

¹⁸ V. *infra* Apéndice 2.1.3, §§ 34 y 35.

¹⁹ OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.^a ed., 1978, p. 114, estima que en la expresión "ponderación de intereses" pueden incluirse sin gran esfuerzo tanto la ponderación de bienes como la ponderación de deberes.

²⁰ Así MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.^a ed., 1971, p. 335, y MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.^a ed., 1977, p. 408.

dificultaban la inclusión en este precepto de un gran grupo de casos de colisión de deberes²¹.

A pesar de esto, la mayoría de los autores alemanes siguen tratando la colisión de deberes de forma extrapositiva, es decir, recurriendo a los principios o causas supraleales de exclusión de las diversas categorías de la teoría del delito. En sus comentarios a Sentencias, en sus artículos de revistas y en sus Tratados subyace la idea de que la colisión de deberes no ha sido todavía resuelta por el legislador. Se considera que, puesto que los problemas no están totalmente aclarados, el legislador se ha abstenido conscientemente de una regulación positiva, trasladando a la doctrina y a la jurisprudencia la responsabilidad de solucionar las cuestiones planteadas²². De ahí precisamente que la polémica doctrinal siga siendo tan viva en torno a este punto.

De lo animado de la controversia, da cuenta el hecho de que se han defendido prácticamente todas las soluciones posibles: desde considerar la colisión de deberes como causa de justificación hasta sostener la punibilidad en ciertos casos de conflictos, pasando por las soluciones intermedias de la causa de exclusión de la culpabilidad o de la pena²³.

²¹ Cfr. MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.^a ed., 1971, p. 394, y MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.^a ed., 1977, p. 471, en lo que se refiere al parentesco.

²² Así STREE, en *Einführung*, 2.^a ed., 1975, p. 54; siguiéndole PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch*, 30.^a ed., 1978, n. I, previa al § 32; y LACKNER, 14.^a ed., 1981, n. III, 3, previa al § 32.

SAMSON, en *SK*, t. 1, 2.^a ed., 1977, § 34, n.º marg. 4, considera que el § 34 regula sólo la colisión de bienes y no la de deberes; igual que SAMSON, STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.^a ed., 1981, p. 141.

²³ Para MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.^a ed., 1971, p. 334, y para MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.^a ed., 1977, p. 407, por el contrario, ha existido acuerdo en la doctrina y

Pero antes de entrar de lleno en la discusión de las posturas sobre el emplazamiento de la colisión de deberes en la teoría del delito, hay que analizar los antecedentes y el tratamiento de esta figura en la legislación y en la ciencia penal española. A continuación, se tratará la cuestión de las clasificaciones que sobre la colisión de deberes se han efectuado, por si se pudiera obtener algún dato significativo respecto a su ubicación. Para capítulos posteriores queda el desarrollo de la posición adoptada y la resolución de problemas concretos que se plantean en torno a los conflictos de deberes.

en la práctica sobre el tratamiento de la colisión de deberes. Según estos autores la disensión es de escaso alcance y está reducida a la posición sistemática y a las relaciones del conflicto de deberes con el estado de necesidad. Que la opinión de MAURACH y MAURACH-ZIPF no es conforme a la realidad, nos lo demostrarán las páginas posteriores, sin necesidad de acudir a contraargumentos.

1. Antecedentes y tratamiento de la colisión de deberes en la legislación y en la doctrina española

En España la situación se podría caracterizar de la siguiente forma: mientras que la doctrina alemana ha ido por delante de la legislación, aquí ha ocurrido lo contrario; los comentaristas del siglo pasado no supieron reconocer la naturaleza del estado de necesidad¹, al que incluso conside-

¹ Así: DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., p. 50: "[...] nuestros comentaristas de la pasada centuria no supieron comprender las posibilidades latentes en el precepto legal, cuando no lo tacharon de redundante e inútil"; SÁNCHEZ TEJERINA, *Estado de necesidad*, 1922, p. 49: "La doctrina del estado de necesidad ha pasado incomprendida para los intérpretes y comentaristas del Código penal"; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, 4.^a ed., 1963, p. 302: los primeros glosadores del Código penal no supieron hallar la esencia del precepto referido al estado de necesidad; SÁINZ CANTERO, *RGLJ*, t. 46, N. S., 1963, p. 61 n. 18: "La doctrina española antigua (comentaristas y tratadistas del siglo pasado y comienzos del actual), no formula una doctrina clara sobre el estado de necesidad, observándose una tremenda confusión de ideas, que llega hasta el punto que por algunos autores se le llama 'defensa de la propiedad'"; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.^a ed., 1976, p. 327: "También queremos, antes de iniciar el estudio de las aludidas teorías, consagrar breves palabras a los penalistas españoles del pasado siglo

raron superfluo², ni advirtieron la existencia de un precedente de la colisión de deberes en el Derecho positivo. Por otra parte la Jurisprudencia ha mostrado ciertos recelos a la hora de aplicar el estado de necesidad, tal vez por las repercusiones económicas y políticas de esta eximente³.

y aun de algunos de comienzos de esta centuria —así como a otros pocos hispanoamericanos—, porque su desconocimiento del estado de necesidad al encararse con la vieja 'circunstancia' 7.ª del art. 8.º del Código penal de 1870, les hizo asumir tan desorientada actitud que difícilmente podría encajar lo que dicen en una clasificación científica de las doctrinas formuladas sobre el fundamento y naturaleza de los actos necesarios, según hemos advertido"; y más adelante añade que esto ocurría "a pesar de que algunos de estos autores escribían ya en época en que se habían dedicado por los juristas franceses e italianos, páginas de sus Tratados al asunto del delito necesario, y habían aparecido notables monografías en idiomas frecuentados".

En aquella época el estado de necesidad fue fundamentado bien en la falta de voluntariedad (RUEDA, *Elementos*, t. 1, 4.ª ed., 1898, p. 130; GROIZARD, t. 1, 2.ª ed., 1902, p. 278), bien en la coacción moral (PACHECO, *Estudios*, 3.ª ed., 1868, p. 82) o bien en la configuración de un derecho de necesidad (PACHECO, *Código penal*, t. 1, 2.ª ed., 1856, pp. 161 y 182; VALDÉS RUBIO, *Programa*, t. 1, 2.ª ed., 1982, p. 113; SILVELA, t. 2, 2.ª ed., 1903, p. 160).

² Así: GROIZARD, t. 1, 2.ª ed., 1902, p. 278 (no hay ni dolo ni culpa); RUEDA, *Elementos*, t. 1, 4.ª ed. 1898, p. 130. A favor de que el estado de necesidad se mencione y regule en los textos legales: SÁNCHEZ TEJERINA, *Estado de necesidad*, 1922, p. 47 s.; CASTEJÓN, *Derecho penal*, t. 1, 1931, p. 124, n. 5; de CÓRDOVA, *RGLJ*, t. 160, 1932, p. 297.

Por lo que he visto, el primero que habla expresamente de "estado de necesidad" es VALDÉS RUBIO, *Derecho penal*, t. 1, 4.ª ed., 1909, p. 165, aludiendo ya al antiguo § 54 StGB (*op. cit.*, p. 166)

³ DEL ROSAL, *Notas*, 1956, p. 196, reconoce que la práctica recorta la eximente del a. 8, 7 CP "con excesiva preocupación defensiva"; el mismo, *Tratado PG*, t. 1, 2.ª ed., 1976, p. 883: "En resumen, la aplicación de esta eximente se ha administrado con demasiada cautela. Entendemos que con ello nos descubre, como si ya no se supiera, cómo los tribunales de justicia, en situaciones de conflicto entre la decisión humana —empujada por la debilidad o por otras

Sin embargo, la legislación española ha sido mucho más explícita y avanzada que la germana en materia de estado de necesidad y colisión de deberes⁴. Aparte de contemplar supuestos cercanos a la situación de necesidad⁵ y regular parcialmente el hurto famélico⁶, el Código penal de 1822

circunstancias— y el orden penal, adoptan un criterio conservador y se inclinan, con la mejor buena fe, por el mantenimiento de las disposiciones legales”; MIR PUIG, *Introducción*, 1976, p. 163, resalta en referencia al hurto famélico que “en la práctica se tiende a negar la aplicación de la eximente por el temor de que ello incite a amplias capas de la población a solucionar por esta vía sus angustias económicas”; BERISTAIN IPIÑA, *RIDP*, 1978, n.º 1, p. 100, ha recordado que en la época de 1936 a 1945 “la mayoría de las sentencias dictadas por los tribunales militares giraron en torno al delito de rebelión militar, incluyendo dentro de esta figura conductas muy diversas, vistas con una óptica severa, que sólo en algunos casos extremos permitía a los Tribunales aplicar la eximente incompleta de estado de necesidad”.

Muy ilustrativo de CÓRDOVA, *RGLJ*, t. 160, 1932, p. 299: “Menos dificultades ofrece reconocer el derecho de sacrificar los bienes materiales por salvar la vida de un hombre [...]. Esto no quiere decir, por supuesto, que consideremos autorizados a los menesterosos contra los bienes de los acaudalados. Serénense los señores del dinero. No es tan amplia la tesis ni tan frecuente el peligro.”

No obstante, también en la Jurisprudencia alemana se han suscitado semejantes recelos, como refleja LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 209, n. 14: “La praxis, hasta ahora, muestra que los Tribunales han ejercitado una moderación completamente sana en la aceptación de un estado de necesidad justificante, quizás porque el hecho de que se trate de una causa de justificación suprallegal haya exigido precaución.”

⁴ SÁNCHEZ TEJERINA, *Estado de necesidad*, 1922, p. 50 n. 4, da cuenta de que von LISZT consideró al Código español como el más progresivo en materia de hurto famélico.

⁵ V. *infra* Apéndice 1.1, aa. 21, 22, 484, 623, 624, 659 y 801.

⁶ V. *infra* Apéndice 1.1, a. 107, 2.ª y a. 755.

Sobre el tema del hurto famélico, cfr., aparte de los Tratados, las obras siguientes: DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., pp. 72-76; GARCÍA GOYENA, t. 2, 1843, pp. 178-

recogió ya algunos supuestos específicos de contraposición de deberes, si bien resueltos expresamente por el legislador⁷; incluso en la tipificación del incumplimiento de deberes se preveía en ocasiones la excepción de que tal incumplimiento fuera debido a «causa legítima»⁸.

El Código de 1848 regula definitiva, aunque limitadamente, el estado de necesidad como eximente⁹, así como el miedo insuperable y el cumplimiento de un deber¹⁰, relacionados estrechamente con aquél. Pero el precepto que más nos interesa es el número 13 del artículo 8, que exime de responsabilidad al que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable, y que parece heredero de la excepción de causa legítima prevista en el Código de 1822. La eximente permanece inalterada en cuanto a numeración y contenido en la reforma de 1870¹¹; en 1928, sin embargo, con la nueva es-

179; OLIVER, "El hambre como eximente", *Revista de los Tribunales*, t. 37, 1903, p. 625 ss.; GARRIGUES Y DÍAZ CANABATE, *Ensayo*, 1920, pp. 54-58 (también en *RGLJ*, t. 137, 1920, p. 624 ss.); JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Trabajos*, 1922, pp. 263-341; SÁNCHEZ TEJERINA, *Estado de necesidad*, 1923; PEREDA, *El hurto famélico en algunos de nuestros teólogos del siglo XVI*, Madrid, 1927; JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado de necesidad en materia penal con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*, 2.ª reimposición de la 1.ª ed. (de 1922), Madrid, 1930, Reus; el mismo, *El Criminalista*, t. 3, 2.ª ed., Buenos Aires, 1949, p. 71 ss.; el mismo, *El pensamiento jurídico español*, 1958, pp. 64-66; RODRÍGUEZ DEVESA, "Necesidad de un nuevo replanteamiento de la problemática del hurto famélico", *REP*, n.º 162, 1963 (también en *Separata del Libro Homenaje al Doctor Serrano Serrano*, Valladolid, 1965); PEREDA, "El hurto famélico o necesario", *ADPCP*, t. 17, 1964, pp. 5-28; ROLDÁN BARBERO, *Naturaleza del estado de necesidad*, 1980, p. 12 ss.

⁷ V. *infra* Apéndice 1.1, aa. 426 y 429.

⁸ V. *infra* Apéndice 1.1, a. 582; cfr. además aa. 584 a 591.

⁹ V. *infra* Apéndice 1.2, a. 8, 7.

¹⁰ V. *infra* Apéndice 1.2, a. 8, números 10 y 11.

¹¹ V. *infra* Apéndice 1.3, a. 8, 13.

tructuración de las eximentes, el Código de la Dictadura la traslada al artículo 61 número 3¹².

Los autores de la época no le concedieron demasiada importancia a la eximente en cuestión, que consideraron aplicable únicamente a los delitos de omisión¹³. Puesto que el estado de necesidad fue tachado de superfluo, no es extraño que se indicase que la exención de responsabilidad en las omisiones sobra del Código por obvia, según la opinión generalizada de los tratadistas¹⁴, salvo algunas excepciones¹⁵.

¹² V. *infra* Apéndice 1.4, a. 61, 3.º.

¹³ Así: CASTRO Y OROZCO-ORTIZ DE ZÚÑIGA, t. 1, 1848, página 62 s.; PACHECO, *Código penal*, t. 1, 2.ª ed., 1856, p. 178; VIADA, t. 1, 4.ª ed., 1890, p. 195; VALDÉS RUBIO, *Programa*, t. 1, 2.ª ed., 1892, p. 115, pero añade que la omisión se justifica por las mismas causas que la acción; RUEDA, *Elementos*, t. 1, 4.ª ed., 1898, p. 141; SILVELA, t. 2, 2.ª ed., 1903, p. 161; GROIZARD, t. 1, 2.ª ed., 1908, p. 334, aclarando que esta eximente es exclusiva de los delitos de omisión, pero otras eximentes son comunes a ambas: acción y omisión; VALDÉS RUBIO, *Libro Primero*, 1908, p. 218; el mismo, *Derecho penal*, t. 1, 4.ª ed., 1909, pp. 166-167, haciendo la misma observación que en su *Programa*; CASTEJÓN, *Comentarios*, t. 2, 1926, p. 637; JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código*, vol. 1, libro 1, 1928, p. 130; CASTEJÓN, *Derecho penal*, t. 1, 1931, p. 138.

¹⁴ Así: PACHECO, *Código penal*, t. 1, 2.ª ed., 1856, p. 178: la propia razón ha establecido que no hay obligación de las cosas que no pueden hacerse; tales omisiones no son voluntarias "y no siéndolo por el mismo artículo 1.º salen de la esfera del delito"; PACHECO indica además que esta eximente carece de concordancias con otros Códigos; GROIZARD, t. 1, 2.ª ed., 1908, pp. 278 y 335 s., la considera superflua porque dentro de las causas legítima o insuperable entran todas las demás eximentes; CASTEJÓN, *Comentarios*, t. 2, 1926, p. 637, quien indica —siguiendo a GROIZARD— que las mismas razones que sirven de excusa a la acción deben también servir para la omisión; JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código*, vol. 1, libro 1, 1928, p. 131; GONZÁLEZ LÓPEZ, *Antijuridicidad*, 1929, p. 86; CASTEJÓN, *Derecho penal*, t. 1, 1931, p. 138.

¹⁵ Así: RUEDA, *Elementos*, t. 1, 4.ª ed., 1898, p. 141: si se

Aunque algún autor no distinguió entre causa legítima y causa insuperable¹⁶, a partir de PACHECO se impone la diferenciación: por causa legítima entiende este penalista la que moralmente impide y embaraza un hecho; por causa insuperable, la que materialmente no se puede sobrepujar¹⁷. GROIZARD afina aún más esta idea, considerando como causa legítima el impedimento que provenga de un deber exigible y como causa insuperable, cualquiera que imposibilite ejecutar el acto impuesto por el deber, añadiendo que la causa legítima hace referencia a un deber y la causa insuperable a un impedimento más físico que moral¹⁸.

Como ejemplo de causa legítima GROIZARD ofrece el siguiente:

«El facultativo titular de un pueblo tiene obligación de servir gratuitamente á los pobres. Si es llamado para la asistencia de uno de esta clase, al tiempo en que está desempeñando igual servicio al lado del otro, al que no le es posible abandonar, aunque incurre en una omisión penada, procede la exención de responsabilidad porque estaba impedido por causa legítima»¹⁹.

considera que a los hechos cubiertos por esta eximente les falta ya la voluntariedad, entonces deberían desaparecer la mayoría de las eximentes.

¹⁶ VIADA, t. 7, 4.^a ed., 1890, p. 196, interpreta causa legítima o insuperable como "todo motivo que legal, moral o físicamente le haya impedido [sc. al autor] hacer lo que la Ley preceptúe"; VALDÉS RUBIO, Programa, t. 1, 2.^a ed., 1892, p. 115, y *Derecho penal*, t. 1, 4.^a ed., 1909, pp. 166-167, hace únicamente referencia al cumplimiento de deberes incompatibles con el derecho de asistencia.

¹⁷ PACHECO, *Código penal*, t. 1, 2.^a ed., 1856, p. 178; en sentido similar RUEDA, *Elementos*, t. 1, 4.^a ed., 1898, p. 142.

¹⁸ Así: GROIZARD, t. 1, 2.^a ed., 1902, pp. 335 y 336. Siguiéndole: SILVELA, t. 2, 2.^a ed., 1903, p. 161; CASTEJÓN, *Comentarios*, 1. 2, 1926, p. 638; JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código*, vol. 1, libro 1, 1928, p. 130.

¹⁹ GROIZARD, t. 1. 2.^a ed., 1902, p. 335. Un caso similar ofrece CASTEJÓN, *Comentarios*, t. 2, 1926, p. 637.

Y en cuanto a la causa insuperable imagina el mismo autor el siguiente supuesto:

«Uno encuentra en deshabitado a una persona herida o en peligro de perecer, la cual necesita de su auxilio y no se lo presta. Aunque esta omisión constituya un hecho punible, estará exento de responsabilidad, por causa insuperable si el mismo viene enfermo y necesita casi de igual auxilio [...]»²⁰.

Respecto al fundamento de esta eximente, predomina en un principio la concepción de que está basada en la falta de voluntariedad de la omisión realizada en esas circunstancias²¹, si bien progresivamente se va imponiendo la discriminación de los motivos que impiden la responsabilidad por la omisión: la fuerza irresistible es el fundamento de la exención en el caso de la omisión por causa insuperable, en tanto que el estado de necesidad determina la exención si la omisión se debe a causa legítima; por consiguiente, se dice, la primera constituye una causa de inimputabilidad, mientras que la segunda se configura como causa de justificación²².

²⁰ GROIZARD, t. 1, 2.^a ed., 1902, p. 336.

²¹ Así: PACHECO, *Código penal*, t. 1, 2.^a ed., 1856, p. 178; GROIZARD, t. 1, 2.^a ed., 1902, pp. 278 y 336.

²² Sin embargo el proceso no es tan lineal: SILVELA, t. 1, 2.^a ed., 1903, p. 139, considera que el daño causado en cumplimiento de una ley no constituye causa de justificación, pues ni siquiera presenta apariencia criminal; sin embargo, el mismo autor en t. 2, 2.^a ed., 1903, p. 161, estima como causa de justificación la omisión debida a causa legítima o insuperable. SALDAÑA, *Comentarios*, t. 1, 1920, p. 435, estima que el que incurre en alguna omisión por causa legítima está cubierto por una causa de justificación. CASTEJÓN, *Comentarios*, t. 2, 1926, p. 638, se declara a favor de incluir en el estado de necesidad la omisión debida a causa insuperable, mientras que, por otro lado (*op. cit.*, p. 637), considera toda la eximente como una causa de justificación. Lo mismo CASTEJÓN, *Derecho penal*, t. 1, 1931, p. 138.

La Jurisprudencia sobre esta eximente fue escasa y, por lo general, desestimativa²³: en la Sentencia de 10-4-1876 se indica que no es apreciable en los delitos que exigen acción por su índole y naturaleza; en la de 26-12-1888 se desestima respecto a los delitos que constituyen una serie de actos que determinan acciones voluntarias penadas por la ley; tampoco cabe apreciarla cuando la excusa legítima e insuperable, que imposibilita el cumplimiento de un precepto legal, haya dependido del procesado que la alega (Sentencia de 23-11-1890); no está exento de responsabilidad por esta circunstancia el que realiza prolongación de funciones (Sentencia de 26-12-1888) ni el que comete asesinato (Sentencia de 10-4-1876). La Fiscalía del Tribunal Supremo estableció en Circular de 16-7-1890 que si las listas electorales se expusieran días después de lo que la ley marca taxativamente y este retraso se debiera a causa legítima e insuperable, sin intención dolosa, existiría la exención marcada en el número 13 del artículo 8.

De lo expuesto anteriormente se deduce que la doctrina pasó de considerar este precepto superfluo, a indicar en los primeros años de este siglo su parentesco bien con la fuerza irresistible, en el supuesto de causa insuperable, bien con el es-

Parece que fue JIMÉNEZ DE ASÚA (citado por GONZÁLEZ LÓPEZ, *Antijuridicidad*, 1929, p. 86) quien inició en sus *Notas al Programa* de CARRARA la distinción definitiva a que se alude en el texto. A él le siguieron: GONZÁLEZ LÓPEZ, *Antijuridicidad*, 1929, p. 86; y JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código*, vol. 1, libro 1, 1928, p. 130.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas*, t. 1, 1935, pp. 375-376 critica el tratamiento diferenciador de la exención por causa legítima y por causa insuperable; para este autor tanto una hipótesis como la otra consisten en una causa de exclusión de lo injusto.

²³ Cfr. para las resoluciones que siguen CASTEJÓN, *Comentarios*, t. 2, 1926, p. 635 s.

tado de necesidad, si el motivo fue una causa legítima, es decir, un deber legal. El acercamiento entre omisión debida a causa legítima y el estado de necesidad se inició primero exigiendo una cierta proporcionalidad entre la acción omitida y el deber cumplido²⁴, y cristalizó después, por obra de JIMÉNEZ DE ASÚA, en el Código de la Segunda República²⁵; éste incluía en la redacción del artículo 8 número 7 las palabras «o infringe un deber»²⁶, con lo que —entonces sí— se hacía innecesaria la mención de la antigua eximente 13 del artículo 8²⁷.

La propia Exposición de Motivos, apartado V, del Código penal de 27 de octubre de 1932, publicado en *La Gaceta* de 5 de noviembre de 1932, expresó esta idea:

«El estado de necesidad, tan angostamente aceptado en el antiguo número 7.º del artículo 8.º, recibe ahora considerable aumento, y no sólo se reconoce en caso

²⁴ PACHECO, *Estudios*, 3.ª ed., 1868, pp. 76-77: "Quede pues establecido, como un capítulo de justificación, como un motivo que exime de toda culpabilidad, la existencia de otro derecho ú otro deber, contrario y más poderoso que el infringido por la acción que parece crimen. Puestos los dos en la balanza, el que nos ha decidido á obrar era más fuerte que el que nos preceptuaba abstenernos: nuestra obra pues ha sido legítima, y la conciencia y la ley se ven precisadas á declararlo"; SILVELA, t. 1, 2.ª ed., 1903, p. 161: "El que no ejecuta aquello que la ley ordena, porque lo impide otra disposición superior y más apremiante de la misma ley, no comete delito; le exime á no dudarlo de responsabilidad la legitimidad misma que motiva su inacción."

²⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA fue durante un tiempo el Presidente de la Comisión encargada de redactarlo y defensor del mismo en las discusiones parlamentarias; cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal* PG, 8.ª ed., 1981, p. 109.

No obstante, JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código*, vol. 1, libro 1, 1928, p. 127, habla ya de colisión de deberes dentro del estado de necesidad.

²⁶ V. *infra* Apéndice 1.5, a. 8, 7.

²⁷ Cfr. DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., p. 51.

de daño en propiedad ajena, sino cuando hay que sacrificar cualquier otro bien jurídico. Asimismo, se contempla junto a la colisión de intereses el conflicto de deberes, con lo cual se hace innecesario el viejo número 13 del artículo 8, que se refería a la exención de las omisiones por motivos legítimos o insuperables. Las condiciones del estado de necesidad se han establecido de acuerdo con los principios que gobiernan esta justificante»²⁸.

La única diferencia entre la antigua eximente 13ª y la 7ª del Código de 1932 es que aquella sólo podía aplicarse a las omisiones, mientras que en la colisión de deberes del estado de necesidad son también perfectamente subsumibles las acciones conminadas con una pena y cometidas para cumplir un deber; en efecto: el texto legal no impide de ninguna manera esta segunda posibilidad, por lo que hay que entender que la eximente puede intervenir asimismo en estos supuestos.

La referencia a la infracción de un deber dentro de la regulación del estado de necesidad se ha mantenido sin variaciones en los posteriores textos legales, perdurando la misma redacción en el Código penal vigente²⁹.

²⁸ Cfr. además: RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas*, t. 1, 1935, pp. 375-376: "Esta denominada colisión de deberes era objeto en nuestros Códigos anteriores, de un apartado especial en las circunstancias eximentes del artículo 8.º. En el número 13 del citado artículo 8.º se decía: 'El que incurre en alguna omisión hallándose impedido por causa legítima o insuperable'. [...] Al elaborarse la reforma de 1932 se tuvo en cuenta que es criterio reconocido desde 1885 por los tratadistas que el estado de necesidad (en su aspecto de causa de justificación) se integra por los casos de conflicto de bienes y por los de conflicto de deberes, y, de acuerdo con ello, se incorporaron estos últimos al número 7.º del artículo 8.º, mediante las palabras 'o infringe un deber', que aparecen en el encabezamiento de la eximente"; y PUIG PEÑA, *Derecho penal* PG, t. 1, 6.ª ed., 1969, p. 408.

²⁹ V. *infra* Apéndice 1.6, a. 8, 7; 1.7, a. 26, 6.

La consecuencia que cabe extraer ante esta ojeada histórica de la legislación y la doctrina, es que la colisión de deberes está incluida positivamente en el estado de necesidad; la causa de ello es perfectamente explicable: la antigua eximente 13 del artículo 8 excluía la responsabilidad del incumplimiento de un deber de acción por la existencia simultánea de otro deber (causa legítima); había pues una tensión entre dos deberes, es decir: una situación de necesidad fundada en la colisión de deberes.

Por ello, en la actualidad, los autores españoles analizan generalmente el conflicto de deberes dentro del estado de necesidad, por considerar que le son aplicables las mismas reglas de éste³⁰. Sin embargo, no faltan quienes la ubican en la eximente del cumplimiento de un deber³¹, mientras

³⁰ Así: DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., p. 44 ss.; JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código*, vol. 1, libro 1, 1928, p. 127; SÁNCHEZ TEJERINA, *RFDM*, n.ºs 8-11, 1942, pp. 244-245; CÓRDOBA RODA, *Notas*, t. 1, 1962, p. 401; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, 4.ª ed., 1963, p. 286; LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del TS*, t. 1, 1964, p. 206; CÓRDOBA RODA, *Eximentes incompletas*, 1966, pp. 156, 167 y 182; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión de socorro*, 1966, p. 230 ss.; DEL ROSAL, *Tratado PG*, t. 1, 2.ª ed., 1976, p. 876; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, pp. 428 ss. y 535 s.; GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, 1979, p. 61; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. 1, vol. 1, 18.ª ed., p. 413 s.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal PG*, 8.ª ed., 1981, pp. 549 y 555 s.; MIR PUIG, *Adiciones*, t. 1, 1981, pp. 504 ss. y 689 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes PG*, t. 2, 1978-1979, p. 339; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, t. 35, 1982, p. 676 s.

³¹ Así: QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio*, t. 1, 1958, p. 253; el mismo, *Curso*, t. 1, 1963, p. 387 s.; el mismo, *Comentarios*, 2.ª ed., 1966, p. 135 s.; SAINZ CANTERO, *Lecciones*, t. 2, 1982, p. 347.

ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, t. 1, 1949, no menciona la colisión de deberes en la eximente de estado de necesidad, pero en la de cumplimiento de un deber da ejemplos que se acercan a la colisión de deberes (p. 252).

CARBONELL MATEU, *Justificación*, 1982, podría llegar también a la conclusión de que la colisión de deberes se

que otros la consideran superflua³².

La dogmática de la colisión de deberes no ha alcanzado en España un desarrollo tan profundo como en la doctrina alemana; sólo algunos auto-

encuadra en la exigente del cumplimiento de un deber, puesto que para él todas las causas de justificación están inspiradas por el fundamento material de la ponderación de intereses (*op. cit.*, p. 178 y *passim*). Sin embargo, CARBONELL estudia el cumplimiento de un deber del a. 8, 11 sin poner en conexión esta exigente con la del a. 8, 7 ("...o infringe un deber"). La posición de CARBONELL en torno a la cuestión de si puede surgir o no una colisión de deberes no es totalmente clara. En un pasaje de su libro recoge la siguiente opinión de PETROCELLI: "En un mismo Ordenamiento no hay una norma que prohíba, permita y obligue a hacer una misma cosa; lo que ocurre es que no surge la prohibición, no existe prohibición de hacer algo que está permitido u obligado y, por tanto, la conducta, desde el primer momento, es conforme a Derecho" (*op. cit.*, pp. 77-78). En una de sus conclusiones (la 31) hace referencia a que si colide un precepto penal que prohíbe una conducta con otro precepto no penal que reconoce el derecho o interés a verificarla, no surge un conflicto normativo; el precepto no penal limita al precepto prohibitivo penal (*op. cit.*, p. 182). En definitiva, tal vez no sea ésta la posición más adecuada (la que incluye el conflicto de deberes en el a. 8, 11) para encuadrar la opinión de CARBONELL, pues tengo mis dudas sobre el hecho de que este autor llegue siquiera a admitir la posibilidad de la figura de la colisión de deberes.

³² Así: CÓRDOBA RODA, en *Comentarios*, t. 1, 1972, p. 277, para quien la mención de la "infracción de un deber" en el a. 8, 7 CP es innecesaria: "Dado que estos últimos [sc. los deberes] son exigidos por el ordenamiento para la protección de determinados bienes, la inclusión del segundo supuesto [sc. la infracción de un deber] es, en rigor, innecesaria"; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, tt. 1 y 2, 2.^a ed., 1981, p. 340 y t. 3, 1982, p. 72: "Aun cuando nuestro derecho positivo hace expresa referencia, en la regulación del estado de necesidad, a la infracción del deber, ya vimos que con esa expresión pretende únicamente designar las infracciones que no llegan a lesionar bienes jurídicos ajenos, sino que se limitan a ponerlos en peligro. El deber existe solamente en función de la protección de bienes jurídicos. Por consiguiente, no cabe oponer el estado de necesidad fundado en la colisión de

res han reflejado el estado de la cuestión en aquel país³³, por lo que resultará interesante y útil observar cómo han tratado este tema los penalistas alemanes. Todo ello sin perjuicio de que se tenga en cuenta, en su correspondiente lugar, las opiniones vertidas por la doctrina española.

bienes al fundado en la colisión de deberes: en toda colisión de deberes subyace una correlativa colisión de bienes"; QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, 1981, p. 198: "No obstante, es preciso relativizar la importancia de esta distinción [sc. la de colisión de bienes y colisión de deberes]; los deberes a los que se refiere [*sic*; hay que entender el CP] no pueden ser otros que aquellos cuya infracción es delictiva, puesto que si se invoca estado de necesidad es porque el autor está siendo criminalmente enjuiciado. Si es así habrá que suponer que también los delitos que externamente se configuran como infracciones de deberes entrañan una ofensa a un bien jurídico, pues en atención al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no es aceptable otra hipótesis —aunque en la realidad ese principio se infringe—; si es así, en conclusión, hay que entender que en todos los casos de estado de necesidad se ofende un bien jurídico, y que la distinción entre bienes y deberes no tiene por qué tener mayor alcance."

³³ La primera etapa de la discusión alemana está reflejada por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.^a ed., 1976, p. 428 ss.; a un estadio posterior de la controversia corresponden las observaciones de SUÁREZ MONTES, *La anti-juridicidad en el finalismo*, 1963, p. 39 ss., que trató marginalmente el tema de la colisión de deberes, aunque sin hacer referencia expresa a esta denominación.

2. Clases. Delimitación de la situación de colisión de deberes

2.1. CLASES

Para la aclaración del problema de la colisión de deberes se han formulado en la literatura científica varias contraposiciones de conceptos destinadas a determinar las diversas clases de conflictos de deberes. Se ha hablado de colisión lógica y de colisión material; de colisión jurídicamente soluble y de colisión jurídicamente irresoluble; de colisión propia e impropia; de conflictos de situación y de conflictos de valores; de conflictos de interpretación y de colisión de deberes propia.

FRANK¹ y von WEBER², siguiendo a SIMMEL³, distinguen entre colisión de deberes lógica y colisión de deberes material. La colisión de deberes lógica es siempre aparente, no real, y tiene efectos justificantes; es aparente porque la unidad del ordenamiento jurídico implica la ausencia de contradicciones, de manera que aquí «sólo existe en realidad un deber»⁴.

¹ Cfr. FRANK, 18.^a ed., 1931, n. III, previa al § 51 (p. 141).

² Cfr. von WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 234 ss.

³ Cfr. SIMMEL, *Einleitung in die Morawissenschaft*, t. 2, 1893, p. 384 s.

⁴ Von WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 235.

Así ocurre en el caso de la no restitución de un instrumento a su propietario con el que éste proyecta cometer un delito⁵.

A pesar de lo poco acertado del ejemplo⁶, considera von WEBER que aquí se enfrentan el deber jurídico civil de restituir y el deber penal de omitir el favorecimiento de un hecho delictivo, pero de forma aparente, porque hay que negar el deber de restitución; la consecuencia que se deriva de esta clase de conflictos es que el cumplimiento del único deber que existe constituye una eximente que justifica el incumplimiento del deber que en esas circunstancias concretas no es jurídicamente vinculante⁷. En el ejemplo antes propuesto estaría justificada la no restitución del instrumento que el propietario va a utilizar con fines delictivos.

Sin embargo, en caso de colisión de deberes material, ambos deberes contrapuestos no pueden ser cumplidos simultáneamente en virtud de las especiales circunstancias. Esta imposibilidad conduce a la negación del deber: *impossibilium nulla obligatio*⁸. A pesar del principio de la ausencia de

⁵ *Ibidem*, p. 235.

⁶ El supuesto de hecho es, cuando menos, discutible en Derecho español en lo que respecta a la tipicidad; en efecto: el a. 535 CP, relativo a la apropiación indebida, determina que la conducta de este delito consiste en actos de apropiación, no constituyendo tales los de mera retención (cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, t. 2, 2.^a ed., 1977, p. 888, con indicaciones jurisprudenciales); por otro lado, el sujeto que retiene los instrumentos *para* evitar que su propietario delinca con ellos no tiene ánimo de retener la cosa para sí, ni efectúa tal retención "en perjuicio de otro", como exige el a. 535 CP. En consecuencia, si el incumplimiento del deber de restitución no es siquiera, en estas circunstancias, penalmente típico, no entraría en juego su posible conflicto con otro deber en el ámbito del Derecho penal.

⁷ Cfr. von WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 242.

⁸ Cfr. *ibidem*, p. 235.

contradicciones del ordenamiento jurídico, tales «auténticas» colisiones existen de hecho, según WEBER. De su interpretación —añade— debe resultar, sin embargo, que un deber precede al otro y que incluso aquél anula a éste⁹. Para von WEBER esta anulación no se produce en el ámbito del deber, sino en el del poder; con otras palabras, no en la esfera del injusto, sino en la de la culpabilidad. Por lo tanto, la colisión material de deberes tiene efectos exculpantes: no se le puede reprochar al sujeto agente que no haya realizado lo que le era imposible, pero con ello no queda levantado el deber que incumplió; la consecuencia de esta calificación jurídica es que los afectados no tienen un deber de tolerancia, incluso aunque todos tuvieran que morir de no tener lugar la intervención salvadora de una parte de los necesitados¹⁰.

Uno de los casos que von WEBER cita como ejemplo de colisión de deberes material es la situación del médico que no es capaz de operar a todos los heridos en un puesto de socorro^{11 12}.

⁹ Cfr. *ibidem*, p. 245.

¹⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 235 y 249.

¹¹ *Ibidem*, p. 249; sobre este caso cfr. además: GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 75 n. 42; DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 478.

¹² MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 454 s., no acepta que sólo la colisión de deberes material, o sea: la colisión irresoluble jurídicamente, esté condicionada por la situación y que por tanto la colisión lógica sólo sea un conflicto aparente: "Pues el estar condicionado por la situación no tiene nada que ver con la existencia o inexistencia de una posibilidad de resolver jurídicamente una colisión de deberes. El estar condicionado por la situación es un elemento de todas las colisiones de deberes, independientemente de que se puedan diferenciar en solubles o irresolubles. Negar esta simple constatación conduce al resultado de designar como aparentes a todas las colisiones de deberes solubles jurídicamente y esto significa que se niega la existencia de una colisión de deberes

GALLAS, por su parte, distingue en primer lugar entre colisión de deberes soluble y colisión de deberes irresoluble:

«Las colisiones *irresolubles* se diferencian por tanto de las solubles no en la dependencia del conflicto a la situación, pues esta dependencia es común a ambas; más bien se distinguen en que aquí una anomalía o paradoja de la situación concreta no permite ya un puente para salvar la contradicción con los medios para descubrir el Derecho»¹³.

Es decir, que la contradicción que conlleva todo conflicto de deberes no se encuentra en el ámbito de las normas, sino en el de los hechos. GALLAS añade que con la admisión de la categoría de las colisiones irresolubles no se abandonan los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico como sistema de normas. Simplemente ocurre que estos conflictos no se pueden resolver con los baremos valorativos del Derecho¹⁴. Las colisiones de deberes irresolubles, dice este autor, nos muestran hasta qué punto la existencia real es accesible a una normación racional¹⁵.

porque se presupone su solución por parte del Derecho, lo que no se puede mantener”; creo que las observaciones de MANGAKIS son correctas en cuanto a que toda colisión de deberes está condicionada por la situación fáctica; por lo que respecta a la cuestión de si la existencia de una solución para una contraposición de deberes determina o no que nos encontremos ante una colisión de deberes, y mi opinión *infra* p. 72 ss.

¹³ GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 62 (subrayado en el original).

¹⁴ Cfr. GALLAS, *Beiträge*, 1968, pp. 60 y 74.

¹⁵ Cfr. GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 62 y, además, KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 237-238. En contra de que existan conflictos irresolubles: MEZGER, *Studienbuch*, t. 1, 9.ª ed., 1960, p. 203: “Es un deber inalienable del propio ordenamiento jurídico dar aquí una solución; éste no debe desviar la incertidumbre al destinatario del Derecho”; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 465, quien considera que la admisión de este tipo de conflictos en el ámbito del injusto hace aparecer al Derecho

Recientemente HAFT ha aceptado esta distinción de grupos de colisiones de deberes, pero retocándola y matizándola en gran medida. Para HAFT los conflictos son jurídicamente solubles cuando se puede recurrir a los principios del estado de necesidad justificante o exculpante¹⁶ o bien cuando el tipo de injusto o el tipo de culpabilidad pueden negarse mediante el principio regulativo de la inexigibilidad¹⁷ en los delitos imprudentes¹⁸ o en los delitos de omisión¹⁹. Es decir, que este autor concreta los recursos jurídicos aptos para resolver los conflictos de deberes, en tanto que GALLAS se limitaba a reconocer que había casos en que fallaban los «medios para descubrir el Derecho».

Como ejemplo de colisión de deberes irresoluble, cita HAFT, entre otros, el caso del padre que sólo puede salvar a uno de sus dos hijos que se están ahogando²⁰.

GALLAS efectúa una segunda clasificación entre colisiones «propias» e «impropias». Propia es la colisión de deberes que pertenecen al mismo sistema de normas; impropia es la colisión de deberes que proceden de diferentes sistemas normativos, como ocurre cuando se contraponen un deber jurídico a un deber moral²¹. Ahora bien, sólo puede surgir un conflicto en el ámbito del Dere-

como inhumano; MEZGER-BLEI, *Strafrecht AT*, 15.^a ed., 1973, p. 240; BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.^a ed., 1977, p. 191; OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.^a ed., 1978, p. 18; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 18 ss. y 118 s.; LENCKNER, en "*Schnoke-Schröder*", 20.^a ed., 1980, n.º marg. 117 previo al § 32.

¹⁶ Cfr. HAFT, *Strafrecht AT*, 1980, p. 112.

¹⁷ Cfr. *ibidem*, p. 111.

¹⁸ Cfr. *ibidem*, p. 132.

¹⁹ Cfr. *ibidem*, p. 144 s.

²⁰ *Ibidem*, p. 112.

²¹ Cfr. GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 61 n. 9.

cho entre un deber jurídico y un deber moral, cuando el ordenamiento *jurídico* expresa o tácitamente otorga eficacia jurídica a la lesión de un deber moral. Esto puede ocurrir cuando el Derecho le confiere al deber moral el rango de un deber jurídico o cuando el ordenamiento *jurídico* remite a la moral para determinar el contenido o los límites de un deber jurídico²². De aquí extrae GALLAS la consecuencia de que en el ámbito de lo jurídico, el carácter vinculante de un deber jurídico no puede ser afectado por la colisión con un deber estrictamente moral²³; y viceversa: en el ámbito de la Moral sólo es imaginable un conflicto entre deberes morales y jurídicos en cuanto que estos últimos representen indirectamente deberes morales, lo que aquí habrá que aceptar generalmente —según GALLAS— en virtud del principio de obediencia²⁴.

No obstante, aunque el deber jurídico no pueda colidir, estrictamente hablando, con el moral, sí puede ocurrir que el cumplimiento del deber moral proteja en concreto un bien jurídico, cuyo valor posiblemente supere al del bien protegido por el deber de naturaleza jurídica. En este caso, a juicio de GALLAS, lo que existe en realidad es una *colisión de bienes* y no de deberes, por lo que el conflicto se podrá resolver con la máxima de la ponderación de bienes²⁵.

Además, continúa este autor, la cuestión de la contravención de un deber jurídico por causa de un deber moral podrá ser considerada en el ám-

²² Cfr. *ibidem*, p. 63; de la misma manera: JANSEN, *Pflichtenkollision*, 1930, p. 11; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 109; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 451.

²³ Cfr. GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 63; de la misma manera: MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 452.

²⁴ Cfr. GALLAS, *Beiträge*, 1968, pp. 63-64 n. 16.

²⁵ Cfr. *ibidem*, p. 64.

bito de la culpabilidad, dentro del llamado *Gewissensnotstand* o estado de necesidad por motivos de conciencia; pero no en la esfera de la antijuricidad, puesto que, como ya se ha visto, no cabe en la órbita de lo jurídico una colisión con un deber exclusivamente moral ²⁶.

Otra distinción utilizando también los términos colisión «propia» y colisión «impropia», ha sido desarrollada por Hellmuth MAYER, aunque con un sentido diverso. En opinión de MAYER existe colisión de deberes impropia cuando un deber, según su contenido, está limitado por otro:

por ejemplo, el conductor de un tren no frena, en contra de un precepto vigente, para impedir, en un caso especial, la destrucción del tren;

aquí el precepto que imponía frenar estaba limitado de antemano por el deber de diligencia; por el contrario, existirá colisión de deberes propia cuando dos deberes se manifiesten vinculantes, pero las circunstancias objetivas hagan imposible cumplir un deber sin lesionar el otro ²⁷. Es evidente que la calificación de Hellmuth MAYER no tiene nada que ver con la de GALLAS, aunque ambos empleen las mismas expresiones para designar las clases de conflictos.

Se da un conflicto de situación —mantiene HARTMANN— cuando la colisión surge no por la contraposición de los valores, sino por la especial situación en que se encuentra un particular; si la tensión se origina de unos valores contrapuestos, existe un conflicto de valores ²⁸.

²⁶ Cfr. *ibidem*, p. 64 s.; en el mismo sentido, KERN, *ZStW*, t. 64, 1952, p. 289, para quien la colisión de simples deberes morales puede tener el efecto de atenuar la culpabilidad.

²⁷ Cfr. MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1953, p. 180.

²⁸ Cfr. HARTMANN, *Ethik*, 3.ª ed., 1949, pp. 295-297 y 462-464; sobre ello cfr. OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978,

Por último, es preciso aludir a otro intento de clasificar los distintos grupos de colisión de deberes, en este caso el efectuado por OTTO. Según este penalista sólo hay dos grupos: el conflicto de interpretación de deberes y la auténtica colisión de deberes²⁹. Al primer apartado pertenece la contraposición aparente de deberes, que se basa en la indeterminación y en la pluralidad de significados de la situación de deberes y en el convencimiento de su carácter vinculante. Recibe esta denominación porque estos conflictos encuentran su solución en la interpretación y diferenciación de las decisiones valorativas efectuadas por la sociedad; el caso Holmes debe incluirse en este grupo³⁰.

Este caso fue decidido en 1842 ante la Circuit Court for the eastern district of Pennsylvania, Estados Unidos. Los hechos fueron los siguientes: En la noche del 19 de abril de 1841 el navío William Brown chocó contra un iceberg; a pesar del naufragio, varios marineros y pasajeros alcanzaron un bote salvavidas. Al cabo de un rato se dieron cuenta de que el bote se hundiría a no ser que fuera liberado de parte del peso que soportaba. El capitán Holmes dio la orden a los marineros de que arrojaran a dieciséis pasajeros a la mar, y así se hizo efectivamente. Al día siguiente, los que todavía se encontraban en el bote fueron recogidos y puestos a salvo por otro barco. Los restantes que habían sido obligados a abandonar la barca perecieron, por supuesto, en las heladas aguas.

p. 45. En otro sentido distinto al reflejado en el texto, MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 453 s.

²⁹ En contra de esta distinción KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 37, porque a su juicio bajo estas denominaciones se esconde la diferenciación propia/impropia; para este autor *op cit.*, pp. 37 s. y 120, todos los conflictos de deberes son "colisiones aparentes", en el sentido de que el conflicto muestra simplemente la fase de inseguridad de un proceso de decisión. Al final de este proceso se concreta el auténtico deber, con lo que queda resuelto el conflicto.

³⁰ Cfr. OTTO, *Pflichtenollision*, 3.^a ed., 1978, p. 50.

Los procesados fueron condenados por incumplimiento de un deber de Derecho marítimo, pero no por la muerte de los pasajeros; la Sentencia fue objeto de una encendida polémica, tanto en Gran Bretaña como en los Estados Unidos³¹.

Los conflictos de interpretación abarcan también aquellos casos en que un derecho personal se enfrenta a un deber, porque estas colisiones son «estructuralmente iguales» a los conflictos de deberes³².

La auténtica colisión de deberes surge porque el particular puede tener dentro de la sociedad diferentes papeles que implican deberes contrapuestos; éste es para OTTO el verdadero y único caso de conflicto de deberes que el ordenamiento jurídico tiene que reconocer como tal; dicho conflicto no puede ser irresoluble porque, en caso contrario, se cuestionaría el dogma de la unidad del

³¹ Cfr. sobre este caso: SIMONSON, *ZStW*, t. 5, 1885, p. 384; OETKER, *VDA AT*, t. 2, 1908, p. 376; el mismo, en *Festgabe für Frank*, t. 1, 1930, p. 373; RADBRUCH, *Geist des englischen Rechts*, 2.^a ed., 1947, pp. 74 ss. 93 ss.; OEHLER, *JR*, 1951, p. 491; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 471; OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.^a ed., 1978, p. 1; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.^a ed., 1978, p. 293 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 498); PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 170; KÜPER, *JuS*, 1981, p. 793, n. 70; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.^a ed., 1981, p. 178.

Respecto a la doctrina española, donde es también conocido como caso *William Brown*, cfr: DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., p. 30; JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Trabajos*, 1922, p. 272; de CÓRDOVA, *RGLJ*, t. 160, 1932, p. 300; SAINZ CANTERO, *La exigibilidad*, 1965, p. 125, n. 45; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratados*, t. 4, 3.^a ed., 1976, p. 381; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. I, vol. 1, 18.^a ed., 1980, p. 408 n. 3; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal PG*, 8.^a ed., 1981, p. 553 n. 13.

³² Cfr. OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.^a ed., 1978, p. 50. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 15, considera este concepto de colisión de deberes "amplio" e "indeterminado", ya que abarca simples colisiones de bienes.

ordenamiento jurídico³³. Lo esencial de este grupo consiste en que aquí «coliden» deberes únicamente de forma aparente, porque a una sola persona se le dirigen cumulativamente unas pretensiones que serían vinculantes consideradas aisladamente frente a diferentes destinatarios³⁴. A este grupo pertenece el siguiente caso:

Pascando a lo largo de la vía, un guardabarrera observa que encima de los railes se encuentra una pesada piedra. El tren está a punto de pasar por el lugar, pero aun así el guardabarrera podría retirar la piedra a tiempo. Inesperadamente oye entonces los gritos de auxilio de su hijo que se está ahogando en un estanque cercano³⁵.

La alternativa que se le presenta al sujeto consiste en dejar libre la vía o salvar a su hijo. Las dos posibilidades obedecen a los papeles que el individuo ejerce en el momento concreto, como padre y como empleado de ferrocarriles, y que se superponen en unas determinadas circunstancias.

2.2. DELIMITACION DE LA SITUACION DE COLISION DE DEBERES

Una observación atenta de estas contraposiciones de conceptos nos demuestra que se entrecruzan y que coinciden en parte unos con otros. Así por ejemplo, la colisión de deberes lógica de von WEBER se asemeja a la colisión soluble de GALLAS y de HAFT, aunque presenten diferencias de matices.

³³ Cfr. OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, p. 52.

³⁴ Cfr. *ibidem*, p. 53.

³⁵ *Ibidem*, p. 3. Cfr. además sobre este caso: KÜHN, *Pflichtenkollision*, 1908, p. 24; JANSEN, *Pflichtenkollision*, 1930, p. 17 n. 28; MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1971, p. 396; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.ª ed., 1977, p. 473.

A todos estos intentos de clasificación se les puede objetar que no alcanzan a determinar con precisión la figura de la colisión de deberes, que es lo que realmente nos interesa. Por lo mismo, tampoco sirven de mucha ayuda a la hora de situarla en la teoría del delito.

Me parece que es más importante señalar con claridad los límites del concepto, que diferenciar las distintas clases de grupos de conflictos de deberes. Y esto no sólo por obvias razones expositivas, sino porque además tendrá relevancia en otros campos de la dogmática penal, como el error, la exención incompleta o el exceso. Sólo sabiendo los presupuestos que deben concurrir para que surja una colisión de deberes, se podrá decir que el sujeto agente no los ha cumplido todos, que ha errado en cuanto a su existencia o que se ha excedido en el ejercicio de uno de los deberes contrapuestos.

Las clasificaciones efectuadas hasta la actualidad no hacen sino confundir al que estudia esta temática, sin aclararla en absoluto. No obstante, las consideraciones de los autores que acabamos de ver servirán para tomar postura respecto a los presupuestos objetivos de la colisión de deberes. Se trata de responder a la pregunta de cuándo nos encontramos ante un conflicto de deberes. La diferenciación de grupos de tales conflictos, aun siendo baldía en sí misma, pone de relieve algunos puntos discutibles, por lo que su exposición no habrá resultado completamente infructuosa.

2.2.1. *Los deberes como términos del conflicto y su naturaleza*

En primer lugar hay que constatar que el problema de la colisión de deberes sólo puede surgir

cuando se trata de, por lo menos, dos deberes diferentes dirigidos a un mismo destinatario³⁶; lo específico de esta institución es que se presentan dos o más deberes cuyo punto de conexión es que el destinatario es el mismo sujeto³⁷. En el caso de que un derecho colida con un deber, no se puede hablar de colisión de deberes, a no ser que el derecho sea transformado gratuitamente en un deber jurídico; esta es la postura, que hay que descartar³⁸, adoptada por SCHMIDHÄUSER, que llega a hablar del deber general de toda persona de mantener su propia vida y su propia integridad física³⁹, opinión que ya a mediados del siglo XVIII fue sostenida por Christian WOLFF⁴⁰.

Por lo tanto, no es sostenible la concepción de OTTO, según la cual se incluyen en la colisión de deberes los conflictos de derechos y deberes porque son «estructuralmente iguales»⁴¹. Estas situaciones no pueden presentar una estructura seme-

³⁶ Así también ESER, *Strafrecht I*, 3.ª ed., 1980, p. 130.

³⁷ Cfr. JANSEN, *Pflichtenkollision*, 1930, p. 11; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 451; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 16 s.

³⁸ Cfr. PACHECO, *Estudios*, 3.ª ed., 1868, p. 69: "La violación de los deberes respecto a sí propios, no es considerada ya en ninguna parte como un crimen que deba ser objeto de ley penal."

³⁹ Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1975, pp. 461 y 690; el mismo, *Studienbuch*, 1982, p. 253. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 91 y n. 216 cree, por el contrario, que el deber de autoconservación es moral, no jurídico, y que por lo tanto de él no puede surgir ningún conflicto de deberes jurídicos.

⁴⁰ WOLFF, Christian, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden*, 1754.

⁴¹ Hay que tener en cuenta, no obstante, que OTTO estudia las colisiones en que se enfrentan "vida" contra "vida" y no todo tipo de conflictos de deberes (*Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, p. 1 ss.).

jante⁴², porque las figuras jurídicas de derecho y deber están claramente diferenciadas, por lo menos conceptualmente⁴³; desde un punto de vista abstracto no son equiparables derecho y deber⁴⁴.

En relación con este punto ya se ha visto planteada la cuestión de si también los deberes morales o religiosos pueden originar una colisión de deberes. Algunos autores admiten esta posibilidad⁴⁵; otros se manifiestan a favor de que la colisión de deberes jurídicos con deberes morales sea tratada en el marco de la culpabilidad⁴⁶; y

⁴² Para MEZGER-BLEI, *Strafrecht AT*, 15.^a ed., 1973, p. 148, sólo produce confusión y no contribuye a una concepción correcta de los problemas jurídicos creados por una colisión de deberes, cuando a veces se habla de tal colisión en casos en que el sujeto agente lesiona un deber jurídico para servir a otros intereses de la comunidad o a otros valores o bienes; igual BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.^a ed., 1977, p. 297 s.

⁴³ Por tanto, no obsta a ello el hecho de que, sobre todo en el sector del Derecho político, exista la figura del derecho-deber; cfr., v. gr., los aa. 30.1 y 35.1 de la Constitución española.

⁴⁴ Sin embargo, incluyen la colisión derecho-deber en el conflicto de deberes: DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., p. 44; JANSEN, *Pflichtenkollision*, 1930, pp. 4 y 7 ss.; von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, 1930, p. 237; el mismo, *Lehrbuch*, 1932, p. 120; MAURACH, *Grundriss AT*, 1948, p. 83; MEZGER-BLEI, *Strafrecht AT*, 15.^a ed., 1973, p. 151 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.^a ed., 1976, p. 429; BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.^a ed., 1977, p. 300.

⁴⁵ En este sentido: von WEBER, *Grundriss*, 1946, p. 93; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1953, p. 180, quien considera equiparables los deberes jurídicos a los deberes morales; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., 1975, página 478.

⁴⁶ En este sentido: KERN, *ZStW*, t. 64, 1952, p. 289; MEZGER, en *LK*, t. 1, 7.^a ed., 1954, n. 10 h aa previa al § 51; el mismo, en *LK*, t. 1, 8.^a ed., 1957, n. 10 h aa previa al § 51; GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 66; RUDOLPHI, en *SK*, t. 1, 2.^a ed., 1977, núm. marg. 7 previo al § 19; PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 178 ss.; LENCKNER, en "Schönke-Schröder", 20.^a ed., 1980, núm. marg. 72 previo al § 32; STRATENWERTH, *Strafrecht AT I*, 3.^a ed., 1981,

por último hay quien niega en general que en la situación de colisión de deberes se puedan incluir los deberes morales ⁴⁷.

Creo que la solución acertada es la que defiende GALLAS: sólo mediante la concesión de eficacia jurídica a un deber moral por parte del ordena-

p. 182 s.; ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, pp. 89-91 (en relación a su categoría de la responsabilidad).

⁴⁷ De esta manera: NAGLER-JAGUSCH, en *LK*, t. 1, 7.^a ed., 1954, § 54 n. V b; MEZGER-BLEI, *Strafrecht AT*, 15.^a ed., 1973, p. 148; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.^a ed., 1974, números marginales 86 y 88 previos al § 51 (los deberes tienen que ser de naturaleza jurídica); BAUMANN, *Strafrecht AT*, 8.^a ed., 1977, p. 363; BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.^a ed., 1977, p. 297 s.; OTTO *Pflichtenkollision*, 3.^a ed., 1978, p. 39; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.^a ed., 1978, p. 293 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 497).

Respecto a España, y en el marco del estado de necesidad, la doctrina exige, por lo general, que los deberes ostenten naturaleza jurídica: PUIG PEÑA, *Derecho penal*, t. 1, 6.^a ed., 1969, p. 408; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. 1, vol. 1, 18.^a ed., 1980, pp. 413-414, que exige que los deberes sean jurídicos, no morales; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal PG*, 8.^a ed., 1981, p. 555: "Los deberes incumplidos han de ser *jurídicamente exigibles*" (subrayado en el original). La doctrina española exige también la naturaleza jurídica de los deberes en el marco de la eximente del a. 8, 11 CP: ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, t. 1, 1949, p. 252; QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio*, t. 1, 1958, p. 253; el mismo, *Curso*, t. 1, 1963, p. 388; el mismo, *Comentarios*, 2.^a ed., 1966, p. 139; PUIG PEÑA, *Derecho penal PG*, t. 1, 6.^a ed., 1969, p. 365; DEL ROSAL-RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio*, 1974, p. 172; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.^a ed., 1976, p. 536; DEL ROSAL, *Tratado PG*, t. 1, 2.^a ed., 1976, p. 846; RODRÍGUEZ-RAMOS, *Apuntes PG*, t. 2, 1978-1979, p. 343; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. 1, vol. 1, 18.^a ed., 1980, p. 393 (con indicaciones jurisprudenciales); SAINZ CANTERO, *Lecciones*, t. 2, 1982, p. 337: "Fuera del ordenamiento jurídico no puede nacer una causa de justificación; el cumplimiento de deberes puramente morales no es, por ello, susceptible de dar lugar a la justificación que contempla el núm. 11 del art. 8" (cfr. también *op. cit.*, p. 348).

En la antigua doctrina hispana algún autor se manifestó a favor de que el cumplimiento de un deber moral pueda eximir de responsabilidad penal: así CASTRO Y OROZCO-ORTIZ DE ZÚÑIGA, t. 1, 1848, p. 61.

miento jurídico puede abrirse una puerta a los deberes morales dentro del conflicto de deberes. Pero en definitiva, se tratará entonces de un deber jurídico, por lo que cabe establecer la regla de que al Derecho como sistema de normas sólo le interesa, en el ámbito del injusto, la contraposición de deberes jurídicos⁴⁸.

2.2.2. Colisión de deberes y antinomias jurídicas

En segundo lugar, no se plantea ningún problema cuando existe una norma de colisión que resuelve el conflicto al mostrar qué deber tiene que retroceder. En este sentido resultan muy significativas las manifestaciones de MEZGER-BLEI:

«Una colisión de deberes presupone conceptualmente además que en el caso concreto los deberes tengan pretensión de validez. No pertenece al círculo de problemas de la colisión de deberes justificantes los casos en que un deber elimina a otro, de manera que el sometido al Derecho sólo tiene un deber. [...] La determinación de la preferencia de un deber especial sobre otro más general es una cuestión de interpretación, que no tiene nada que ver con el problema específico de la colisión de deberes»⁴⁹.

⁴⁸ En el mismo sentido que GALLAS, MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 451 s.

⁴⁹ MEZGER-BLEI, *Strafrecht AT*, 15.ª ed., 1973, p. 149. Sin embargo, ninguno de los dos ejemplos aducidos por estos autores son casos que se puedan solventar acudiendo a las reglas de interpretación: en el primer caso un bañero no puede salvar simultáneamente a varios que se están ahogando; en el segundo caso, A no devuelve a B la escopeta de caza que aquél le había prestado, porque A le dice que la necesita para matar a C (ejemplo ya visto de von WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 42; sobre este segundo caso, v. *supra* p. 59 n. 6. Igual que MEZGER-BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.ª ed., 1977, p. 298; en el mismo sentido respecto al segundo caso (“aquí falta ya un conflicto de deberes”), HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974,

Conforme a este criterio, es preciso apreciar previamente si el conflicto está ya positivamente resuelto por la ley o se puede resolver mediante las reglas de interpretación.

En referencia al secreto profesional se ha dicho por la doctrina española⁵⁰ que supone un caso particular de conflicto de deberes; según esto, aquí se enfrentarían el deber de callar (deber de omitir) con el deber de hablar (deber de actuar)⁵¹. Así, por ejemplo, el artículo 360 del Código penal español impone a los abogados y procuradores el deber de secreto respecto a las noticias de que tuvieren conocimiento en el ejercicio de su profesión⁵². Y sin embargo el párrafo 1.º del artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la obligación de denunciar los delitos públicos a los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieran noticia de aquellos⁵³.

n.º marg. 89 previo al § 51. Cfr. además: MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 453 s.; PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 159; WESSELS, *Strafrecht AT*, 10.ª ed., 1980, p. 164: "Sólo puede tratarse de una auténtica colisión de deberes cuando los deberes jurídicos que coliden tienen ambos pretensión de vigencia. Si uno de ellos está pospuesto por razones de 'subsidiaridad', porque está suprimido por el otro, se trata de una simple 'colisión aparente', puesto que en realidad sólo existe un deber".

Incorrectamente, BAUMANN, *Strafrecht AT*, 8.ª ed., 1977, p. 365: "También en la colisión de deberes la justificación de la conducta del autor se origina por el hecho de que la norma jurídico-penal queda circunscrita o suspendida por otras normas (de Derecho penal o de otro tipo)".

⁵⁰ En este sentido, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, pp. 436-437; siguiéndole DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., pp. 46-49.

⁵¹ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, p. 437; igual DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., p. 46.

⁵² Otros deberes de guardar secreto se establecen en los aa. 122, 6.º; 367; 368; y 497 a 499, todos del CP.

⁵³ Se imponen otros deberes de denuncia en los aa. 359; 481 bis, pfo. 3; 476, 1.º, del CP, y 259; 263 y 264 de la LECr.

Parece que hay una evidente contradicción entre un precepto y otro; ahora bien, *parece* que existe tal contradicción, pero no se da en la realidad. Pues el artículo 263 de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal hace la salvedad de que

«la obligación impuesta en el párrafo primero del artículo anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes».

En consecuencia, la situación está resuelta positivamente, de manera que el deber de denunciar retrocede por disposición legal ante el deber de secreto.

Aquí, más que una relación de subsidiaridad entre los dos deberes, lo que se da es una limitación de uno por el otro. En este sentido ha resaltado von WEBER⁵⁴ que cabe la posibilidad de que el ordenamiento jurídico considere la situación de conflicto como limitación del deber, de forma que el deber desaparezca en tal situación⁵⁵. Ni siquiera surge en tal caso un conflicto de tipo aparente⁵⁶, sino que uno de los dos deberes no se impone *ab initio*, por lo que no serán precisas las reglas de interpretación. En este supuesto no estamos ante un conflicto de deberes sino ante *un único* deber.

⁵⁴ Cfr. von WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, pp. 235 s. y 242.

⁵⁵ En el mismo sentido, LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.ª ed., 1980, n.º marg. 72 previo al § 32. En contra, sin razón, STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.ª ed., 1981, p. 145, para quien en las situaciones en que un deber está limitado por otro, deben regir los mismos principios establecidos para determinar la preponderancia de un deber sobre el otro; como crítica a esta postura, cfr. lo que sigue en el texto.

⁵⁶ MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1953, p. 180, habla aquí de colisión de deberes impropia.

También se ha sostenido por algunos autores españoles que la *exceptio veritatis* del artículo 461 del Código penal⁵⁷, relativa a la injuria contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, entra dentro de la figura de la colisión de deberes⁵⁸. Según este sector doctrinal, en el contenido material de la *exceptio* se encuentran enfrentados el deber de respetar el honor o reputación de una persona y el deber de contribuir a la pureza de la Administración pública y a la defensa de los intereses colectivos. Pero tampoco éste constituye un caso de colisión de deberes, porque es muy dudoso que se pueda configurar en este aspecto un deber *jurídico* de contribuir a la pureza de la Administración e intereses públicos. Más bien se trata del ejercicio de un derecho que debe ejercitarse atendiendo a los límites del derecho a la libertad de expresión del artículo 20 de la Constitución española⁵⁹. Conforme a esto, la *exceptio veritatis* justifica las injurias vertidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo no en base al estado de necesidad⁶⁰, sino en virtud del ejercicio de un derecho reco-

⁵⁷ Cfr. también el a. 810 de la LECr.

⁵⁸ En este sentido cfr.: DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., p. 45; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, pp. 430-433.

⁵⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *CPC*, n.º 17, 1982, p. 261; el mismo, *Derecho penal PE*, 4.ª ed., 1982, pp. 99 s. y 102.

⁶⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, t. 1, vol. 2, 2.ª ed., 1972, p. 1306, resaltó que el conflicto de intereses no determina la naturaleza de la *exceptio veritatis*, sino que constituye la *ratio legis* del precepto. Efectivamente: en mi opinión, el conflicto previo a la existencia de la ley ha sido resuelto por el legislador atendiendo a razones de política criminal en un determinado sentido, pero ello no implica que la *exceptio veritatis* constituya un supuesto de estado de necesidad; cfr. además lo que sigue en el texto y en especial el párrafo siguiente.

nocido en el propio artículo 461 del Código penal y cuyo contenido viene delimitado por el artículo 20 de la Constitución.

En el infanticidio del artículo 410 del vigente Código penal español⁶¹ es frecuente que los tratadistas aludan al hecho, con orígenes históricos, de que en este delito se presenta un conflicto entre la honra de la madre y la vida del recién nacido⁶². Incluso en la doctrina española de principios de siglo era corriente hacer referencia a las «formas incompletas de estado de necesidad» al hablar no sólo del infanticidio *honoris causa*, sino también del aborto o del abandono de niños con el objeto de ocultar la deshonra⁶³. Ahora bien, hay que distinguir los conflictos sobre los valores de los bienes jurídicos que el legislador tiene en cuenta en el momento de tomar decisiones para fijar tipos legales, de los conflictos que surgen de las

⁶¹ Otra cosa sucede en el a. 159 del P 1980, cuya estructura es distinta, ya que no incluye el elemento subjetivo del injusto de ocultar la deshonra, sino que hace referencia a la muerte del recién nacido "bajo la influencia del estado puerperal o de tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento".

⁶² En este sentido: QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, t. 1, vol. 1, 2.ª ed., 1972, pp. 486 y 488, resaltando que la Ilustración consideraba en estos casos un conflicto entre "el horror a la infamia y el instinto de maternidad" (p. 486); en op. cit., p. 488, QUINTANO no reputa pertinentes, en la actualidad, las características de angustia e inevitabilidad que casi situaban el infanticidio entre las causas de justificación parejas al estado de necesidad; MIR PUIG, *ADPCP*, t. 26, 1973, pp. 334-335; RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes PE*, t. 1, 1979-1980, p. 48: "La *ratio essendi* de este delito radica en un conflicto entre dos bienes jurídicos: el honor de la madre y la vida del recién nacido [...]"; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal PE*, 4.ª ed., 1982, p. 42, quien destaca también la idea del conflicto planteado a la mujer de tener que elegir entre su reputación social y su deber de madre.

⁶³ Cfr. CASTEJÓN, *Comentarios*, t. 2, 1926, p. 551; el mismo *Derecho penal*, t. 1, 1931, p. 130.

normas ya plasmadas en los textos positivos vigentes. En el primer caso se trata de un conflicto de política legislativa, previo a la existencia de unas normas concretas, mientras que en el segundo caso, el conflicto se origina entre unas normas ya dadas, constituyendo, si estamos ante una contraposición de deberes, un conflicto de deberes. Por consiguiente no es correcto considerar que en estos delitos ⁶⁴ se presenta «una forma incompleta de estado de necesidad», puesto que su comisión origina responsabilidad penal, si bien atenuada por razón del móvil ⁶⁵.

En relación con este segundo límite conceptual de la colisión de deberes se ha planteado la cuestión de si todo conflicto de deberes presupone o no una colisión de normas. Sobre este punto se han presentado dos posturas: la de GALLAS por una parte y la de MANGAKIS y OTTO por otra. El primero de estos tres autores distingue entre colisión de deberes y colisión de normas: existe colisión de normas cuando estas se encuentran contrapuestas ya *en abstracto*; sin embargo, en

⁶⁴ Ello no obsta a que el legislador haya previsto un estado de necesidad para un concreto delito, como ocurre respecto al allanamiento de morada. V. *infra* Apéndice 1.2, a. 405; 1.3, a. 505; 1.4, a. 668, pfo. 4; 1.5, a. 483; 1.6, a. 491; 1.7, a. 187. En estos casos nos hallamos ante un estado de necesidad *especial* previsto en la PE del CP, frente al estado de necesidad genérico de la PG del CP (a. 8, 7). Cfr. respecto a esta posibilidad: QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, t. 1, vol. 2, 2.ª ed., 1972, p. 991; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, p. 505; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 262 (= *Tratado*, t. 1, 1981, pp. 445-446); MUÑOZ CONDE, *Derecho penal PE*, 4.ª ed., 1982, p. 138. Sobre el problema en general, cfr.: WARD, en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 143-171; SEELMANN, *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, 1978; PETERS, Karl-Hugo, *GA*, 1981, pp. 445-471; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Homenaje a Antón Oneca*, 1982, p. 511 s.

⁶⁵ Así, con razón, SÁNCHEZ TEJERINA, *Estado de necesidad*, 1922, p. 43.

la colisión de deberes no se contraponen las normas en que estos se basan, sino que los deberes concretizados y referidos a una situación vital individual son antagónicos. Las circunstancias vitales, opina GALLAS, no pueden estar comprendidas en los tipos formulados genéricamente y hacen posible que en una misma persona coincidan círculos de deberes que se entrecruzan entre sí, aunque en abstracto no se toquen ⁶⁶.

MANGAKIS parte, por el contrario, de la unidad del sistema de normas jurídicas: la esencia racional del ordenamiento jurídico implica que esté libre de contradicciones internas; todo conflicto de deberes presupone la imposibilidad de su cumplimiento simultáneo; esta imposibilidad afecta inmediatamente al propio ordenamiento jurídico, pues los deberes jurídicos están constituidos o reconocidos por normas jurídicas, de forma que tras todo conflicto de deberes se esconde en realidad una colisión de normas; tal colisión normativa es insostenible para un Derecho que se configura como una ordenación racional de la vida ⁶⁷.

En esta misma línea OTTO critica incluso la propia expresión «colisión de deberes», al considerarla contraria al dogma de la unidad del ordenamiento jurídico ⁶⁸. Las normas jurídicas tienen que mostrar coherencia entre sí mismas:

«Si se contradicen, no imponen orden, sino desorden. El individuo no es capaz de ajustarse a ellas, no le es posible ya comportarse conforme a deber. Por tanto no se encuentra fundamentado un deber en unas pretensiones contrapuestas» ⁶⁹.

⁶⁶ Cfr. GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 61 s.

⁶⁷ Cfr. MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 460.

⁶⁸ Cfr. OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, p. 19.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 19.

Y añade:

«Si se quisiera hablar aquí realmente de una contraposición de deberes, y esto es lo que hace la doctrina dominante, el dogma de la unidad del ordenamiento jurídico quedaría suprimido»⁷⁰.

Una vez expuestas las dos tendencias, se puede pasar a considerarlas críticamente. En cuanto a la primera postura, mantenida por GALLAS, parece que no le falta razón, pues desde una perspectiva *abstracta* las normas no se contradicen.

Si tomamos como base de discusión el caso Holmes ya citado, resulta que la norma que impone el deber de salvar la vida a unas personas, es perfectamente compatible con la norma que prohíbe matar. Sin embargo, aunque las dos normas coexistan en el plano de lo abstracto, los deberes derivados de ellas se contraponen en el plano de lo concreto, sin posible reconciliación: pues el deber de salvar también a dieciséis pasajeros es incompatible con el deber que impone no matar a todos los que se encontraban en el bote salvavidas.

¿Cómo es posible que ocurra esta contradicción en los deberes y no en las normas que los sustentan? La norma jurídica tiene carácter abstracto, por lo que los deberes que se derivan de ella no están concretados en cuanto a su contenido. Esto se observa cuando las normas imponen un deber de acción o un deber de diligencia; aquí el contenido en que se concretan estos deberes está indeterminado: a las preguntas de ¿qué hay que hacer para salvar a un accidentado? o ¿cómo debe comportarse el conductor de un vehículo

⁷⁰ *Ibidem*, p. 19; también a favor de la colisión de normas, pero únicamente en el caso del conflicto de deberes de acción, HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 112.

para comportarse diligentemente?, el ordenamiento jurídico no ofrece una respuesta concreta.

De esto se deriva que es posible una armonía de normas y una contradicción en el caso concreto de los deberes resultantes de esas mismas normas. Puesto que el contenido de un deber no se determina normativamente para cada caso específico, puede tener lugar esa diferencia de resultados: armonía de las normas, colisión de los deberes.

Sin embargo, toda esta argumentación olvida la dimensión de *validez* de las normas. GALLAS se queda anclado en lo abstracto y no tiene en cuenta que toda norma presenta un ámbito temporal, personal, espacial y material de validez⁷¹. Esto significa que la norma rige para unos sujetos, en un período de tiempo y en un espacio territorial, imponiendo una determinada conducta. Mientras que en un plano abstracto se puede hablar de colisiones de normas, desde una perspectiva de validez nos encontramos frente a las antinomias. Antinomia es lo contrario a coherencia, y consiste en la existencia de dos normas de un mismo ordenamiento jurídico que se contradicen en un caso concreto.

Las antinomias pueden afectar a todos o a parte de los cuatro ámbitos de validez de las normas; cuando la antinomia afecta a todos los ámbitos, es total; si la contradicción sólo surge en alguna de las perspectivas mencionadas estamos ante una antinomia parcial. ¿Qué tipo de antinomia se configura en la colisión de deberes? Se trata de nor-

⁷¹ Cfr. BAUMANN, *Einführung*, 5.ª ed., 1977, p. 83 ss; KELSEN, *La teoría pura del Derecho*, 2.ª ed., 1979, p. 32 ss. Sobre el concepto de validez jurídica cfr., entre otros, ELÍAS DÍAZ, *Sociología y filosofía del Derecho*, 2.ª reimpresión, 1976, p. 58 ss.; ALVAREZ, *RFDUC*, t. 56, 1979, pp. 61-77.

mas que imponen dos o más deberes con distinto contenido, que coinciden en un mismo sujeto y en unas mismas coordenadas de tiempo y lugar: la antinomia es, por tanto, total.

Desde otro punto de vista, las antinomias pueden surgir en distintos textos legales o en un mismo cuerpo legal. Para resolver las antinomias de distintos textos legales existen los conocidos criterios cronológico, jerárquico y de especialidad⁷². Por el contrario, no existe una solución preestablecida para las antinomias de un mismo texto legal; una antinomia de este tipo es precisamente la que se presenta en la figura de la colisión de deberes.

La tesis de GALLAS no se adecua además a la esencia imperativa de las normas penales: esta esencia implica que las normas constituyen reglas de conducta que los destinatarios deben acatar⁷³. Al separar el enunciado hipotético y abstracto de la norma de deber resultante de ella, se debilitaría tal esencia imperativa de la norma de Derecho penal.

La posición contraria, la sostenida por OTTO y MANGAKIS tiene razón en una cosa: tras todo conflicto de deberes se esconde en realidad una contraposición de normas. Sin embargo, los términos elegidos por estos autores para designar esta última contraposición —«colisión de normas»⁷⁴— no resultan en mi opinión demasiado satisfactorios. En efecto, es preferible la expresión «antinomia» para resaltar así que el conflicto no se produce en un plano ideal o abstracto, sino en el ámbito de validez de las normas.

Por otro lado, la admisión en la colisión de deberes de una antinomia no resuelta por el orde-

⁷² Cfr. BAUMANN, *Einführung*, 5.ª ed., 1977, p. 80.

⁷³ Cfr. MIR PUIG, *Introducción*, 1976, p. 54.

⁷⁴ Cfr. MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 460.

namiento jurídico no significa que se produzca una negación del principio de unidad del sistema normativo. El principio de la unidad, o mejor: de la coherencia del ordenamiento jurídico, es una pretensión, no una realidad efectivamente vigente ⁷⁵. De un poder legislativo sometido a contradicciones políticas internas no se puede esperar un conjunto de normas absolutamente carente de contradicciones. Como «pretensión», el principio de coherencia nos marca un objetivo de búsqueda de criterios para resolver la antinomia que representa toda colisión de deberes. Que no esté resuelta por el ordenamiento, no significa que no se pueda resolver. Y ésta es la tarea del intérprete y del encargado de aplicar la norma. La pretensión de coherencia mantiene su vigencia precisamente en esto: en que no se puede admitir la existencia de antinomias irresolubles en el seno del ordenamiento jurídico ⁷⁶.

Una vez vistos los problemas que plantea este segundo criterio de delimitación, es posible dar otro paso hacia una mayor concreción de la figura del conflicto de deberes.

⁷⁵ Aunque están referidas a otro contexto, es posible traer aquí a colación las siguientes palabras de DEL ROSAL, en *Homenaje a Pérez Serrano*, t. 2, 1959, pp. 483-484: "De otra parte, las *antinomias* acuñan la esencia del Derecho penal y ponen de manifiesto su carácter. Sería poco menos que imposible imaginar un ordenamiento jurídico-penal sin ellas, por la simple razón que cesaría de ser real" (subrayado en el original).

⁷⁶ Cfr. DEL ROSAL, en *Homenaje a Pérez Serrano*, t. 2, 1959, p. 484: "La actividad interpretativa del penalista, tarea dogmática y contemporáneamente realista, deberá discurrir precisamente entre los límites ofrecidos por las *antinomias* delineadas, las cuales encierran en sus someras líneas la exégesis a veces aguda a veces simple; esto ya en la fase de la construcción dogmática, ya en la fase de aplicación [...]" (subrayado en el original).

2.2.3. Contenido de los deberes

Para lograr tal concreción es posible tener en cuenta la conducta impuesta por los deberes. Partiendo de que los deberes pueden imponer tanto un hacer como un omitir, son imaginables tres combinaciones de colisión de deberes: colisión de deberes de acción, colisión de un deber de acción con otro de omisión y, por último, colisión de deberes de omisión.

Pues bien, de estas hipotéticas combinaciones, la tercera —el «conflicto» de deberes de omisión— no puede constituir una colisión de deberes, pues como hace notar SCHMIDHÄUSER, cualquiera puede omitir simultáneamente diferentes conductas, por ejemplo, no matar, no robar, no violar, etc. ⁷⁷. En cualquier caso tiene que existir, como mínimo, un deber de acción ⁷⁸.

En consecuencia, la problemática de los casos de conflictos de deberes queda reducida a dos supuestos: colisión de dos o más deberes de acción y colisión de un deber de acción con otro de omisión.

* * *

⁷⁷ Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1975, p. 476; el mismo, *Studienbuch*, 1982, p. 248. En el mismo sentido: PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, pp. 158-159; TRIFFTERER, *Optisches Strafrecht AT*, t. 1, 1981, p. 93. Cfr. además VON WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 236: no es imaginable una colisión entre dos normas de prohibición; igual que von WEBER, MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 453.

⁷⁸ En este sentido: JANSEN, *Pflichtenkollision*, 1930, p. 10; KÜPER, *JuS*, 1971, p. 474; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 453; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1975, p. 476; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 293 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 497); KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 15.

Como conclusión de este segundo apartado es posible fijar los siguientes presupuestos básicos para que surja una colisión de deberes: ha de tratarse de, por lo menos, dos deberes, y no de derechos; tienen que gozar de naturaleza jurídica; y es preciso que estén dirigidos a un mismo sujeto, con contenido distinto, pero en unas mismas coordenadas de tiempo y lugar. Por otro lado, si existe una norma de colisión o una regla de interpretación que resuelva el conflicto, no estamos realmente ante una antinomia jurídica —es decir: una contraposición de normas no solucionada *expresamente* por el legislador—, como presupone toda colisión de deberes. Por último, para que los deberes entren en conflicto, al menos uno de ellos ha de imponer un hacer, pues de dos deberes de omisión no resulta ningún conflicto.

Mediante estos presupuestos queda circunscrita la situación objetiva de la colisión de deberes, lo que nos permitirá seguir avanzando en la investigación de su naturaleza jurídicopenal. En las páginas que siguen se analizará si es posible concretar aún más y si cabe llegar a un acuerdo sobre su posición sistemática.

3. La discusión sobre la colisión de deberes en la República Federal Alemana

El día 1 de septiembre de 1939, Hitler dictó una Orden para que los establecimientos psiquiátricos informaran sobre las características de la enfermedad y, ante todo, sobre la capacidad de trabajo de los reclusos en dichos establecimientos. Estas informaciones llegaron al Ministro del Interior en el verano de 1940, confeccionándose con ellas unas listas en las que se incluían aquellos sujetos que debían ser aniquilados. En los establecimientos psiquiátricos se recibió la Orden de preparar el traslado de estos enfermos a otros centros donde debían ser ejecutados «en interés de la defensa del Reich». El Ministro del Interior indicó los casos en que la inclusión en las listas estaba especialmente indicada: extranjeros, incapaces para el trabajo, enfermos marcados psíquicamente por la guerra, mutilados y casos neurológicos especiales.

Una comisión se encargó de examinar estas listas; dos médicos psiquiatras, que formaban parte de dicha comisión, procuraron tachar de las listas los nombres de tantos enfermos como les fuera posible, e incluso liberaron de los establecimientos a algunos de ellos, conscientes de que actuaban en contra de la Orden. Ambos médicos colaboraron en el transporte de los enfermos cuyo nombre quedó definitivamente en las listas, sospechando que su destino era la muerte. A pesar de los graves conflictos de conciencia que esta colaboración les planteaba, se decidieron a participar en la acción de aniquilamiento con el fin de salvar el mayor número posible de enfermos, pues sabían que si se negaban a intervenir, serían sustituidos por otros médicos, fieles al Régimen nazi, que cumplirían la Orden sin más dilaciones¹.

¹ Supuesto de hecho de la S. del OGH Strafsenat de 5-3-1949, t. 19, p. 49 ss.; cfr. para esto y para lo que sigue,

El Tribunal de Jurados consideró que los acusados habían actuado en estado de necesidad supralegal. Recurrida esta Sentencia por el Ministerio Fiscal, el Senado para lo penal de la Alta Corte de Justicia para la Zona Británica (*Oberster Gerichtshof für die Britische Zone*) no estimó, por varias razones, el estado de necesidad supralegal por conflicto de deberes; en primer lugar, rechazó que los médicos procesados se encontraran en una colisión de deberes, puesto que su deber como facultativos de ayudar según sus fuerzas y con sus medios a los enfermos, y su deber general como ciudadanos de evitar hechos punibles, no les exigía participar en la acción denominada eufemísticamente de «eutanasia»².

MDR, 1949, pp. 370-373, donde también aparece la resolución. Para una mayor documentación del proceso, cfr.: MITSCHERLICH-MIELKE, *Medizin ohne Menschlichkeit, Dokumente des Nürnberg Ärzteprozesses*, 1960; HENKYS (editor), *Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen*, Stuttgart-Berlin, 1964; von HASE, *Evangelische Dokumente zur Ermordung der "unheilbar Kranken" unter der nationalsozialistischen Herrschaft 1939-45*, 1964; EHRHARDT, *Euthanasie und Vernichtung "lebensunwerten" Lebens*, 1965, p. 24 ss.; SCHMIDT, G., *Selektion in der Heilanstalt 1939-45*, 1965; EHRHARDT, en *Arzt und Recht*, 1966, p. 111 ss.; HANACK, *Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher*, Tübingen, 1967; SPENDEL, en *Festschrift für Engisch*, 1969, p. 511 s.; NOWAK, "Euthanasie" und Sterilisation in "Dritten Reich", 1977-1978.

En España se han hecho eco de este caso: CÓRDOBA RODA, *Eximentes incompletas*, 1966, p. 194; el mismo, en *Comentarios*, t. 1, 1972, p. 292, n. 53; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, t. 1, vol. 1, 2.ª ed., 1972, pp. 410-411 y 422, quien menciona la Orden de Hitler de 1-9-1939, a la que denomina "Programa eutanásico", y pone de manifiesto sus terribles consecuencias; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, pp. 382-384; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal PG*, 8.ª ed., 1981, p. 557.

² Empleo este término entrecomillado aquí y en lo sucesivo para resaltar lo impropio de su utilización. Puesto que la denominación está ampliamente extendida en la doctrina alemana, que emplea la expresión *Euthanasie-*

En segundo lugar, los bienes jurídicos que se contraponían según la Alta Corte, no eran de valor diferentes, conforme a criterios exclusivamente jurídicos, pues la ley valora de la misma forma la vida humana:

«Cualquier otro criterio sería insoportable y degradante. Incluso la admisibilidad de la pena de muerte en los delitos más graves es discutida con razones de peso. Está excluida cualquier valoración jurídica y ponderación de la vida humana según el valor de ésta para otros, según su salud, utilidad o probabilidad de vida, según lo 'bueno' o lo 'malo'. Incluso la vida del condenado a muerte que aguarda la ejecución no está 'desprovista de valor' y no está expuesta a la anticipación arbitraria de la ejecución: que la simple y oportuna proporción numérica entre los salvados y los sacrificados a la salvación no es capaz de justificar jamás por sí misma la muerte de estos últimos, cae por su propio peso, y además, incluso, por la circunstancia de que el resultado, más o menos casual, que se produce posteriormente

fälle para designar abreviadamente estos casos, y puesto que es útil por razones de economía, continúo esta tendencia en mi exposición. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, t. 1, vol. 1, 2.ª ed., 1972, pp. 395 y 405 ss., hace referencia a la expresión "eutanasia eugénica", que es, en rigor, más correcta. Sin embargo, no hay unanimidad doctrinal sobre la denominación a emplear en estos casos: RODRÍGUEZ RAMOS, *Temas*, 1977, p. 167, distingue entre eutanasia *stricto sensu* ("matar o ayudar a morir por compasión o piedad, para evitar sufrimientos a una víctima que, en el supuesto más claro, está próxima a morir de un modo natural"); homicidio consentido o colaboración en el suicidio; eutanasia eurogénica-económica y ortotanasia. Por su parte, RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios a la legislación penal*, t. 1, 1982, p. 78, diferencia tres clases de eutanasia: "eutanasia liberadora, eliminadora y económica. La primera es la muerte tranquila y sin dolor, practicada con el fin de liberar al sujeto de padecimientos intolerables y sin remedio. A través de la segunda, se pretende mejorar la especie mediante la eliminación de los menos aptos. Por medio de la tercera, se trata de conseguir una mejora económica de la comunidad haciendo desaparecer a quienes por su invalidez e inutilidad representan una carga social".

—no dominado en absoluto por el autor— no puede decidir sobre la conformidad a Derecho del hecho»³.

En tercer lugar, se argumenta en la Sentencia que resolvió el recurso que la teoría del estado de necesidad supralegal se basa en relaciones jurídico-estatales «ordenadas», no siendo aplicable esta causa de justificación cuando, como aquí, es el propio Estado el que planea delitos y el que exige abierta o encubiertamente una conducta antijurídica a determinados ciudadanos⁴.

La Alta Corte de Justicia para la Zona Británica desestimó igualmente el estado de necesidad exculpante del § 54 del Código penal alemán⁵, decidiéndose finalmente por aplicar una causa personal de exclusión de la pena en base a los móviles morales de los acusados⁶, lo que quiere decir que los médicos actuaron tanto antijurídicamente como culpablemente, pero su punibilidad quedaba excluida por razones de equidad. Según

³ *MDR*, 1949, p. 372.

⁴ Criticando con razón este argumento para excluir el estado de necesidad supralegal justificante: WELZEL, *MDR*, 1949, p. 374; SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, cols. 566-567. Las razones de WELZEL para desestimar esta cláusula de la exigencia de relaciones jurídico-estatales "ordenadas" son las siguientes: 1.º) que lo esencial de cualquier estado de necesidad es que no aparece en situaciones vitales "normales", sino precisamente todo lo contrario: en situaciones extraordinarias; 2.º) si hay una institución jurídica relativamente independiente del Derecho positivo, ésta es el estado de necesidad supra-"legal", por lo que no se puede hacer depender su existencia de la situación jurídica estatal.

Dando otro sentido a esta cláusula, MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.ª ed., 1977, p. 400.

⁵ Con razón, ya que he dicho precepto, como ya se vio, no es aplicable al auxilio de necesitados que no sean parientes del sujeto agente; v. *infra* Apéndice 2.1.1., § 54.

⁶ En contra de la fundamentación moral de la causa de exclusión de la pena, SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, col. 565.

la Sentencia comentada, para que esta causa personal de exclusión de la pena produzca los efectos oportunos, tienen que darse los siguientes presupuestos: que el sujeto desapruebe la acción de exterminio y haya participado en ella exclusivamente para evitarla según sus propias fuerzas; que sea capaz de un examen cuidadoso de la situación objetiva; y que esta situación sólo deje abierto el camino de la participación en la acción de exterminio para la salvación de los restantes enfermos.

Este y otros procesos semejantes⁷ conmovieron a la opinión pública alemana, provocando simultáneamente una viva polémica en la doctrina penal. La discusión científica está teñida de alusiones a la moral, identificándose a veces culpabilidad jurídica y culpabilidad moral, sobre todo en la primera etapa de la discusión⁸. Es de señalar que esta «mêlée» de ordenamientos, del jurídico y del moral⁹, es una característica propia de la épo-

⁷ Otros casos similares en: OLG, 23-7-1949; resumida en *NJW*, 1950, p. 151, y comentada por HARTUNG, *ibidem*, habiendo aparecido también resumida en KLEFISCH, *MDR*, 1950, p. 260; SchwG Köln, *NJW*, 1952, p. 358; y BGH, *NJW*, 1953, p. 513.

⁸ Cfr., por ejemplo, las consideraciones de KLEFISCH, *MDR*, 1950, p. 262 s., sobre la culpabilidad moral de los acusados.

⁹ He aquí una muestra cuya paternidad corresponde a PETERS, *JR*, 1950, p. 744: "Es realmente sorprendente cómo dos ramas de la Ciencia que tienen que enjuiciar valorativamente los mismos sucesos, pueden marchar una al lado de otra sin encontrarse. Por mucho que el ordenamiento ético y el ordenamiento jurídico se hallen en diferente plano, la armonía del ser humano exige, no obstante, que estén orientados el uno hacia el otro. Las normas de los diferentes planos que regulan la conducta humana están necesariamente armonizadas. El ordenamiento jurídico no puede prescindir de estar enraizado en el ordenamiento moral, porque sólo así puede proporcionar seguridad y justicia al hombre de una manera que corresponda a su naturaleza. Al ordenamiento ju-

ca que nos ocupa: en los años cincuenta y parte de los sesenta domina en la ciencia penal alemana la creencia de que el Derecho penal debe estar estrechamente vinculado a la ética, hablándose incluso de la «fuerza moralizante o configuradora de las costumbres» que ejercen las normas penales. La razón de esta tendencia moralizante se encuentra en la reacción operada contra el nacionalsocialismo que había imperado hasta el final de la Segunda Guerra Mundial y que había impregnado todos los poros de la sociedad alemana, con inclusión de los profesionales del Derecho penal¹⁰.

Para comprender el sentido de la controversia sobre el tratamiento jurídico de las conductas de los médicos es preciso aludir a otro punto. Es evidente que la postura política personal de cada autor, y su mayor o menor rechazo de lo que significó la época nazi, ha debido tener reflejo en la posición personal adoptada. Incluso WELZEL llega a reconocer que las ideas políticas y religiosas mediatizaron la discusión doctrinal¹¹. No podía ser de otra manera, pues este caso tocaba las fibras más sensibles de cada penalista que se

rídico que no esté cimentado en el ordenamiento ético, le faltará el fundamento sustentador. Pero cuando ocurre esto, no es sólo lícito, sino incluso necesario revisar desde un punto de vista jurídico los preceptos desarrollados en la teoría moral y hacerlos fructíferos, llegado el caso, para lo jurídico". Cfr. además, PETERS, JR, 1950, p. 745. Todavía habla de responsabilidad moral respecto a la colisión de deberes, DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 482.

¹⁰ Cfr. sobre esto SCHMIDT, Eberhard, en *Derecho injusto y Derecho nulo*, 1971, pp. 25-69; ROXIN, *Iniciación*, 1981, p. 124 ss. La idea del Derecho penal como garante de un *minimum* ético pasó también a España; cfr., a modo de ejemplo, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, t. 1, vol. 1, 2.^a ed., 1972, p. 423: "Y el Derecho penal, no se olvide, está llamado a tutelar meramente un *minimum* ético [...]".

¹¹ Cfr. WELZEL, *ZStW*, t. 63, 1951, p. 51.

ponía a escribir sobre él en la posguerra. Llama la atención que a veces se empleen frases muy duras para enjuiciar la actuación de los psiquiatras, frases que pueden hacer despertar la sospecha de que con ello se está encubriendo el propio sentido de culpabilidad sobre la época nazi del que las escribe.

Espero que estas consideraciones sobre el encuadramiento ideológico de la discusión, ayuden a comprender su alcance y expliquen por qué se han ofrecido tantas soluciones sobre un mismo problema y por qué ha despertado tanto interés entre los autores de lengua alemana.

A la hora de estructurar las diferentes posturas me ha parecido conveniente dividir la discusión en dos etapas, situando el período de inflexión en la opinión de Armin KAUFMANN, por dos razones: porque las épocas presentan, cada una por su lado, características homogéneas y porque no se adaptaría a la realidad de los hechos una visión atemporal que consistiera en colocar al lado de un autor de 1950 otro de 1980. El enfoque de los problemas ha variado y por lo tanto se impone hacer diferenciaciones.

En la primera época la discusión sobre la colisión de deberes está centrada en torno al caso de «eutanasia», aunque paulatinamente se van ofreciendo casos similares que enriquecen la casuística. Se trata, más que de otra cosa, de buscar un fundamento a la absolución de los médicos dentro —y a veces también fuera— de la sistemática de la teoría del delito. La segunda etapa, que comienza en 1959, se caracteriza porque el grado de abstracción alcanzado es mucho mayor y porque se prescinde de ofrecer soluciones particulares para cada caso concreto. Predomina entonces un tratamiento más desarrollado sobre el concepto de colisión de deberes, diferenciándose

grupos de casos, pero siempre bajo la perspectiva global de esta figura.

El caso de «eutanasia» nos servirá de hilo conductor, ya que la problemática que plantea se ha tenido muy en cuenta por todos los que se han ocupado del tema. No obstante, tengo que advertir que no voy a tratar aquí todos los puntos de este supuesto de hecho. La cuestión de la Orden impartida a los directores de los centros psiquiátricos tendente al aniquilamiento de seres humanos no nos interesa en este contexto. Por consiguiente dejaré aparte tanto el tema de la legalidad o ilegalidad de dicha Orden en el sistema normativo del Estado nacionalsocialista¹², como el de si las leyes alemanas posteriores a la Segunda Guerra Mundial eran aptas para juzgar estas conductas¹³. Tampoco interesa aludir a las cuestiones de participación que este hecho presenta¹⁴. Lo

¹² Cfr. sobre esto OEHLER, JR, 1951, p. 492, y el libro conjunto de RADBRUCH-SCHMIDT, Eberhard-WELZEL, *Derecho injusto y Derecho nulo*, 1971.

¹³ Acerca de este punto, cfr.: MAURACH, *Grundriss AT*, 1948, p. 76 s.; WELZEL, *MDR*, 1949, p. 373; SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, col. 560; OEHLER, JR, 1951, p. 491 s.; MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.^a ed., 1971, p. 299 s.; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.^a ed., 1974, n.º marg. 29 previo al § 51; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.^a ed., 1977, pp. 162-163; LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.^a ed., 1980, n.º marg. 26 previo al § 32; HAFT, *Strafrecht AT*, 1980, p. 88.

¹⁴ Cfr. en torno a ello: WELZEL, *MDR*, 1949, p. 373 s.; SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, col. 559 s.; y en España, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, p. 176 ss., quien estima que los miembros intermedios de la cadena de sujetos que se produjo en el caso del genocidio nazi no pueden estar cubiertos por estado de necesidad (op. cit., p. 184 s.); sin embargo, parece que dicho autor está pensando en unos sujetos concretos (los miembros de las "SS") y en una figura concreta del estado de necesidad (el estado de necesidad propio), pues en op. cit., p. 178 n. 185, recoge la opinión de JÄGER, de que los miembros de las "SS" no podían temer por *su vida* en caso de que se negaran a cumplir una orden de fusilamiento. A

que importa es que la doctrina está fragmentada respecto al tratamiento jurídico de este caso, que constituye un supuesto indudable¹⁵ de colisión de

favor del estado de necesidad propio, en último extremo, respecto a los jueces que dictaron sentencias injustas en la época nazi, RADBRUCH, en *Derecho injusto y Derecho nulo*, 1971, p. 19.

¹⁵ Con varios argumentos se ha negado que éste sea un supuesto de colisión de deberes:

En primer lugar, el OGH, *MDR*, 1949, pp. 371-372, y JAGUSCH, en *LK*, t. 1, 8.^a ed., 1957, § 54 n. 10, rechazan aquí la colisión de deberes con la tesis de que los médicos ni estaban obligados a la protección de los enfermos contra un Estado delincuente ni suficientemente capacitados ni obligados a la cooperación en el delito, sino que exclusivamente tenían una obligación de asistencia médica. A mi juicio, es cierto que no existió para los médicos el deber de participar en hechos delictivos; lo que existía era el deber, como médicos, de salvar a sus pacientes de una muerte segura, y la única manera de conseguirlo fue a través de la participación en la acción de exterminio. JAGUSCH y el OGH confunden los *deberes* que coliden con los *males* que se evitan y que se causan: no se trata de que exista el deber de participar en un delito, sino de que el cumplimiento de un deber sólo es posible mediante un mal: el incumplimiento del otro deber.

En segundo lugar, SPENDEL, en *Festschrift für Engisch*, 1969, p. 515, se basa para negar la colisión de deberes en que el camino elegido por los médicos no era el único para preservar de la muerte a la mayoría de los enfermos: aquellos podían haberse opuesto totalmente a la acción de exterminio. Esta opinión, sin embargo, atenta contra la relación de hechos efectuada en la S. del OGH, según la cual, para salvar a algunos pacientes no había otra posibilidad que participar en la confección de las listas y en el traslado de los pacientes. En otro caso, hubieran sido sustituidos los médicos procesados por otros médicos adictos al Estado de Hitler y hubiera desaparecido toda perspectiva de salvación para cualquiera de los enfermos; en definitiva: los psiquiatras no tenían otro camino para salvaguardar la vida de los pacientes que el que en realidad tomaron.

Por otra parte, OEHLER, *JR*, 1951, p. 492, se ha expresado de la siguiente manera: "Aquí no existe una colisión de deberes, pues la 'Orden' administrativa interna de

deberes: los médicos estaban obligados simultáneamente a salvaguardar la vida de los enfermos a su cargo y a no participar en delitos, siendo ambos deberes de naturaleza jurídica e imponien-

aniquilar a los enfermos no configura en absoluto un deber jurídico. El deber médico de auxiliar a la persona se deshace en el deber jurídico 'no matarás'. Este es el único deber que concierne a los médicos. Y este deber podría haber sido satisfecho habiendo dimitido los médicos de sus cargos, lo que hubiera sido posible. Lesionaron este deber enviando a la muerte a una parte de los reclusos en los establecimientos. Sin embargo, esto lo hicieron sólo porque asumieron libremente el deber de proteger al máximo posible de personas de la muerte en masa que amenazó posteriormente"; en el mismo sentido que OEHLER, DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 480. A esta opinión se le puede objetar las observaciones ya efectuadas contra el OGH, JAGUSCH y SPENDEL. A ello hay que añadir que el deber de proteger a los pacientes no lo asumieron los médicos libremente, sino que lo impone el ordenamiento jurídico como deber de garante; cfr. sobre esto extensamente GALLAS, *Beiträge*, 1968, pp. 72-73, y LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 28 n. 83.

BOCKELMANN, *ZStW*, t. 63, 1951, p. 45, estima que los dos deberes que entran aquí en conflicto son de tipo moral, pero no de naturaleza jurídica. Pero esto no es cierto: los deberes en conflicto son por un lado el deber de garante de los médicos y, por otro, su deber de no participar en actos criminales, ambos impuestos por el ordenamiento jurídico.

MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1953, p. 178, considera que "el psiquiatra que en virtud de la Orden de Hitler de 1-9-1939 se limitó a designar aquellos enfermos que debían resultar beneficiados, simplemente no mató a los restantes si no podía salvarles". Si bien esta argumentación de MAYER se encuadra en la eficacia —según el— del principio *impossibilium nulla obligatio* (sobre esto, v. *infra* p. 148), hay que considerarla insostenible, pues es evidente la causalidad (y la imputación objetiva) entre la participación de los médicos y el resultado de muerte de aquellos enfermos; si los médicos incluyeron los nombres de algunos pacientes en las listas, resulta obvio que contribuyeron a la acción de exterminio.

JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.^a ed., 1976, p. 383, por último, defiende que la figura a aplicar en el caso de "eutanasia" no es la colisión de deberes, sino la "colisión

do uno de ellos un actuar positivo; el conflicto tampoco está resuelto expresamente por ninguna norma de colisión.

Veamos, pues, a continuación las primeras opiniones sobre el mismo.

3.1. LA DISCUSION EN LA POSGUERRA

3.1.1. *La causa de exclusión de la pena*

Como ya se ha visto, la Alta Corte de Justicia para la Zona Británica mantuvo la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta de los psiquiatras y apreció una causa personal de exclusión de la pena.

PETERS es el primer autor que efectúa una completa alabanza de la Sentencia de este Tribunal: mediante la delimitación de causas de justificación, causas de exculpación y causas personales de exclusión de la pena se ha alcanzado, según PETERS, la armonía entre Derecho y moralidad, entre seguridad jurídica y justicia, entre protección de la comunidad y protección individual¹⁶.

Para demostrar que el injusto permanece inalterado en la conducta de los médicos, este autor recurre a la distinción, extraída de la moral católica, entre homicidio directo y homicidio indirecto:

«Un homicidio directo es la destrucción de una vida mediante un medio que, según su naturaleza (*per se*), está dirigido a la muerte, o bien la destrucción de

resuelta por terceros” o —lo que es lo mismo— el auxilio necesario. Respecto a esto, ya se verá posteriormente que toda colisión de deberes constituye auxilio necesario; v. *infra* p. 275 ss.

¹⁶ Cfr. PETERS, *JR*, 1949, p. 496 y n. 3.

una vida con la intención de matar, sin que el autor emplee un medio que según su naturaleza esté dirigido a la muerte»¹⁷.

Mientras que el homicidio indirecto,

«es la destrucción de la vida sin que se utilice un medio mortal en sí mismo y sin que exista la intención de matar. En el homicidio indirecto el autor utiliza un medio en sí mismo correcto y persigue un fin autorizado. La acción, según su naturaleza, no es una acción de homicidio. Pero al mismo tiempo e incidentalmente (per accidens) tiene como consecuencia la muerte. La muerte es el fenómeno concomitante no querido, de una acción que es en sí misma correcta»¹⁸.

La consecuencia de esta distinción es que el homicidio directo nunca puede ser conforme a la moral ni estar justificado, mientras que el indirecto puede perder en determinadas circunstancias su contenido inmoral y de antijuridicidad. Aunque el homicidio indirecto no está permitido ni moral ni jurídicamente, pueden concurrir, sin embargo, razones de peso que fundamenten la admisibilidad del hecho. Sólo cuando se emplee un medio bueno o por lo menos indiferente para un fin digno de aprecio, hay posibilidad de efectuar una ponderación de valores¹⁹. Según esto, la conducta de los médicos es de participación en un homicidio directo, subsumible en el tipo de asesinato. La participación, por consiguiente, es en sí misma mala, por lo que no puede efectuarse una ponderación de los valores en conflicto. Pero es que, incluso aunque se llevara a cabo esta valoración —añade PETERS—, resultaría que la colaboración de los médicos en la acción delictiva es un

¹⁷ PETERS, JR, 1950, p. 743.

¹⁸ *Ibidem*, p. 743.

¹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 743 s.

mal más grave que el dejar correr el curso de las cosas sin un hacer positivo, conformándose con un mayor número de víctimas ²⁰.

Para este autor la culpabilidad tampoco se encuentra excluída ni por la vía de un estado de necesidad exculpante, como acepta WELZEL, ni por la vía de una causa de inexigibilidad, como sostiene Eberhard SCHMIDT. No concurre un estado de necesidad supralegal exculpante, porque los médicos eligieron el mal mayor, lo que se contrapone con el requisito establecido por WELZEL ²¹, y porque su conducta constituye una denegación del derecho a la vida ²². Tampoco es admisible reconocer una causa de inexigibilidad, puesto que la situación no representa una coacción irresistible. Los médicos, por tanto, no quedan desligados de su culpabilidad ²³.

PETERS concluye reconociendo que la única solución que resta es la de admitir una causa personal de exclusión de la pena, solución que no debe ser considerada tan chocante, dado que hay otros problemas de Derecho penal que se resuelven acudiendo a esta circunstancia ²⁴. Al adoptar esta postura se resalta con mayor intensidad el carácter excepcional de la ausencia de pena para estas conductas, que son las causas de exclusión del injusto o de la culpabilidad ²⁵. El fundamento de esta causa personal de exclusión de la pena lo

²⁰ Cfr. PETERS, *JR*, 1949, p. 496 s., y *JR*, 1950, p. 744 s.

²¹ Cfr. WELZEL, *MDR*, 1949, p. 375, quien exige la elección del mal menor para que concorra la eximente supralegal de exculpación; v. *infra* p. 109.

²² Cfr. PETERS, *JR*, 1949, p. 498, y *JR*, 1950, p. 745.

²³ Cfr. PETERS, *JR*, 1949, p. 498.

²⁴ Cfr. PETERS, *JR*, 1949, p. 498. Añade este autor que es aplicable también al desistimiento en la tentativa, al hurto entre parientes, al aborto y, en algunos casos, a la minoría de edad penal (*JR*, 1950, p. 746).

²⁵ Cfr. PETERS, *JR*, 1949, p. 499.

ve PETERS en la innecesariedad de una sanción, tanto desde el punto de vista de la prevención especial como de la prevención general ²⁶.

También JAGUSCH participa de la solución de la Alta Corte de Justicia para la Zona Británica. Para JAGUSCH los médicos no sólo cargaron sobre sí culpabilidad moral, sino también responsabilidad jurídica, debido a las especiales circunstancias. En estos casos, en que el ser humano no escapa a la culpabilidad jurídica y moral, aquél debe ser re-legado a la compasión ²⁷.

En esta misma línea hay que incluir a OEHLER. Este penalista se muestra partidario del reconocimiento de la antijuridicidad y culpabilidad y aboga por una causa de exclusión de la pena. Pero no una causa personal, como mantienen el citado Tribunal, PETERS y JAGUSCH, sino una causa de naturaleza objetiva. La diferencia entre una causa objetiva y una causa personal reside en que en ésta la impunidad depende de elementos individuales y personales, mientras que aquélla toma en consideración las circunstancias objetivas ²⁸. Una y otra tesis llegan también a consecuencias distintas en lo que se refiere a participación. La participación en una conducta que está cubierta por una causa personal de exclusión de la pena será punible atendiendo a la situación personal de cada partícipe, con independencia de los demás ²⁹. Por el contrario, el castigo de los partícipes en un hecho al que le asiste una causa objetiva de exclusión de la pena, dependerá de si se han encontrado o no ante la situación de conflicto y de si han cumplido una serie de requisitos (representación del único medio posible para la conser-

²⁶ Cfr. PETERS, *JR*, 1950, p. 745.

²⁷ Cfr. JAGUSCH, en *LK*, t. 1, 8.^a ed., 1957, § 54 n. 10.

²⁸ Cfr. OEHLER, *JR*, 1951, p. 493.

²⁹ En este sentido, PETERS, *JR*, 1949, p. 499.

vacación del círculo mayor de vidas y motivación únicamente por la representación de la conservación) ³⁰.

El fundamento de esta causa objetiva de impunidad radica en que el legislador renuncia a la sanción por causa de las especiales circunstancias; en el caso de «eutanasia» el Estado renuncia a imponer una pena porque la expiación no es necesaria ni por razones de seguridad jurídica, es decir, por un igual tratamiento de todos, ni por razón de la autoridad del Estado ³¹.

Para afianzar más su tesis, OEHLER destaca los puntos que separan las causas de exclusión de la pena de otras figuras. Las causas de levantamiento de la pena se caracterizan porque la pretensión de pena por parte del Estado se mantiene hasta que esta causa aparece; por el contrario, en los casos de exclusión de la pena existe impunidad desde el comienzo de la acción. Otra categoría a diferenciar es la de las condiciones de punibilidad —hoy denominadas de perseguibilidad—, pues estas hacen referencia únicamente a la ejecutabilidad procesal de la pretensión penal ³².

Hay que resaltar que tanto PETERS ³³ como OEHLER ³⁴ mantienen que su postura encuentra apoyo en el estado de necesidad regulado en el Código penal alemán, en el antiguo § 54 ³⁵. No se trata de

³⁰ Cfr. OEHLER, *JR*, 1951, p. 493; este autor añade un ulterior punto que diferencia su tesis de la de PETERS: el principio *in dubio mitius* rige en las causas objetivas, pero no en las causas personales de exclusión de la pena.

³¹ Cfr. OEHLER, *JR*, 1951, p. 493.

³² Cfr. *ibidem*, p. 493.

³³ Cfr. PETERS, *JR*, 1949, p. 500, y *JR*, 1950, p. 746.

³⁴ Cfr. OEHLER, *JR*, 1951, p. 494.

³⁵ Según esto, el § 54 no sólo abarca casos de justificación y exculpación, sino que además contempla supuestos en que está excluida la pena: PETERS, *JR*, 1949, p. 500, y *JR*, 1950, p. 746; OEHLER, *JR*, 1951, p. 494. WELZEL, *ZStW*,

una causa *supralegal* de exclusión de la pena, sino de una circunstancia prevista por el propio ordenamiento jurídico. Coadyuvaría a esta opinión el hecho de que el legislador dejó indeterminada en el § 54 la razón por la que se excluye un hecho punible. Efectivamente, la frase introductoria del § 54 dice simplemente que «no existe una acción punible...», lo que sirve para argumentar que en este precepto se cobijan, entre otras, las causas de exclusión de la pena cuando se enfrentan vida contra vida ³⁶.

Respecto a la crítica de la exclusión de la pena en estos casos, se han planteado dos tipos de objeciones.

Por un lado, se ha dicho que aceptar esta causa no prevista expresamente por el legislador en supuestos en que se dan todos los elementos del delito, conduciría en realidad a un acto de indulto bajo la forma de una Sentencia judicial ³⁷. PETERS, sin embargo, ya se había adelantado a esta crítica y había intentado trazar claramente los límites

t. 63, 1951, p. 54 n. 12, ha denominado este punto de vista "teoría de la superdiferenciación".

Parece seguir a PETERS, WEGNER, *Strafrecht AT*, 1951, pp. 129-130, 192 y 199.

En España se han manifestado partidarios de una similar teoría de la superdiferenciación SÁNCHEZ TEJERINA, *Estado de necesidad*, 1922, p. 29 ss.; el mismo *RFDM*, n.ºs 8-11, 1942, p. 236; el mismo, *Derecho penal*, t. 1, 5.ª ed., 1950, p. 227 ss.; PUIG PEÑA, *Derecho penal PG*, t. 1, 6.ª ed., 1969, p. 400.

³⁶ Cfr. PETERS, *JR*, 1950, p. 746; hay que tener en cuenta que el actual § 35 lleva el título expreso de "estado de necesidad exculpante" (v. *infra* Apéndice 2.1.3), por lo que no sería admisible ahora la inclusión en su seno de causas de exclusión de la pena.

³⁷ En este sentido, GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 77 n. 47; le siguen (a la 1.ª ed. del artículo de GALLAS, en *Festschrift für Mezger*, 1954, pp. 311-334) END-PANZERA, *Existentielle Handlungen*, 1958, p. 11, y HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 177 previo al § 51.

entre la solución del indulto³⁸ y la solución de la causa de exclusión de la pena. Esta causa es declarada en una resolución judicial: la Sentencia; mientras que el indulto constituye un acto administrativo. La existencia de una causa de exclusión de la pena implica la falta de un presupuesto de la pena, por lo que la conducta debe permanecer impune; sin embargo, en caso de indulto, la pena está justificada en sí misma, pero se renuncia a ella por las circunstancias especiales del caso³⁹.

Por mi parte creo que esta respuesta no aleja todas las dudas al respecto. Incluso con el Derecho vigente en la época en que escribían PETERS y OEHLER resultaba inadmisibile mantener que el § 54 abarcaba también los supuestos de exclusión de la pena, como en el caso de «eutanasia». Pues ya dije anteriormente⁴⁰ que el § 54 sólo cubría el auxilio necesario de parientes, y no existía ninguna relación de parentesco entre los médicos y sus pacientes. Por lo tanto, la propuesta que hacen PETERS y OEHLER, pese a lo que ellos digan, sigue teniendo un carácter supralegal. De ahí que persistan las dudas sobre si estamos realmente ante un indulto encubierto.

Precisamente este origen supralegal de la causa de exclusión de la pena no resulta convincente para esta categoría del delito; en estos casos, la exclusión de la pena no está fundamentada en la inexistencia del injusto o de la culpabilidad del

³⁸ Solución ésta que también ha sido mantenida respecto a los casos de «eutanasia»: cfr. SCHEEL, Eva, *Die übergesetzliche Unrechts-, Schuld- und Strafausschliessungsgründe*, 1957.

³⁹ Cfr. PETERS, JR, 1949, p. 499; también en contra de la crítica iniciada por GALLAS, LANG-HINRICHSEN, en *Festschrift für Bärmann*, 1975, p. 598.

⁴⁰ V. *supra* pp. 35 ss.

hecho, sino en otras circunstancias que sólo el legislador puede determinar. Creo que, además, esta consideración es la que mejor se adecua al Derecho positivo español, pues todas las eximentes recogidas en el artículo 8 del Código penal están relacionadas con la antijuridicidad o culpabilidad o, en todo caso, con la posibilidad de que exista una conducta; en tanto que las causas de exclusión de la punibilidad están admitidas por determinados preceptos del Código penal, preferentemente en preceptos de la Parte Especial, es decir para delitos concretos, o por otras normas no penales. Esto hace constar el carácter excepcional de las causas que excluyen la punibilidad. Por otra parte, la doctrina española ha llegado a aceptar las eximentes supralegales por analogía *in bonam partem*⁴¹, pero nunca se ha pronunciado expresamente a favor de las causas de exclusión de la pena supralegales.

En segundo lugar, WELZEL ha resaltado que las causas personales de exclusión de la pena sólo vienen al caso cuando se prescinde de pena para una acción antijurídica y culpable por puntos de vista extrapenales, por ejemplo por razones de Derecho político o de Derecho internacional público para los Diputados y para los Jefes de misión extranjera, o por consideraciones del Derecho de familia respecto al hurto entre cónyuges⁴², Eberhard SCHMIDT, por su parte, señala que esta

⁴¹ En este sentido: ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, t. 1, 1949, p. 168; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas*, t. 1, 3.^a ed., 1955, p. 145 ss., y t. 2, 1949, p. 204 s.; MIR PUIG, *Introducción*, 1976, p. 317; el mismo, *Adiciones*, t. 1, 1981, pp. 329 y 530; CEREZO MIR, *Curso PG*, I, 2.^a ed., 1981, p. 206; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Homenaje a Antón Oneca*, 1982, p. 510 s.

⁴² Cfr. WELZEL, *MDR*, 1949, p. 375, y *ZStW*, t. 63, 1951, p. 48. No hay que olvidar que la doctrina ha cambiado de opinión posteriormente respecto a la naturaleza de alguno de estos supuestos.

circunstancia de impunidad tiene sentido «cuando una acción punible no ataca al Estado»⁴³; en el caso de los médicos lo que está en discusión es el contenido del valor criminal de su conducta, es decir su injusto y su culpabilidad y no otras consideraciones suplementarias⁴⁴. A esto ha añadido LANG-HINRICHSSEN que si el sujeto agente se ha comportado antijurídica y culpablemente, la posibilidad de que concurra una causa de exclusión de la pena constituye una auténtica adivinanza⁴⁵.

Realmente, la tesis de la exclusión de la pena ha sido absolutamente minoritaria en el panorama alemán, porque la doctrina se ha planteado como problemáticos el injusto y la culpabilidad de este hecho; sólo cuando estos dos presupuestos concurren, cabrá acudir a otras vías para fundamentar la absolucón; pero precisamente lo que se discute es que esos dos presupuestos se hayan presentado en la conducta de los médicos.

Respecto a esta tesis, tengo que añadir que la particular distinción desarrollada por PETERS entre homicidio directo e indirecto para demostrar la antijuridicidad de la conducta, no es sostenible en Derecho penal⁴⁶; y no lo es, porque el trasvase de conceptos de la moral a este sector del ordenamiento jurídico es incompatible con el fin del De-

⁴³ SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, col. 569.

⁴⁴ En este sentido, WELZEL, *MDR*, 1949, p. 375. Sobre las diferencias entre las causas de exclusión de la pena y otras circunstancias de exención de la responsabilidad penal, cfr.: BAUMANN, *Strafrecht AT*, 8.^a ed., 1977, p. 470 ss.; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.^a ed., 1978, p. 267 (= *Tratado*, t. 2, 1981, p. 756); SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, p. 254.

⁴⁵ Cfr. LANG-HINRICHSSEN, en *Festschrift für Bärmann*, 1975, p. 597.

⁴⁶ En España se han defendido estas categorías por MARTÍNEZ MORÁN, *RFDUC*, t. 2 monográfico, 1979, p. 157. Las críticas dirigidas en el texto contra PETERS son también extensibles a MARTÍNEZ MORÁN.

recho penal. El campo de acción de la moral está limitado a un enjuiciamiento de la conducta humana en la esfera de la conciencia. Su intromisión en lo jurídico es inadmisibile, ya que sus procedimientos y objetivos son distintos de los del Derecho. Desde una perspectiva constitucional es igualmente inadmisibile que una determinada teoría moral, la católica, entre a formar parte de los conceptos de la dogmática penal. Reconocida y garantizada la libertad de conciencia y la libertad religiosa por el artículo 16.1 de la Constitución española, ninguna moral puede erigirse en criterio decisivo para la calificación juridicopenal de conductas. Con acierto expresó ya BECCARIA que «los asuntos del cielo se rigen por leyes ciertamente diferentes de las que rigen los asuntos humanos»⁴⁷.

Pero es que aunque se aceptara la distinción de PETERS como provechosa para la dogmática penal, no se podría insertar en la teoría jurídica del delito: Primero, porque los problemas que él plantea ya están resueltos con los conceptos de dolo, imprudencia o caso fortuito; si no existe dolo ni culpa, la conducta no es constitutiva de delito, según establecen los artículos 1 y 6 bis b, del Código penal español, conforme a la nueva redacción de estos preceptos por la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del mismo Código, de 25 de junio de 1983. A ésta y no a otra problemática está haciendo referencia PETERS con su innecesaria distinción de homicidio directo e indirecto. Se-

⁴⁷ BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764), cap. XI, p. 94 de la ed. de TOMÁS Y VALIENTE de 1976; cfr. además, op. cit., cap. XXIV, p. 142 de la misma ed.: "Si los hombres pueden estar en contradicción con el Omnipotente al ofenderlo, también pueden estarlo al castigar". ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 189: "En una democracia pluralista no es misión del Estado decidir vinculadamente sobre cuestiones filosóficas o religiosas."

gundo, tal y como este autor formula el concepto de homicidio directo —destrucción de una vida, determinada por la intención o por el medio—, habría que excluir todas las causas de justificación del Código penal; pues el que mata en legítima defensa con un revólver quiere la muerte del agresor⁴⁸ y emplea un medio que *per se* está dirigido a la muerte⁴⁹. Y como todo homicidio directo nunca puede estar justificado⁵⁰, habría que concluir —siguiendo las ideas de PETERS— que esta conducta cumple el tipo de injusto del homicidio y que, siempre que la culpabilidad esté intacta, resulta merecedora de una pena. Es evidente que el número 4 del artículo 8 del Código penal está para algo: para eximir de responsabilidad penal cuando se dan los presupuestos de la legítima defensa; su inobservancia implica una clara infracción de la ley y una argumentación *contra reum*. Si es que PETERS no quiere llegar tan lejos, lo menos que se puede decir de su concepción, es que la formulación del concepto de homicidio directo es inexacta.

3.1.2. *La causa supralegal de exculpación*

La mayor parte de la doctrina de la inmediata posguerra se ocupó de fundamentar la impunidad de la conducta de los médicos alegando la exclusión de la culpabilidad. En esta tendencia se incluyen von WEBER, WELZEL, Eberhard SCHMIDT,

⁴⁸ A los efectos de esta argumentación es indiferente que concurra además un ánimo de defensa, si es que éste es exigible.

⁴⁹ Por otro lado, sería necesario escribir todo un tratado para determinar cuándo un medio, según su naturaleza (!), está dirigido a la muerte. Este criterio provocaría una inseguridad jurídica impresionante.

⁵⁰ Cfr. PETERS, *JR*, 1950, p. 743 s.

BOCKELMANN, HENKEL y, en España, JIMÉNEZ DE ASÚA.

VON WEBER encuadra el caso ya expuesto de «eutanasia» y otros similares en la categoría de colisión de deberes material⁵¹, lo que significa que el conflicto es irresoluble en el marco del ordenamiento jurídico⁵². La colisión de deberes material no se limita a estos supuestos, sino que se amplía a todos aquellos en que el deber de salvar vidas humanas sólo puede ser cumplido a costa de otras vidas humanas, es decir a todos los casos de comunidad de peligro⁵³. Esta constelación de casos abarca el siguiente supuesto de hecho:

Un médico se encuentra operando en un puesto de socorro sobrecargado de heridos. Aunque realiza los mayores esfuerzos, no puede auxiliar a todos los heridos que se le presentan⁵⁴.

Al sujeto que se encuentra en estas circunstancias no se le puede reprochar que no haya realizado lo que no le era posible, pero el deber de socorrer a todos los pacientes no pierde su vigencia. Con estas palabras pone de manifiesto von WEBER que la antijuridicidad persiste en tales situaciones, pues el deber sigue vinculando al obligado y su incumplimiento, por tanto, fundamenta el juicio de antijuridicidad de la conducta; el sujeto agente no tiene el derecho de sacrificar a una parte de los necesitados, para salvar de esta manera al resto; y los sacrificados, por su lado, no tienen el deber de soportar la intervención⁵⁵.

⁵¹ V. *supra* p. 58 ss.

⁵² Cfr. von WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 248.

⁵³ Cfr. *ibidem*, p. 249.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 249; cfr. además sobre este caso: MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 468 s.; DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 478.

⁵⁵ Cfr. von WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 249.

La razón del mantenimiento del injusto en los supuestos irresolubles de colisión material de deberes lo ve von WEBER en el respeto incondicional que merece el ser humano; de ahí que ninguna persona pueda ser rebajada a la categoría de medio, aunque sea para salvar a otros muchos necesitados ⁵⁶.

Por lo que respecta a la culpabilidad, von WEBER estima, como ya se ha visto, que el médico que no puede salvar a todos los enfermos o los psiquiatras que excluyen de las listas de exterminio a algunos de los pacientes, no pueden ser objeto de reproche; es decir, que están exculpados ⁵⁷. Por parte del Derecho no existe preferencia en el cumplimiento de uno u otro deber, ya que —no lo olvidemos— se trata de conflictos irresolubles mediante criterios jurídicos, que tienen un carácter auténticamente trágico. La solución de tales conflictos sólo puede encontrarse en la propia conciencia; el único requisito que se precisa para alcanzar la exculpación es el tomar la decisión por cualquiera de los deberes tras un examen en conciencia (*gewissenhafte Prüfung*) ⁵⁸.

El creador de la doctrina finalista, WELZEL, también comparte la postura que expongo ahora ⁵⁹, reconociendo el carácter antijurídico de la

⁵⁶ Cfr. *ibidem*, p. 250.

⁵⁷ Cfr. *ibidem*, p. 249.

⁵⁸ Cfr. *ibidem*, p. 249.

⁵⁹ En los dos artículos que WELZEL dedica a los casos de "eutanasia", no hace referencia a la colisión de deberes. En el primero de ellos considera que la situación ante la que se encuentran los médicos constituye una "comunidad de peligro" (*MDR*, 1949, p. 374); en el segundo, titulado "Zum Notstandsproblem" repite incesantemente que se trata de un auténtico "conflicto moral" (*ZStW*, t. 63, 1951, pp. 47-56, *passim*). Esto no obstante, y teniendo en cuenta que las consideraciones de WELZEL se centran en el caso tomado aquí como eje de la discusión, permiten incluir-

conducta de los médicos ⁶⁰. El Derecho no puede aliviar del conflicto al sujeto agente, considerando la acción como no antijurídica o como no prohibida y permitiéndole con ello la destrucción de seres inocentes, porque ni el individuo ni el Derecho pueden disponer acerca de esto; el ordenamiento jurídico tiene que declarar la acción como lo que es: como una acción antijurídica ⁶¹. El fundamento de esta conclusión lo encuentra WELZEL en la conocida fórmula kantiana de que el ser humano no puede ser utilizado como un medio, sino que hay que considerarlo siempre como un fin en sí mismo; de ahí se sigue que nunca pueden estar justificadas intervenciones irreparables en la vida y en la integridad corporal de personas inocentes, mediante la circunstancia de emplear a estos seres humanos como medio para la consecución de fines más amplios; en definitiva, resulta aquí prohibido aceptar una causa de justificación ⁶². Cuando se enfrentan vidas humanas contra vidas humanas en un peligro común, es contrario al sentimiento moral colocarlas como «partidas» en un «balance conjunto» ⁶³. En este punto opina WELZEL que tiene razón la resolución de la Alta Corte de Justicia para la Zona Británica, cuando

las en la polémica sobre la colisión de deberes. Sobre el concepto de "comunidad de peligro", v. *infra* p. 232 n. 409.

⁶⁰ Hay que hacer constar que hasta la 2.^a ed. de su *Lehrbuch*, 1949, WELZEL sostuvo la teoría unitaria del estado de necesidad, otorgándole siempre eficacia justificante; es precisamente a partir de 1951, año en que se publica "Zum Notstandsproblem", cuando modifica su opinión y pasa a engrosar las filas de los partidarios de la diferenciación, considerando el § 54 como causa de exculpación (ZStW, t. 63, 1951, p. 52 y n. 7).

⁶¹ Cfr. WELZEL, *MDR*, 1949, p. 375.

⁶² Cfr. WELZEL, *ZStW*, t. 63, 1951, p. 52.

⁶³ Cfr. WELZEL, *MDR*, 1949, p. 375.

sienta como principio que la vida humana es inmutablemente igual ante la Ley⁶⁴.

Dentro ya de la dogmática de la culpabilidad, ofrece este autor la siguiente definición del concepto:

«Culpabilidad jurídica es una determinada reprochabilidad social del hecho; cuando falta esta reprochabilidad social, porque cualquier otro miembro de la comunidad jurídica [*Rechtsgenosse*] hubiera tenido que actuar de la misma manera en el lugar del autor, falta también una culpabilidad jurídica»⁶⁵.

Partiendo de esto, sostiene WELZEL que a los médicos les asistió una causa supralegal o extralegal de exclusión de la culpabilidad y que se configura como contrapartida en la culpabilidad del estado de necesidad supralegal justificante⁶⁶. La elección del mal menor en un auténtico conflicto moral determina que la comunidad jurídica no puede hacer el reproche de culpabilidad:

«Pues [...] si el autor, y en su lugar cualquier otro miembro de la comunidad jurídica, ha actuado correctamente respecto a la ética, cargando con una culpabilidad moral menor para evitar un mal mayor y por tanto para sustraerse de una culpabilidad moral mayor, ningún juez puede tener al autor por culpable ante la comunidad jurídica, cuando ni él mismo hubiera podido actuar de otra manera distinta de la del autor»⁶⁷.

De estas palabras se deducen ya algunos de los requisitos que WELZEL exige para poder apreciar la causa supralegal⁶⁸ de exclusión de la culpabili-

⁶⁴ Cfr. WELZEL, *MDR*, 1949, p. 374.

⁶⁵ WELZEL, *ZStW*, t. 63, 1951, p. 54; siguiéndole END-PANZERA, *Existentielle Handlungen*, 1958, p. 14.

⁶⁶ Cfr. WELZEL, *MDR*, 1949, p. 375.

⁶⁷ WELZEL, *ZStW*, t. 63, 1951, p. 54; cfr. además WELZEL, *Nuevo sistema*, 1964, p. 129.

⁶⁸ La razón de que esta causa tenga origen supralegal

dad; estos requisitos son tres: primero, la elección del mal menor tiene que ser el único medio en la situación concreta para evitar un mal mayor; segundo, los acusados tienen que haber elegido realmente el mal menor, es decir: tienen que haber extendido lo más posible el círculo de las vidas salvadas a pesar de la Orden recibida; y, por último, es preciso que hayan perseguido un fin de salvación. La prueba de las dos primeras condiciones de carácter objetivo servirá normalmente de indicio para la existencia de la última condición de naturaleza subjetiva⁶⁹.

Ya vimos que en el caso de los médicos de los establecimientos psiquiátricos, PETERS negaba que aquéllos hubieran elegido el mal menor. En contra de esta opinión, arguye WELZEL, que la propia realidad ha constatado que la elección de los procesados recayó en el mal menor, pues hubo noticias de médicos que rechazaron toda colaboración y que fueron sustituidos por facultativos de las «SS» que desalojaron completamente los centros psiquiátricos y enviaron a la muerte a sus ocupantes⁷⁰. Para hacer más convincente este razonamiento, WELZEL recurre a un ejemplo más neutral, que no está teñido de consideraciones políticas o religiosas:

radica en la estrechez del § 54 al exigir el elemento del parentesco; v. *supra* p. 35 s.

⁶⁹ Cfr. WELZEL, *MDR*, 1949, p. 375; WELZEL mantiene estos requisitos en su *Nuevo sistema*, 1964, p. 129, y en su *Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, p. 185. A favor del criterio cuantitativo en la culpabilidad, pero no en el injusto, SPENDEL, en *Festschrift für Engisch*, 1969, p. 521 s. Siguen a WELZEL en los tres requisitos mencionados en el texto su discípulo GEILEN, *Strafrecht AT*, 5.^a ed., 1980, p. 144; y WESSELS, *Strafrecht AT* 10.^a ed., 1980, p. 96.

⁷⁰ Cfr. WELZEL, *ZStW*, t. 63, 1951, p. 50. El propio OGH, t. 2, p. 120, reconoció que la negativa al servicio por parte de otros médicos no protegió a los enfermos, sino que, muy por el contrario, costó la vida a muchos de éstos.

En un tramo escarpado de una montaña se ha desenganchado un vagón de mercancías, que se dirige con todo su peso hacia una pequeña estación en el valle; precisamente aquí se encuentra estacionado un tren de pasajeros. Si el vagón de mercancías continúa su curso por los raíles sobre los que se desliza, chocará con el tren de pasajeros y provocará la muerte de un gran número de personas. Un empleado de la estación, que ve venir la catástrofe, cambia en el último minuto las agujas, con lo que conduce el vagón de mercancías hacia el único andén fuera de servicio, pero en el que, en ese momento, unos trabajadores están descargando otro vagón. Como había previsto el empleado, mueren tres trabajadores a causa del choque⁷¹.

El empleado de ferrocarriles, igual que los médicos de los establecimientos psiquiátricos, ha elegido, en opinión de WELZEL, el mal menor con el cambio de las agujas, al evitar la muerte de una gran cantidad de personas. Si hubiera omitido el cambio de agujas, habría actuado no sólo inco-

⁷¹ WELZEL, *ZStW*, t. 63, 1951, p. 51. Cfr., además, sobre este caso: OEHLER, JR, 1951, p. 492; JAGUSCH, en *LK*, t. 1, 8.ª ed., 1957, § 54 n. 10; BRAUNECK, GA, 1959, p. 271; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 12 n. 28, y p. 30 n. 88; GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 74; MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1971, p. 391; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 470; KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 339; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 73 previo al § 51; LANG-HINRICHSEN, en *Festschrift für Bärmann*, 1975, p. 584; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1975, pp. 479-480; RUDOLPHI, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, n.º marg. 8 previo al § 19; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.ª ed., 1977, pp. 400 y 468; PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch*, 30.ª ed., 1978, § 34 n. 3 b aa; con variaciones, JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 294 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 499); PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 175; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 91-92, 103 y 110; LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.ª ed., 1980, § 34 n.º marg. 24; ESER, *Strafrecht I*, 3.ª ed., 1980, p. 130; GEILEN, *Strafrecht AT*, 5.ª ed., 1980, p. 144; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.ª ed., 1981, pp. 143 y 186; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, pp. 251 y 406.

En España ha hecho referencia a este caso CORDOBA RODA, *Eximentes incompletas*, 1966, p. 194; el mismo, en *Comentarios*, t. 1 1972, p. 292 n. 53.

rectamente en cuanto a lo jurídico, sino también, evidentemente, respecto a la moral ⁷².

Otro decidido partidario de la postura de la exculpación es Eberhard SCHMIDT, que también se ocupó en su momento de los casos de «eutanasia» ⁷³. Para llegar a esta solución, SCHMIDT tiene que demostrar previamente que no está excluida la antijuridicidad de la conducta, lo que fundamenta con tres tipos de argumentos. En primer lugar, rechaza la ponderación entre vidas humanas, de la que sólo se podría derivar una diferencia cuantitativa; una distinción que tome como base el número de vidas salvadas frente al de sacrificadas no es capaz de justificar la conducta ⁷⁴, porque la Ley valora de forma equivalente la vida de todas las personas ⁷⁵. En segundo lugar, considera como decisiva la prohibición de «jugar al destino» (*Schicksalspielen*) en los casos en que se enfrentan vidas humanas:

«Pero lo que excluye la justificación en el caso de los médicos procesados es el hecho de que jugaron al destino frente a todos los que se encontraban del mismo modo en peligro, de una manera intolerable desde el punto de vista del Derecho. Por consideraciones de Derecho natural, no se puede derivar un derecho en base a las circunstancias de adelantarse al destino» ⁷⁶.

Por último, como tercer argumento, aplica SCHMIDT la teoría del fin sobre el estado de necesi-

⁷² Cfr. WELZEL, *ZStW*, t. 63, 1951, p. 51.

⁷³ Igual que WELZEL, Eberhard SCHMIDT considera el caso de los psiquiatras como una colisión de bienes bajo la figura de una "comunidad de peligro" (*SJZ*, 1949, cols. 564-565). Por las mismas razones que aludí *supra* pp. 107-108 n. 59, también la opinión de SCHMIDT merece ser tratada aquí.

⁷⁴ SCHMIDT sigue aquí al OGH, *MDR*, 1949, p. 372.

⁷⁵ Cfr. SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, col. 565.

⁷⁶ SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, cols. 565-566; subrayado en el original.

dad⁷⁷ a este caso y llega a la conclusión de que aquélla no permite considerar el modo de proceder de los médicos, desde la perspectiva de los valores culturales occidentales, como un medio *correcto* para un fin justo⁷⁸.

De todos estos argumentos, el que más pueda llamar la atención tal vez sea el de que los médicos «jugaron al destino». Para comprender mejor su significado será conveniente tener en cuenta otro supuesto de hecho recogido por Eberhard SCHMIDT:

Tres alpinistas están escalando una montaña unidos por una cuerda. Dos de ellos caen en una grieta, sin que el tercero tenga posibilidad de izar a sus compañeros. Los que penden de la cuerda se encuentran irremisiblemente perdidos, mientras que el que aún está agarrado tiene todavía una oportunidad de salvar su vida si él u otra persona cortan la cuerda⁷⁹.

⁷⁷ Esta teoría formula la siguiente máxima: no es anti-jurídico el medio adecuado para la consecución de un fin reconocido por el ordenamiento jurídico; cfr. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 70; SCHMIDT, Eberhard, en *Derecho injusto y Derecho nulo*, 1971, pp. 57-58; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.^a ed., 1978, p. 260 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 443). Y en España, CARBONELL MATÉU, *Justificación*, 1982, p. 33 ss.

Entre los penalistas españoles, sólo GIMBERNAT ORDEIG, *Notas*, t. 1, vol. 2, 2.^a ed., 1972, pp. 966-967, ha admitido la cláusula de la adecuación (al estilo del § 34 StGB) en el seno del estado de necesidad, considerando que el tercer requisito del n.º 7 del a. 8 CP es expresión de la teoría del fin.

⁷⁸ Cfr. SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, col. 565; subrayado en el original.

⁷⁹ SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, col. 565; el mismo en *Niederschriften*, t. 2, 1958, p. 145. Normalmente se considera a SCHMIDT como el creador de este caso; sin embargo, anteriormente, ya fue citado por: MERKEL, Adolf, *Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen*, Strasbourg, 1895, p. 48; FINGER, *Lehrbuch*, t. 1, 1904, p. 419; OETKER, *VDA AT*, t. 2, 1908, p. 352; MERKEL, Paul, *Grundriss*, t. 1, 1927, p. 136; JANSEN, *Pflichtenkollision*, 1930, pp. 6 y 10.

Cfr. además sobre este caso: KLEFISCH, *MDR*, 1950,

En caso de que sea el tercer alpinista el que se desprende de sus compañeros de cordada, estaremos ante un estado de necesidad propio; si es otra persona quien lleva a cabo la acción de cortar la cuerda, el supuesto será subsumible en la colisión de deberes.

Pues bien, según SCHMIDT, el que corta la cuerda —sea el tercer alpinista, sea otra persona— puede apoyarse en estado de necesidad suprallegal justificante; esto debe ser así porque, aparte de que la conducta en cuestión tiene que ser considerada como socialmente razonable y moralmente correcta, el sujeto agente mantiene simplemente una oportunidad de salvación sin jugar al destino, es decir, sin modificar la fortuna de unos seres que ya están predestinados a morir⁸⁰. De forma muy distinta cree SCHMIDT que ha de ser enjuiciado el caso de *La Mignonette*.

En este caso de la vida real se produjeron los siguientes hechos: el día 5 de julio de 1884, el yate *La Mignonette*, que había salido de Southampton y que navegaba rumbo a

p. 260; OEHLER, JR, 1951, p. 494; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1953, p. 178; JAGUSCH, en *LK*, t. 1, 8.^a ed., 1957, § 54 n. 10; WELZEL, *Nuevo sistema*, 1964, p. 130; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 17, 27, 101, 104, 109, 110, 112 n. 101, 164, 173 y 179; WELZEL, *Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, p. 185; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 469; KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 339; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.^a ed., 1974, n.ºs marg. 76 y 179 previos al § 51; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., 1975, pp. 333 y 480; SAMSON, en *SK*, t. 1, 2.^a ed., 1977, § 34 n.º marg. 20; OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.^a ed., 1978, p. 3; PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch*, 30.^a ed., 1978, n. III 2 previa al § 32; PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 166 s.; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 92, 103 y 107; KÜPER, *Grund— und Grenzfragen*, 1979, pp. 40, 45 ss., 61 s., y 63; LENCKNER, en “*Schönke-Schröder*”, 20.^a ed., 1980, § 34, n.º marg. 24; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.^a ed., 1981, p. 143; TRIFFTERER, *Optisches Strafrecht AT*, t. 1, 1981, p. 121 s.

⁸⁰ Cfr. SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, col. 565.

Sidney (Australia), se hundió durante una fuerte tormenta junto a las costas de Madeira. Varios naufragos consiguieron subir a un bote salvavidas. En él permanecieron durante veinte días; cuando llevaban ya ocho días sin comer y seis sin beber, el capitán Dudley, de acuerdo con el piloto Stephens, decidió matar al más débil de todos ellos, que estaba a punto de morir: el grumete Parker. Una vez muerto éste, se alimentaron de su carne y bebieron su sangre. De esta manera sobrevivieron cuatro días más después de los hechos, hasta que fueron hallados por otro barco ⁸¹.

El proceso se vio ante la Queens Bench. La Sentencia les condenó a la pena de muerte en la horca; en sus funda-

⁸¹ Hay que hacer constar que este caso no representa una colisión de deberes, sino un estado de necesidad propio. Cfr. sobre él: SIMONSON, *ZStW*, t. 5, 1885, p. 36 ss.; von BAR, *Gesetz und Schuld*, t. 3, 1909, p. 264; NEUBECKER, *Zwang und Notstand*, t. 1, 1970, pp. 62, 222 y 229; JANSEN, *Pflichtenkollision*, 1930, p. 6; SIEGERT, *Notstand*, 1931, p. 35; SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, col. 565; PETERS, *JR*, 1950, p. 743; OEHLER, *JR*, 1951, p. 491; WEGNER, *Strafrecht AT*, 1951, p. 195; MEZGER, en *LK*, t. 1, 7.^a ed., 1954, n. 10 1 previa al § 51; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1955, p. 126; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 116; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1967, p. 93; WELZEL, *Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, p. 179; SPENDEL, en *Festschrift für Engisch*, 1969, p. 525; OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.^a ed., 1978, p. 1 s.; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.^a ed., 1978, p. 156 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 264); KIENAPFEL, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., 1979, p. 172; KÜPER, *Grund— und Grenzfragen*, 1979, pp. 41, 46, 49 y 61; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 91; GEILEN, *Strafrecht I AT*, 5.^a ed., 1980, p. 105; HAFT, *Strafrecht AT* 1980, pp. 64 y 107; KÜPER, *JuS*, 1981, p. 786 s.; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, p. 236 n. 1.

Respecto a la literatura española, cfr.: DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., pp. 7 y 30; JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Trabajos*, 1922, p. 272, y sobre todo 304 s.; SÁNCHEZ TEJERINA, *Estado de necesidad*, 1922, p. 10; DE CÓRDOBA, *RGLJ*, t. 160, 1932, p. 300; GOLDSCHMIDT, Werner, *REPol*, n.º 78, 1954, p. 57 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio*, t. 1, 1958, p. 264 n. 2; el mismo, *Curso*, t. 1, 1963, p. 383; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, 4.^a ed., 1963, p. 307; SAINZ CANTERO, *La exigibilidad*, 1965, p. 125 n. 45; MARCH DELGADO, *RFDUM*, vol. 8 n.º 19, 1964, p. 100; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.^a ed., 1976, p. 382; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. 1, vol. 1, 18.^a ed., 1980, p. 408, n. 3; RODRÍGUEZ DEVEESA, *Derecho penal PG*, 8.^a ed., 1981, p. 553 n. 16.

mentos se negaba la legítima defensa, pues no había precedido una agresión por parte de Parker; tampoco se reconocía el estado de necesidad, porque no era posible efectuar una ponderación de las vidas bajo el punto de vista utilitario de las perspectivas de supervivencia. En el texto de la resolución judicial se decía, además, lo siguiente: «A ninguna persona le está permitido, conforme a la ley de este país, acelerar la muerte de otro [...] No hay un principio general de Derecho que faculte a un hombre a atentar contra la vida de una persona en orden a preservar la suya propia. Este es un caso de homicidio premeditado, ni justificable ni excusable»⁸². En definitiva, se negó el estado de necesidad según la «common law».

Sin embargo, los condenados a muerte fueron indultados por la reina de Gran Bretaña, que les impuso únicamente la pena de privación de libertad durante seis meses⁸³.

En este caso — dice SCHMIDT— los procesados *eligieron* a su arbitrio a un marinero que estaba inmerso en el mismo peligro que los demás, con el objeto de matarle y alargar así la oportunidad de salvar la propia vida; es decir, que «se arrogaron una decisión que según nuestra concepción cultural y moral de valores no le compete a ningún hombre sino sólo a Dios»⁸⁴. Es, pues, esta intromisión en el destino, mediante una atribución que se encuentra fuera de la competencia de los hombres, lo que fundamenta la persistencia de la anti-juridicidad, tanto en el caso de *La Mignonette* como en los supuestos de «eutanasia»⁸⁵.

⁸² Cfr. OEHLER, JR, 1951, p. 491.

⁸³ Cfr. *ibidem*, p. 491.

⁸⁴ SCHMIDT, Eberhard, SJZ, 1949, col. 565.

⁸⁵ Eberhard SCHMIDT configura tres constelaciones de casos de comunidad de peligro: situaciones en las que una diferencia cuantitativa de vidas conlleva un "jugar al destino" (caso de *La Mignonette*): la conducta no puede estar justificada, sino a lo sumo exculpada; situaciones en las que la propia fortuna ha designado ya los que estaban destinados a morir (caso del escalador): la conducta está justificada; situaciones permitidas según el Derecho consuetudinario (caso del capitán que, en caso de naufragio, sólo permite subir a los botes salvavidas a las mujeres y a los niños): también aquí la conducta está justificada.

La impunidad, no obstante, —explica el mismo autor— se basa en la falta de culpabilidad; los médicos se encontraban en una *situación creada por el propio Estado* de la que no podían escapar sin culpabilidad moral comoquiera que se decidieran; tanto la acción como la omisión impuestas por el Estado determinan una carga moral para la conciencia en cualquier caso; ante esta situación, el Estado «ha *perdido todo derecho* de hacerle [sc. al autor] un reproche de culpabilidad jurídica»⁸⁶. La imposición de una pena ya no podría motivar a una conducta de otro tipo, si se volviera a repetir la situación; debe negarse el carácter delictivo de la conducta de los psiquiatras «*por falta del elemento normativo de la deficiencia de la motivación*»⁸⁷. La ausencia de este elemento normativo no es más que un caso de inexigibilidad, que SCHMIDT prefiere denominar «irreprochabilidad»⁸⁸. Queda configurada así una causa de exculpación supralegal: al haberse alcanzado una concepción material de la culpabilidad no es preciso, según este penalista, mantener un estricto positivismo jurídico en el ámbito de las causas de exculpación, que impida la construcción de causas supralegales⁸⁹.

⁸⁶ SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, col. 569; subrayados en el original.

⁸⁷ *Ibidem*, col. 569; subrayado en el original.

⁸⁸ Cfr. *ibidem*, col. 569.

⁸⁹ Cfr. *ibidem*, col. 570. De la misma manera que el descubrimiento de la antijuridicidad material permitió la aceptación de causas supralegales de justificación, el hallazgo del aspecto material de la culpabilidad sirvió de base para fundamentar causas supralegales de exculpación; sobre esto, cfr.: HENKEL, en *Festschrift für Mezger*, 1954, p. 252 y p. 297 n. 5; SAINZ CANTERO, *La exigibilidad*, 1965, p. 79; JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Criminalista* (2.^a serie), t. 4, 1960, p. 127 s.

En un importante trabajo sobre la colisión de deberes, GALLAS⁹⁰ estima que la alternativa ante la que se encontraban los médicos constituye un caso de conflicto de deberes irresoluble⁹¹. El ordenamiento jurídico fracasa aquí no por una contradicción interna de sus baremos de valor sino por la irracionalidad de la situación vital. Por lo tanto, la posibilidad de un conflicto irresoluble, de un *non liquet* en el ámbito del ordenamiento jurídico, no supone el abandono del principio de unidad del sistema normativo⁹². Este conflicto no se puede disolver en el marco de la antijuridicidad, puesto que los bienes jurídicos que coliden son imponderables:

«Para una ponderación de bienes determinada únicamente por consideraciones racionales y utilitaristas, efectuada aquí necesariamente de forma cuantitativa, la elección correcta no puede ser dudosa: los médicos que participaron, salvaguardaron el interés mayor. Sin embargo, un pensamiento jurídico para el que los valores jurídicos no son simples valores de utilidad, y que es consciente de la fundamentación del Derecho en las convicciones básicas de nuestro círculo cultural marcadas moralmente por el cristianismo y por la idea de humanidad, no puede contentarse con tal punto de vista. Antes bien, hay que ver en cada vida humana un valor personal incomparable, al que no se puede tratar como un simple quantum de una cuenta de pérdidas y ganancias»⁹³.

A juicio de GALLAS la elección de los médicos sobre quién tiene que ofrecer su vida para la sal-

⁹⁰ GALLAS, "Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund", publicado por vez primera en *Festschrift für Mezger*, 1954, pp. 311-334, y recogido también en sus *Beiträge zur Verbrechenlehre*, 1968, pp. 59-77. Las citas que aquí se hacen, corresponden a esta última obra.

⁹¹ Para GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 74, también el caso ideado por WELZEL del guardaguasas debe ser incluido en esta categoría.

⁹² Cfr. *ibidem*, pp. 73-74.

⁹³ *Ibidem*, p. 71.

vacación de los demás no puede ser decisiva para el ordenamiento jurídico, ni, por tanto, vinculante para los inocentes afectados; la prohibición de matar a una persona en beneficio de otras tiene que quedar en pie ⁹⁴.

Si los bienes jurídicos a los que se refieren los deberes en conflicto no ofrecen un criterio de preferencia de un deber sobre el otro, tampoco se resuelve el conflicto, según GALLAS, acudiendo a la naturaleza de los deberes: los médicos estaban vinculados por un deber jurídico, no moral ⁹⁵, de tutela frente a los enfermos desamparados; del contenido de este deber se deriva que los psiquiatras no sólo tenían que emplear los medios médicos en su beneficio, sino que, además, en caso de amenaza de peligro, tenían que disponer todas las medidas necesarias para su salvación; se trataba pues de un deber de acción, bajo la forma de un deber de garante ⁹⁶.

Mientras que PETERS otorga preferencia al deber de omitir la participación en la acción de aniquilamiento ⁹⁷, y WELZEL al deber de acción —o sea, al deber de salvar al máximo número de pacientes ⁹⁸—, GALLAS ⁹⁹, junto con Eberhard SCHMIDT ¹⁰⁰, llega a la conclusión de que no se puede constatar

⁹⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 71-72.

⁹⁵ Así también: von WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 247 ss.; KLEFISCH, *MDR*, 1950, p. 261. Cfr. además *supra* p. 70 ss. y pp. 93-95 n. 15

⁹⁶ Cfr. GALLAS, *Beiträge*, 1968, pp. 72-73; hay que hacer constar que este deber de garante sólo lo reconoce GALLAS para los directores de los establecimientos psiquiátricos, pero no para los demás facultativos que no ejercieran funciones directivas. También reconoce aquí un deber de garante LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 28 n. 83.

⁹⁷ Cfr. PETERS, *JR*, 1951, p. 745.

⁹⁸ Cfr. WELZEL, *ZStW*, t. 63, 1951, p. 50.

⁹⁹ Cfr. GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 73.

¹⁰⁰ Cfr. SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, col. 568.

ni la preferencia del deber de acción ni la preferencia del deber de omisión.

En consecuencia, como quiera que el sujeto agente se comporte *tiene que actuar antijurídicamente*¹⁰¹. Se ha alcanzado ya el punto en que lo «correcto» no puede determinarse de forma general, por lo que la ineludible elección entre las dos alternativas sólo puede efectuarse en la conciencia personal del obligado¹⁰².

Por lo que respecta a la culpabilidad, es sabido que GALLAS es el iniciador de la teoría que ve el objeto del juicio de culpabilidad en la actitud interna (*Gessinnung*) del sujeto¹⁰³. Conforme a esta teoría, el objeto de valoración de la culpabilidad no es el proceso de motivación como tal, según sostienen los partidarios de la concepción normativa, sino la actitud interna documentada en ese proceso; en la contravención dolosa de un deber jurídico esa actitud interna se manifiesta como enemiga del Derecho o bien como indiferente ante las reglas jurídicas, mientras que en las lesiones imprudentes de deberes se reprocha una actitud interna descuidada respecto al mundo de los bienes jurídicos¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cfr. GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 74; subrayado en el original.

¹⁰² Cfr. *ibidem*, p. 74.

¹⁰³ Cfr. *ibidem*, pp. 55 ss., 68-69 y 76; sobre el desarrollo y el grado de aceptación de esta teoría, cfr. JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 340 s. y n. 29 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 580 y n. 29).

En cuanto a la literatura española, parecen aceptarla: RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal PG*, 8.ª ed., 1981, p. 422: "Fundamentalmente [sc. la culpabilidad] radica en la actitud psíquica del sujeto [...]"; y, más claramente, RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Homenaje a Antón Oneca*, 1982, p. 521: "Las causas de exclusión de la culpabilidad desplazan la reprochabilidad por la formación de la voluntad del autor [...]."

¹⁰⁴ Cfr. GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 69.

Ahora bien, para GALLAS el ordenamiento jurídico no puede desaprobar la postura interna del sujeto que, en una situación que sólo deja espacio para una decisión personal, adopta esa decisión tras un examen realizado en conciencia, y que se dejar llevar en ello por consideraciones que atestiguan su respeto a los valores fundamentales del Derecho; no puede exigirse más que pureza de conciencia y actitud jurídica interna (*Rechtsgesinnung*) no censurable, cuando el Derecho tiene que abandonar la elección del deber a la responsabilidad personal¹⁰⁵. En los casos de «eutanasia» y en el del guardagujas —según el ejemplo ideado por WELZEL— le asiste por tanto al sujeto agente una causa de exclusión de la culpabilidad, porque no hay un defecto reprochable en la actitud jurídica interna del sujeto agente; junto a este fundamento se añade el de que la conducta realizada está al servicio de la conservación de bienes jurídicos, cuyo valor no es inferior al de los bienes jurídicos lesionados¹⁰⁶.

Así BOCKELMANN en 1951¹⁰⁷, HENKEL en 1954¹⁰⁸

¹⁰⁵ Cfr. *ibidem*, p. 76.

¹⁰⁶ Cfr. *ibidem*, p. 77.

¹⁰⁷ Cfr. BOCKELMANN, *ZStW*, t. 63, 1951, p. 45, empleando el argumento de que los dos deberes en conflicto eran de naturaleza moral; v. la crítica de este argumento *supra* pp. 93-95 n. 15.

¹⁰⁸ HENKEL, en *Festschrift für Mezger*, 1954, resuelve los casos de «eutanasia» mediante una causa de exculpación, ya que, en su opinión, se trata de la negación del reproche de culpabilidad por no estar configurada la voluntad de los autores de forma defectuosa desde el punto de vista jurídico; con otras palabras, por la falta del contenido normativo de la culpabilidad: la reprochabilidad (op. cit., p. 300). Para HENKEL no es el criterio de la inexigibilidad lo que fundamenta la exculpación, pues aquélla no es más que un criterio regulador carente de contenido normativo (op. cit., pp. 267, 298, 301 y, sobre todo, 304) que indica simplemente que hay que tener en cuenta las circunstancias de hecho que rodean al caso. Sin embargo, HENKEL

y JIMÉNEZ DE ASÚA ¹⁰⁹, se han manifestado a favor de la exclusión de la culpabilidad en los casos de «eutanasia» ¹¹⁰.

Ya se han visto las ideas que exponen los partidarios de la exclusión de la culpabilidad; ahora es el momento de abandonar el método expositivo y adoptar una perspectiva crítica. Y se puede empezar por las consecuencias que cabe extraer de esta concepción.

La consecuencia inmediata que se deriva de constituir la colisión de deberes equivalentes en causa que anula la culpabilidad del hecho es la *antijuridicidad en cualquier caso*: el cumplimiento de uno de los deberes a costa de otro de estos deberes en conflicto constituye siempre un injusto sea sea cual sea la posibilidad elegida. Ante tal deducción, las críticas no se han hecho esperar. Pues esto conlleva una contradicción que no se puede admitir en el ordenamiento jurídico, y que consiste en que el Derecho ordena hacer algo que hay que omitir y omitir algo que hay que hacer ¹¹¹.

resalta la intervención de la exigibilidad en todo el ordenamiento jurídico: no sólo en la teoría del delito (tipicidad y antijuridicidad, además de culpabilidad), sino también en otras ramas del Derecho no penales: Derecho civil, Derecho administrativo, y Derecho Internacional Público.

¹⁰⁹ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, p. 384.

¹¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, p. 384, sostiene que a lo sumo y si fuera cierto el "alegato" de que el puesto de los médicos hubiera sido ocupado por facultativos de las "SS", cabría la causa genérica y supralegal de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. Sin embargo, en op. cit., p. 383, configura este caso como un auxilio necesario, figura a la que JIMÉNEZ DE ASÚA pone estrechos límites en caso de equivalencia de bienes (op. cit., pp. 395-399). Respecto a la certeza de la sustitución de los médicos por otros, miembros de las "SS", ya se vio que este punto fue declarado hecho probado por la S. del OGH. En cuanto a la configuración de este caso como auxilio necesario, v. *infra* p. 275 ss.

¹¹¹ De esta manera: MEZGER-BLEI, *Strafrecht* AT, 15.ª ed.,

Si el cumplimiento de un deber a costa de otro es tan antijurídico como el cumplimiento del segundo a costa del primero, el Derecho ha perdido ya su capacidad de anudar a un hecho el predicado de antijuridicidad ¹¹².

La imposibilidad de resolver el conflicto en el marco del injusto, implica el reconocimiento de colisiones de deberes *irresolubles*. Precisamente esto también ha sido censurado porque supone cuestionar el principio de la unidad del ordenamiento jurídico ¹¹³. Se ha dicho que la exigencia de la ausencia de contradicciones del sistema normativo es incompatible con la opinión de que cualquier posible conducta en un conflicto de deberes sea considerada como antijurídica ¹¹⁴.

Por otro lado, si ambas formas de conducta (el cumplimiento de un deber a costa de otro y el cumplimiento de éste a costa del primero) son contrarias a Derecho, esto significa que el ordenamiento jurídico *renuncia a la protección de los dos*

1973, p. 240; BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.ª ed., 1977, p. 191. Cfr. además SUÁREZ MONTES, *La antijuridicidad en el finalismo*, 1963, p. 49: "Ahora bien, esta contradicción no se puede mantener en el sistema. Ello llevaría a la conclusión de que una acción concreta es al mismo tiempo justa y antijurídica, o con otras palabras, que tanto la *realización* como la *no realización* de una acción concreta sería antijurídica, cosa que no puede admitirse ni lógica ni jurídicamente. Es preciso romper el círculo por alguna parte" (subrayados en el original).

¹¹² En este sentido: KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 330; MEZGER-BLEI, *Strafrecht AT*, 15.ª ed., 1973, p. 240; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 86 previo al § 51; BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.ª ed., 1977, p. 191; DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 480; PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 174; LENCKNER, en "Schönke-Schröder", 20.ª ed., 1980, n.º marg. 117 previo al § 32.

¹¹³ V. *supra* pp. 61-62, n. 15.

¹¹⁴ En este sentido, KÜPER, *Grund— und Grenzfragen*, 1979, pp. 118 s. y 18 ss.

bienes jurídicos en cuyo interés están impuestos los deberes ¹¹⁵. Al Derecho no le interesa entonces la salvaguarda ni del uno ni del otro; ni del que está amenazado por un peligro ni del que resulta salvado por la conducta efectuada. Trasladado esto al caso de «eutanasia» reflejado anteriormente, supone que el Derecho renuncia tanto a la salvación de los enfermos, como a la evitación de que los ciudadanos participen en hechos delictivos.

En relación con lo anterior, hay que resaltar que la *función admonitoria o de llamada del tipo* resulta afectada —o mejor, anulada— cuando se mantiene la antijuridicidad de cualquiera de estas posibilidades. Puesto que si la acción salvadora es calificada como contraria a Derecho, igual que lo es el permanecer inactivo, no partiría del Derecho ni una llamada para salvar a los que se encuentran en peligro ni una llamada para evitar la participación delictiva ¹¹⁶. Para los que mantienen que el tipo ejerce una función motivadora ¹¹⁷,

¹¹⁵ Así, KÜPER, *Grund— und Grenzfragen*, 1979, p. 24; cfr. además del mismo autor op. cit., p. 32.

¹¹⁶ De esta manera, KÜPER, *Grund— und Grenzfragen*, 1979, pp. 24 y 32, si bien en referencia a la colisión de deberes de acción.

Sobre el concepto de la función admonitoria del tipo cfr.: JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 259 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 442); y en la literatura española: GIMBERNAT ORDEIG, *Cualificados*, 1966, pp. 55, 61 y 64; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 1979, p. 61; el mismo, en *La reforma del Derecho penal*, 1980, p. 140.

¹¹⁷ Son partidarios de la teoría de la motivación: MUÑOZ CONDE, en *Introducción a ROXIN Política criminal y sistema de Derecho penal*, 1972, p. 11 s.; MUÑOZ CONDE, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974, p. 316 ss.; el mismo, *Introducción*, 1975, p. 50 ss.; MIR PUIG, *Introducción*, 1976, p. 106 s.; MUÑOZ CONDE, *GA*, 1978, p. 73 ss.; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, pp. 219-220; GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, 1979, p. 35 s.; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 1979, p. 64 ss.; LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena*, 1979, p. 26; MIR PUIG, en *La reforma del Derecho penal*, 1980, p. 119 ss.; el mismo, *Adiciones*,

es aún más evidente que la motivación desaparecería si el ordenamiento jurídico no fuera capaz de determinar una manera de comportarse en conformidad con las normas penales.

Tampoco los criterios por los que se determina la exculpación, según los partidarios de la postura que estamos estudiando, son capaces de convencer. Para fundamentar la negativa a formular un juicio de culpabilidad se ha acudido a los elementos de «jugar al destino», de la elección del mal menor en la culpabilidad, y, de una forma más genérica, a la inexigibilidad de otra conducta o a la inexistencia de una actitud interna reprochable.

El primero de todos estos criterios ha sido formulado, como ya se ha visto, por Eberhard SCHMIDT, habiendo encontrado un eco bastante favorable en un sector de la doctrina ¹¹⁸. Es conveniente recor-

t. 1, 1981, p. 573; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.ª ed., 1981, pp. 113 ss. y sobre todo 142 (donde se recoge el artículo, aparecido por primera vez en 1970, que inicia la teoría); MUÑOZ CONDE, *Introducción a ROXIN Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 34 s.; el mismo, *Adiciones*, t. 1, 1981, p. 111 s.

Desde otro punto de vista también admite la función motivadora del tipo SAINZ CANTERO, *Lecciones*, t. 2, 1980, p. 302. Aun manteniendo una postura crítica respecto a la teoría de la motivación, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, 1981, pp. 118 s. y 133 s., admite la función motivadora del tipo.

¹¹⁸ También reconocen este criterio, aunque con otras formulaciones y con distintos efectos: KLEFISCH, *MDR*, 1950, p. 261: "designio de la fortuna"; OEHLER, *JR*, 1951, p. 493, denomina este criterio "anticipación al destino": la conducta no puede quedar exculpada si concurre tal "anticipación"; JAGUSCH, en *LK*, t. 1, 8.ª ed., 1957, § 54 n. 10: quien se convierte en "juez de la vida ajena" queda excluido de toda posibilidad de exculpación; WELZEL, *Nuevo sistema*, 1964, pp. 129-130, y *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 185, admite el auxilio necesario sólo en el caso en que uno de los dos que se encuentran en peligro esté ya irremediabilmente perdido; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 472, califica como uno de los principios rectores de la colisión de deberes el de que "no le está permitido

dar que para este penalista, el que mantiene su oportunidad de sobrevivir sin interferirse en el destino ya prefijado de muerte de los demás, se puede apoyar en una causa de justificación¹¹⁹. Este sería el caso del escalador que corta la cuerda y deja que se despeñen sus dos compañeros de cordada. Contra esta forma de pensar se han manifestado LENCKNER¹²⁰, LACKNER¹²¹, RUDOLPHI¹²² y KÜPER. Para este último el criterio de «no jugar al destino» vincula la justificación de una conducta a algo casual¹²³; además, presupone que la vida humana que está prácticamente perdida y destinada a la muerte, no merece ya protección por parte del ordenamiento jurídico; sin embargo, el

a nadie tomar sobre sí el papel del destino fatal”; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 179 previo al § 51: “jugar al destino”; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 408 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 686): “intervenir personalmente en el curso del destino”; OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, pp. 81 y 83, desarrolla, por su parte, el criterio de la “arrogación de oportunidades” (*Chancenannmassung*), conforme al cual no está permitido que una persona salvaguarde sus oportunidades de salvación a costa de las oportunidades de un tercero, siendo este criterio explicado posteriormente a lo largo de toda la obra de OTTO; PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 163, considera que la prohibición de jugar al destino es una pauta a tener en cuenta para resolver los conflictos de deberes; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 108, recoge el criterio de la “arrogación de las oportunidades” y se decide expresamente por la negación de la antijuridicidad en el caso del escalador; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, p. 142: “jugar al destino”.

¹¹⁹ OEHLER, *JR*, 1951, p. 494, llega a la insostenible conclusión de que en el caso del escalador ni siquiera se da una acción típica.

¹²⁰ Cfr. LENCKNER, en “*Schönke-Schröder*”, 20.ª ed., 1980, § 34 n.º marg. 24.

¹²¹ Cfr. LACKNER, 14.ª ed., 1981, § 34 n. 2 e aa.

¹²² Cfr. RUDOLPHI, *ZStW*, t. 78, 1966, p. 90 s., quien hace una crítica de este criterio en relación al problema de la participación.

¹²³ Cfr. para esto y para lo que sigue, KÜPER, *JuS*, 1981, p. 791 n. 54.

Derecho protege la vida de toda persona como una existencia actual, sin consideración al futuro que le pueda corresponder: cualquier lapso de tiempo de existencia humana, por muy corto que sea, constituye indiscutiblemente *vida*, que como tal merece la protección del ordenamiento jurídico. Por mi parte, recordaré también que la Sentencia dictada para enjuiciar el caso de *La Mignonette* argumentaba en sentido similar a KÜPER que a ninguna persona le está permitido *acelerar* la muerte de otra persona.

Si se admitiera —prosigue KÜPER— este criterio de «no jugar al destino» como elemento decisor para determinar la antijuridicidad o conformidad a Derecho, resultaría que la protección de bienes jurídicos quedaría reducida al aseguramiento de las posibilidades de sobrevivir y que la protección de bienes jurídicos se vería abandonada cuando ya no existiera ninguna posibilidad de supervivencia ¹²⁴.

A mi entender, el factor de «no jugar al destino», u otras formulaciones similares, no representa ningún punto de vista determinante sobre el juicio de antijuridicidad. Aparte de las consideraciones que con toda razón ha esgrimido KÜPER, da la impresión de que detrás de él se esconde la negación del nexo causal. Me explicaré con un ejemplo ya conocido: el del sujeto que corta la cuerda que une a un escalador con otros dos a los que éste no puede izar. Pues bien, cuando Eberhard SCHMIDT considera que el sujeto agente no juega al destino, en realidad está haciendo referencia a que no mo-

¹²⁴ Cfr. KÜPER, *Grund— und Grenzfragen*, 1979, pp. 60 y 121 s.; el mismo, *JuS*, 1981, pp. 789, 790 y 792. Siguiendo a KÜPER: SAMSON, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, § 34, n.º marg. 20; PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 168, quien contradictoriamente admite al mismo tiempo la prohibición de «jugar al destino» (op. cit., p. 163).

difica el acontecer de los hechos, lo que traducido a la terminología juridicopenal significa que su acción no es causal respecto al desenlace de muerte de los dos alpinistas despeñados. Pero desde el punto de vista de la teoría causal de la condición es evidente que no es así: al cortar la cuerda con un cuchillo ha acelerado el resultado; poco o mucho, eso no importa, pero la ha acelerado. Y por lo tanto es causal¹²⁵. Y es que toda colisión de deberes presupone necesariamente la reducción o la exclusión de las posibilidades de salvación del bien jurídico afectado. En otro caso, la conducta efectuada en conflicto de deberes no sería causal para un resultado típico y por tanto no habría necesidad, siquiera, de discutir la concurrencia de una eximente.

A la misma conclusión hay que llegar partiendo de la moderna teoría de la imputación objetiva¹²⁶,

¹²⁵ A estos efectos es irrelevante todo tipo de proceso causal hipotético; en referencia a los casos de "eutanasia", no juega ningún papel el hecho de que de no haber confeccionado los médicos las listas, otros hubieran designado los nombres de los enfermos destinados al aniquilamiento; en este sentido expresamente JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 226 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 383).

¹²⁶ La teoría de la imputación objetiva añade al elemento de causalidad la exigencia de que el nexo causal sea *significativo* para el ordenamiento jurídico. En este sentido, su fundador, HONIG, *Festgabe für Frank*, t. 1, 1930, p. 178 s., escribió lo siguiente: "Hay que añadir al juicio de causalidad, como otro juicio independiente, el juicio sobre la imputación objetiva, que tiene que examinar la cuestión axiológica de la trascendencia de la relación de causalidad para el ordenamiento jurídico, midiendo dicha trascendencia según los baremos que están dados por el propio ordenamiento jurídico". La tesis central de la teoría de la imputación objetiva consiste en afirmar la imputación de un resultado, si la conducta causante de éste ha creado un peligro desaprobado jurídicamente de que se produzca tal resultado y este peligro se ha realizado efectivamente en la concreta

pues el hecho de cortar la cuerda encierra el peligro de que se produzca el resultado de muerte de los escaladores que penden de ella y el resultado representa la realización efectiva de dicho peligro.

Si se tuviera en cuenta rigurosamente el criterio ideado por Eberhard SCHMIDT, habría que excluir la conformidad a Derecho de toda conducta efectuada en colisión de deberes, ya que, por pequeño que sea, siempre existe un cierto margen de «jugar al destino». Vémoslo con otro ejemplo: si un padre se encuentra ante la situación de que sus dos hijos están a punto de ahogarse y sólo tiene tiempo y fuerzas para salvar a un solo hijo y no a los dos a la vez, en la medida en que sus esfuerzos se dirigen a la salvación de uno de ellos, *empeoran* las perspectivas de que el otro sea recuperado de las aguas, y por consiguiente aumenta el riesgo de que el «destino fatal» se cumpla inexorablemente. Es consustancial a la colisión de deberes que la elección de un proceso de salvación perjudique al otro. El padre, realmente, «ha jugado al destino» del hijo que dejó abandonado a su propia suerte, es decir, su conducta ha sido causal respecto al resultado. Pero con ello, evidentemente, no se resuelve la cuestión de si este caso es contrario a Derecho o no lo es. La antijuridicidad no puede depender única y exclusivamente de la causalidad.

También le han surgido críticas a SCHMIDT por la aplicación a estos casos de la teoría del fin. Con razón ha dicho Armin KAUFMANN que la teoría del fin no es trasladable a los delitos de omi-

aparición del resultado. Sobre esta concepción, cfr. JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.º ed., 1978, p. 230 ss., con indicaciones bibliográficas en p. 230 n. 39 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 389 ss. y n. 39). Además de los autores allí citados, cfr. HAFT, *Strafrecht AT*, 1980, p. 45 ss.

sión, y en definitiva a la problemática de la colisión de deberes, pues ya se aclaró anteriormente que es presupuesto de esta figura la existencia de, por lo menos, un deber de acción; la omisión no puede ser concebida como un «medio» dirigido a un fin y además no se puede contestar a la pregunta de qué tipo de medio debe intervenir para alcanzar el fin de la norma preceptiva ¹²⁷.

Por lo que respecta a la opinión de WELZEL de que la elección del mal menor, en sentido cuantitativo, excluye la culpabilidad, ha sido objeto también de contundentes críticas. En primer lugar llama la atención que WELZEL efectúe una doble ponderación de deberes: una en el ámbito de la antijuridicidad y otra en el ámbito de la culpabilidad. La valoración de los deberes en conflicto sólo puede ser única y con validez para todas las categorías de la teoría del delito. En este sentido dice GALLAS:

«La cuestión de la validez y de la ordenación jerárquica de los deberes en colisión sólo puede ser decidida por el ordenamiento jurídico en un único sentido —igual para el ámbito del injusto que para el ámbito de la culpabilidad— ¹²⁸.

WEZEL quiere hacer depender la exclusión de la culpabilidad ¹²⁹ de que el autor se decida por el principio del mal menor, dando entrada en la

¹²⁷ Cfr. KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 136; desde otro punto de vista, también está en contra de aplicar la teoría del fin a la colisión de deberes, MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 459, n. 28.

¹²⁸ GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 76.

¹²⁹ Contra el concepto de culpabilidad como "reprochabilidad social" mantenido por WELZEL: OEHLER, *JR*, 1951, p. 492.

valoración de la culpabilidad una ponderación de vidas en sentido cuantitativo, lo que precisamente el creador del finalismo había considerado insuficiente en el ámbito de la antijuridicidad ¹³⁰.

Pero es que además, si se admite —como WELZEL hace— que los médicos en el caso de «eutanasia» optaron por el mal menor, entonces lo que habría que reconocerles sería una causa de justificación y no de exculpación, puesto que el estado de necesidad justificante está previsto precisamente para los casos en que se produce un mal menor ¹³¹. Desde otra perspectiva también se puede llegar a esta misma conclusión: recordemos que WELZEL llega a afirmar que los médicos, y en su lugar cualquier otro ciudadano, han actuado de forma correcta y que incluso el Juez hubiera tenido que actuar de la misma manera ¹³². Contra este punto de vista opino junto con otros autores ¹³³ que, si fuera cierto, tendría que implicar una causa de justificación. Pues si el sujeto agente, y cualquier otro en su lugar, se ha comportado correctamente, no cabe cubrir ya la conducta con un juicio de antijuridicidad.

¹³⁰ En este sentido, GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 76. Siguiendo a GALLAS: KÜPER, *JuS*, 1971, p. 477; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1975, p. 480; LANG-HINRICHSSEN, en *Festschrift für Bärmann*, 1975, p. 591.

¹³¹ El argumento es de LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 30 n. 88; el mismo, en "*Schönke-Schröder*", 20.ª ed., 1980, n.º marg. 117 previo al § 32.

¹³² Cfr. WELZEL, *ZStW*, t. 63, 1951, p. 54, donde considera que "se ha actuado correctamente respecto a la Etica"; sin embargo, años más tarde, en su *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 184, excluye toda referencia a la Etica.

¹³³ En este sentido: LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 30 n. 88; KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 338; LANG-HINRICHSSEN, en *Festschrift für Bärmann*, 1975, pp. 591-592; PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 176; ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, pp. 63 y 88.

Aparte de estos criterios particulares que pretenden, sin conseguirlo, reconducir la impunidad al ámbito de la culpabilidad, se reconoce que el fundamento de la exclusión de la culpabilidad operada en el caso de «eutanasia» consiste bien en la imposibilidad de comportarse de otra manera bien en la actitud interna irreprochable.

Es cierto que un análisis crítico de estos dos tipos de fundamentación me llevaría demasiado lejos y me apartaría del tema central que me ocupa. Sin embargo, creo que puede bastar aquí una alusión a las objeciones más importantes que se han dirigido contra estas tesis. Vayamos pues con ellas.

A la concepción normativa de la culpabilidad se le ha censurado en primer lugar que toma un punto de partida indemostrable: el libre albedrío¹³⁴. Puesto que si en determinadas circunstancias no se exige una conducta adecuada a la norma, ello presupone que cuando no concurren dichas circunstancias, se le puede hacer al autor el reproche de una infracción penal por no haberse comportado de otra manera. A su vez, esta posibilidad de comportarse de otra manera, es decir: conforme a la norma, da por sentado que el autor era libre para determinarse y elegir un tipo de conducta. Ahora bien, cuando el presupuesto inicial de toda esta construcción —el libre albedrío— se constata como una aseveración indemostrable, tampoco puede admitirse la inexigibilidad como fundamento de las causas de exclusión de la culpabilidad.

¹³⁴ Para esta crítica cfr. respecto a la doctrina española las obras citadas *supra* pp. 124-125 n. 117, de los partidarios de la teoría de la motivación. Cfr. Además OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, 1981, pp. 126, 127, 161 y 164.

El propio criterio de la inexigibilidad¹³⁵ sufrió un ataque definitivo por obra precisamente de un normativista: HENKEL¹³⁶, quien demostró que la exigibilidad no podía constituir el contenido normativo de la culpabilidad, puesto que era una fórmula vacía y tautológica¹³⁷; de ahí se deducía que su contrapartida —la inexigibilidad— no constituía una causa supralegal de exculpación¹³⁸. La exigibilidad o la inexigibilidad no se configuran, según HENKEL, como principios jurídicos *normativos*, ya que estos contienen en sí mismos los baremos de valoración y expresan las pautas generales dadas por el legislador para la toma de decisiones por parte de los órganos jurisdiccionales¹³⁹. La exigibilidad o inexigibilidad son más bien principios jurídicos *regulativos*¹⁴⁰, cuyo objetivo es atender a las concretas circunstancias de hecho en aquellos casos en que la norma no puede determinar un criterio fijo ante las múltiples posibilidades que se pueden presentar. Por consi-

¹³⁵ Sobre el principio de exigibilidad resulta fundamental en la ciencia penal española la obra de SÁINZ CANTERO, *La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, 1965; cfr. además, entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Criminalista*, t. 2, Buenos Aires, 1950, p. 329 ss.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas*, t. 2, 3.ª ed., 1955, p. 6 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, "El sujeto del delito (el hombre imputable, culpable y peligroso) en la legislación de Bolivia", *El Criminalista* (2.ª serie), t. 4, Buenos Aires, 1960, pp. 53-145; SÁINZ CANTERO, *ADPCP*, t. 13, 1960, p. 419 ss.; el mismo, *RGLJ*, t. 46, N. S., 1963, pp. 52-78; JIMÉNEZ DE ASÚA, "La culpabilidad y su concepción normativa", *El Criminalista* (2.ª serie), t. 1, 2.ª ed., Buenos Aires, 1970, pp. 151-154; el mismo, *Tratado*, t. 6, 2.ª ed., 1975, pp. 930-1039.

¹³⁶ HENKEL, en *Festschrift für Mezger*, 1954, pp. 249-309; HENKEL sostiene en este artículo que el objeto de reproche de la culpabilidad es la formación de la voluntad, por lo que se acerca a la concepción de GALLAS.

¹³⁷ Cfr. HENKEL, en *Festschrift für Mezger*, 1954, p. 304.

¹³⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 295 y 305.

¹³⁹ Cfr. *ibidem*, p. 303.

¹⁴⁰ Cfr. *ibidem*, p. 304.

guiente, estos principios regulativos constituyen un frecuente recurso del legislador, que éste ha utilizado no sólo en la culpabilidad, sino también en la formación de los tipos o en la esfera del injusto¹⁴¹ y no sólo en el Derecho penal, sino también en el civil, administrativo o internacional público¹⁴².

La crítica de HENKEL, si bien centraba en sus justos términos el cometido de la exigibilidad, suponía al mismo tiempo un golpe mortal para la teoría normativa tradicional: dada la identificación entre exigibilidad y contenido del reproche de culpabilidad¹⁴³, ¿qué es lo que se reprocha realmente al culpable si la exigibilidad es una fórmula vacía?

Además de estas objeciones contra el libre albedrío y contra la inexigibilidad, se ha resaltado la contradicción que supone que un mismo ordenamiento jurídico obligue a una determinada conducta en el ámbito de la antijuridicidad, y luego desligue de esa misma obligación en el ámbito de la culpabilidad. De esta manera, lo debido objetivamente se reduciría subjetivamente a lo pedido¹⁴⁴.

¹⁴¹ Cfr. *ibidem*, p. 268 ss.

¹⁴² Cfr. *ibidem*, p. 260 ss.

¹⁴³ Cfr. *ibidem*, p. 249.

¹⁴⁴ En este sentido GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 68. De forma similar: BAUMANN, *Grundbegriffe*, 4.ª ed., 1972, p. 102, que reconoce que si se admite una causa general de exclusión de la culpabilidad, existiría "el peligro, que no se debe minusvalorar, de que el ordenamiento jurídico *renunciara a sí mismo* si se arredrara ante toda exigencia de una conducta conforme a la norma (y ante la exigencia de inconvenientes e incomodidades)" (el subrayado es mío); OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, p. 115: "Si el ordenamiento jurídico no exige al autor otra conducta, aquél pone de manifiesto que no desaprueba la forma de conducta de éste. Pero entonces falta ya la antijuridicidad"; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, p. 238:

En referencia al estado de necesidad exculpante se ha puesto de manifiesto que la inexigibilidad no es capaz de conferirle una base sólida. Los antiguos §§ 52 y 54 y el actual § 35¹⁴⁵ están redactados de forma objetiva: si la exculpación sólo dependiera de la coacción subjetiva a la que está sometido el sujeto agente¹⁴⁶, sería inexplicable por qué el legislador alemán ha vinculado el estado de necesidad exculpante a la existencia objetiva de una situación de necesidad¹⁴⁷. Por la misma razón, la idea de la inexigibilidad no da una explicación convincente del hecho de que el estado de necesidad exculpante se limite a los bienes de vida, integridad física o libertad. Pues la presión motivadora puede ser igual de fuerte cuando otros bienes jurídicos corren un peligro, como por

“La formulación ‘exigibilidad/inexigibilidad’ sólo puede designarse como desafortunada, porque estas expresiones despiertan una penosa impresión: como si el ordenamiento jurídico no tomara en serio sus propias exigencias y limitara, por así decirlo, de nuevo en la culpabilidad lo que ‘exige’ en el injusto” (cfr. además op. cit., p. 408).

Cfr. otras críticas en SÁINZ CANTERO, *La exigibilidad*, 1965, p. 27 ss., respecto a la doctrina alemana.

¹⁴⁵ V. *infra* Apéndice 2.1.1, §§ 52 y 54, y 2.1.3, § 35.

¹⁴⁶ En la doctrina española se resaltó ya tempranamente por DE CÓRDOVA, *RGLJ*, t. 160, 1932, pp. 289-316, que la conducta efectuada en una situación de necesidad puede ser llevada a cabo con absoluta frialdad de ánimo. Sobre este punto cfr. además, entre otros, KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 154, y bibliografía citada en n. 162; RUDOLPHI, *ZStW*, t. 78, 1966, p. 75 n. 30; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.º ed., 1981, p. 163 y n. 27.

¹⁴⁷ Así LENCKNER, en “*Schönke-Schröder*”, 20.º ed., 1980, n.º marg. 111 previo al § 32. RUDOLPHI, *ZStW*, t. 78, 1966, pp. 81 y 84, ha intentado explicar la redacción objetiva de los antiguos §§ 52 y 54 StGB, aludiendo a que tales preceptos producen una atenuación de lo injusto: ya que en ellos se trata de una delimitación de la atenuación del injusto, se requiere de una tipificación generalizada como es propio, por ejemplo, de las causas de justificación; sobre este tema, v. *infra*, p. 196 s.

ejemplo sucede si alguien está a punto de perder todos sus bienes materiales en un incendio ¹⁴⁸.

Que la inexigibilidad no constituye el fundamento del estado de necesidad exculpante, también lo demuestra la existencia de los requisitos o límites de esta circunstancia de exculpación. Cuando concurren determinados elementos, como la provocación de la situación de necesidad o la obligación de soportar el peligro, desaparece —según esto— el efecto exculpante del estado de necesidad. Partiendo de la inexigibilidad, se plantea una alternativa: o bien la situación de necesidad exculpa, con lo que en los casos en que entren en juego esas limitaciones se estaría penando realmente a inocentes, y el principio *nulla poena sine culpa* resultaría así quebrantado; o bien queda garantizado el principio de culpabilidad, de manera que en los casos de provocación o de obligación de arrostrar el peligro se está castigando realmente a sujetos culpables. Pero entonces el antiguo § 54 y el actual § 35 no pueden albergar una causa de exculpación. La inexistencia de una situación de necesidad no podría ser ni presupuesto de la culpabilidad ni elemento de ésta ¹⁴⁹.

La teoría que configura la culpabilidad como una falta censurable de actitud jurídica interna,

¹⁴⁸ En este sentido, LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.ª ed., 1980, n.º marg. 111 previo al § 32.

¹⁴⁹ De esta forma KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 153-154. En sentido similar: LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 11, n. 22; RUDOLPHI, *ZStW*, t. 78, 1966, pp. 75-76; ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 1972, p. 41; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 1979, p. 70; el mismo, en *La reforma del Derecho penal*, 1980, p. 146; LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.ª ed., 1980, n.º marg. 111 previo al § 32; ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, pp. 63, 151 ss. y 190 s.; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.ª ed., 1981, p. 163.

expresada en una acción típica y antijurídica¹⁵⁰, ha sido atacada desde varios puntos de vista. Como intento de constituir un concepto material de culpabilidad, la teoría iniciada por GALLAS no es capaz de determinar los criterios por los cuales una actitud interna es desaprobada en un caso y no en otro¹⁵¹. Desde una perspectiva de Derecho positivo, la teoría de la actitud interna no fundamenta tampoco los límites o excepciones del estado de necesidad; pues estos son de naturaleza objetiva y no se pueden explicar suficientemente por diferencias de la actitud interna¹⁵². Se ha dicho además que el Derecho penal de un Estado social al servicio de la protección de la sociedad no tiene por objeto desvalorar la actitud interna¹⁵³. El objeto del Derecho penal son los hechos que ponen en peligro bienes protegidos jurídicamente, por lo que desde el Derecho romano se ha considerado que la voluntad no delinque, es decir, que la esfera de la intimidad del pensamiento o de la conciencia de un individuo constituye un límite infranqueable para el Derecho penal. Esta frontera del *ius puniendi* no puede tampoco ser sorteada en la esfera de la culpabilidad, dando entrada en ella a consideraciones del

¹⁵⁰ Así la definición de JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 345 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 587).

¹⁵¹ En este sentido, ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 64; cfr., frente a esto, JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 340 n. 29 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 580 n. 29), quien se defiende de la crítica de ROXIN manifestando que los criterios a utilizar aquí son los mismos con arreglo a los cuales se enjuicia la culpabilidad en la medición de la pena.

¹⁵² Esta crítica también procede de ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 64 s.

¹⁵³ En este sentido MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 1979, p. 50 y p. 65 n. 90; el mismo, en *La reforma del Derecho penal*, 1980, pp. 133-134 y p. 142 n. 90. Cfr. además, MIR PUIG, *ADPCP*, t. 26, 1973, p. 332.

fueron interno que escapan por completo a la competencia y objetivos del Derecho penal. El principio *cogitationis poenam nemo patitur* debe inspirar todas las categorías del delito¹⁵⁴.

Después de todas estas consideraciones críticas cabe llegar a la conclusión de que la exclusión de la culpabilidad no es solución admisible para la conducta de los psiquiatras de la época nazi. Sobre todo porque la afirmación de la antijuridicidad de cualquiera de las opciones posibles es incompatible con un ordenamiento que tiene por pretensión ser único y coherente, y no se adecúa a un Derecho penal cuyos tipos están destinados a proteger bienes jurídicos. Pero además es inadmisibles esta postura, porque los criterios por los que se rige la exculpación son o bien contradictorios, como en el caso del mal menor en la esfera de la culpabilidad, o bien desconocen —otra vez— el fin de la protección de bienes del Derecho penal y pretenden excluir una causalidad evidente, como cuando se arbitra la solución en base al criterio de «no jugar al destino». Tampoco los fundamentos generales de exculpación, como la inexigibilidad o la actitud interna irreprochable, responden convincentemente a éste y a otros muchos problemas de la teoría del delito.

Tal vez la clave de los conflictos de deberes se encuentre en un estadio previo al de la culpabilidad, como el creado por MAURACH y que este autor denomina responsabilidad por el hecho.

¹⁵⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal* PG, tt. 1 y 2, 2.ª ed., 1981, p. 35: "Con razón dice Bricola que el dogma del acto ('*cogitationis poenam nemo patitur*') resulta violado no sólo por la incriminación directa de una actitud interna, sino también por la penalización de un hecho utilizado meramente como síntoma de dicha actitud".

3.1.3. *La causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho*

El punto de partida que MAURACH adopta es el convencimiento de que la inclusión del dolo en el tipo llevada a cabo por el finalismo tiene que transformar necesariamente el concepto de culpabilidad¹⁵⁵. Pero el finalismo no ha sido capaz, en su opinión, de superar la heterogeneidad de los componentes de la culpabilidad; por ello este autor prefiere distinguir dos elementos: responsabilidad por el hecho y culpabilidad, desdoblado así el contenido tradicional de la culpabilidad; ambos elementos están agrupados bajo el supra-concepto de la atribuibilidad (*Zurechenbarkeit*)¹⁵⁶.

El primer nivel de la atribuibilidad es el de la responsabilidad por el hecho.

«La comisión de un injusto típico no fundamenta todavía por sí sola responsabilidad. Al causante de tal hecho solamente se le puede responsabilizar de éste si realmente *fue su propio hecho*. Responder significa tener que contestar por algo, sea este algo bueno o malo [...]. Pero sólo se puede contestar por algo cuando este «algo» (o expresado de forma concreta: el hecho) ha sido el hecho propio del que lo ha causado. No será éste el caso cuando en la formación de la voluntad del autor han *contribuido factores externos, reconocidos por el Derecho positivo, que han sido tan decisivos*, que si bien todavía se puede hablar de una acción, no cabe hablar de una acción tal que corresponda a la personalidad del autor»¹⁵⁷.

Responsable en este sentido lo es tanto el imputable como el inimputable, el cuerdo como el loco, el niño como el adulto; pues la responsabilidad por el hecho resulta simplemente de la exis-

¹⁵⁵ Cfr. MAURACH, *Schuld und Verantwortung*, 1948, p. 30.

¹⁵⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 36 ss. y 44.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 37; subrayados en el original.

tencia de una estructura social, y de esta categoría, por sí sola, no se deriva ningún tipo de consecuencias jurídicas¹⁵⁸. Lo esencial de la responsabilidad por el hecho es que el ordenamiento desaprueba a un autor por el injusto típico que ha llevado a cabo¹⁵⁹.

La culpabilidad, como segundo nivel de la atribubilidad, no supone, sin embargo, una desaprobación, sino un reproche; una vez que el ordenamiento ha efectuado esa desaprobación hay que determinar si el autor estaba en condiciones de reconocer el alcance de su hecho y de dirigir su voluntad según este conocimiento; si esto es así, entonces será posible dirigir un reproche¹⁶⁰. Por lo tanto, la responsabilidad por el hecho es un elemento previo a la culpabilidad y que fundamenta la propia culpabilidad¹⁶¹.

La desaprobación que supone la responsabilidad por el hecho indica que el autor, en una situación concreta, ha sido distinto de los demás; sin embargo, el objeto de reproche de la culpabilidad es el reconocimiento de que el autor fue distinto en el momento decisivo, a causa de su capacidad de enjuiciamiento y dirección, de como él mismo podría ser¹⁶².

En tanto que la comisión de un injusto típico por el que responde de su hecho constituye un delito (*Verbrechen*), el hecho punible (*Straftat*) es el resultado de la afirmación de la culpabilidad. El hecho punible supone un plus respecto al delito, plus que resulta condicionado por la culpabilidad¹⁶³.

¹⁵⁸ Cfr. *ibidem*, p. 37.

¹⁵⁹ Cfr. *ibidem*, p. 38.

¹⁶⁰ Cfr. *ibidem*, p. 38.

¹⁶¹ Cfr. *ibidem*, p. 39.

¹⁶² Cfr. *ibidem*, p. 39.

¹⁶³ Cfr. *ibidem*, pp. 38-39.

Esta diversificación de elementos elaborada por MAURACH tendrá que influir necesariamente en la esfera negativa de la culpabilidad. En efecto: lo que para la doctrina dominante son causas de exclusión de la culpabilidad, para este autor constituyen causas de exclusión de la responsabilidad.

En todas estas últimas causas se trata de presunciones tipificadas legalmente: la Ley estatuye situaciones excepcionales perfiladas taxativamente, como la situación de necesidad, la coacción o los motivos pasionales de exceso en la legítima defensa, suponiendo sin más sus efectos en el autor; es más: se le prohíbe al Juez investigar si la acción desaprobada jurídicamente estuvo realmente condicionada por las causas supuestas por la Ley ¹⁶⁴. Si se da la situación perfilada de forma objetiva y generalizada, corresponde el beneficio jurídico a cualquier autor, siendo indiferente que dicha situación haya sido capaz o no de obrar sobre el autor, determinando su voluntad ¹⁶⁵. También los niños y los enfermos mentales (a los que les asiste una auténtica causa de exclusión de la culpabilidad) pueden apoyarse en estas causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho ¹⁶⁶. Estas causas, a diferencia de las que excluyen la antijuridicidad, están fijadas taxativamente por la Ley, por lo que no es admisible su origen supralegal ¹⁶⁷.

Respecto a los casos de «eutanasia», MAURACH les asigna una causa basada en el estado de ne-

¹⁶⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 42-43.

¹⁶⁵ Cfr. *ibidem*, p. 43.

¹⁶⁶ Cfr. *ibidem*, p. 43. Hay que recordar que, anteriormente, en su *Kritik der Notstandslehre*, 1935, p. 85 ss., MAURACH consideró el estado de necesidad del § 54 como una conducta "no prohibida" o "neutralizada", opinión que modifica a partir de 1948.

¹⁶⁷ Cfr. MAURACH, *Schuld und Verantwortung*, 1948, p. 44; el mismo, *Grundriss*, 1948, p. 95.

cesidad del § 54 que excluye este elemento previo a la culpabilidad que es la responsabilidad por el hecho ¹⁶⁸.

La teoría de MAURACH, sin embargo, tampoco arroja luz sobre los casos que estamos estudiando. Ante todo, porque también ella está sometida a la crítica de la «antijuricidad en cualquier caso» con la que ya se rebatieron las teorías de la exculpación: al encontrarse la categoría de la responsabilidad por el hecho en un plano intermedio entre injusto y culpabilidad, ello quiere decir que se mantiene el carácter antijurídico de las dos posibilidades que se les presentaron a los médicos. Ya se ha visto además ¹⁶⁹ que los antiguos preceptos sobre estado de necesidad del Código penal alemán estaban configurados tan estrechamente que no podían dar cabida a los casos que aquí analizamos. No es posible, pues, atribuir a esos médicos una causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho basada en el § 54, puesto que el auxilio necesario que este párrafo regula sólo alcanza al necesitado que sea pariente del sujeto agente. El propio MAURACH fue consciente, con posterioridad, de lo insostenible de esta base legal, por lo que se vio obligado a reconocer una causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho no regulada expresamente en el Código ¹⁷⁰. Pero al buscar esta salida, MAURACH se contradecía consigo mismo, ya que según sus propias palabras, las causas que excluyen la categoría por él inventada han de estar taxativamente fijadas por la Ley ¹⁷¹.

De otro lado, la concepción de MAURACH, como la de los autores vistos anteriormente, no es ca-

¹⁶⁸ Cfr. MAURACH, *Grundriss*, 1948, p. 94.

¹⁶⁹ V. *supra*, p. 40 s.

¹⁷⁰ Cfr. MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1971, p. 394.

¹⁷¹ Cfr. de nuevo las obras citadas *supra* p. 141 n. 167.

paz de conferir un fundamento convincente a los requisitos del estado de necesidad: ¿cómo es posible decir que le está prohibido al Juez investigar si la situación de necesidad condicionó realmente la acción, cuando el propio precepto del estado de necesidad requiere dicha investigación para los que han provocado esa situación¹⁷²? ¿Cómo puede constituir el estado de necesidad una presunción general cuando a determinadas profesiones o cargos se les excluye de su radio de acción?

No se puede fundamentar una categoría como la de la responsabilidad por el hecho, alegando que el autor se ha comportado de forma «distinta de los demás». Eso no es decir nada. Con estas mismas palabras podríamos estar refiriéndonos a la realización del tipo, a la antijuridicidad o a la culpabilidad¹⁷³. Además, si la responsabilidad por el hecho consiste en una desaprobación por parte del ordenamiento jurídico, ello hace muy difícil la diferenciación de esta categoría con la de la antijuridicidad.

Contra la teoría de la responsabilidad por el hecho también se pueden aducir, entre otras¹⁷⁴,

¹⁷² Cfr. respecto a esto KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 164.

¹⁷³ En este sentido KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 159-160.

¹⁷⁴ Respecto a las críticas dirigidas contra las consecuencias que se derivan de esta teoría cfr.: KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 165 n. 187; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 161 previo al § 51; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 348 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 592); ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 69 s. En cuanto al grado de aceptación de esta teoría en la dogmática española, cfr. MIR PUIG, *Adiciones*, t. 1, 1981, p. 593. Téngase en cuenta además la exposición de la teoría de MAURACH efectuada por SÁINZ CANTERO, *La exigibilidad*, 1965, pp. 33 y 59 ss., y su toma de postura contra ella en p. 62.

algunas observaciones de tipo sistemático: lo lógico es tratar de forma más benigna la inimputabilidad o el error de prohibición inevitable que las situaciones de necesidad, y por lo tanto emplazar aquéllas en un lugar previo de la teoría del delito, exactamente al contrario de lo que ocurre con la construcción de MAURACH¹⁷⁵. Y lo lógico es también que la posibilidad de comprensión de lo injusto se decida antes y no después de la cuestión de si se puede actuar o no según esa comprensión¹⁷⁶. Al colocar MAURACH el estado de necesidad en un momento anterior al de la culpabilidad, quedan trastocadas las reglas lógicas de la teoría del delito.

Por todas estas razones hay que rechazar la teoría de la responsabilidad por el hecho. Veamos, por tanto, cómo se las arreglan los partidarios de la exclusión de la antijuridicidad para resolver estos conflictos de deberes equivalentes.

3.1.4. *La causa de justificación*

KLEFISCH, KERN, Hellmuth MAYER, SAUER y BRAUNECK se han mostrado partidarios de la exclusión del injusto de la conducta de los médicos, admitiendo que estos se encontraban cubiertos por una causa de justificación.

KLEFISCH actuó como defensor en uno de los procesos de «eútanasia», expresando sus opiniones en un artículo aparecido en 1950¹⁷⁷. Para fundamentar su solución toma como punto de partida

¹⁷⁵ Así: KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 163; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 161 previo al § 51.

¹⁷⁶ En este sentido HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 161 previo al § 51.

¹⁷⁷ KLEFISCH, *MDR*, 1950, pp. 258-265.

el estado de necesidad supralegal bajo la forma de una auténtica colisión de deberes y con efectos plenamente justificantes. Los dos deberes contrapuestos son por un lado el deber médico de auxiliar a tantos pacientes y con tanta intensidad como sea posible y por otro, el deber vinculante para todo ciudadano de mantenerse alejado de la participación en un delito; ya que el deber de mayor valor es el de socorrer a los pacientes, resulta justificada y no meramente exculpada la forma de comportamiento de los psiquiatras¹⁷⁸.

De forma alternativa, y si no se acepta la configuración de estos casos como una colisión de deberes, KLEFISCH intenta demostrar que se puede llegar a la misma solución aplicando las reglas generales del estado de necesidad como colisión de bienes; en efecto, del principio de la ponderación de bienes se deriva que quien salva la vida de miles de personas mediante el único medio posible de abandonar a uno o algunos a su suerte, está salvaguardando el interés de mayor valor, por lo menos desde el punto de vista de los intereses generales^{178 a}. En este sentido se pregunta KLEFISCH:

«¿Se puede considerar correcta la frase, que necesariamente resulta de la opinión de la Alta Corte de Justicia para la Zona Británica, de que los médicos también se hubieran tenido que apartar de la acción [sc. de aniquilamiento], si mediante el abandono de un único insalvable hubieran podido salvar a otros 999 enfermos a su custodia, siendo su salvación sólo posible mediante el abandono de esa única persona?»¹⁷⁹.

Para KLEFISCH la respuesta es negativa: la propia razón impide considerar la salvación de la

¹⁷⁸ Cfr. *ibidem*, p. 261.

^{178 a} Cfr. *ibidem*, p. 260.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 260.

mayoría como un injusto¹⁸⁰. En definitiva, se está aplicando aquí un criterio exclusivamente *cuantitativo*: siendo mayor la cantidad de las vidas humanas salvadas que la cantidad de las sacrificadas, la conducta debe considerarse justificada por el principio de la ponderación de bienes.

La misma solución hay que aplicar, según este abogado, al siguiente caso imaginado por él mismo:

Un barquero tiene que trasladar a un grupo de niños de una orilla a otra del río durante una tormenta. En medio de ésta se da cuenta de que la embarcación hace agua y que sólo podrá poner a salvo en la otra orilla a una parte de los niños. En consecuencia, echa por la borda a algunos de ellos para salvar así a los demás¹⁸¹.

El barquero estará justificado si consigue así mantener con vida a un mayor número de niños.

Las razones de la negación del injusto en estos casos resultan apoyadas por la consideración de que el sentimiento profano de una persona sin conocimientos técnicos sobre el Derecho es contrario a considerar la conducta de los médicos como un hecho antijurídico, como algo contrario al Derecho; otra persona que se encontrara en las mismas circunstancias hubiera actuado de igual forma que los acusados¹⁸².

En consecuencia, KLEFISCH admite la conformidad a Derecho, con lo cual —en rigor— debería

¹⁸⁰ Cfr. *ibidem*, p. 260.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 261; cfr. además sobre este caso: PETERS, *JR*, 1950, p. 743; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 27 y 104; OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, pp. 52 y 107; PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 170; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 108; KÜPER, *Grund-und Grenzfragen*, 1979, pp. 49, 51 y 61; LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.ª ed., 1980, § 34 n.º marg. 24; KÜPER, *JuS*, 1981, p. 786.

¹⁸² Cfr. KLEFISCH, *MDR*, 1950, pp. 260 y 263.

desaparecer la posibilidad de que los propios afectados o terceras personas en su defensa reaccionen contra la conducta de los médicos. Sin embargo, este autor sostiene al respecto una posición especial: el principio tradicional de que la antijuridicidad de la agresión es el criterio indispensable para la admisibilidad de la legítima defensa, le parece muy anticuado y llega a la conclusión de que una acción puede estar también despojada de la antijuridicidad, del injusto punible, cuando se permite que sea rechazada por el afectado ¹⁸³.

Los restantes partidarios de esta postura apenas fundamentan sus aseveraciones. KERN considera que en los casos de «eutanasia» existió un conflicto de intereses que excluyó completamente la antijuridicidad ¹⁸⁴. BRAUNECK, por su parte, sostiene que tanto en estos casos como en el ejemplo elaborado por WELZEL del guardagujas, la conducta está justificada y no meramente exculpada ¹⁸⁵. En referencia a este último caso, mantiene esta autora que tienen que morir unas personas como quiera que el sujeto actúe; mediante la acción de cambiar las agujas se contribuye a la muerte de unos trabajadores, pero de una manera muy distinta de la que supone realizar un injusto; y en cualquier caso no le está permitido al Derecho cargar al individuo con tales situaciones tan desafortunadas y sin solución que se producen en la vida:

El guardagujas «tiene que estar justificado y no sólo exculpado, porque no se le puede decir en absoluto que *debía* haber actuado de otra manera y

¹⁸³ Cfr. *ibidem*, p. 262.

¹⁸⁴ Cfr. KERN, *ZStW*, t. 64, 1952, p. 290.

¹⁸⁵ Cfr. BRAUNECK, *GA*, 1959, p. 271.

que la próxima vez tendrá que actuar de distinta forma, una vez que esté instruido por la Sentencia»¹⁸⁶

Con esto último parece aludir BRAUNECK a que no existen razones de prevención especial para tratar el caso que nos ocupa como un injusto.

Hellmuth MAYER fundamenta el carácter justificante de la colisión de deberes equivalentes, en general y sin mencionar ningún caso en concreto, con el principio *impossibilia nulla obligatio*; puesto que nadie puede cumplir simultáneamente dos deberes contrapuestos, basta con observar al menos uno de ellos¹⁸⁷.

SAUER trata la colisión de deberes dentro de la dogmática de la omisión, aplicando las reglas del estado de necesidad tanto para los casos de equivalencia de deberes como para los casos de deberes de desigual valor; en el primer supuesto, concreta SAUER la exigencia de que el sujeto cumpla el deber que más relación tenga con él¹⁸⁸. De todas maneras, la delimitación se encuentra a su entender en el ámbito del injusto, y no en el de la culpabilidad, como mantiene la doctrina dominante¹⁸⁹.

Salta a la vista que las ideas más elaboradas dentro de este sector doctrinal son las de KLEFISCH, por lo que merecen una atención preferente a la hora de someter a discusión la tesis de la exclusión de la antijuridicidad.

El argumento central del comentario de KLEFISCH a las Sentencias sobre los casos de «eutana-

¹⁸⁶ BRAUNECK, *GA*, 1959, p. 271; subrayado en el original.

¹⁸⁷ Cfr. MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1953, p. 180; sin embargo, este autor no considera el caso de "eutanasia" como un supuesto de colisión de deberes; sobre esto, cfr. *supra*, pp. 93-95 n. 15.

¹⁸⁸ Cfr. SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1955, p. 96.

¹⁸⁹ Cfr. *ibidem*, p. 96.

sia» es el criterio *cuantitativo*: si es mayor el número de vidas salvadas que el de las aniquiladas, la conducta es conforme a Derecho por el principio de la ponderación de bienes. La doctrina alemana ha reaccionado vivamente, salvo escasas excepciones¹⁹⁰, contra este punto de vista utilitarista y matemático. Normalmente se niega la posibilidad de que la vida sea ponderable, tanto desde una perspectiva cuantitativa como desde una perspectiva cualitativa, esto es, diferenciando bien en función del número de vidas, bien en función de su salud, edad, capacidad de trabajo, etc., de la persona¹⁹¹. Algunos autores excluyen expresamente

¹⁹⁰ Ya se vio que WELZEL, *MDR*, 1949, p. 374, y *ZStW*, t. 63, 1951, p. 52, rechaza este criterio en el injusto, pero lo admite en la culpabilidad; siguiendo a WELZEL: SPENDEL, en *Festschrift für Engisch*, 1969, p. 521 s. KERN, *ZStW*, t. 64, 1952, p. 277, sostiene que el homicidio de aquél que merece morir o que ya está condenado a la pena capital como asesino, sin haber sido indultado, es de menor gravedad que el homicidio de otra persona, con lo cual KERN efectúa una diferenciación de tipo *cualitativo* entre las vidas humanas.

En la ciencia penal española han admitido una ponderación cuantitativa de vidas: DE CÓRDOVA, *RGLJ*, t. 160, 1932, p. 302; SÁNCHEZ TEJERINA, *Estado de necesidad*, 1922, p. 37; el mismo, *Derecho penal*, t. 1, 5.ª ed., 1950, p. 230.

¹⁹¹ En este sentido: S. del OGH, *Strafsenat*, de 5-3-1949. *MDR*, 1949, p. 372 (v. *supra* p. 88 n. 3 y el texto en torno a ella); OEHLER, *JR*, 1951, p. 492; JAGUSCH, en *LK*, t. 1, 8.ª ed., 1957, § 54 n. 10; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, pp. 465 y 471; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.ºs. marg. 73 y 179, previos al § 51; LANG-HINRICHSSEN, en *Festschrift für Bärmann*, 1975, p. 585; RUDOLPHI, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, n.º mar. 8 previo al § 19; PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch*, 30.ª ed., 1978, n. III 1 previa al § 32, si bien en el caso del escalador realiza una ponderación de tipo cualitativo (n. III 2 previa al § 32); JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 407 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 684); DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 480; ESER, *Strafrecht I*, 3.ª ed., 1980, p. 131; LACKNER, 14.ª ed., 1981, § 34 n. 2 e aa.

KÜPER, *JuS*, 1971, p. 497, reconoce la imponderabilidad de la vida humana, pero considera que se pueden hacer diferenciaciones según el grado y proximidad del peligro

sólo una ponderación cuantitativa¹⁹², pero hay que hacer la salvedad de que ello no significa que sean partidarios de una valoración cualitativa, sino simplemente que tienen delante de sus ojos los casos de «eutanasia» y que quieren negar la posibilidad de aplicar aquí el principio de la ponderación de bienes. Un tercer sector de penalistas alemanes se manifiesta a favor de la imponderabilidad de la vida humana sin referirse ni a la perspectiva cuantitativa ni a la cualitativa, pero rechazando en cualquier caso las dos¹⁹³.

para la vida (*Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 102 s.) o según el punto de vista de los deberes de soportar el peligro (*JZ*, 1980, p. 755 s., y *JuS*, 1981, p. 793 n. 66). Ahora bien como este autor toma el punto de partida de la imponderabilidad para el caso de que no existan otras *diferencias de intereses*, cabe incluirlo en este grupo de autores que rechazan la ponderabilidad de la vida humana. En sentido similar a KÜPER: HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 99, quien admite la ponderación de los bienes jurídicos "vinculados a la personalidad", aunque no en la forma de una mera ponderación de intereses que tenga en cuenta todos los factores relevantes.

MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1971, pp. 391 s. y 394, reconoce la imponderabilidad de los valores vinculados a la personalidad, tanto desde un punto de vista cualitativo, como cuantitativo; pero en op. cit., p. 327, admite una graduación de la vida humana sólo según la escala de los deberes de soportar el peligro. Sin variaciones, MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.ª ed., 1977, pp. 468, s. y 471, pero admitiendo la excepción a la regla de la imponderabilidad en p. 400.

¹⁹² SCHMIBT, Eberhard, *SJZ*, 1949, col. 565; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 30 y 101; KOHLRAUSCH-LANGE, 43.ª ed., 1961, § 54, n. I 4; BAUMANN, *Strafrecht AT*, 8.ª ed., 1977, p. 358; SAMSON, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, § 34 n.º marg. 14; OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, pp. 104 y 107; LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.ª ed., 1980, § 34 n.º marg. 23; DREHER-TRÖNDLE, 40.ª ed., 1981, n.º marg. 10 previo al § 32; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.ª ed., 1981, p. 143.

¹⁹³ Así: END-PANZERA, *Existentielle Handlungen*, 1958, p. 8 s.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, 2.ª ed., 1966, p. 119;

Por lo general, el fundamento de la imponderabilidad se ve en el «valor absoluto» que tiene la vida humana¹⁹⁴, concepción que parte de la filosofía de HEGEL¹⁹⁵; pero hay también quien basa la imponderabilidad en la igualdad de la vida ante la Ley¹⁹⁶, en la oposición de una tal ponderación

cuando coliden dos vidas humanas “toda discriminación valorativa resultaría monstruosa”; KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 339 y 341: imponderabilidad no sólo de la vida, sino de todos los bienes jurídicos vinculados a la personalidad; BLEI, *Strafrecht I* AT, 17.ª ed., 1977, p. 153; KIENAPFEL, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1979, p. 172; GEILEN, *Strafrecht AT*, 5.ª ed., 1980, p. 105; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, p. 141: la imponderabilidad se extiende a la vida, integridad corporal y libertad.

¹⁹⁴ En este sentido: PETERS, JR, 1949, p. 496: “valor supremo absoluto”; OEHLER, JR, 1951, pp. 492 y 494: “incondicionada unicidad” e “inalienable e invariable personalidad del ser humano”; JAGUSCH, en *LK*, t. 1, 8.ª ed., 1957, § 54 n. 10; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 30; GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 71: “valor personal incomparable”; SPENDEL, en *Festschrift für Engisch*, 1969, p. 516; KÜPER, *JuS*, 1971, p. 477; MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1971, p. 392; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, pp. 465 y 471; RUDOLPHI, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, n.º marg. 8 previo al § 19; BLEI, *Strafrecht I*, 17.ª ed., 1977, p. 153; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 407 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 684): “valor personal incomparable”; ORTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, p. 104: “bien jurídico personal supremo” y “valor supremo incomparable e inconmensurable”; KREY, *Jura*, 1979, p. 316; BOCKELMANN, *Strafrecht AT*, 3.ª ed., 1979, p. 103: “bien supremo”; KIENAPFEL, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1979, p. 172: la vida humana ocupa “el máximo rango de todos los bienes jurídicos”; LENCKNER, en “*Schönke-Schröder*”, 20.ª ed., 1980, § 34 n.º marg. 23; LACKNER, 14.ª ed., 1981, § 34 n. 2 e aa; KÜPER, *JuS*, 1981, p. 785; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.ª ed., 1981, p. 143: bien jurídico altamente personal; ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 88: “inviolabilidad de la protección de la vida”.

¹⁹⁵ Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, § 127 (p. 141 s. de la edición de LÖWITZ y RIEDEL, *Hegel Studienausgabe*, t. 2).

¹⁹⁶ Así: S. del OGH Strafsenat de 5-3-1949, *MDR*, 1949.

a los principios constitucionales¹⁹⁷ o del ordenamiento jurídico¹⁹⁸; o bien en la contradicción a los valores éticos¹⁹⁹. En conexión con esto último, también se ha traído a colación la fórmula kantiana de que el ser humano no puede ser tratado como un medio, sino que hay que considerarlo como un fin en sí mismo²⁰⁰. Tengo que advertir, no obstante, que los autores germanos se manifiestan en contra de la ponderación de la vida humana, no aludiendo a una sola de las razones mencionadas, sino combinando a veces varias de ellas.

En el panorama español la situación es bien distinta, pues no se suele considerar la vida como valor supremo, ni el derecho a la vida como derecho absoluto²⁰¹. Por mi parte, creo que la razón

p. 372 (v. las frases transcritas de la *S. supra* pp. 87-88; WESSELS, *Strafrecht AT*, 10.ª ed., 1980, p. 164.

¹⁹⁷ En este sentido: BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.ª ed., 1977, p. 153; TRIFFTERER, *Optisches Strafrecht AT*, t. 1, 1981, p. 81.

¹⁹⁸ De esta manera: MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, pp. 465 y 471; TRIFFTERER, *Optisches Strafrecht AT*, t. 1, 1981, p. 81.

¹⁹⁹ Así: LECKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 30; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, pp. 465 y 471. Para SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, p. 141, el fundamento de la imponderabilidad de la vida, integridad corporal y libertad, radica en la conciencia cultural de Occidente.

²⁰⁰ En este sentido: von WEBER, en *Festschrift für Kieselbach*, 1947, p. 250; WELZEL, *ZStW*, t. 63, 1951, p. 52; el mismo, *Nuevo sistema*, 1964, p. 128; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 30 y n. 92.

²⁰¹ Cfr. SÁNCHEZ TEJERINA, *RFDM*, n.ºs 8-11, 1942, p. 241; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, 2.ª ed., 1966, p. 122: "En consecuencia, no son pocos los derechos, tenidos tan a la ligera por absolutos e inalienables, entre ellos el de la propia existencia, que en ocasiones sufren también su limitación y hasta su denegación"; COBO DEL ROSAL, en *La pena de muerte: seis respuestas*, 1975, pp. 185-186, mantiene que "el derecho a la vida, en conclusión, debe ser tenido como inexorable y absoluto, sin limitación y excepción alguna" y como "absoluto e intangible", pero a continuación menciona las excepciones de legítima de-

le asiste a la doctrina española: la vida no es un valor absoluto, sino que está relativizado. Como resalta RODRÍGUEZ MOURULLO²⁰², es la propia definición constitucional la que ya nos ofrece como relativo el derecho a la vida, pues el artículo 15 de la Constitución española admite la pena de muerte establecida en las leyes penales militares para tiempos de guerra. Por otro lado, además de las típicas excepciones de la legítima defensa y del estado de necesidad, SCHMIDHÄUSER²⁰³ reconoce que el valor de la persona está relativizado en otras causas de justificación, como el cumplimiento de un deber, o en situaciones de guerra. A esto hay que añadir²⁰⁴ que en determinados momentos históricos el propio legislador, al admitir la pena de muerte (lo que todavía pervive en España «para tiempos de guerra»), ha efectuado una ponderación de la vida humana: pues en todos los delitos amenazados con la pena capital subyace

fensa y estado de necesidad; MARTÍNEZ MORÁN, *RFDUC*, t. 2 monográfico, 1979, p. 148: "se trata de un derecho limitado"; ARROYO ZAPATERO, *RFDUC*, t. 3 monográfico, 1980, p. 200 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios a la legislación penal*, t. 1, 1982, p. 70; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal* PG, 8.ª ed., 1981, p. 492: "Por otra parte, no hay un derecho tan absoluto e incondicionado que no puedan oponerse a él otras pretensiones que, de existir, han de ser respetadas"; CARBONELL MATEU, *Justificación*, 1982, p. 62.

Respecto al valor de la vida humana, cfr. el desarrollo histórico efectuado por QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, t. 1, vol. 1, 2.ª ed., 1972, pp. 45-57, autor que llega a la conclusión de que "el valor de la vida humana siguió las vicisitudes y oscilaciones del asignado al hombre concreto, determinado según su condición y casta, tardando mucho en adquirir un definitivo valor en sí misma" (op. cit., p. 46).

²⁰² Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios a la legislación penal*, t. 1, 1982 p. 70.

²⁰³ Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht* AT, 2.ª ed., 1975, p. 322 s.; el mismo, *Studienbuch*, 1982, p. 142.

²⁰⁴ Cfr. CUERDA RIEZU, *CPC*, 1982, n.º 18, p. 695.

el razonamiento ideológico de que la vida del que los comete «vale menos» que el resto de los miembros de la sociedad y que, por lo tanto, merece ser suprimida. Con ello se está efectuando realmente una ponderación de vidas, de la que resulta que la existencia del que ejecuta esos delitos es de menor valor, de menor entidad. Incluso nuestro Código penal vigente reconoce un papel muy relevante a las circunstancias del «honor» en el tipo del infanticidio²⁰⁵ que relativizan el valor de la vida humana independiente, lo que resulta de comparar las penas expresadas en los artículos 407 y 410. Si se admitiera como buena la tesis del valor absoluto de la vida, sería el propio legislador el primero que la estaría conculcando.

A mi entender, la imponderabilidad de la vida no se puede derivar de la configuración de este bien jurídico como absoluto, sino de la igualdad de todo ser humano ante la Ley, reconocida por la Constitución española en su artículo 14:

«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»²⁰⁶.

De este precepto resulta directamente la prohibición de llevar a cabo una ponderación basada en cualquier tipo de baremos cualitativos, e indirectamente se impide una ponderación cuantitativa, puesto que un mayor número de vidas no representa «más vida» que un número menor de ellas. La vida humana no es sólo «igual», sino además «única», por lo que la acumulación de exis-

²⁰⁵ Circunstancias que, por cierto, han desaparecido en el P. 1980, a. 159.

²⁰⁶ Cfr. además S. del TC de 28-7-1982, fundamento jurídico 3.º

tencias humanas no supone un plus, sino algo diferente de una menor cantidad de ellas.

En definitiva, creo que hay que llegar a la misma conclusión que la doctrina mayoritaria alemana, pero por otro camino: la justificación no les puede asistir a los directores de los establecimientos psiquiátricos mediante el recurso de cuantificar las vidas salvadas en relación a las sacrificadas, pero no en base al argumento del «derecho absoluto a la vida», sino porque la Constitución impide tal cuantificación. El punto de partida de KLEFISCH queda, por consiguiente, sin base legal, por oponerse a preceptos de rango constitucional.

Por lo que respecta a la cuestión de la legítima defensa, se puede pensar que el requisito de la antijuricidad de la agresión haya quedado «anticuado» —como estima el defensor de los médicos procesados—, pero es indudable que sigue estando ahí y que es presupuesto indudable, y básico, de la legítima defensa en el Derecho español y en el Derecho alemán. Si es que KLEFISCH, con esa calificación de «anticuado», pretende hacer una proposición *de lege ferenda* dirigida a suprimir del texto legal el requisito de la ilegitimidad de la agresión, hay que oponerse al método de introducir consideraciones *de lege ferenda* dentro de una interpretación *de lege lata*. Lo contrario, el incluir pautas de futuro al legislador en el seno de una interpretación dogmática, conduce a crear confusiones en el lector y falsea la realidad de una regulación vigente; un tipo de interpretación no debe interferirse en el otro. Esto, al margen de que tal supresión removería los fundamentos de la legítima defensa y de que sería difícilmente viable.

Pero si lo que mantiene KLEFISCH tiende a operar en el marco *de lege lata*, es evidentemente contrario a todas las reglas de la lógica que una con-

ducta no sea antijurídica y que al mismo tiempo quepa contra ella legítima defensa; uno de los dos extremos es incorrecto: o bien la legítima defensa es estimable frente a conductas que muestran su conformidad a Derecho, cosa que como se ha visto no es admisible por el imperativo legal; o bien la conducta de los médicos no está justificada como cree este abogado, sino que es contraria al ordenamiento jurídico.

A favor de KLEFISCH, sin embargo, juega la perspectiva profana de ver las cosas ²⁰⁷. Es cierto, efectivamente, que para una persona que no sea ducha en las cuestiones jurídicas, lo más lógico será razonar que la conducta de los médicos fue objetivamente correcta, pues ¿qué otra cosa podían hacer que cumplir al menos uno de los dos deberes que les vinculaban? Mantener que la conducta del sujeto agente en una colisión de deberes equivalentes es en cualquier caso antijurídica, parece contrario al sentido común y además tiene la consecuencia de que deja al obligado envuelto en un mar de dudas, que el ordenamiento jurídico no es capaz de resolver.

Por último, me voy a ocupar del principio *impossibilium nulla obligatio* ²⁰⁸, que Hellmuth MAYER ha esgrimido para fundamentar la conformidad a Derecho de estos casos. A veces se emplea

²⁰⁷ Oponiéndose, sin embargo, a este argumento, SPENDEL, en *Festschrift für Engisch*, 1969, p. 515.

²⁰⁸ Ley CLXXXV, título XVII, Libro L, *De regulis iuris*. Sobre este principio cfr. además: BINDING, *Handbuch*, t. 1, 1885, p. 765 s.; OETKER, en *Festgabe für Frank*, t. 1, 1930, p. 364 s.; von WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 235; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 27 n. 81, y p. 111; OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, pp. 19 y 123; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 459 s.; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 295 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 500). En cuanto a la dogmática española, cfr.: CASTEJÓN, *Comentarios*, t. 2, 1926, p. 635; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión de socorro*, 1966, p. 205.

otra formulación para designar este principio: *ultra posse nemo tenetur*²⁰⁹, pero en definitiva ambas expresiones vienen a significar lo mismo: que si la prestación resulta imposible, el deber desaparece. Pero estos aforismos representan un argumento más bien pobre en el momento de resolver el problema que nos ocupa. En primer lugar, porque en los casos de conflicto de deberes no se trata de que la prestación devenga imposible, sino que es imposible llevar a cabo simultáneamente las dos o más prestaciones que impongan los deberes contrapuestos. En segundo lugar, estas dos expresiones resultan un tanto equívocas, pues parecen indicar que ambos deberes pierdan su eficacia vinculante, lo que nos llevaría demasiado lejos; o si no es eso lo que pretenden, no son capaces de mostrar qué deber tiene preferencia. En tercer lugar, tampoco determinan en qué categoría de la teoría del delito deben resolverse estos conflictos, si en la antijuridicidad o en la culpabilidad²¹⁰. Pienso que el «*impossibilium*» o el «*ultra posse*» carecen de la suficiente concreción como para resolver todas estas cuestiones, por lo que deben desecharse o, en todo caso, relegarse al papel de resolver otras cuestiones. Lo que sí es cierto es que no sirven para ofrecer un fundamento sólido de la solución en el ámbito de la antijuridicidad.

En conclusión, se puede decir que la teoría de la exclusión de la antijuridicidad, tal y como fue

²⁰⁹ La utilizan: en Alemania, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 25, 28 y 118; y en España, JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código*, vol. 1, libro 1, 1928, p. 130 s.

²¹⁰ En este último sentido, MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 460, quien resalta que tanto von WEBER (en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 235) como OETKER (en *Festgabe für Frank*, t. 1, 1930, p. 364) basan en estos principios la exclusión de la culpabilidad.

formulada en la época de la posguerra, resulta atractiva desde una perspectiva profana, pero los fundamentos aducidos en su favor o bien se oponen a los preceptos constitucionales o bien resultan claramente insuficientes.

3.1.5. *La teoría del ámbito fuera del Derecho* (*rechtsfreier Raum*)²¹¹

Esta teoría contó con bastantes adeptos a principios de este siglo, lo que no es de extrañar dada la facilidad y sencillez con que sortea —más que resuelve— los inconvenientes que presenta la cuestión de la naturaleza del estado de necesidad. Ya he mencionado de pasada en las páginas anteriores el problema más espinoso que se presenta en esta eximente: el de si puede admitirse que el afectado por una situación de necesidad reaccione en legítima defensa. La teoría de la unidad estaba (y está) obligada a contestar negativamente a esta pregunta, pues si la conducta del sujeto agente es conforme a Derecho en cualquier caso²¹², no puede reputarse agresión ilegítima. Sin embargo, para la teoría de la diferenciación resulta forzoso un tratamiento divergente para la colisión de bienes iguales en cuanto al valor y para la colisión de bienes de desigual valor: en el primer supuesto, al configurarse como una causa de exculpación, debe

²¹¹ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.ª ed., 1981, p. 157, traduce la expresión alemana *rechtsfreier Raum* por "ámbito fuera del Derecho"; por su parte, MIR PUIG, en su traducción del *Tratado* de JESCHECK, t. 1, 1981, p. 500, la ha vertido al castellano en los términos de "ámbito jurídicamente libre". Me inclino por la primera de estas versiones por encontrarla más expresiva, pero tengo que advertir que utilizaré también indistintamente la locución sinónima de "ámbito ajeno al Derecho".

²¹² No, obviamente, cuando se causa un mal mayor que el que se trata de evitar.

admitirse la contrariedad a Derecho, por lo que cabe tratar la conducta realizada en estado de necesidad como agresión ilegítima; en el segundo supuesto nos encontramos ante una causa de justificación, o sea algo conforme, no contrario a Derecho, y que por consiguiente no puede dar motivo a una legítima defensa.

Esto, que constituye simplemente una perspectiva lógica de las consecuencias que se derivan de cada teoría, no ha sido observado taxativamente por cada autor en particular. Así, hay quien —como KLEFISCH— ha admitido legítima defensa frente a un estado de necesidad de naturaleza justificante, por considerar «injusto» imponer al afectado un «deber de tolerancia» (*Duldungspflicht*) ²¹³, o bien, al contrario, hay quien no admite que el afectado pueda actuar en legítima defensa contra una conducta realizada en estado de necesidad exculpante ²¹⁴. Como se ve, la cuestión de la legítima defensa representa un punto cardinal a tener en cuenta para determinar la naturaleza del estado de necesidad, por lo que con razón se ha hablado de la «prueba» o el «test» de la legítima defensa ²¹⁵, pues se manifiesta como una señal de advertencia sobre la congruencia o incongruencia de la posición adoptada.

La teoría del ámbito ajeno al Derecho supone una tercera vía ante lo que parece una alternativa ineludible: o conformidad a Derecho y entonces no cabe legítima defensa, o contrariedad a Dere-

²¹³ V. *supra* p. 147, n. 183. En el mismo sentido además von BURI, *GS*, t. 30, 1878, p. 467.

²¹⁴ Así OETKER, en *VDA AT*, t. 2, 1908, p. 264.

²¹⁵ Cfr.: MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1958, p. 261; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 151; KUNST, *ÖJZ*, 1966, p. 669; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 80 previo al § 51; STREE, en *Einführung*, 2.ª ed., 1975, p. 42; PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch*, 30.ª ed., 1978, n. III 2 previa al § 32.

cho y entonces sí es posible la legítima defensa. Esta concepción opta por la vía de enmedio, sosteniendo que hay ámbitos que escapan a lo normativo y que no pueden considerarse ni conductas conformes a Derecho ni conductas contrarias a Derecho, sino como conductas *no prohibidas* ante las cuales el ordenamiento no toma ninguna posición²¹⁶. En este sentido se habla de ámbito «fuera del Derecho», «jurídicamente irrelevante», «jurídicamente neutral» o «jurídicamente indiferente»²¹⁷. Frente a las conductas que caen dentro de este ámbito es posible ejercitar una legítima defensa²¹⁸.

No es raro que se echara mano de una teoría tan seductora también en relación a la colisión de deberes. Se considera a BINDING²¹⁹ como el iniciador de esta concepción. En la época inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial la adoptaron respecto a la colisión de deberes MEZGER y NAGLER-JAGUSCH.

Para los casos de «eutanasia» MEZGER estima que al Derecho no le queda otro camino que de-

²¹⁶ Como es lógico, la teoría del ámbito ajeno al Derecho no sólo tiene consecuencias respecto a la legítima defensa, sino además respecto a la dogmática del error y de la participación; cfr. KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 342; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 92; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.ª ed., 1981, p. 158 ss.

²¹⁷ Cfr. KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972 p. 336.

²¹⁸ Entre los que sostienen la teoría del ámbito fuera del Derecho, admiten legítima defensa frente a una acción no prohibida: OETKER, en *Festgabe für Frank*, t. 1, 1930, p. 367 s.; NAGLER, en *LK*, 6.ª ed., 1944, § 54 n. III 2 c 3; PHILIPPS, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, t. 52, 1966, p. 205. Por su parte BINDING, *Handbuch*, t. 1, 1885, p. 766, admite legítima defensa, pero no auxilio necesario. Sin embargo, KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 342, deja la cuestión sin resolver.

²¹⁹ Cfr. BINDING, *Handbuch*, t. 1, 1885, p. 766; sobre esto cfr. DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 482.

clararse neutral ²²⁰. A la vista de la estremecedora alternativa que se les presentaba a los médicos de o bien salvar algunos pacientes o bien ser sustituidos por otros facultativos más complacientes con el Régimen nazi y abandonar de esta forma a todos los enfermos a su suerte, no se puede estigmatizar con el predicado de condena de la contrariedad a Derecho a la conducta consistente en utilizar a unos pacientes para la salvación de otros.

Lo mismo se puede aplicar —prosigue MEZGER— a todos los supuestos de conflictos entre vidas humanas, como el caso Holmes o el caso de *La Mignonette*. También debe incluirse en esta constelación el supuesto en el que un capitán ordena el cierre de las escotillas de un barco que hace agua y que está a punto de naufragar, con lo que muere una parte de la tripulación, pero consigue salvarse así la embarcación y el resto de los marinos ²²¹.

En todos estos supuestos, dice MEZGER, “el homicidio que al mismo tiempo constituye un acto de salvación de otras personas, no puede ser en virtud de la ley ni antijurídico ni conforme a Derecho, sino que tiene que estar neutralizado». Y añade a continuación: «Hay que partir de que en caso de igualdad de rango de los bienes en colisión [el sujeto agente] no tiene que tomar partido ni por uno ni por el otro, sino que más bien debe dejar que las cosas sigan su curso» ²²².

También NAGLER-JAGUSCH ²²³ se alinean entre los seguidores de esta tendencia, si bien hay que

²²⁰ Cfr. para esto y para lo que sigue MEZGER, en *LK*, t. 1, 7.ª ed., 1954, n. 10 1 previa al § 51; sin variaciones, en *LK*, t. 1, 8.ª ed., 1957, n. 10 1 previa al § 51.

²²¹ V. la opinión de SCHMIDT, Eberhard sobre este caso *supra* p. 116 n. 85.

²²² MEZGER, en *LK*, t. 1, 7.ª ed., 1954, n. 10 1 previa al § 51.

²²³ Cfr. NAGLER-JAGUSGH, en *LK*, t. 1, 7.ª ed., 1954, § 54 n. V b.

recordar que este último modificó posteriormente su opinión a favor del reconocimiento de una causa personal de exclusión de la pena²²⁴. Estos dos autores apuntan simplemente que en caso de colisión de deberes equivalentes, la omisión del cumplimiento de uno de ellos es «jurídicamente irrelevante»; sin embargo a diferencia de MEZGER, no imponen al obligado el dejar las cosas a su curso, sino que le reconocen la libertad de elegir el deber que quiera satisfacer.

La teoría del ámbito fuera del Derecho²²⁵ ha sido objeto de una buena porción de críticas. Sus

²²⁴ V. *supra*, p. 98, n. 27.

²²⁵ Para una profundización en los postulados de esta teoría cfr. la siguiente bibliografía: WASCH, *GS*, t. 25, 1873, p. 432 ss.; BINDING, *Handbuch*, t. 1, 1885, p. 762 ss.; BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. 1, 1892; HOLD von FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, t. 1, 1903, p. 203 ss.; BELING, *Die Lehre von Verbrechen*, 1906; MEYER-ALLPELD, *Lehrbuch*, 7.^a ed., 1912, p. 188 s. n. 4; WACHENFELD, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1914, p. 121 s.; KÖHLER, *Deutsches Strafrecht AT*, 1917, p. 363 s.; BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 3.^a ed., 1919, p. 105 ss., y t. 4, 1919, p. 345 ss.; BELING, *Methodik der Gesetzgebung*, 1922, p. 130 n. 187; OETKER, en *Festgabe für Frank*, t. 1, 1930, p. 367 s.; NAGLER, en *Festgabe für Frank*, t. 1, 1930, p. 341 s.; SIEGERT, *Notstand*, 1931, p. 31 ss.; ENGISCH, *MSchrKrim*, t. 23, 1932, p. 420 ss.; HENKEL, *Notstand*, 1932, p. 35 ss.; MAURACH, *Kritik der Notstandslehre*, 1935, p. 85 ss.; ENGELHARD-RADBRUCH, *Strafrecht. Die Lehre von Verbrechen an Hand von Rechtsfällen*, 2.^a ed., 1948, p. 16 ss.; ENGISCH, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, t. 108, p. 385 ss.; KERN, *ZStW*, t. 64, 1952, pp. 257 y 261; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1953, p. 189 ss.; PHILIPPS, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, t. 50, 164, p. 317 ss.; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1967, p. 132 ss.; GALLAS, *Beiträge*, 1968, pp. 59 ss., y 172 ss.; FEHSENHEIMER, *Das Denkmodell des strafrechtsfreien Raumes unter besonderer Berücksichtigung des Notstandes*, tesis doctoral, Saarbrücken, 1970; KAUFMANN, Arthur, en *Das Abtreibungsverbot*, 1971, pp. 45-56; el mismo, en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 327-345; COMES, *Der rechtsfreie Raum*, tesis doctoral, 1976; OTTO, *Pflichten-*

propios seguidores las han sistematizado en objeciones político-jurídicas, objeciones teórico-jurídicas, objeciones dogmáticas y objeciones científicas ²²⁶.

En el marco de las primeras —las de carácter político-jurídico— HENKEL se ha manifestado de la siguiente manera:

«La capitulación del legislador ante las dificultades del problema del estado de necesidad no puede ser correcta, pues no es sino una deplorable evasiva ante una clara y necesaria decisión. La concepción de la acción de estado de necesidad como una acción ajena al Derecho o jurídicamente indiferente tiene que ser rechazada, puesto que representaría la escapatoria de un atolladero, rehuendo las dificultades; esta concepción es la expresión de una renuncia cansada y sin fuerzas con la que nunca jamás se podrá contentar un ordenamiento jurídico resistente y consolidado» ²²⁷.

kollision, 3.ª ed., 1978, pp. 112, 122 y 130; SCHILD, *JA*, 1978, pp. 449-456, 570-573 y 631-636; KAUFMANN, Arthur, *JuS*, 1978, p. 361 ss.; DINGELDEY, *Jura*, 1979, pp. 478-485; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 89-115.

²²⁶ Cfr. las exposiciones de KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 331-336, y de DINGELDEY, *Jura*, 1979, pp. 482-484; por mi parte, he añadido el grupo de objeciones dogmáticas. Otra objeción de carácter procesal es la que formula SÁNCHEZ TEJERINA, *RFDM*, n.ºs 8-11, 1942, p. 236 s., y que consiste en que el juzgador ha de tener en el Código un precepto que le permita excluir de la pena estos casos de desgracias inevitables; si no existe tal precepto —opina este autor— el órgano judicial deberá dictar Sentencia condenatoria; sobre esto, v. *infra* p. 227 ss.

²²⁷ HENKEL, *Notstand*, 1932, p. 37. En el mismo sentido: LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 26: no hay ninguna necesidad práctica ni político-jurídica de construir una zona intermedia de lo no antijurídico y de lo no conforme a Derecho; MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1971, p. 385; LANG-HINRICHSSEN, en *Festschrift für Bärmann*, 1975, p. 589 s.; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 92 y 108. Por lo que respecta a la literatura española, cfr.: QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, 2.ª ed., 1966, p. 115: "Pero el reconocimiento legal de una

HENKEL tiene toda la razón: el que no haya habido una decisión unitaria en la doctrina a la hora de resolver la colisión de deberes²²⁸, no es ningún argumento a favor de la teoría del ámbito fuera del Derecho. Si se concibe la colisión de deberes como una antinomia jurídica, igual que se ha hecho aquí²²⁹, ello no significa que haya que renunciar a una solución; antes al contrario: la *pretensión* de coherencia del ordenamiento jurídico nos impulsa a resolver estos casos de alguna manera; la renuncia a una solución no es ninguna solución. Tampoco es admisible considerar que la frase de que lo que no está prohibido está permitido es «ingenua»²³⁰. Esta expresión no es sino la formulación del principio de certeza, fundamentado a su vez en el principio de legalidad. Si el principio de legalidad es algo que peca de ingenuidad, entonces, y en lo que respecta a nuestro país, habría que reputar también a la Constitu-

necesidad no presupone, en modo alguno, una claudicación del Derecho que, dentro de lo posible, se apropia de su fuerza y la somete a la regulación jurídica"; SÁNCHEZ TEJERINA, *Estado de necesidad*, 1922, p. 35.

²²⁸ Así contesta a la crítica de HENKEL: DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 482.

²²⁹ V. *supra* p. 80 ss.

²³⁰ Así, no obstante, NAGLER, en *Festgabe für Frank*, t. 1, 1930, p. 341; siguiéndole KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 331. Cfr. además DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 482.

Contra esta opinión resultan concluyentes las palabras que BECCARIA dedica a este punto: "La opinión de que cada ciudadano debe tener poder para hacer todo lo que no es contrario a las leyes, sin tener por ello otro inconveniente que el que pueda nacer de la acción misma, es el dogma político que debiera ser creído por los pueblos y predicado por los supremos magistrados junto con la incorrupta custodia de las leyes; dogma sagrado sin el cual no puede haber legítima sociedad" (*De los delitos y de las penas*, cap. XXV, p. 143 de la ed. de TOMÁS Y VALIENTE).

ción española de ingenua, cuando lo consagra en su artículo 9.3 y en el reconocimiento del Estado de Derecho del artículo 1.1. El propio Tribunal Constitucional español, en su Sentencia de 13 de octubre de 1982, se ha servido del principio de que lo que no está prohibido está permitido (Fundamento jurídico 3.º), si bien en otro contexto: para reconocer el derecho de dimitir de un cargo público ²³¹.

Desde el punto de vista de la Teoría del Derecho se reconoce generalmente el carácter universal del ordenamiento jurídico: el Derecho no puede efectuar una regulación parcial sin tomar posición respecto de lo no regulado, incluso mediante la exclusión de consecuencias jurídicas. Lo no regulado es también jurídico en un sentido negativo, en cuanto que un ámbito de hechos de la vida humana carece totalmente de consecuencias jurídicas ²³². En definitiva: el Derecho no se puede sustraer a una valoración ²³³. Frente a este razonamiento, los partidarios del ámbito ajeno al Derecho han esgrimido el carácter fragmentario del Derecho penal: la función de éste no consiste en la realización del orden moral, sino en evitar conductas socialmente dañosas mediante sanciones y en proteger los bienes jurídicos ²³⁴. Ahora bien, a

²³¹ Admitiendo también la relevancia de la máxima de que lo que no está prohibido está permitido: ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, t. 1, 1949, p. 177; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal PG*, tt. 1 y 2, 2.ª ed., 1981, pp. 49-50 n. 32; CARBONELL MATEU, *Justificación*, 1982, p. 115.

²³² Así, RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6.ª ed., 1963, p. 298; siguiéndole, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 19. Cfr. además ROXIN, *Iniciación*, 1981, p. 123: "toda la vida social y política es dirigida hoy por el Derecho".

²³³ En este sentido: MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1971, p. 385; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 115; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.ª ed., 1981, p. 166: "no existe sector alguno ajeno al Derecho".

²³⁴ De esta manera, DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 483, t. Cfr. además KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 333 s.

mi juicio es cierto que el Derecho penal goza de carácter fragmentario²³⁵, pero ello no redundaría en favor de la tesis del ámbito ajeno al Derecho. El Derecho penal no está llamado ni a imponer un orden moral ni a resolver *todos* los conflictos sociales²³⁶, pero sí debe tomar una postura inequívoca ante los problemas que él mismo plantea, como es el caso —en referencia al Derecho español— de la colisión de deberes que se encuentra recogida en el artículo 8, número 7, del propio Código penal. El carácter fragmentario del Derecho penal implica que ni todos los bienes jurídicos ni todas las formas de lesión o puesta en peligro de esos bienes jurídicos merecen ser inculpas, pero no que se tenga que abstener de una deci-

²³⁵ Cfr. sobre esto: MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, pp. 59-79, y especialmente p. 72; MIR PUIG, *Introducción*, 1976, p. 126 s.; ROXIN, *Problemas básicos*, 1976, p. 21 s.; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 40 s. (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 73 s.); LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, pp. 84 y 302; ROXIN, *Iniciación*, 1981, pp. 134-136; MUÑOZ CONDE, *Adiciones*, t. 1, 1981, p. 83 s.; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.ª ed., 1981, p. 117: "El principio en base al cual deben enjuiciarse todos y cada uno de los tipos penales es el de si es posible fundamentar racionalmente por qué y cómo las acciones criminalizadas ponen en peligro de manera intolerable las bases de la convivencia social".

Téngase en cuenta que este carácter fragmentario del Derecho penal ha sido reconocido por el legislador —o cuando menos por el legislador en potencia— al elaborar en 1980 un Proyecto de Código penal; cfr. BOC, Congreso de los Diputados de 17-1-1980, Serie A, n.º 108-I, pp. 660-661.

²³⁶ Cfr. ROXIN, *Problemas básicos*, 1976, p. 21 s.; RUDOLPHI, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, n.º marg. 1 ss. previos al § 1; ROXIN, *Iniciación*, 1981, pp. 30 ss. y 125 ss. Por esta razón, me parece que la función atribuida por ROXIN a las causas de justificación de resolver los conflictos sociales (ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 1971, pp. 40 y 55; siguiéndole, en España, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legítima defensa real y putativa*, 1976, p. 32; GÓMEZ BENÍTEZ, *RFDUC*, t. 64, 1982, p. 56) va demasiado lejos si se tiene en cuenta la naturaleza fragmentaria del Derecho penal.

sión que afecta a bienes jurídicos protegidos en el ámbito penal y que además son lesionados en una forma contemplada por el sector penal del ordenamiento jurídico. Esto es lo que ocurre en la colisión de deberes, donde se produce una lesión de bienes protegidos juridicopenalmente²³⁷, por lo que aquí tiene competencia plena el Derecho penal.

Por otro lado, el carácter fragmentario opera ante todo en el marco de la *tipicidad*, excluyendo de su esfera de acción comportamientos que caen en el marco de la atípico. Sin embargo, la teoría del ámbito fuera del Derecho escoge el terreno de la *antijuridicidad* para resolver el problema de las conductas no prohibidas, cuando en realidad esta cuestión está solucionada en un momento anterior: en el momento de la inexistencia de la adecuación al tipo. La constatación de lo no prohibido, por un lado, y el juicio de antijuridicidad, por otro, se llevan a cabo en distintos momentos de la teoría del delito²³⁸.

Desde el punto de vista de la teoría de los elementos negativos del tipo²³⁹ se puede sostener lo

²³⁷ Cfr. HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 96: "Lo que aquí se da, a diferencia de los clásicos casos de ausencia de Derecho [*Rechtsfreiheit*], es una lesión de bienes jurídicos y, por tanto, una conducta típica".

²³⁸ Cfr. GONZÁLEZ LÓPEZ, *Antijuridicidad*, 1929, pp. 22-23.

²³⁹ Sobre esta teoría cfr. entre los partidarios españoles: CASTRO PÉREZ, *RGLJ*, t. 22, N. S., 1951, p. 551 ss.; SUÁREZ MONTES, *La antijuridicidad en el finalismo*, 1963, p. 47 s.; GIMBERNAT ORDEIG, *REPen*, abril-junio 1966, n.º 173, pp. 473-480; el mismo, *Cualificados*, 1966, pp. 60-61 n. 214; MIR PUIG, *ADPCP*, t. 26, 1973, p. 327 s.; el mismo, *Introducción*, 1976, pp. 42 s. y 55; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 251 n. 443; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 1979, p. 59 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, 1979, pp. 33-35, 48-49 y 51; MIR PUIG, en *La reforma del Derecho penal*, 1980, p. 138 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.º ed., 1981, p. 141 y n. 32; MIR PUIG, *Adiciones*, t. 1, 1981, pp. 345-346, y especialmente 530-531;

mismo²⁴⁰. La fragmentariedad se manifiesta en el marco de los elementos positivos del tipo total de injusto²⁴¹. Si ni siquiera se da un elemento positivo, es decir: un elemento fundamentador del injusto, entonces es posible que haya intervenido el carácter fragmentario del Derecho penal, renunciando a la protección de bienes jurídicos o a la sanción de las lesiones o acciones de puesta en peligro de bienes jurídicos.

Pero es que, además de entender erróneamente el sentido fragmentario del Derecho penal, los seguidores de la teoría del ámbito fuera del Derecho no resuelven la cuestión de que, aun manteniéndose en silencio las normas jurídicas, las materias no reguladas por ellas son objeto de una decisión por parte del ordenamiento jurídico, y que consiste en no concederles ningún tipo de efectos jurídicos. No hay por tanto ámbito ajeno al Derecho, aunque sea por la vía negativa de la exclusión de consecuencias jurídicas.

En el campo de la dogmática jurídica, los reparos se han centrado en el hecho de que los conceptos antijuridicidad y conformidad a Derecho no permiten un término medio que dé cabida a la tercera posibilidad de lo «no prohibido»²⁴². Tanto

el mismo, *Función de la pena y teoría del delito*, 2.º ed., 1982, p. 85 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal* PG, 8.º ed., 1981, p. 400 s.; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, t. 35, 1982, p. 677.

²⁴⁰ Cfr. HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 96-97 n. 25.

²⁴¹ Cfr. de nuevo MIR PUIG, *Adiciones*, t. 1, 1981, pp. 530-531.

²⁴² Así: von WEBER, *Notstandsproblem*, 1925, p. 3: “[...] dentro de las acciones valoradas jurídicamente es imposible la introducción de una categoría independiente junto a la antítesis conforme a Derecho y antijurídico [...]”; SAUER, *Derecho penal* PG, 1956, p. 104; “Una diferencia jurídica sería una imposibilidad jurídica y algo socialmente insoportable; no se sabría nunca si se

partiendo de una concepción imperativa como de una concepción puramente valorativa de la norma, no hay espacio para un ámbito ajeno al De-

podría, en este ámbito, realizar o no una conducta"; KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 156: "si el estado de necesidad legal del § 54 no justifica, si no contiene un permiso, el autor de un estado de necesidad infringe un deber y su conducta no puede estar 'no prohibida'"; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 44 previo al § 51: "Todas las causas de justificación tienen el mismo efecto: la conformidad a Derecho de la conducta. Hay que rechazar una diferenciación entre causas de justificación en sentido estricto, que convierten una conducta en conforme a Derecho, y meras causas de exclusión del injusto con un efecto simplemente neutralizador, respecto de las cuales el Derecho no pronuncia una valoración ni positiva ni negativa en el conflicto de intereses contrapuestos [...]. En el plano de lo debido jurídicamente debe expresarse una clara decisión a favor o en contra"; SAMSON, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, n.º marg. 11 previo al § 32: "En relación a la valoración jurídica sólo existe una conducta conforme a Derecho o contraria a Derecho"; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.ª ed., 1977, pp. 358 y 359: "Por parte del Derecho, el hecho es o bien aprobado (justificado), o bien reprobado, declarado como contrario a Derecho. No existe una tercera posibilidad" (p. 358). "Efectivamente, se impone una diferenciación. Pero no se puede realizar por el Derecho en el ámbito de la valoración del hecho [sc. en el injusto]; antes bien tiene que formularse aquí una clara decisión a favor o en contra" (p. 359); BAUMANN, *Strafrecht AT*, 8.ª ed., 1977, p. 270: "La lesión de un bien jurídico protegido jurídicopenalmente sólo puede estar o bien permitida = conforme a Derecho, o bien prohibida = antijurídica. Si está no prohibida, entonces es conforme a Derecho"; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 267 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 452): "Entre acciones 'permitidas', 'meramente no prohibidas' y 'jurídicamente neutrales' sólo se puede diferenciar en el sentido de que las acciones no prohibidas y jurídicamente neutrales no cumplen ya el tipo de una ley penal, mientras que las acciones permitidas, si bien son típicas, están cubiertas por la intervención de una causa de justificación"; se muestra indeciso HAFT, *Strafrecht AT*, 1980, p. 111 s., pero en p. 57 se expresa como sigue: "El concepto antijurídico es por tanto un concepto sí-no, respecto al cual sólo hay dos respuestas: sí o no".

recho²⁴³. Desde una perspectiva imperativista, entre la orden dirigida a los sometidos al Derecho, prohibiendo o prescribiendo una determinada conducta, y la liberación de esta prohibición o de este mandato, no puede existir un término medio. Por el contrario, para los que conciben la norma penal como norma de valoración no queda excluída una zona intermedia entre las conductas valoradas positivamente y las conductas sometidas a un juicio de valor negativo. No obstante, esta zona no puede consistir en una indiferencia jurídica. En casos en los que, como el que constituye nuestro punto de partida de los médicos que participaron en la acción de «eutanasia», sea considerada la conducta como no desaprobada por el ordenamiento jurídico, esto sólo puede ocurrir después de que se haya efectuado una *valoración*,

En la doctrina española cfr.: DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., pp. 21-22: “[...] tampoco se admite hoy un actuar jurídicamente indiferente, pues la acción será *prohibida o no prohibida* [...]” (subrayados en el original); SUÁREZ MONTES, *La antijuridicidad en el finalismo*, 1963, p. 52: “La posibilidad de una omisión —y lo mismo de una acción— *típica, no justificada y, sin embargo, no antijurídica* no puede admitirse ” (subrayados en el original); COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal* PG, tt. 1 y 2, 2.ª ed., 1981, pp. 49-50 n. 32, reconocen que el ordenamiento jurídico se halla estructurado sobre la base de que “todo lo que no está prohibido está permitido”; de los mismos autores cfr. además op. cit., t. 3, 1982, pp. 24-55 n. 9: “La ‘neutralidad’ jurídico-penal sólo existe fuera de la línea de demarcación representada por el tipo; pero una vez realizado éste, puede afirmarse que, o se *tiene derecho* a realizar la acción típica (y entonces queda excluida la antijuridicidad porque la conducta se halla justificada), o no se tiene (y entonces el problema ya no es de antijuridicidad, sino de reprochabilidad)” (subrayados en el original); GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.ª ed., 1981, p. 166: “[...] una acción sólo puede ser contraria a Derecho o conforme, pero no neutral al Derecho”.

²⁴³ Así y para lo que sigue LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 21-22.

valoración consistente en la negación de la antijuridicidad y en la apreciación de una conducta «no prohibida». También en este caso resulta forzoso llevar a cabo un juicio de valor que se concreta en descartar la desaprobación e inclinarse por la naturaleza de lo «no prohibido». En consecuencia, lo coherente asimismo desde una concepción valorativa de la norma es rechazar la teoría del ámbito fuera del Derecho ²⁴⁴.

Con gran claridad se observa esta contradicción en la opinión ya recogida de MEZGER ²⁴⁵; si para él, el sujeto agente de una colisión de deberes tiene que manifestarse neutral, sin tomar partido por uno u otro deber, ello implica una necesaria valoración por parte del Derecho. Pues si coliden un deber de acción y un deber de omisión, «dejar que las cosas sigan su curso» significa otorgar preferencia al deber de omisión. Y si los deberes en conflicto imponen cada uno un hacer positivo, «dejar las cosas a su curso» significa que el Derecho renuncia al cumplimiento de todos los deberes contrapuestos, cosa que, además de ser inaceptable, implica también una valoración previa incuestionable. En ningún caso se manifiesta el Derecho como neutral.

Otra hipotética posibilidad sería la de descartar el ámbito fuera del Derecho como un tercer término entre antijuridicidad y conformidad a Derecho e incluirlo dentro de esta última categoría. Pero también esta posibilidad debe quedar en el

²⁴⁴ En sentido similar a LENCKNER: HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 99 s.; KÜPER, *JuS*, 1981, p. 794.

²⁴⁵ Recordemos que MEZGER, *Lehrbuch*, 3.^a ed., 1949, p. 164, se decide a favor de la norma objetiva de valoración en el ámbito de la antijuridicidad. El aspecto de determinación de la norma queda relegado al ámbito de la culpabilidad.

reino de las hipótesis, pues tanto la antijuridicidad en sentido formal²⁴⁶ como la conformidad a Derecho no son susceptibles de graduaciones²⁴⁷. Una conducta no puede ser más conforme a Derecho que otra²⁴⁸, sino que o lo es, o no lo es.

No se trata sólo de que el ámbito de lo «no prohibido» carezca de emplazamiento en la teoría del delito; es que además la concepción que aboga por él no sirve siquiera para solventar el problema para cuya solución había sido concebida: la posibilidad de actuar en legítima defensa frente a una conducta «no prohibida». Esta posibilidad debe ser descartada por dos vías, por la del fundamento de la legítima defensa y por la de los propios requisitos de esta eximente. En cuanto al fundamento, se viene reconociendo de forma general por la doctrina alemana, y en España más recientemente por algún autor²⁴⁹, que junto al aspecto individual juega un papel relevante la idea de afirmación o confirmación del ordenamiento jurídico. Pues bien, si se admite esta segunda idea rectora en la legítima defensa, no se puede estimar esta eximente contra una acción neutral que no cuestiona la validez del ordenamiento jurídico. Si se reconoce —con la teoría del ámbito fuera del Derecho— que el ordenamiento

²⁴⁶ Pero sí lo es *lo injusto* de una conducta en sentido material, como se reconoce desde KERN, *ZStW*, t. 64, 1952, pp. 255-291. Cfr. también NOLL, *ZStW*, t. 68, 1956, p. 182.

²⁴⁷ Así también NÄGLER, en *Festgabe für Frank*, t. 1, 1930, p. 341: "El juicio de valor o de desvalor no es susceptible de una graduación"; de la misma manera BAUMANN, *Grundbegriffe*, 4.ª ed., 1972, p. 75.

²⁴⁸ En este sentido, BAUMANN, *Grundbegriffe*, 4.ª ed., 1972, pp. 72 y 85; siguiéndole (a la 1.ª ed. de los *Grundbegriffe*, 1962) LENCKNER, *Des rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 22. La misma frase aparece también en BAUMANN, *Strafrecht AT*, 8.ª ed., 1977, p. 303.

²⁴⁹ Cfr. la fundamental monografía de LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 61 y *passim*.

jurídico se comporta de manera conscientemente neutral frente a determinados acontecimientos, aquél no resultará afectado en absoluto por estos y por tanto no requerirá ser defendido ²⁵⁰.

También por el lado del requisito de la agresión ilegítima, se llega a la conclusión de que hay que desestimar la legítima defensa frente a conductas «no prohibidas». Pues precisamente dicha causa de justificación presupone que las agresiones sean todo lo contrario a neutrales, es decir que se opongan al Derecho, por lo que una acción neutral nunca podrá constituir —por definición— una conducta antijurídica o ilegítima ²⁵¹.

Tampoco en relación a la colisión de deberes se puede mantener la teoría del ámbito fuera del Derecho. Pues, ¿cómo es posible fundamentar la indiferencia jurídica cuando el propio ordenamiento impone mandatos o prohibiciones? No hay nada más lejos de la indiferencia que prohibir o prescribir conductas.

Por lo que respecta a las objeciones de tipo científico o metodológico, se ha dicho que la tesis del ámbito «ajeno al Derecho» es vaga, sin límites y por tanto inservible desde un punto de vista científico ²⁵². Esta crítica va en dos direcciones ²⁵³: por un lado resalta las dificultades que proporcionaría el deslindar lo admitido por el Derecho —y consecuentemente, no regulado expresamente— de lo jurídicamente irrelevante, de lo insig-

²⁵⁰ El argumento procede de LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 25; cfr. además HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 102.

²⁵¹ La observación es también de LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 23; cfr. HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 102 y 107.

²⁵² Cfr. CANARIS, *Die Feststellung von Lucken im Gesetz; Eine methodologische Studie über Voraussetzung der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, 1964, p. 40 s.

²⁵³ Cfr. para lo que sigue la exposición de DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 485.

nificante para el Derecho. Por otro lado, la objeción a la validez científica de la teoría del ámbito fuera del Derecho llama la atención sobre la relatividad del concepto de irrelevancia jurídica: puede haber conductas relevantes para el Derecho penal que no lo sean para el Derecho civil; y también al contrario, puede existir un ámbito fuera del Derecho penal, pero regulado por el Derecho civil²⁵⁴. Desde otro punto de vista, la irrelevancia jurídica es asimismo relativa: históricamente lo que hoy queda excluido de regulación jurídica, mañana puede aparecer como necesitado de regulación, y al revés²⁵⁵.

A mi entender hay una elemental consideración de Derecho positivo que hace inaplicable e insostenible esta concepción en el ordenamiento penal español, tanto respecto al estado de necesidad en general como a la colisión de deberes en particular. El artículo 8, número 7 del vigente Código penal se refiere expresamente a la «infracción de un deber» y no hay que olvidar que el enunciado de ese mismo artículo 8 reza de la siguiente forma: «Están exentos de responsabilidad criminal...». Y entre los supuestos de exención que el Código enumera, se reconoce en el número 7 el de estado de necesidad, con inclusión de la «infracción de un deber». No cabe duda de que con estos preceptos el Derecho penal está tomando ya una decisión respecto a la colisión de deberes, una decisión clara, que es la de eximir de responsabilidad criminal. Si esta excepción se fundamenta en la exclusión del injusto o en la exclusión de la culpabilidad u otro presupuesto del delito, es algo sobre lo que nuestro Código no adopta una

²⁵⁴ Cfr. respecto a esta segunda consideración ENGISCH, *MSchrKrim*, t. 23, 1932, p. 420 ss.

²⁵⁵ En este sentido HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 93.

postura expresa. Pero una cosa sí es clara: que la Ley toma partido, sin ninguna abstención, ante el problema de la colisión de deberes ²⁵⁶.

En conclusión: la teoría del ámbito fuera del Derecho no puede ser acogida en la dogmática penal ni sirve para resolver la colisión de deberes por las siguientes razones: porque precisamente esta concepción renuncia a una solución, porque no hay ámbito alguno ajeno al Derecho (desde un punto de vista negativo), porque no existe espacio para una categoría intermedia entre contradicción y conformidad a Derecho, porque dicha teoría falsea las relaciones entre legítima defensa y estado de necesidad y, finalmente, porque la colisión de deberes no constituye un ámbito ajeno al Derecho penal español, pues el Código la reconoce con unos efectos muy concretos.

3.2. LA TEORÍA DE ARMIN KAUFMANN Y EL DESARROLLO POSTERIOR

3.2.1. *Colisión de deberes de acción y colisión de deberes de acción y omisión*

Hasta ahora hemos visto la discusión del problema centrado ante todo en casos concretos, el

²⁵⁶ En parte, cabría mantener lo mismo respecto a la legislación alemana, pues ya vimos *supra* p. 42 s., que los §§ 34 y 35 no impiden absolutamente incluir la colisión de deberes en sus respectivos ámbitos de eficacia. Por otro lado, y respecto al Derecho español, QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, 1981, p. 197, ha resaltado que la conducta efectuada en estado de necesidad no resulta indiferente para el Derecho, pues el a. 20 regla 2.ª del CP impone responsabilidades civiles a las personas en cuyo favor se ha precavido el mal, personas que pueden coincidir con los sujetos que actúan en estado de necesidad (casos de estado de necesidad propio).

de «eutanasia», el caso Holmes, el del guardagu-
jas, etc. A partir de 1959, con su esencial estudio
sobre los delitos de omisión, Armin KAUFMANN
lleva a cabo un giro doctrinal en la polémica, cen-
trando la cuestión en la delimitación conceptual
de la colisión de deberes. De una visión particular
se pasa a una perspectiva más abstracta.

Armin KAUFMANN parte de que «el cumplimien-
to de un mandato (*Gebot*)²⁵⁷ establece mayores
exigencias que la observancia de una prohibición
(*Verbot*)»²⁵⁸. Con otras palabras: que al desti-
nario de la norma le vincula con mayor inten-
sidad la norma preceptiva que la norma prohibi-
tiva. Lo que ocurre en el plano normativo puede
trasladarse al plano de los deberes, de manera
que en caso de igualdad de los bienes jurídicos
protegidos, el mayor valor corresponde al cum-
plimiento de los deberes de acción —impuestos
por las normas preceptivas—, mientras que al
cumplimiento de los deberes de omisión —im-
puestos por las normas prohibitivas— le atañe
un valor menor²⁵⁹.

Lo anterior puede ser expresado gráficamente
de la siguiente forma:

²⁵⁷ Traduzco el término alemán *Gebot* por “mandato”,
que me parece más expresivo del *hacer* que impone la
norma preceptiva; para el participio *geboden* prefiero, sin
embargo, la traducción de “prescrito”, puesto que “man-
dado” resulta demasiado vago y puede hacer referencia
tanto a un hacer como a un omitir. Denomino, pues, los
tres conceptos relativos a un hacer, *norma preceptiva*,
mandato y *lo prescrito*, que hacen referencia, respecti-
vamente, a la norma, al deber y a la prestación impuesta
por ese deber. Los conceptos relativos a un omitir no
suponen ningún problema a la hora de ser traducidos
(*norma prohibitiva*, *prohibición*, *lo prohibido*).

²⁵⁸ Cfr. KAUFMANN, Armin, *Untersassungsdelikte*, 1959,
p. 152; cfr. además, *op. cit.*, pp. 86 y 143.

²⁵⁹ Cfr. *ibidem*, p. 152.

norma preceptiva > norma prohibitiva

Luego:

deber de actuar > deber de omitir.

Conforme a esto, KAUFMANN distingue dos tipos de colisión de deberes. En primer lugar se encuentra el conflicto de deberes de acción, en el que dos mandatos se concretizan simultáneamente en la misma persona. El obligado puede seguir cualquiera de ellos, es «capaz de acción» en el sentido de ambos mandatos, pero sólo puede realizar una u otra de las acciones prescritas²⁶⁰.

Una colisión así configurada se presenta, por ejemplo, cuando un padre sólo puede salvar a uno de sus dos hijos que están a punto de ahogarse tras el naufragio del bote en el que navegaban los tres²⁶¹.

Si nos encontramos ante esta clase de colisiones caben dos posibilidades: que un deber de acción sea de mayor valor que el otro o que ambos sean equivalentes. En el primer caso, el deber de acción con valor superior desplaza al de menor valor, de manera que el cumplimiento del deber de valor superior justifica el incumplimiento del segundo mandato; una jerarquía de este tipo, en la que cabe determinar el rango superior e inferior, se da entre un deber (simple) de prestación de socorro y un deber (de garante) de evitar el resultado que surge de una relación vital especial: aquí el deber de prestación de socorro tiene que posponerse ante el deber de evitar el resultado^{261 a}.

La segunda posibilidad se produce cuando los dos deberes de acción son equivalentes, como ocurre en el ejemplo del padre antes citado (colisión

²⁶⁰ Cfr. *ibidem*, p. 136.

²⁶¹ Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 19.

^{261 a} Cfr. KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 137.

de dos deberes de garante) o en el caso de un bañista que sólo puede salvar a una de las dos personas que se están ahogando, sin que esté vinculado a su salvación por ninguna relación especial (colisión de dos deberes simples de acción); en estos casos le corresponde al obligado la elección de cuál de ambos quiere cumplir; por supuesto, reconoce KAUFMANN, que tiene que cumplir uno de los dos, pero por causa del Derecho tiene que «jugar al destino», en cuanto que abandona a su suerte a uno de los que se están ahogando. De este modo, la elección del obligado decide cuál de los dos deberes de acción sigue «rigiendo»²⁶².

De todo esto se deduce que para los conflictos de deberes de acción el cumplimiento de un deber contrapuesto de *igual o mayor* valor excluye la antijuridicidad; aquí precisamente radica la diferencia respecto a la colisión de deberes en los delitos de acción: un actuar tipificado mediante una prohibición sólo puede estar justificado a consecuencia de la salvación de un bien jurídico de mayor valor que el bien jurídico protegido por la prohibición. Con otras palabras: en los delitos de omisión es suficiente para alcanzar la justificación el cumplimiento de un deber de acción *equivalente*, si para su cumplimiento es *necesaria* la omisión de otra acción prescrita²⁶³. Por consiguiente, el círculo de lo justificado en los delitos de omisión es más amplio que en los delitos de acción²⁶⁴.

El otro grupo de colisión de deberes lo constituye el conflicto entre deberes de acción y deberes de omisión. En estos casos confluyen en un mismo sujeto el mandato de una acción y la prohibi-

²⁶² Cfr. *ibidem*, p. 137.

²⁶³ Cfr. *ibidem*, p. 137.

²⁶⁴ Cfr. *ibidem*, p. 152.

ción de la misma acción. También aquí se presentan dos posibilidades: que los deberes sean equivalentes o que sean de desigual valor; en el primero de estos supuestos no rige el principio de que el obligado pueda optar por cualquiera de los dos deberes: el sujeto agente no tiene tal «derecho de elección», sino que ostenta la preferencia el deber de omisión ^{264 a}.

Así, A no puede restablecer la salud de C mediante la extracción coactiva de sangre de B ^{264 b}.

Por el contrario, únicamente si el deber de omisión es de menor valor que el de acción, tendrá preferencia este último ²⁶⁵. En definitiva, la regla es que el deber de omisión tiene preferencia, tanto —lógicamente— cuando éste sea de mayor rango como cuando ambos deberes contrapuestos —de acción y omisión— sean equivalentes. Excepcionalmente habrá que anteponer el deber de acción cuando su contrario —el deber de omisión— sea de rango inferior.

¿Cómo plasma KAUFMANN estas ideas en la sistemática de las causas de justificación? Para los delitos de omisión, el estado de necesidad suprallegal le resulta todavía estrecho, pues esta figura no puede abarcar la justificación de los conflictos de deberes de acción *equivalentes*. Ante esta situación, se ve obligado a la creación de una nueva causa de justificación *suprallegal* ²⁶⁶ destinada a garantizar la conformidad a Derecho de tales supuestos. La justificación que ofrece el estado de necesidad suprallegal basta, sin embargo, para los

^{264 a} Cfr. *ibidem*, pp. 137-138.

^{264 b} *Ibidem*, p. 138.

²⁶⁵ Cfr. *ibidem*, p. 138.

²⁶⁶ Cfr. *ibidem*, p. 136: el enunciado del apartado en que se trata este tema lleva por título el de "Justificación suprallegal".

delitos de acción, pues ahí rige el principio del interés preponderante.

No es Armin KAUFMANN, sino LENCKNER²⁶⁷ quien, desarrollando las tesis de aquél, propone en 1965 limitar la colisión de deberes a los casos en que coliden varios deberes de acción, pues la concurrencia de deberes de acción y omisión no presenta particularidades propias, sino que es perfectamente subsumible en las reglas generales del estado de necesidad. Conforme a esto, la colisión de deberes se constituye como figura autónoma propia, reservada únicamente a los conflictos de deberes de acción. La aplicación del término colisión de deberes a otros supuestos, dice LENCKNER, «sólo puede crear confusión»²⁶⁸.

No estamos ante dos «clases» diferentes de conflictos de deberes como las que se trataron anteriormente²⁶⁹, sino que se trata de una distinción que afecta al propio concepto y ámbito de la colisión de deberes. Lo que plantean Armin KAUFMANN y sus seguidores no son dos modalidades de conflicto, sino la cuestión de si los supuestos pueden ser divididos de manera que unos vayan a engrosar el tradicional estado de necesidad (colisión de bienes), mientras que los otros constituyen *stricto sensu* la colisión de deberes.

Si aplicamos las ideas de KAUFMANN al caso de «eutanasia», resulta que los médicos se encontraban ante una disyuntiva que no constituye, según lo que hemos visto, una colisión de deberes. Por un lado, se encuentra el deber de omitir toda participación en la muerte de los pacientes; por otro lado, los psiquiatras están vinculados por el deber

²⁶⁷ Cfr. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 5 n. 15 y p. 6 n. 17

²⁶⁸ LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 5 n. 15.

²⁶⁹ V. *supra* p. 58 y ss.

de actuar para procurar la salvación de los pacientes. Al ser este último un deber de garante, no se puede establecer una jerarquía entre ambos deberes, por lo que tendría preferencia el deber impuesto por la norma prohibitiva, es decir el de omisión. Por consiguiente —siempre según esta concepción— la actuación de los médicos no puede estar justificada.

En este grupo habría que incluir también el siguiente caso propuesto por WELZEL:

En una clínica quirúrgica existen sólo tres aparatos, consistentes en un cardio-pulmón artificial, que se están aplicando a tres pacientes graves: A, B y C. Tras un accidente automovilístico son ingresados en dicha clínica otros tres heridos de gravedad: X, Y y Z. El cirujano jefe, tras consultar con sus colegas, decide aplicar uno de los aparatos a X y desconectárselo a A, porque éste tiene pocas posibilidades de sobrevivir, a pesar de contar con la ayuda del cardio-pulmón artificial, mientras que las posibilidades de A se incrementarán en caso de que se le conecte el aparato. Así se hace, y como era de suponer, A muere al ser separado de la máquina²⁷⁰.

La tesis de Armin KAUFMANN de que el deber de omisión tiene preferencia al de acción, no es totalmente novedosa, pues cuenta con varios precursores²⁷¹, pero esto no le quita el mérito a aquel

²⁷⁰ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 185; cfr. además sobre este caso: MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1971, p. 395; KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 329; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 179 previo al § 51; ROXIN, *Problemas básicos*, 1976, p. 239 ss., especialmente p. 240 n. 49; RUDOLPHI, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, n.º marg. 9 previo al § 19; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.ª ed., 1977, p. 470; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 407 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 685); OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, p. 120; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 112-113 n. 71; DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 478; LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.ª ed., 1980, n.º marg. 75 previo al § 32; HAPF, *Strafrecht AT*, 1980, p. 70 n. 18 y p. 112.

²⁷¹ En este sentido: PETERS, JR, 1949, p. 496 s. y JR, 1950, p. 743 s.; KERN, *ZStW*, t. 64, 1952, p. 279, quien des-

autor de haber sabido analizar la diferente naturaleza de los deberes y deducir de ahí las consecuencias que se derivan para la colisión de deberes.

Esta concepción del discípulo de WELZEL se ha difundido considerablemente, por lo que se puede decir que se ha convertido en doctrina dominante ²⁷², si bien hay un sector de la doctrina germano-occidental que discrepa de ella ²⁷³.

taca que el contenido de lo injusto de la acción positiva es mayor que el contenido de lo injusto de la omisión; NAGLER-JAGUSCH, en *LK*, t. 1, 7.^a ed., 1954, § 54 n. V b. Por otro lado, SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1955, p. 95 s., trata la colisión de deberes ya en referencia a los delitos de omisión.

²⁷² Le siguen en sus puntos fundamentales: LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 5 y n. 15. p 27 n. 81 y p. 269 s.; WELZEL, *Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, pp. 205 y 219; KÜPER, *JuS*, 1971, p. 475 s.; ULSENHEIMER, *JuS*, 1972, p. 255; MEZGER-BLEI, *Strafrecht AT*, 15.^a ed., 1973, p. 148; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.^a ed., 1974, n.ºs marg. 86 a 89 previos al § 51; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., 1975, p. 476 y n.ºs marg. 16/78 ss.; BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.^a edición, 1977, n.º marg. 29 previo al § 13; SAMSON, en *SK*, t. 1, 2.^a ed., 1977, § 35, n.º marg. 29; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 111 s.; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 19, 20, 27, 29 y 118; KIENAPFEL, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., 1979, p. 511; LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.^a ed., 1980, n.ºs marg. 71 y 73 previos al § 32; ESER, *Strafrecht I*, 3.^a ed., 1980, p. 132; GEILEN, *Strafrecht AT*, 5.^a ed., 1980, p. 108 s.; WESSELS, *Strafrecht AT*, 10.^a ed., 1980, p. 163 s.; LACKNER, 14.^a ed., 1981, § 34 n. 4; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.^a ed., 1981, p. 145 s.; TRIFFTERER, *Optisches Strafrecht AT*, t. 1, 1981, p. 93 (con variaciones); SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 982, pp. 143 y 404 s.

MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.^a ed., 1971, pp. 335 y 395, y MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.^a ed., 1977, pp. 408 s. y 472, aceptan de la doctrina dominante que la colisión de deberes justificante se reduce a los conflictos de deberes de acción, sean estos equivalentes (colisión de deberes justificante supralegal) o no (colisión de deberes subsumible en el § 34 StGB). Las divergencias entre MAURACH-ZIPF y la doctrina mayoritaria surgen en los conflictos referidos a bienes inconmensurables, donde aquellos sostienen una causa de exclusión de la responsabilidad por

La doctrina dominante, sin embargo, puede ser puesta en duda tanto respecto de sus presupuestos como de sus resultados.

En cuanto a sus presupuestos, recordemos que el diferente grado de vinculación de los deberes

el hecho, y la opinión preponderante, un estado de necesidad supralegal exculpante (v. *infra* p. 193 ss.).

²⁷³ Integran este sector doctrinal discrepante: OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.^a ed., 1978, p. 119 ss.; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.^a ed., 1978, pp. 293 ss. y 406 ss. (= *Tratado*, t. 1, 1981, pp. 497 ss. y 684 ss.); PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch*, 30.^a ed., 1978, n. III 1 ss., previas al § 32 y § 34 n. 5; BOCKELMANN, *Strafrecht AT*, 3.^a ed., 1979, pp. 133 s., 147 y 155; DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 479; HAFT, *Strafrecht AT*, 1980, p. 70 n. 18 y p. 152 s.; DREHER-TRÖNDLE, 40.^a ed., 1981, n.º marg. 11 previo al § 32.

BAUMANN, *Strafrecht AT*, 8.^a ed., 1977, pp. 363 ss. y 479 ss., mantiene una postura especial: por un lado, sostiene, como GALLAS y JESCHECK (v. *infra*, p. 185 n. 277), que el deber de omisión no precede de forma general al deber de acción (*op. cit.*, p. 364 n. 34); por otro lado, configura la colisión de deberes como causa de justificación de tal forma que abarca los conflictos de deberes equivalentes, en los que rige el principio de que el sujeto agente tiene un derecho de elección; esta especialidad de que los deberes equivalentes en conflicto también justifican, está fundamentada en que "no puede exigirse a nadie lo imposible" (*op. cit.*, p. 364); en estos casos no se da una causa de exclusión de la culpabilidad, lo que BAUMANN fundamenta con la siguiente exclamación: "¡Sería un singular ordenamiento el que no dejara ninguna salida de un actuar conforme a Derecho!" (*op. cit.*, p. 364 n. 34).

Sin embargo, del grupo de conflictos de deberes equivalentes BAUMANN extrae una constelación de casos: los conflictos entre deberes relativos a vidas humanas, que este autor configura como estado de necesidad supralegal exculpante (*op. cit.*, pp. 479-480). En referencia a los casos de "eutanasia", que según BAUMANN hay que encuadrar aquí, dice lo siguiente: "No puede aceptarse una justificación de la conducta de los médicos, porque la prohibición del homicidio de personas en beneficio de otras normas o en beneficio de otras personas, no puede posponerse en ningún caso. La cuestión de la antijuridicidad no puede ser relativizada" (*op. cit.*, p. 480).

La opinión de BAUMANN no puede ser incluida entre la de los seguidores de Armin KAUFMANN —aunque aquél

de acción y omisión determina un distinto tratamiento de los dos tipos de colisiones de deberes. En este sentido, KÜPER²⁷⁴ —que es quien más se ha ocupado de desarrollar la concepción de Armin KAUFMANN— sostiene que el hacer activo y el simple omitir manifiestan una estructura de valor diversa. Cuando coliden deberes de acción y de omisión, se trata de una posible intervención *activa* en un círculo de intereses ajenos, mientras que en el conflicto de deberes de acción siempre entra en consideración una *omisión*²⁷⁵. También es diferente el tipo de contradicción: si confluyen deberes impuestos por las normas preceptivas —o sea: deberes de acción—, la contradicción es de tipo «secundario», como consecuencia de exigencias de acciones que son divergentes, que en la realidad no se pueden cumplir simultáneamente; la contradicción que surge entre deberes impuestos por normas preceptivas y prohibitivas es, sin embargo, de carácter «primario», pues el ordenamiento jurídico prescribe por un lado la sal-

se considere en la línea de éste (*op. cit.*, p. 364 n. 34)—; la divergencia entre ambas reside en que BAUMANN no otorga preferencia de forma general al deber de omisión y en que reconduce al concepto de colisión de deberes, tanto los conflictos de deberes equivalentes de acción y omisión, como los de deberes equivalentes exclusivamente de acción.

Frente a la concepción de BAUMANN de que los conflictos relativos a vidas humanas constituyen un estado de necesidad supralegal exculpante es fácil argumentar con sus propias palabras: "¡Sería un singular ordenamiento jurídico el que no dejara ninguna salida de un actuar conforme a Derecho!". Si se declara que cualquier posibilidad que se presenta al sujeto agente ante un conflicto de vidas humanas es antijurídica, entonces BAUMANN está permitiendo que tal "singular ordenamiento" tenga aquí efectiva vigencia.

²⁷⁴ KÜPER, *JuS*, 1971, pp. 474-477; *GA*, 1977, pp. 378-379; *Grund- und Grenzfragen*, 1979; *JuS*, 1981, pp. 785-794.

²⁷⁵ Cfr. KÜPER, *JuS*, 1971, p. 475.

vacación y exige al mismo tiempo la omisión de la intervención prescrita que lesiona bienes jurídicos ²⁷⁶.

Los que disienten de la doctrina dominante estiman, por el contrario, que el actuar y el omitir son aquí igualmente merecedores de desaprobación ²⁷⁷ y que los deberes de acción y de omisión son como tales jurídicamente equivalentes: si el sujeto agente ha actuado o ha omitido es una cuestión de secundaria relevancia ²⁷⁸.

Independientemente del hecho de que una discusión en profundidad sobre el grado de lo injusto de acciones y omisiones me llevaría demasiado lejos, creo que lo correcto es no dar preferencia *con carácter general* al deber de omisión sobre el de acción. Por ello hay que partir de la distinción entre deberes simples de acción, cuya desatención origina los delitos de omisión propia, y deberes de evitar el resultado, cuya desatención da lugar a los delitos de omisión impropia. Pues bien, en primer lugar, la doctrina dominante tendría que limitar aún más el concepto de colisión de deberes *stricto sensu*, pues no todos los deberes de acción son de menor valor que los de omisión.

En realidad sólo pueden ser equiparables los rangos de un deber de omisión y de un deber de

²⁷⁶ Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 31.

²⁷⁷ En este sentillo GALLAS, *Beiträge*, 1968, p. 73, quien sostiene que el Derecho tiene que desaprobado tanto el actuar como el omitir; siguiéndole JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.^a ed., 1978, p. 295 (= Tratado, t. 1, 1981, pp. 499-500): "El injusto que reside en la desatención de las casi seguras posibilidades de salvación para vidas humanas no aparece como esencialmente inferior que el injusto de la cooperación en el homicidio de personas [...]. El actuar y el omitir son aquí igualmente merecedores de desaprobación."

²⁷⁸ OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.^a ed., 1978, p. 130.

acción cuando ambos están referidos a un mismo bien jurídico y cuando el deber de acción está impuesto para la *evitación de un resultado*. Con otras palabras: la equivalencia de los deberes de acción y de omisión sólo puede aparecer en los casos en que, presupuesta la igualdad de los bienes jurídicos protegidos por ambos, el deber de acción no es un deber simple, cuyo incumplimiento daría lugar a una omisión propia, sino un deber cualificado, cuya infracción daría lugar a un delito de omisión impropia o comisión por omisión. Pues si los deberes simples de acción representan un injusto menor que los de evitar el resultado —ésta es al menos la opinión de Armin KAUFMANN—, y sólo estos últimos son equiparables en injusto a los deberes de omisión, para que surja un conflicto con un deber de omisión equivalente, se requeriría elevar el grado de vinculación del deber de acción hasta alcanzar el nivel de los deberes de evitar el resultado.

Por otro lado, y aceptando lo anterior, es dudoso que lo injusto de los delitos de omisión impropia sea menor que lo injusto de los delitos de acción. Sobre todo, cuando en un Derecho positivo como el nuestro no existe expresamente ni la exigencia legal de una posición de garante ni la cláusula de la equivalencia ni la posibilidad de atenuación de la pena de las omisiones impropias, como ocurre en el Derecho penal alemán²⁷⁹. En Derecho español los tipos penales sólo podrán albergar una omisión impropia, cuando ésta encaje perfecta-

²⁷⁹ El § 13 StGB establece lo siguiente: "(1) El que omite evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo será punible conforme a esta ley si se ha hecho jurídicamente responsable de que el resultado no tenga lugar y si el omitir equivale a la realización del tipo legal mediante un hacer. (2) La pena podrá ser atenuada según el § 49 inciso 1."

mente en la descripción de los elementos del tipo²⁸⁰; en otro caso, el principio de legalidad sufriría una considerable merma. La atenuación de la pena tampoco está prevista por el Código penal para las omisiones impropias²⁸¹. Incluso en la legislación alemana se trata de una posibilidad («la pena podrá ser rebajada...») prevista en el § 13, 2, no de una imposición al Juez para que rebaje el grado de la pena cuando se incumple el deber de evitar el resultado, lo que ha sido resaltado por JESCHECK²⁸². Dado que en Derecho español la modalidad omisiva impropia sólo es posible cuando encaja en la descripción del tipo, la pena a imponer será la misma, tanto si la conducta se efectúa mediante un hacer como si consiste en un omitir.

Pero no es sólo que los presupuestos de la doctrina dominante sean incorrectos, en cuanto que se basan en la afirmación general de la preferencia de la omisión en los conflictos de deberes. Es que, además, tal como están formulados esos presupuestos, conducen a una solución totalmente contraria.

Recordemos que para Armin KAUFMANN

«el grado de valor del cumplimiento de deberes de acción es —en caso de igualdad de los bienes jurídicos que hay que proteger— mayor que la de los deberes de omisión, porque el cumplimiento de un

²⁸⁰ Limitando esta posibilidad a los delitos de resultado: QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, t. 1, 1963, p. 213 s.; RODRÍGUEZ, MOURULLO, *Omisión de socorro*, 1966, p. 106 s.; CÓRDOBA RODA, en *Comentarios*, t. 1, 1972, p. 7 ss. A favor de una interpretación de la conducta típica conforme a su *significado social* que amplía la posibilidad de omisiones impropias MIR PUIG, *Adiciones*, t. 2, 1981, p. 845.

²⁸¹ Sobre el estado de la doctrina española en torno a este punto cfr. MIR PUIG, *Adiciones*, t. 2, 1981, p. 846.

²⁸² Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 496 (= *Tra- tado*, t. 2, 1981, p. 839).

mandato establece mayores exigencias que la observancia de una prohibición»²⁸³.

Es decir que norma preceptiva > norma prohibitiva, y por tanto deber de actuar > deber de omitir. La conclusión, para KAUFMANN, es que «la acción prohibida no puede efectuarse para cumplir lo prescrito»²⁸⁴.

De las dos primeras premisas habría que deducir irremisiblemente que en el caso de un conflicto entre un deber de acción y un deber de omisión lo justificado sería *el cumplimiento del deber de actuar, puesto que constituye el interés preponderante*, en virtud del mayor valor de este deber (ya que no del bien jurídico protegido, pues es equivalente en ambas prestaciones): es decir, exactamente lo contrario de lo que sostiene dicho autor. Creo que la única explicación plausible de esta incongruencia es que KAUFMANN hace referencia en su primera premisa a las normas, en la segunda al cumplimiento de deberes derivados de esas normas, y en la conclusión está hablando del incumplimiento de esos deberes, o sea de los delitos de acción (infracción de un deber de omisión) o de los delitos de omisión (infracción de un deber de acción). KAUFMANN salta de la segunda premisa a la conclusión sin tener en cuenta el cambio de los términos de la comparación que inconscientemente había introducido; en efecto: en la segunda premisa el objeto de comparación son los deberes, mientras que en la conclusión el objeto de comparación son los *incumplimientos* de esos deberes, es decir: los delitos.

Para que el pensamiento de KAUFMANN estuviera formulado correctamente, la conclusión debería

²⁸³ KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 152.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 138.

haber sufrido una modificación en el siguiente sentido:

norma preceptiva > norma prohibitiva
deber de acción > deber de omisión

Luego:

incumplimiento de } > { incumplimiento de
un deber de acción } { un deber de omisión
(delito de omisión) } { (delito de acción).

O bien modificar las premisas para llegar a la conclusión contraria:

norma preceptiva < norma prohibitiva
deber de acción < deber de omisión

Luego:

incumplimiento de } < { incumplimiento de
un deber de acción } { un deber de omisión
(delito de omisión) } { (delito de acción).

Hasta aquí hemos visto que los presupuestos de la doctrina dominante están defectuosamente planteados y que en cuanto a su contenido tampoco es forzoso aceptar, de modo general, la preferencia del deber de omisión. Además hay que desechar el resultado de que los conflictos de deberes en que coliden un mandato de actuar y una prohibición de actuar puedan incluirse en el ámbito del estado de necesidad como colisión de bienes. Para ello es importante destacar la diferencia entre el estado de necesidad «normal» —la colisión de bienes— y la colisión de deberes: aquél entra siempre en consideración como *ultima ratio*²⁸⁵. Cuando el sujeto agente pueda desviar el peligro que amenaza de una manera distinta a la

²⁸⁵ Emplean expresamente estos términos: KIENAPFEL, *OJZ*, 1975, p. 427; HAFT, *Strafrecht AT*, 1980, p. 108. V. además *infra* pp. 264 s.

de lesionar otro bien jurídico, debe optar por esa otra salida²⁸⁶. Los primeros Códigos españoles reconocieron esta circunstancia al exigir para actuar en estado de necesidad, «que no haya otro

²⁸⁶ En este sentido: DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., pp. 13, 17, 39, 41 s., 52, 62, 83 y 86; GARRIGUES Y DÍAZ CAÑABATE, *Ensayo*, 1920, p. 58; JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Trabajos*, 122, p. 283; SÁNCHEZ TEJERINA, *Estado de necesidad*, 1922, pp. 41 y 49; CASTEJÓN, *Comentarios*, t. 2, 1926, pp. 546-548, reputando este requisito como esencial al estado de necesidad; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Teoría del delito*, 1931, pp. 138 y 139; CASTEJÓN, *Derecho penal*, t. 1, 1931, pp. 126-127, DE CÓRDOBA, *RGLJ*, t. 160, 1932, pp. 294 y 299; FERRER SAMA, *Comentarios*, t. 1, 1946, p. 196, considerando este requisito como primera condición del estado de necesidad; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, t. 1, 1949, pp. 263 y 267; SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal*, t. 1, 5.ª ed., 1950, p. 231; QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio*, t. 1, 1958, p. 265; el mismo, *Curso*, t. 1, 1963, p. 383 de forma crítica respecto a la Jurisprudencia; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, 4.ª ed., 1963, p. 312: "Aunque la ley no lo consigne expresamente —y sí consta en varios Códigos penales— debe exigirse la condición de que el necesitado no pueda evitar el peligro de otra manera"; LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del TS*, t. 1, 1964, p. 163 ss.; MARCH DELGADO, *RFDUM*, vol. 8, n.º 19, 1964, pp. 98 y 104 s.; PUIG PEÑA, *Derecho penal*, t. 1, 6.ª ed., 1969, p. 392; GIMBERNAT ORDEIG, *Notas*, t. 1, vol. 2, 2.ª ed., 1972, p. 966; DEL ROSAL-RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio*, 1974, p. 181; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, p. 404; DEL ROSAL, *Tratado PG*, t. 1, 2.ª ed., 1976, p. 875; RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes PG*, t. 2, 1978-1979, p. 339; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. 1, vol. 1, 18.ª ed., 1980, p. 410; GARCÍA VITORIA, *El tipo básico de aborto*, 1981, p. 128; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal PG*, 8.ª ed., 1981, p. 549; QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, 1981, p. 194 s.; SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, t. 2, 1982, p. 376; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal PG*, t. 3, 1982, p. 77, de forma crítica respecto a la Jurisprudencia.

Puesto que en Derecho penal alemán esta exigencia viene establecida de forma expresa por los §§ 34 y 35 StGB ("inevitable de otra manera") no hará falta indicar referencias doctrinales. Sobre la Jurisprudencia alemana cfr. JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 390 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 661 s.); además de las SS. allí citadas cfr. las siguientes: 3-7-1903, RGSt, t. 36 pp. 334-345 (340); 11-3-1927, RGSt, t. 61, pp. 242-258 (255).

medio practicable ni menos perjudicial para impedir» el mal que amenaza ²⁸⁷.

En este sentido se suele decir, sobre todo por la Jurisprudencia, que la situación de necesidad debe tener un carácter absoluto ²⁸⁸.

Por todo ello cabe considerar que el estado de necesidad «normal» tiene naturaleza *subsidiaria*, indicándose así que el hecho necesario debe constituir la última vía para la salvación de un bien jurídico ²⁸⁹.

Por el contrario, la colisión de deberes se caracteriza por la *no subsidiaridad*, principio que manifiesta un doble contenido: mientras que el sujeto agente de un estado de necesidad «normal» tiene que servirse de la eximente como último recurso, el obligado por dos deberes simultáneos y excluyentes se ve forzado, ineludiblemente, a lesionar uno de ellos como quiera que sea su conducta. Por otro lado, el titular del bien jurídico

²⁸⁷ V. *infra* Apéndice 1.1, a. 8, 7 circunstancia tercera; 1.3, a. 8, 7 circunstancia tercera; y 1.4, a. 8, 7 requisito 3.º. V. sin embargo *infra* p. 264 n. 33.

²⁸⁸ Cfr. DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a. p. 53; CÓRDOBA RODA, *Notas*, t. 1, 1962, p. 392; el mismo, *Eximentes incompletas*, 1966, pp. 157 y 167; el mismo, en *Comentarios*, t. 1, 1976, pp. 272 y 277.

Cfr., además, las SS. del TS: 16-9-1934; 9-6-1936; 25-6-1942; 17-5-1943; 6-11-1943; 7-12-1950; 25-6-1956; 20-2-1957; 9-6-1963; 26-11-1975; 29-5-1976; 29-10-1976; 12-5-1977,

²⁸⁹ Utilizan también el término de subsidiaridad para el estado de necesidad en general: von LISZT, *Lehrbuch*, 21-22.ª ed., 1919, p. 142; MAYER, Max Ernst, *Lehrbuch*, 2.ª ed., 1923, p. 310 n. 18 y p. 314; FRANK, 18.ª ed., 1931, § 54 n. I 4; GERLAND, *Lehrbuch*, 2.ª ed., 1932, p. 153; MEZGER, *Grundriss*, 2.ª ed., 1941, p. 117; HAFTER, *Lehrbuch AT*, 2.ª ed., 1946, p. 153; MEZGER, *Lehrbuch*, 3.ª ed., 1949, p. 369; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1953, p. 194; el mismo, *Strafrecht AT*, 1967, p. 90; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 24, 81 y 160 s.

En cuanto a los autores españoles, cfr.: DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., p. 53; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 73.

puesto en peligro puede decidirse por su abandono, dejando que el peligro se verifique completamente. Pero el que se encuentra en una situación de colisión de deberes no tiene esta posibilidad: en cualquier caso tiene que infringir un deber. La salvación de un bien propio es potestativa, mientras que el cumplimiento de un deber es un imperativo.

Esta diferente estructura afecta de tal modo a la colisión de bienes y a la colisión de deberes, que impide que se entremezclen; ambas persisten como figuras autónomas, por lo que los conflictos de deberes de acción y omisión no pueden desgajarse de la colisión de deberes para pasar a integrarse en el estado de necesidad «normal».

Por las razones antedichas, porque el deber de omisión no tiene preferencia con carácter general y porque la colisión de deberes de acción y omisión presenta una estructura distinta de la que se manifiesta en la colisión de bienes, hay que rechazar la doctrina mayoritaria actualmente en la República Federal Alemana sobre el concepto de colisión de deberes.

3.2.2. *El estado de necesidad supralegal exculpante o la colisión de deberes supralegal exculpante*

En el epígrafe anterior hemos visto que la elección del deber de acción, cuando colide con un deber de omisión, no excluye la antijuridicidad de la conducta, según la opinión mayoritaria. ¿Qué ocurre entonces con los médicos que optaron por el deber de acción, salvando así un gran número de pacientes de una muerte segura? ¿Qué ocurre en el caso Holmes? ¿No se les puede reconocer a estos sujetos otra causa de impunidad? La ma-

yoría de la doctrina, con independencia de que se acepten o no las tesis ya vistas de Armin KAUFMANN, ha hablado en estos casos de un estado de necesidad exculpante ²⁹⁰, mientras que otros prefieren la expresión de colisión de deberes supralegal exculpante ²⁹¹.

En cualquier caso, se reconoce que la exculpación opera aquí de forma excepcional y limitada a los casos en que se enfrentan vida contra vida, el de «eutanasia» entre otros. De hecho, esta constelación de casos es la que con mayor intensidad está siendo discutida en los últimos años en Alemania ²⁹², por lo que se puede decir que el centro de atención se sigue manteniendo en torno a los

²⁹⁰ Así lo denominan los seguidores de Armin KAUFMANN; cfr.: WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 184 s.; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.ºs marg. 77 y 179; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1975, p. 476 ss.; STREE, en *Einführung*, 2.ª ed., 1975, p. 54; RUDOLPHI, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, n.º marg. 8 previo al § 19; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 109; PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 155 ss.; LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.ª ed., 1980, n.º marg. 117 previo al § 32; GEILEN, *Strafrecht AT*, 5.ª ed., 1980, p. 143 s.; WESSELS, *Strafrecht AT*, 10.ª ed., 1980, p. 96; LACKNER, 14.ª ed., 1981, n. III 3 previa al § 32; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.ª ed., 1981, p. 185 s.

Sin embargo, SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, pp. 249 y siguientes, denomina estos casos "colisión de intereses exclusivamente ajenos como causa supralegal de exculpación".

²⁹¹ A favor de esta expresión, o haciéndola equivaler en todo caso a la anterior, la tesis minoritaria opuesta a la tendencia iniciada por Armin KAUFMANN; así: JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 406 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 684); PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch*, 30.ª ed., 1978, n. III I previa al § 32; BOCKELMANN, *Strafrecht AT*, 3.ª ed., 1979, p. 133 s.; HAFT, *Strafrecht AT*, 1980, p. 111 s.; DREHER-TRÖNDLE, 40.ª ed., 1981, n.º marg. 15 previo al § 32.

²⁹² Recuérdese que las monografías de OTTO y KÜPER toman como punto de partida los conflictos de "vida contra vida" (OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, p. 1 ss.; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 15).

casos de deberes equivalentes en relación a la vida ²⁹³.

En cuanto al fundamento de este estado de necesidad o colisión de deberes supralegal, que excluye la culpabilidad, se acude normalmente a la idea de la atenuación del injusto y de la culpabilidad, idea que parte también de Armin KAUFMANN. De forma bastante generalizada se rechaza el pensamiento de la inexigibilidad en el ámbito de los delitos dolosos de acción ²⁹⁴, limitación con la que, por cierto, ya surgió la teoría de la inexigibilidad ²⁹⁵, pero sí se le reconoce una vigencia

²⁹³ En ocasiones, y de forma que sólo induce a confusión, se incluyen en la colisión de deberes supuestos —como el ejemplo típico de la Tabla de Carneades— que son casos claros y evidentes de estado de necesidad propio; así: OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, p. 77 ss.; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 64 ss.

²⁹⁴ Sin embargo, así todavía: WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 184 s., quien sigue exigiendo los requisitos del mal menor, del fin de salvación y de la inevitabilidad de otra manera (sobre esto cfr. *supra* p. 110 n. 69); BOCKELMANN, *Strafrecht AT*, 3.ª ed., 1979, p. 130; GEILEN, *Strafrecht AT*, 5.ª ed., 1980, p. 143 s.: en estas situaciones le está permitido al ordenamiento jurídico no formular un reproche de culpabilidad dirigido contra el autor; WESSEL, *Strafrecht AT*, 10.ª ed., 1980, p. 96: en estas situaciones tan extraordinarias y que son irresolubles jurídicamente, el ordenamiento jurídico no es capaz de manifestar un reproche de culpabilidad; BAUMANN, *Strafrecht AT*, 8.ª ed., 1977, p. 469: "Todas las causas de exculpación están basadas en esta idea de la inexigibilidad de la conducta adecuada a la norma."

Para recordar las críticas efectuadas contra esta forma de pensar, v. *supra*, pp. 132 ss.

²⁹⁵ Así FRANK, en *Festschrift für die Fakultät in Giessen*, 1907, p. 532. Fue FREUDENTHAL quien amplió el campo de la inexigibilidad a los delitos dolosos; sobre esto cfr.: HENKEL, en *Festschrift für Mezger*, 1954, p. 250 ss.; SAINZ CANTERO, *La exigibilidad*, 1965, pp. 23 y 65 ss. A favor de tomar precauciones con la exigibilidad en los delitos dolosos, JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Criminalista*, t. 2 (primera serie), 2.ª ed., 1950, p. 336.

entre los delitos de omisión y entre los delitos de imprudencia.

Vayamos pues ahora con el desarrollo de la fundamentación concebida por dicho autor²⁹⁶. El punto de partida adoptado es que el injusto y la culpabilidad no son términos opuestos: la culpabilidad es el concepto más amplio, que abarca por tanto también entre sus presupuestos los propios del injusto; culpabilidad e injusto se comportan —gráficamente expresado— como dos círculos concéntricos, siendo el de mayor superficie el correspondiente a la culpabilidad; de esta manera la realización del tipo es presupuesto del injusto, el injusto es presupuesto de la culpabilidad y los elementos del tipo son al mismo tiempo elementos del injusto y de la culpabilidad.

El principio de exigibilidad interviene tanto en el injusto como en la culpabilidad²⁹⁷. En los casos de estado de necesidad entre bienes iguales, el desvalor de la acción (esfera del injusto) resulta disminuido por el fin de autoconservación. El acto de autoconservación, aunque no resulte aprobado, sí disminuye lo injusto de la acción, por perseguir un fin que, en sí mismo, no es digno de reprobación, sino que es «comprensible». El grado de atenuación de lo injusto dependerá de forma decisiva de la diferencia de valor entre el bien jurídico salvado y el que se ha sacrificado para esa salvación.

Lo mismo ocurre respecto al desvalor de la omisión: el que no salva la vida de otro para no poner en peligro su propia salud, ha incumplido su deber de acción y, por tanto, falta un acto valorado po-

²⁹⁶ Cfr. para lo que sigue, KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 156 ss.

²⁹⁷ En esto sigue KAUFMANN a: HENKEL, en *Festschrift für Mezger*, 1954, p. 271 ss.; sobre esto v. *supra*, p. 134 n. 141.

sitivamente por el Derecho. Pero la falta de ese acto pesa menos, porque la realización de la salvación habría significado una conducta especialmente valiosa con la consecuencia de la renuncia a la propia salud.

Al ser los elementos del injusto presupuesto de la culpabilidad, se produce también una atenuación correlativa de la culpabilidad,

«pues atenuación de lo injusto significa siempre y simultáneamente una atenuación de la culpabilidad, de la misma manera que la justificación produce el efecto también simultáneo de excluir la culpabilidad. La medida de culpabilidad depende de la medida de lo injusto, no exclusivamente, pero sí en lo esencial»²⁹⁸.

Este efecto de disminución de la medida de la culpabilidad se produce en todo caso concreto, de forma general y sin que sea preciso recurrir a presunciones²⁹⁹: el sujeto agente de un estado de necesidad tiene siempre una culpabilidad inferior, sin que se requiera tomar en consideración la «presión motivadora»³⁰⁰.

Junto a esta causa de atenuación de la culpabilidad, que se podría denominar derivada, con-

²⁹⁸ KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 157.

²⁹⁹ V. la opinión de MAURACH sobre este punto *supra* p. 141.

³⁰⁰ Ciertamente, hay que resaltar que esta idea no es absolutamente original de Armin KAUFMANN: en 1952 KERN, *ZStW*, t. 64, 1952, p. 267, reconocía que un injusto atenuado determina una atenuación de la pena; y en 1956 NOLL, *ZStW*, t. 68, 1956, p. 187, llegaba a la conclusión de que "un injusto atenuado conduce a una atenuación de la pena, y que un injusto atenuado junto con una culpabilidad atenuada conducen incluso a la impunidad". No obstante hay que reconocer el mérito de Armin KAUFMANN al recomponer estos elementos y construir una fundamentación estructurada de las causas de exculpación. Además, ninguna teoría científica surge de la nada: más bien se apoya en los descubrimientos anteriores.

curre una segunda circunstancia que reduce el grado de culpabilidad. Aquí sí que tiene relevancia la «presión motivadora» —acepta KAUFMANN—, pues aunque ésta no sea insuperable (y por ello no excluye completamente la culpabilidad), surge de forma general de toda situación de necesidad, reduciendo la capacidad de formar la voluntad de conformidad a la comprensión de lo injusto; que la presión motivadora no es insuperable, lo demuestra el hecho de que es posible imponer a un sujeto el deber de arrostrar el peligro en determinadas ocasiones ³⁰¹.

De la concurrencia en la esfera de la culpabilidad de las dos causas de atenuación —una derivada de la disminución de lo injusto y otra procedente de la situación de motivación— resulta que el ordenamiento jurídico, en vista del escasísimo contenido de la culpabilidad, *puede renunciar* a dirigir un reproche de culpabilidad. Esta renuncia, consecuencia —en este caso sí— de una presunción, constituye una posibilidad, que desaparecerá cuando concurra un límite del estado de necesidad. Así, por ejemplo, en los casos en que se impone la obligación de sacrificarse, los intereses generales de la comunidad jurídica impedirán una renuncia a la sanción penal.

La exigibilidad no constituye, por tanto, un problema del fundamento de la culpabilidad, sino de la cantidad del reproche, ya fundamentado, de la culpabilidad.

Así explicado el estado de necesidad del antiguo § 54 del Código penal alemán, resulta —reconoce Armin KAUFMANN— que las teorías que mantenían con exclusividad su naturaleza justificante o exculpante tenían razón en parte y en parte

³⁰¹ Cfr. sobre este último punto KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 153-156.

estaban equivocadas. La teoría de la justificación es correcta en cuanto que la cantidad de lo injusto resulta influida en los casos de inexigibilidad, pero va demasiado lejos cuando quiere excluir completamente la antijuridicidad de la conducta. La teoría de la exculpación tenía también parte de razón, cuando, antiguamente, quería excluir la imputabilidad, o cuando, en la actualidad, se mantiene la teoría normativa de la culpabilidad; pero no es cierto que se produzca aquí la inimputabilidad del sujeto, sino solamente un *menoscabo* de la posibilidad de motivarse conforme a la norma ³⁰².

Los casos de inexigibilidad no pueden configurarse dogmáticamente como causas de exclusión de la culpabilidad, sino como causas de exculpación. Las primeras deben reservarse para la ausencia de los elementos constitutivos de la culpabilidad; esas dos expresiones —concluye Armin KAUFMANN— no pueden utilizarse como sinónimos, pues abarcan supuestos distintos.

Posteriormente RUDOLPHI ha desarrollado esta concepción, con la que coincide en lo sustancial ³⁰³. Las ampliaciones de RUDOLPHI se concretan en resaltar la atenuación del desvalor del resultado y en dar también un papel a la teoría de la «actitud interna» ³⁰⁴ en la fundamentación del estado de necesidad, así como en otorgar tal fundamentación del estado de necesidad (antiguos §§ 52 y 54 del Código penal alemán) también al exceso en la legítima defensa (antiguo § 53,3 del mismo Código). Para este penalista la atenuación de lo injusto no sólo viene determinada por el

³⁰² Así también, siguiendo a Armin KAUFMANN en toda esta fundamentación, LENCKNER, *Des rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 36.

³⁰³ Cfr. RUDOLPHI, *ZStW*, t. 78, 1966, p. 79 ss.

³⁰⁴ Sobre esta teoría, v. *supra* p. 120.

acto de autoconservación, sino también por un menor desvalor del resultado: el que actúa en estado de necesidad impide la lesión de un bien jurídico aunque sea a costa de la destrucción de otro bien³⁰⁵. Por otro lado, la teoría de GALLAS, que concibe el reproche de culpabilidad dirigido a la censurable actitud interna del autor, es asimismo considerada por RUDOLPHI como parcialmente válida para explicar la mitigación de la culpabilidad derivada de lo menor de lo injusto en las conductas efectuadas en estado de necesidad o en exceso de defensa: puesto que lo injusto del hecho es inferior a la infracción normal, también la actitud interna del autor es menos reprochable que en otras acciones punibles³⁰⁶.

Las ideas de Armin KAUFMANN, completadas con las de RUDOLPHI, han encontrado una acogida bastante favorable en la doctrina, tanto en lo que se refiere al fundamento del estado de necesidad, denominado por lo general «exculpante», que ha sido convertido en fundamento general de todas las causas de exculpación³⁰⁷, como respecto de la

³⁰⁵ Cfr. RUDOLPHI, *ZStW*, t. 78, 1966, p. 82 s.

³⁰⁶ Cfr. RUDOLPHI, *ZStW*, t. 78, 1966, pp. 84-85. Para RUDOLPHI la atenuación autónoma de la culpabilidad se deriva de que la capacidad de actuar conforme al conocimiento del injusto queda afectada por la situación de necesidad (*op. cit.*, p. 85). Esta mitigación de la culpabilidad es una presunción legal, por lo que no se requiere que el Juez compruebe si efectivamente se dio o no; por el contrario, la atenuación de lo injusto y su consecuencia en la culpabilidad sí debe ser confirmada por el órgano jurisdiccional (*op. cit.*, p. 85 s.).

³⁰⁷ En este sentido: LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 35 ss.; WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 178-179; KÜPER, *JuS*, 1971, p. 477; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 167 previo al § 51; RUDOLPHI, en *SK.*, t. 1, 2.ª ed., 1977, n.º marg. 6 previo al § 19; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 385 ss. (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 655 ss.); HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 109-110 n. 64; PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, pp. 65 y 71; WESSELS, *Straf-*

diferenciación entre causas de exculpación y causas de exclusión de la culpabilidad ³⁰⁸.

Lo atractivo de la tesis de Armin KAUFMANN reside en la posibilidad de otorgar un fundamento supralegal de exculpación a los casos de «euta-

recht AT, 10.^a ed., 1980, p. 91; ESER, *Strafrech I*, 3.^a ed., 1980, n.º 19 A 4; HAFT, *Strafrecht* AT, 1980, pp. 105-106; LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.^a ed., 1980, n.º marg. 111 previo al § 32 y § 35 n.º marg. 2 ss.; KÜPER, *JZ*, 1983, p. 89.

TRIFFTERER, *Optisches Strafrecht* AT, t. 1, 1981, p. 122, acepta la reducción del desvalor de la acción y de la culpabilidad, pero no admite de forma general la atenuación del desvalor del resultado. Por su parte, ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, pp. 73, 160 y 191, de forma crítica, admite la reducción de lo injusto, pero no la de la culpabilidad.

Totalmente en contra SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht* AT, 2.^a ed., 1975, p. 461 ss. y *Studienbuch*, 1982, p. 239. Por lo que se refiere a la literatura española, también en contra, desde la perspectiva de la teoría de la motivación, MIR PUIG, *Adiciones*, t. 1, 1981, p. 658.

³⁰⁸ Así, pero con otro sentido, ya von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, 1930, pp. 213-214 n. a pie de p. y p. 233; el mismo, *Lehrbuch*, 3.^a ed., 1949, pp. 363-364.

En el sentido de Armin KAUFMANN: LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 35 ss.; WELZEL, *Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, pp. 178-179; LENCKNER, en *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, editado por GÖPPINGER-WITTER, t. 1, 1972, p. 68 s.; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.^a ed., 1974, n.º marg. 167 previo al § 51; RUDOLPHI, en *SK*, t. 1, 2.^a ed., 1977, n.º marg. 5 s. previos al § 19; JESCHECK, *Lehrbuch* AT, 3.^a ed., 1978, p. 385 s. (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 654 s.); WESSELS, *Strafrecht* AT, 10.^a ed., 1980, p. 91; LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.^a ed., 1980, n.º marg. 108 previo al § 2; ESER, *Strafrecht I*, 3.^a ed., 1980, p. 105; TRIFFTERER, *Optisches Strafrecht* AT, t. 1, 1981, p. 121.

En contra: MEZGER, *Lehrbuch*, 3.^a ed., 1949, pp. 363-364; BAUMANN, *Strafrecht* AT, 8.^a ed., 1977, p. 468; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht* AT, 2.^a ed., 1975, p. 458 n. 1. De forma crítica ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 157 ss. En la doctrina española también en contra MIR PUIG, *Adiciones*, t. 1, 1981, p. 657. Inicialmente, KÜPER, *JuS*, 1971, p. 477, consideró ésta una cuestión meramente terminología, pero posteriormente, *JZ*, 1983, p. 93, ha admitido la distinción.

nasia» y similares, posibilidad que ha sido aprovechada por parte de la doctrina³⁰⁹. Por otro lado, esta concepción ha sabido superar la objeción dirigida contra los partidarios de una *exclusión total* de la culpabilidad, al no esclarecer el fundamento de las limitaciones del estado de necesidad³¹⁰. Por el contrario, KAUFMANN y sus seguidores apuntan a los intereses generales de la comunidad: cuando concurren estas razones de interés general, el ordenamiento jurídico podrá mantener la obligación de arrostrar el peligro, renunciando a la *posibilidad* de no dirigir un reproche de culpabilidad.

También a favor de Armin KAUFMANN cuenta el hecho de que las colisiones de deberes equivalentes son solucionadas en cualquier caso por el ordenamiento jurídico en el ámbito del injusto: si confluyen dos deberes de acción equivalentes, estará justificado el cumplimiento de cualquiera de ellos; y si un deber de acción se contrapone a un deber de omisión, referidos ambos a un bien jurídico equivalente, tiene preferencia el deber de omisión impuesto por la norma prohibitiva. La crítica efectuada contra la teoría de la exculpación de la inmediata posgurera, que impone aquí un doble juicio de antijuridicidad al considerar con-

³⁰⁹ Se integran en este sector doctrinal: KÜPER, *JuS*, 1971, p. 477; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 117 previo al § 51; RUDOLPHI, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, n.º marg. 8 previo al § 19; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, pp. 407-408 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 686); LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.ª ed., 1980, n.º marg. 117 previo al § 32. TRIFFTERER, *Optisches Strafrecht AT*, t. 1, 1981, pp. 127 y 129, no admite para estos supuestos un estado de necesidad supralegal exculpante, sino que aplica directamente el § 35: con ello olvida que este precepto exige, respecto del auxilio necesario, el parentesco o la cercanía entre el sujeto agente y el necesitado, presupuesto que no se da en los casos de "eutanasia".

³¹⁰ V. *supra* p. 136.

trarias a Derecho cualquiera de las alternativas posibles³¹¹, pierde toda su eficacia respecto de la concepción de KAUFMANN y sus seguidores.

Con independencia de la posición que se sostenga sobre el concepto material de culpabilidad, la tesis del discípulo de WELZEL de que toda reducción de lo injusto supone simultáneamente una disminución de la culpabilidad, puede ser fructífera para un aspecto sumamente discutido por la doctrina española: el de la naturaleza y fundamento de las circunstancias atenuantes³¹². De manera que las denominadas atenuantes objetivas, que reducen la antijuridicidad material del hecho, serían al mismo tiempo de naturaleza subjetiva, pues el contenido de la culpabilidad se encontraría también, por ese mismo hecho, reducido. Así, las causas de justificación incompletas y las atenuantes que afectan al injusto tendrían una doble naturaleza de disminución de lo injusto y de la culpabilidad.

Otros autores alemanes estiman que a los médicos que evitaron que fuesen aniquilados todos los pacientes bajo su tutela, les corresponde un estado de necesidad o una colisión de deberes supralegal exculpante con el fundamento exclusivo de que el ordenamiento debe tener *comprensión* de su conducta: puesto que el ordenamiento jurídico no es capaz de dar aquí una solución inequívoca, se tiene que mostrar indulgente cuando concurren estas circunstancias tan extraordinarias³¹³.

³¹¹ V. *supra* pp. 122 s.

³¹² Cfr. ORTS BERENGUER, *La atenuante de análoga significación (estudio del artículo 9.10 del Código penal)*, Valencia, 1978, p. 30 ss.; el mismo CPC, n.º 14, 1981, p. 246 s.

³¹³ En este sentido: SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1975, p. 476; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.ª ed., 1981, p. 186; HAFT, *Strafrecht AT*, 1980, p. 111.

Ambas fundamentaciones, sin embargo, deben ser rechazadas. En primer lugar, porque la concepción de KAUFMANN y de los que están de acuerdo con él otorga preferencia de modo general al deber de omisión, lo que no siempre tendrá por qué ser así. No hace falta recordar aquí el planteamiento y los resultados incorrectos que se derivan de este punto de vista ³¹⁴.

De otra parte, la tesis de la atenuación de lo injusto y de la culpabilidad introduce, aunque de manera velada, la idea de la exigibilidad en el ámbito de la culpabilidad, que como sabemos reposa en la concepción del libre albedrío y del «poder actuar de otro modo». Si no se acepta este punto de partida, y yo no lo acepto, debe ser descartada también esta fundamentación de la exclusión de la culpabilidad ³¹⁵.

Respecto a los que aluden en este contexto a la «comprensión» o «tolerancia» que el ordenamiento jurídico debe ejercitar en estos casos, no son capaces de explicar la razón de considerar esta «tolerancia» en la culpabilidad y no en otra categoría del delito. ¿No sería posible que el ordenamiento jurídico tuviera comprensión —con mayores motivos— a la hora de considerar antijurídicas las dos o una de las alternativas que se le presentan al obligado por dos o más deberes equivalentes y contrapuestos? Además, para que fueran coherentes, los partidarios de la «comprensión» deberían incluir entre los elementos de la culpabilidad la «falta o innecesariedad de comprensión», cosa que yo no he visto escrita en ninguno de sus manuales. Pues si la «comprensión» excluye la culpabilidad, ello quiere decir, positivamente formulado, que la «falta o innecesariedad

³¹⁴ V. *supra* pp. 185 ss.

³¹⁵ Cfr. MIR PUIG, *Adiciones*, t. 1, 1981, p. 658.

de comprensión» debería fundamentar también la culpabilidad.

Una vez rechazadas estas posturas, nos quedan por ver las teorías que resuelven estos conflictos fuera del marco de la culpabilidad. No será preciso repetir de nuevo la teoría de MAURACH que sigue abogando en este segundo período por una causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho ³¹⁶, si bien la limita a los casos de colisión de deberes inconmensurables ³¹⁷, como —según él— es el caso de «eutanasia» ³¹⁸.

Ante todo, nos interesa analizar aquellas tendencias que representan modificaciones en relación a la época que siguió a la Segunda Guerra Mundial. Empecemos por la sostenida por LANG-HINRICHSEN.

3.2.3. *La teoría de la «abstención del juicio de culpabilidad»*

LANG-HINRICHSEN inicia sus consideraciones sobre los casos de «eutanasia» y del guardagujas con el convencimiento de que el problema no se puede resolver con las categorías actuales ³¹⁹. Para ofrecer su particular solución invoca un concepto acuñado por la filosofía antigua: la «epoché» ³²⁰.

³¹⁶ MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.^a ed., 1971, p. 395; sin variaciones MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1., 5.^a ed., 1977, p. 472.

³¹⁷ Cfr. MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.^a ed., 1971, p. 394 s.; sin variaciones MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1., 5.^a ed., 1977, p. 471 s. V., además *supra* pp. 182-183 n. 272.

³¹⁸ Cfr. MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.^a ed., 1971, pp. 391 y 395; sin variaciones MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1., 5.^a ed., 1977, pp. 468 y 472.

³¹⁹ LANG-HINRICHSEN, en *Festschrift für Bärmann*, 1975, p. 600.

³²⁰ Cfr. *ibidem*, p. 603; para los que estén interesados en

Epoché es un término que expresa la abstención de un juicio; aplicado este concepto a los casos que nos interesan, significa que respecto a ellos queda abierta, sin respuesta, la cuestión de la culpabilidad:

«Los casos de este tipo caen en un ámbito excluido al enjuiciamiento de la culpabilidad juridicopenal, con el efecto de que tiene que resultar la absolución por falta de la afirmación de la culpabilidad»³²¹.

La primera idea que viene a la cabeza al leer esta cita es su similitud con la teoría del ámbito fuera del Derecho. A primera vista, parece que igual que esta concepción admite la categoría de conductas neutrales en cuanto a lo injusto, este autor establece una nueva tipología de conductas neutrales respecto a la culpabilidad. Sin embargo, LANG-HINRICHSSEN se apresura a dejar bien claras las diferencias entre las dos posturas:

«La conducta no debe ser declarada, bajo el punto de vista de la culpabilidad, como irrelevante o indiferente para la culpabilidad. Más bien se trata, como se ha dicho, de que no se decide la cuestión de la culpabilidad ni en el sentido de la responsabilidad por culpabilidad ni en el sentido de la inculpabilidad, sino que se produce una abstención de un juicio sobre la culpabilidad»³²².

Independientemente de la cuestión de menor alcance de la analogía de esta teoría con la que admite conductas «no prohibidas», resulta chocante que en el ámbito de la culpabilidad exista un sector de conductas que escapen al juicio de culpabilidad.

este concepto, cfr. la bibliografía ofrecida en *op. cit.*, p. 603 n. 56.

³²¹ LANG-HINRICHSSEN, en *Festschrift für Bärmann*, 1975, p. 602.

³²² *Ibidem*, p. 603.

Se puede partir de la teoría normativa, y ésta nos dirá que hay conductas exigibles por la norma y otras que no lo son; se puede partir de la teoría de la actitud interna, según la cual hay actitudes censurables o no censurables; se puede partir de la teoría de la motivación y considerar que existen o no razones para renunciar a motivar mediante una sanción penal determinadas conductas; y se puede, por último, partir de la teoría —que trataré más tarde— de la responsabilidad y reconocer que caben dos posibilidades: que existan razones de prevención general o especial para castigar con una pena o que no existan.

Pero desde ninguna de estas posturas cabe la tercera vía de la abstención de un enjuiciamiento de la culpabilidad: *tertium non datur*. Cosa muy distinta es la aceptación de la culpabilidad como concepto cuantificable y la admisión de que, por tanto, existen grados de culpabilidad. En este caso el plano de discusión es el de la culpabilidad material. Sin embargo, lo que propone LANG-HINRICHSEN es algo bien diferente y que consiste en que hay un sector excluido al juicio de culpabilidad. Si se admite la posibilidad de la «abstención» de este juicio, quedaría cuestionada y relativizada la utilidad de este presupuesto del delito ³²³. Pues si presupuesto es toda condición necesaria, la posibilidad de que existan conductas referidas a un sujeto ni culpable ni exculpado, pone en tela de juicio la eficacia de este presupuesto.

A esto no hace falta añadir siquiera que la teoría de la «abstención de un juicio de culpabilidad» sólo puede sustentarse sobre la base de un

³²³ HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 109-110 n 64, piensa que tras la propuesta de LANG-HINRICHSEN, parece hallarse una exaltación del concepto jurídico-penal de la culpabilidad. Yo creo precisamente lo contrario: v. lo que sigue en el texto.

doble juicio de antijuridicidad respecto a las dos alternativas que se les presentaron a los médicos de los establecimientos psiquiátricos nazis, o sobre la base de otorgar una preeminencia general al deber de omisión sobre el deber de acción; puesto que el juicio de culpabilidad, e incluso la posibilidad de un no-juicio, sólo tiene sentido una vez que queda determinada la antijuridicidad de la conducta.

La teoría del «ámbito excluido a la culpabilidad» no ha encontrado ningún eco en la panorámica doctrinal alemana. No le faltan razones para ello.

3.2.4. *La teoría de ROXIN: la exclusión de la responsabilidad*

Vinculada también a las cuestiones debatidas en los epígrafes anteriores se encuentra la solución propuesta por ROXIN. Para comprender su opinión es preciso partir de su teoría de la «responsabilidad». Paso pues a exponer, aunque sea sucintamente, el contenido de esta categoría.

En primer lugar, hay que advertir que «responsabilidad» no es equiparable a «responsabilidad por el hecho», presupuesto éste del delito ideado por MAURACH³²⁴, cosa que resalta el propio ROXIN³²⁵. La responsabilidad —a secas— como categoría del delito está llamada a adjuntar a la cul-

³²⁴ V. *supra* pp 139 ss.

³²⁵ ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, pp. 68-70; sin embargo, este autor se ve obligado a reconocer el mérito de la construcción de MAURACH "por considerar problemática la unidad valorativa de la teoría tradicional de la culpabilidad" (*op. cit.*, p. 69). Desde este punto de vista arrancan también las ideas de ROXIN. Aparte de sus artículos, recogidos por MUÑOZ CONDE, en *Culpabilidad y prevención*, 1981, y que desarrollan estas ideas, cabe señalar un antecedente de ellas en la obra roxiniana *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 1972, pp. 41 y 68.

pabilidad consideraciones preventivas derivadas de los fines de la pena; la culpabilidad es sólo una condición necesaria pero no suficiente para exigir una responsabilidad penal ³²⁶.

De manera que culpabilidad más necesidad preventivo-especial y preventivo-general de pena, equivalen a responsabilidad ³²⁷.

«La categoría de la responsabilidad responde desde puntos de vista político-criminales a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto» ³²⁸.

¿Cuándo estará excluida la responsabilidad de un autor, quedando así impune su conducta? En primer lugar, cuando esté excluida la culpabilidad *stricto sensu*, es decir: entendida en el sentido de ROXIN ³²⁹; en segundo lugar, cuando desde un punto de vista político-criminal se hace innecesaria una sanción, o sea, cuando de las consideraciones de prevención general o especial resulte que no es preciso imponer una pena ³³⁰.

Respecto al fundamento de las causas de exclusión de la responsabilidad, ROXIN acepta el criterio, como se ha visto bastante extendido, de que el contenido de lo injusto está reducido, pero no que el contenido de la culpabilidad sea también escaso, porque el sujeto podría haber actuado de otro modo ³³¹. La culpabilidad *stricto sensu* resul-

³²⁶ Cfr. ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 155; cfr. también *op. cit.*, p. 193.

³²⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 73 y 193.

³²⁸ *Ibidem*, p. 72.

³²⁹ A partir de ahora y en este epígrafe empleo la expresión "culpabilidad *stricto sensu*" para referirme al concepto de culpabilidad de ROXIN. El término culpabilidad aparecerá entrecomillado y acompañado de un paréntesis "(en sentido tradicional)", cuando se haga referencia al sentido que la doctrina dominante le da a este concepto.

³³⁰ Cfr. ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 73.

³³¹ Cfr. *ibidem*, pp. 73, 160 y 191. Sin embargo, en una

ta intacta, pero desaparece la necesidad politico-criminal de penar.

En referencia al estado de necesidad regulado en el § 35 del Código penal alemán³³², mantiene este autor que su fundamento no puede consistir en la inexistencia de «culpabilidad» (en sentido tradicional)³³³, pues esta opinión no es capaz de explicar el castigo de la provocación³³⁴, la obligación impuesta a ciertas profesiones peligrosas de soportar el peligro³³⁵, ni el castigo del exceso en estado de necesidad, aunque sea causado por turbación, miedo o espanto, a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa³³⁶. Luego si la culpabilidad de las conductas efectuadas en una situación de necesidad como la descrita en el § 35 permanece inalterada, la razón por la que el legis-

primera etapa, ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 1972, p. 68, parece que reconoció la reducción del contenido de culpabilidad, pues entonces hablaba de una "mínima" culpabilidad para referirse a estos casos. Hay que añadir que, posteriormente, ha admitido en una ocasión, *Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 166, y de forma sorprendente respecto a su línea anterior —la reflejada en el texto—, que en estos casos la culpabilidad existe, si bien se encuentra "atenuada". Estas variaciones despertan la duda de si ROXIN ha vuelto a su etapa inicial; no obstante, lo más coherente con su concepción general sobre la responsabilidad, es la etapa intermedia (la de que la culpabilidad se encuentra intacta) por lo que he optado por darle preferencia.

³³² V. *infra* Apéndice 2.1.3., § 35.

³³³ Cfr. ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 190.

³³⁴ Cfr. *ibidem*, p. 151.

³³⁵ En relación a esto dice ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, pp. 191-192: "Como se ha puesto de relieve en todas las guerras, la persona puede arrostrar, si se le ordena, peligros para su vida y su integridad física."

³³⁶ Cfr. *ibidem*, p. 151. El § 33 StGB se expresa en los siguientes términos: "Si el autor sobrepasa los límites de la legítima defensa por turbación, miedo o espanto, no será castigado."

lador deja impunes estas conductas sólo pueden ser de carácter político-criminal ^{336 a}.

La coincidencia de dos circunstancias hace innecesaria una sanción penal desde el punto de vista de la prevención especial: por un lado, el hecho de que el sujeto agente está integrado socialmente, siendo una situación extraordinaria la que le ha llevado a comportarse de una manera lesiva para un bien jurídico; por otro lado, se opera una reducción de lo injusto de la conducta, basada en la protección de otro bien jurídico: el bien salvaguardado por la conducta efectuada en estado de necesidad ^{336 b}.

En cuanto a las razones de prevención general,

«tampoco exigen una pena, porque la infrecuencia de tales situaciones, que la mayoría de las veces no admiten comparación en el caso concreto, hace que resulte superfluo sancionar en atención a la generalidad la desviación de la conducta regular deseada y porque, sencillamente, sería difícil que, si alguna vez el hombre medio, no preparado para la 'actuación en peligro', se viera dentro de una situación así, reflexionara sobre la norma y se pudiera motivar por ella» ³³⁷.

Resumiendo: para ROXIN hay cuatro razones que fundamentan la exclusión de la responsabilidad por el § 35 del Código penal alemán: reducción de lo injusto de la conducta por la salvación de bienes jurídicos, integración social del sujeto agente, carácter anómalo e infrecuente de las situaciones extremas de necesidad y ausencia de la posibilidad de motivarse por la norma.

De lo anterior se deriva que los límites del estado de necesidad del § 35 también están funda-

^{336 a} Cfr. *ibidem*, pp. 73, 152 y 191.

^{336 b} Cfr. *ibidem*, pp. 73 y 191.

³³⁷ *Ibidem*, p. 73; cfr. también *op. cit.*, p. 191.

mentados en consideraciones preventivas: la obligación de sacrificarse, impuesta para determinadas profesiones y derivada de una relación jurídica especial, o la exigencia de la falta de provocación, obedecen a motivaciones preventivas³³⁸. Se observa en este punto una analogía entre los planteamientos de Armin KAUFMANN y los de ROXIN. Recuérdese que para el primero, la posibilidad que tiene el ordenamiento jurídico de renunciar a la imposición de una pena a la vista del escaso grado de «culpabilidad» (en sentido tradicional), desaparece cuando deban prevalecer los *intereses generales de la comunidad*; por ejemplo, cuando se impone el deber de arrostrar el peligro a bomberos, militares, etc.³³⁹. De aquí a afirmar el fundamento preventivo de estos límites no hay nada más que un paso, que es el que da ROXIN.

Sobre la base de este planteamiento, ROXIN se pregunta si es lícito deducir la exclusión de la pena respecto de determinadas situaciones claramente perfiladas, aunque el legislador no contemple tales constelaciones de casos. Expresado de otra manera: se trata de si las ideas de ROXIN son capaces de fundamentar la existencia de causas supraleales de exclusión de la responsabilidad. La respuesta es afirmativa: no es sólo que el legislador no se haya pronunciado expresamente en contra de la admisibilidad de esas causas supraleales, sino que los principios generales de la interpretación y las exigencias de una política criminal humana hacen viable su admisibilidad³⁴⁰.

³³⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 74-76, 152-153 y 191-192.

³³⁹ Cfr. KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 158 y n. 171. V. además *supra* p. 197.

³⁴⁰ Cfr. ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, pp. 87 y 155 s.; este autor admite también causas supraleales de exclusión de la responsabilidad respecto a los delitos imprudentes (*op. cit.*, p. 84 s.).

Los casos de «eutanasia» se pueden resolver, pues, mediante una causa supralegal de exclusión de la responsabilidad. La antijuridicidad permanece inalterada en ellos, ya que «*nada* puede justificar que se mate a un inocente»³⁴¹. La conducta de los médicos fue antijurídica y, además, culpable. Hay culpabilidad, puesto que estaban en perfectas condiciones de cumplir los imperativos del Derecho y de negarse a participar en la muerte de inocentes.

«Para la 'culpabilidad' jurídica —añade ROXIN— basta con que la disposición del autor, que estaba en condiciones de emprender otra conducta distinta, se desvíe de las reglas del Derecho»³⁴².

Lo que está excluido realmente es la necesidad de la pena; no se requiere aquí una sanción penal, porque el desvalor de la acción está excluido en función de la finalidad de los médicos de preservar bienes jurídicos, porque tales situaciones son absolutamente singulares y porque la integración de los sujetos en la sociedad resulta intacta³⁴³. En definitiva, porque no concurren razones de prevención general o especial, que son las que fundamentan, junto a la culpabilidad, la categoría de la responsabilidad.

La concepción de ROXIN responde al principio general —que inspira toda su obra dogmática— de lograr un acercamiento entre Derecho penal y política criminal³⁴⁴. Donde con mayor intensidad

³⁴¹ *Ibidem*, p. 88; lo subrayado en el texto aparece en negritas en el original.

³⁴² *Ibidem*, p. 88; cfr. además *op. cit.*, p. 191.

³⁴³ Cfr. ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 89; no menciona, respecto a los médicos, la ausencia de la posibilidad de motivarse por la norma.

³⁴⁴ Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 1972, p. 33: “[...] el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas po-

se produce este acercamiento dentro de la teoría del delito es en la esfera de la «culpabilidad» o, por emplear la expresa denominación de ROXIN, en el campo de la responsabilidad³⁴⁵. Sin embargo, las consideraciones preventivas carecen de toda eficacia en el ámbito de la antijuridicidad³⁴⁶.

Me interesa destacar este último punto, porque no lo considero justificado. Para ROXIN la responsabilidad viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena³⁴⁷, que precisamente en el momento en que es tomada en cuenta la responsabilidad son de tipo preventivo, tanto de prevención general como de prevención especial³⁴⁸. Pero, ¿por qué toma en cuenta este autor las razones preventivas sólo en la responsabilidad y no en las restantes categorías de la teoría del delito? Pues si un sistema ha de interpretarse conforme al fin que el sistema en su conjunto persigue, no hay razón para que todos los elementos del sistema no se orienten

liticocriminales en el sistema del Derecho penal [...]” y *passim*.

³⁴⁵ Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 1972, pp. 41 y 68; el mismo, *Culpabilidad y prevención*, 1981, pp. 70, 149 y 151.

³⁴⁶ La razón que da ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 157 n. 24, es la siguiente: “Pues las causas de justificación, que sólo en una pequeña parte proceden del StGB, deciden sólo sobre la licitud o prohibición del comportamiento, pero en ningún caso sobre la necesidad de castigar ese comportamiento.” Para ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 1972, pp. 40 y 55 ss., la función de las causas de justificación consiste en la solución social de los conflictos; v. sobre esto último mi crítica, *supra*, p. 166 y n. 236.

³⁴⁷ ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 1972, pp. 41 y 67.

³⁴⁸ ROXIN, *Problemas fundamentales*, 1976, p. 24 ss., estima que la pena opera de forma preventiva en el momento de su imposición y medida, momento en que debe ser tomada en cuenta la culpabilidad (responsabilidad).

por el mismo criterio de interpretación. Trasladado este razonamiento al Derecho penal, significa que la hermenéutica a emplear en las diversas categorías del delito debe estar guiada por los fines que persigue el Estado al imponer sanciones penales³⁴⁹. Este es el camino iniciado por GIMBERNAT, que toma en cuenta los fines perseguidos por la pena en la esfera del injusto:

En las causas de justificación «el motivo por el cual no se amenaza con una pena no es el de que ello no sería eficaz, sino el de que no se quiere actuar inhibitoriamente»³⁵⁰.

Y más adelante añade:

Conformidad con el Derecho quiere decir «que la ley —por los motivos que sean— renuncia, frente a la comunidad, a amenazar con una pena; renuncia a motivar la no comisión [sc. de una acción en estado de necesidad] mediante el mecanismo punitivo»³⁵¹.

³⁴⁹ Así también: MUÑOZ CONDE, *Introducción a ROXIN Política criminal y sistema de Derecho penal*, 1972, p. 12: "También me parece muy unilateral la tesis de Roxin de reducir la culpabilidad a la teoría de los fines de la pena. Pues también la diferencia de pena entre un hurto y un asesinato tiene que ver con la teoría de los fines de la pena y no por ello puede decirse —o no de un modo general— que esta diferencia radique en el ámbito de la culpabilidad"; MIR PUIG, *Introducción*, 1976, p. 155 n. 313: "No sólo la culpabilidad 'viene acuñada por la Teoría de los fines de la pena' sino que ésta ha de reflejarse a lo largo de toda la teoría del delito, cada una de cuyas categorías se *especifica* con arreglo a criterios más precisos" (subrayado en el original); MUÑOZ CONDE, *Introducción a ROXIN Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 27: "Pero no sólo la culpabilidad, sino todas las demás categorías de la teoría general del delito deben servir para realizar esta tarea [sc. la de defensa de bienes jurídicos fundamentales para la colectividad y para el individuo] del Derecho penal."

³⁵⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.^a ed., 1981, p. 164.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 167; de forma similar, aunque más limitadamente, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 15.

Al tenerse en cuenta los criterios político-criminales en las restantes categorías del delito, pierde consistencia la responsabilidad como categoría autónoma: si la referencia a los criterios derivados de la teoría de los fines de la pena, que según ROXIN diferencia la responsabilidad de las restantes categorías, es compartida por la teoría jurídica del delito como un todo, desaparece el carácter específico de la responsabilidad. Su fundamenta-

V., además, la opinión de BRAUNECK al respecto *supra* pp. 147-148, n. 186 y el texto al que hace referencia, y la de MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 1979, pp. 41-42: "La fundamentación político-constitucional de la función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho como función de prevención, y la consiguiente concepción de las normas penales como medios de motivación de la colectividad a evitar la comisión de conductas delictivas, condicionan decisivamente la esencia de la antijuridicidad [...]."

También en la esfera de otras categorías distintas del injusto y la culpabilidad se ha admitido la relevancia de la política criminal; así, respecto a las causas de exclusión de la pena, téngase en cuenta la opinión de PETERS (*supra* p. 98, n. 26) y OEHELER (*supra* 99, n. 31) y la de GÓMEZ BENÍTEZ, *RFDUC*, t. 64, 1982, p. 69: "Las condiciones objetivas de punibilidad son, pues, requisitos político-criminales de la necesidad de pena, ajenas al tipo de injusto, y que se suman a otras condiciones de la 'necesidad de pena' (como son, por ejemplo, los denominados elementos, requisitos y presupuestos de la culpabilidad) para decidir la existencia de necesidad de pena".

Sin embargo, hay que hacer constar que en las discusiones mantenidas en un Simposio organizado por la Fundación Alexander von Humboldt en Ludwisburg del 7 al 12 de octubre de 1973 sobre el tema "Strafrecht und Strafrechtsreform", los representantes de España, Portugal y países de Latinoamérica llegaron a la conclusión de que "la tendencia de explicar el estado de necesidad sobre la base de los criterios de la prevención general y especial no resulta suficiente" (cfr. *Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974, p. 333 punto 5).

Extendiendo la insuficiencia de las razones político-criminales como fundamento a todas las causas de justificación, KÜPER, *JZ*, 1983, pp. 92 y 95.

ción se convierte así en quebradiza e inconsistente, por lo que todavía quedaría pendiente la tarea de buscar a la responsabilidad una base sólida.

Con independencia de esto, no queda claro en la concepción de ROXIN por qué «*nada* puede justificar la muerte de un inocente». Esta frase aparece como de pasada, como si ya gozara en la doctrina alemana del suficiente arraigo y fuera innecesario detenerse en ella y darle una explicación convincente. Sin embargo, cabe preguntarle a ROXIN: ¿por qué opta por una causa de exclusión de la responsabilidad y no por una causa de exclusión de la antijuridicidad? Nada nos aclara este interrogante, por lo que la cuestión continúa abierta.

Por otro lado, ROXIN no consigue escapar con su teoría de la responsabilidad a las objeciones repetidamente planteadas contra el libre albedrío. Si responsabilidad = culpabilidad + razones preventivo-generales + razones preventivo-especiales, entonces el libre albedrío sigue figurando como fundamento de uno de los elementos —el primero— de la categoría de la responsabilidad³⁵². Por lo tanto, si el libre albedrío no puede sostenerse por indemostrable³⁵³, el mismo reproche de imposibilidad de demostración habrá que dirigir contra la figura de la responsabilidad.

Es evidente que ROXIN pretende minusvalorar la idea del libre albedrío latente en la culpabilidad³⁵⁴. Para ello, intenta trasladar las causas que según la doctrina dominante excluyen la «culpabilidad» (en sentido tradicional) a la esfera de la

³⁵² Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción a ROXIN Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 23 s.

³⁵³ V. *supra* p. 132.

³⁵⁴ Cfr. ROXIN, *Problemas básicos*, 1976, p. 26 s.; el mismo, *Culpabilidad y prevención*, 1981, pp. 48, 76 s. y 172; el mismo, *Iniciación*, 1981, p. 59 s.

exclusión de la responsabilidad, dentro del elemento de la innecesariedad de pena. De esta forma, el estado de necesidad del § 35³⁵⁵, el exceso en la defensa³⁵⁶, las denominadas causas suprale-gales de exculpación³⁵⁷, el error de prohibición³⁵⁸, ciertos supuestos de ausencia de capacidad de «culpabilidad»³⁵⁹ e incluso el desistimiento en la tentativa³⁶⁰, se convierten en causas de exclusión de la responsabilidad, fundamentadas en que no se precisa de una pena por razones preventivas.

La culpabilidad *stricto sensu*, que es definida como «capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas»³⁶¹, sólo queda anulada en los supuestos más claros y evidentes de ausencia de capacidad de «culpabilidad» (en sentido tradicional), como lo constituye el caso de locura manifiesta³⁶². Sin embargo, cuando se da en el sujeto una «perturbación profunda de la conciencia» o una «grave anomalía psíquica», la culpabilidad está ya afectada por los motivos preventivos; y si se trata de casos de delincuentes pasionales, intervienen estrictamente esos motivos preventivos³⁶³. En consecuencia, el ámbito de la exclusión de la culpabilidad *stricto sensu* queda extraordinariamente reducido en la concepción de ROXIN: sólo en los casos de locura manifiesta desaparece la «capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas».

³⁵⁵ Cfr. ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, pp. 73 ss., 151 ss. y 190 ss.

³⁵⁶ *Ibidem*, pp. 80 ss., 151 y 155.

³⁵⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 87 ss. y 155 ss.

³⁵⁸ Cfr. *ibidem*, p. 166 ss.

³⁵⁹ Cfr. *ibidem*, p. 166 s.

³⁶⁰ Cfr. *ibidem*, p. 155.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 178; v. además *supra* p 212 n. 342.

³⁶² Cfr. *ibidem*, p. 166.

³⁶³ Cfr. *ibidem*, pp. 166-168.

En realidad, la diferencia entre la concepción roxiniana y la teoría de la motivación se reduce a que los partidarios de esta última ³⁶³ a destierran completamente la idea de la culpabilidad *stricto sensu* y el pensamiento del libre albedrío ínsito en ella, y aplican también a los casos de locura manifiesta las consideraciones derivadas de los fines de la pena ³⁶⁴. El propio ROXIN se muestra muy cercano a la teoría de la motivación, pues reconoce que

«el principio de culpabilidad y una razonable política criminal convergen, por tanto, en la conclusión de que es absurdo castigar a alguien que no es motivable por las normas» ³⁶⁵.

³⁶³ a V. los citados *supra* pp. 124-125 n. 117.

³⁶⁴ En este sentido: GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.º ed., 1981, p. 148: "Por la escasa o nula 'motivabilidad' del 'inimputable', la pena no supone para él *ex ante*, un factor inhibitorio serio; y *ex post*, una vez ya cometido el delito, el método más adecuado para su readaptación social es, no el de la pena, sino el del tratamiento médico. Por otra parte, y desde el punto de vista de prevención general, la impunidad del loco en nada relaja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los 'imputables'"; MUÑOZ CONDE, *Introducción a ROXIN Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 33 s.; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 1979, p. 70 s., quien, no obstante, rechaza que los inimputables no sean motivables normativamente.

³⁶⁵ ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 172. Hay que preguntarse si es posible separar limpiamente las categorías de culpabilidad *stricto sensu* y responsabilidad, tal y como las configura ROXIN; pues bien, una estricta diferenciación no parece factible, ya que su creador admite la posibilidad de que el propio concepto de culpabilidad *stricto sensu* esté determinado por finalidades político-criminales (ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, pp. 166-167), por lo que la frontera entre una y otra categoría queda ampliamente desdibujada. Si todo el elemento de la responsabilidad, culpabilidad *stricto sensu* incluida, está determinado por finalidades político-criminales la posición de ROXIN es relativamente próxima a la sustentada por la teoría de la motivación.

Como conclusión de este apartado conviene retener lo siguiente: ROXIN no explica por qué la política criminal debe inspirar, ante todo, la culpabilidad y no todas las categorías del delito, ni por qué hay que aceptar forzosamente la antijuridicidad de la conducta de los psiquiatras en los supuestos de «eutanasia». La teoría de la responsabilidad tampoco logra superar la crítica del libre albedrío latente en toda ella, por lo que no puede constituir un instrumento apto para resolver los problemas aquí planteados.

Continuaré, por tanto, con la exposición de otras posturas recientes sobre este tema, con el objeto de resolverlo satisfactoriamente dentro de los límites que marca nuestro Derecho positivo.

3.2.5. *La atenuación de la pena*

Lo que nunca podrá adecuarse a la normativa vigente en España en materia de colisión de deberes es mantener la punibilidad de los médicos que cumplieron su deber de tutela respecto a unos pacientes a costa de la muerte de otros. Esta es la teoría que, no obstante, mantiene SPENDEL³⁶⁶, para quien los casos de «eutanasia» se reducen a un problema de medición de la pena³⁶⁷. La conducta de los médicos es punible porque estos *contemporizaron* con el injusto y porque se vieron envueltos en culpabilidad³⁶⁸.

Es preciso adelantar que SPENDEL parte de la idea de que a los médicos se les presentó una

³⁶⁶ Esta parece ser también la opinión de HANACK, *Zur Problematik*, 1967, p. 45, si bien HANACK tiene a la vista especialmente los casos de cumplimiento de órdenes ilegales.

³⁶⁷ Cfr. SPENDEL, en *Festschrift für Engisch*, 1969, p. 523.

³⁶⁸ Cfr. *ibidem*, p. 524.

tercera posibilidad: la de oponerse activamente a la acción de exterminio; según este autor, tal comportamiento hubiera sido digno de admiración, mientras que una conducta meramente pasiva, omitiendo toda forma de participación en el aniquilamiento, hubiera sido conforme a Derecho; por el contrario, la decisión que adoptaron los médicos, consistente en colaborar en dicha acción para salvar a una gran parte de los enfermos mentales a costa de unos pocos, hay que condenarla, en opinión de SPENDEL, es decir, que debe considerarse antijurídica ³⁶⁹.

Sin embargo, la situación objetiva en la que se encontraban los psiquiatras, si no igual, sí fue al menos análoga a la situación que se presenta en los casos de necesidad; por ello concurre, a juicio de este autor, en los supuestos de «eutanasia» una causa de atenuación de la pena, fundamentada en el principio «conditio-sine-qua-non»; dicho principio pone de manifiesto que sin la acción antijurídica se hubiera producido un resultado aún más grave ³⁷⁰.

Así como el injusto persiste totalmente, la culpabilidad se encuentra atenuada, porque los médicos eran demasiado débiles como para realizar incondicionalmente el Derecho, pero no está excluida porque hubiera sido muy conveniente realizar el Derecho ilimitadamente; y continúa SPENDEL: es esta atenuación de la culpabilidad, fundamentada en la idea de la conditio-sine-qua-non, la que opera consecuentemente, produciendo una atenuación de la pena ³⁷¹.

³⁶⁹ Cfr. *ibidem*, p. 512 s.

³⁷⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 511 y 525.

³⁷¹ Cfr. *ibidem*, p. 525. SPENDEL propone extender esta solución a los casos de auténtica eutanasia; por ejemplo, un médico administra a un enfermo insalvable una inyec-

Ya he advertido nada más empezar, que esta solución no es compatible con el Derecho positivo español, pues la «infracción de un deber» está recogida como modalidad del estado de necesidad en el número 7 del artículo 8 del Código penal, y el estado de necesidad constituye una circunstancia que exime de responsabilidad criminal. Exención no puede ser en ningún caso compatible con penalidad, aunque sea disminuida. Otra cosa distinta es que las eximentes no se presenten en el supuesto de hecho concreto de forma completa, en cuyo caso sí se impone el recurso de la pena atenuada. Pero esta solución no es sostenible *a priori* y de forma generalizada, sin analizar previamente si concurren los requisitos de cada eximente, como se deduce del primer párrafo de la primera de las circunstancias mencionadas en el artículo 9 del Código penal.

Bajo la fórmula de la *conditio-sine-qua-non*, que es utilizada aquí en un campo que no es el de la causalidad, se esconde en realidad el criterio cuantitativo: puesto que la acción antijurídica y culpable de los médicos evitó un *mal mayor*, la pena merece una atenuación. Ya se ha visto, sin embargo, que dicha ponderación, en lo que se refiere a vidas humanas, no es admisible porque atenta contra el principio de igualdad, principio que goza en nuestro ordenamiento de rango constitucional. En consecuencia, dicha ponderación no es admisible ni en el ámbito de la antijuridicidad ni en el de la culpabilidad, ni tampoco en el de la medición de la pena. La prohibición constitucional de efectuar aquí distinciones cualitativas o

ción mortal, procurándole así una muerte sin sufrimientos, porque de todas maneras el paciente tendría que morir (op. cit., p. 526). En este mismo sentido ya NOLL, ZStW, t. 68, 1956, p. 194.

cuantitativas afecta a toda la teoría del delito en cualquiera de sus momentos ³⁷².

Además, la exposición de las circunstancias de hecho en los casos de «eutanasia» que SPENDEL lleva a cabo, no es correcta. El relato de hechos de las Sentencias judiciales sobre estos casos ³⁷³ dejó bien claro que si los médicos se hubieran negado a la confección de listas de los pacientes destinados al aniquilamiento, hubieran sido reemplazados por otros facultativos de ideología nazi, que habrían ejecutado la Orden de Hitler sin ningún tipo de reparos ³⁷⁴. Desde una perspectiva de deber los médicos se encontraban vinculados por dos deberes, uno consistente en salvar a los pacientes y el otro dirigido a la evitación de las participaciones delictivas. Desde múltiples planteamientos ideológicos se puede hablar de un deber (político) de resistencia al Régimen nazi. Llegado el caso, incluso me sentiría personalmente ligado por ese deber. Pero lo que no es aceptable es conferirle la naturaleza de jurídico, con la consecuencia de que si no se cumple, uno puede llegar a ser sancionado con una pena. En todo caso, se puede hablar de un derecho de resistencia ³⁷⁵, pero nunca de un deber jurídico con consecuencias penales.

La concepción de SPENDEL es, por tanto, inadmisibles desde la perspectiva del Derecho positivo

³⁷² V. *supra* pp. 154 s.

³⁷³ V. *supra* p. 85.

³⁷⁴ También en estos casos, como en otros, son irrelevantes los procesos causales hipotéticos: cfr. EHRHARDT, en *Arzt und Recht*, 1966, p. 115: "Quizás es cierto que la muerte de los enfermos mentales no hubiera podido realizarse si ningún psiquiatra hubiera participado. Pero con un pronóstico post-festum de este tipo se deben mantener siempre reservas"; ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, 1981, p. 88. V. además *supra* p. 128, n. 125.

³⁷⁵ Que es lo que reconoce la Ley Fundamental alemana en su a. 20, 4.

español, encubre el pensamiento cuantitativo que es anticonstitucional y falsea la realidad fáctica de los casos de «eutanasia». Su utilidad es prácticamente nula a los efectos que nos interesan.

3.2.6. *De nuevo la teoría del ámbito fuera del Derecho*

Otra vez me veo obligado a considerar esta concepción, pues sus seguidores han aumentado en número a partir de 1959. Entre ellos se cuentan Arthur KAUFMANN³⁷⁶, OTTO³⁷⁷ y DINGELDEY³⁷⁸. Continúan en la misma línea, apenas sin variaciones, MEZGER-BLEI³⁷⁹ y BLEI³⁸⁰. Sería demasiado reiterativo volver a repetir aquí sus respectivos argumentos, por lo que me limitaré a destacar las opiniones más innovadoras.

En primer lugar sobresale OTTO, que ha dedicado una monografía al tema de la colisión de deberes, en la que desarrolla una complicada y prolija postura diferenciadora respecto a los criterios para reputar una conducta como «no prohibida». Para ello distingue dos grupos de casos: por un lado las acciones destinadas a la salvación de familiares cercanos y por otro lado las acciones para la salvación de terceros no vinculados familiarmente con el sujeto agente; en cada uno de estos grupos los criterios a emplear son diferen-

³⁷⁶ KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 327-345.

³⁷⁷ OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, pp. 112, 122 y 130.

³⁷⁸ DINGELDEY, *Jura*, 1979, pp. 478-485.

³⁷⁹ MEZGER-BLEI, *Strafrecht AT*, 15.ª ed., 1973, p. 239 s.

³⁸⁰ BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.ª ed., 1977, p. 191.

tes³⁸¹. Para que una acción de salvación de un pariente cercano no sea contraria a deber, esto es: antijurídica, es preciso que concurren las siguientes condiciones:

- la acción debe efectuarse con la intención de salvar la vida a un pariente³⁸²;
- no debe serle posible al sujeto agente evitar el peligro mediante el sacrificio de la propia vida³⁸³;
- el pariente necesitado no debe haberse expuesto al peligro a causa de una decisión libre y consciente³⁸⁴.

La conducta que cumpla estos presupuestos no es contraria a deber, aun cuando tenga como resultado la muerte de terceros o de personas confiadas al sujeto agente³⁸⁵.

En el grupo de acciones para la salvación de terceros sin vinculación familiar con el sujeto agente, OTTO menciona varios supuestos, entre ellos, los casos de «eutanasia», el del barquero y

³⁸¹ Como reiteradamente he destacado en notas anteriores (*supra*, p. 39, n. 12, p. 69, n. 41, y p. 193, n. 292), OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, p. 77 ss., incluye como otro grupo separado las acciones para salvar la propia vida, lo que supone una extensión inadmisibles de la figura de colisión de deberes, al abarcar supuestos que pertenecen al estado de necesidad propio.

³⁸² Cfr. OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, p. 104.

³⁸³ Cfr. *ibidem*, pp. 99 y 104.

³⁸⁴ Cfr. *ibidem*, p. 100. OTTO, *ibidem*, nos aclara que entiende él por decisión libre y consciente: no actúa libremente quien se encuentra en un estado de necesidad coactivo, resultando su capacidad de imputación excluida o atenuada; lo mismo vale para los niños y para los adolescentes que no alcanzan la edad penal. Toma sobre sí un peligro de forma consciente quien actúa al menos con dolo eventual cuando se expone al peligro.

³⁸⁵ Cfr. OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, p. 104.

el caso del médico que es llamado a un accidente, donde se encuentra con dos heridos graves: si atiende a uno, morirá el otro entretanto; OTTO llega a la conclusión de que se debe dejar libertad de decisión al sujeto agente, pero con una particularidad: éste tiene que hacer todo lo posible por salvar tantas vidas humanas como le permitan sus fuerzas ³⁸⁶.

Aunque no he hecho sino esbozar a grandes rasgos la postura de OTTO, creo que esto basta para resaltar la idea de que el juicio de antijuridicidad depende para este autor en gran medida de las relaciones entre sujeto agente y necesitado. Pues bien, dicha postura, que es explicada minuciosamente a lo largo de las páginas del libro, sufre una completa modificación en el epílogo añadido a partir de la segunda edición de la monografía, que deja al lector completamente boquiabierto: después de fundamentar detenidamente que los vínculos familiares determinan una mayor intensidad del deber de salvación y de la obligación de sacrificarse, a partir de 1974 —fecha de la segunda edición— OTTO considera que las relaciones familiares han variado y que ha surgido una considerable distancia entre los cónyuges, por lo que tiene que desaparecer ese amplio deber de sacrificio ³⁸⁷. Pero lo más extraordinario no es que cambie su opinión en torno a este punto, sino que deje el grueso del libro sin modificar, cuando su opinión originaria —después abandonada— era prácticamente la idea directriz de la obra. Tal vez lo más juicioso hubiera sido no publicar ni una segunda ni una tercera edición o, al menos, publicarlas sin modificaciones tan fundamentales.

Esta mutación de pareceres me impide hacer

³⁸⁶ Cfr. *ibidem*, p. 106 ss.

³⁸⁷ Cfr. *ibidem*, p. 118.

una crítica coherente de la postura de este autor, puesto que no se sabe cuál es la decisión por la que finalmente se decide. No obstante, y por lo que respecta al OTTO de la segunda y tercera edición, que exige que en los casos de «eutanasia» y similares el sujeto agente haga todo lo posible por salvar la mayor cantidad de vidas humanas, creo que esa observación va ínsita en el concepto del deber, por lo que es innecesaria: si el obligado tiene capacidad de acción³⁸⁸, habrá de cumplir su deber, y si no la tiene, faltará entonces la situación típica de los delitos de omisión.

DINGELDEY es otro decidido partidario de la teoría del ámbito ajeno al Derecho. Lo peculiar de su posición estriba en que configura ese ámbito jurídicamente neutral como un *presupuesto negativo de procedibilidad*³⁸⁹. Esta institución, a la que la doctrina también se refiere con la denominación de requisitos de perseguibilidad, debe servir para marcar las diferencias entre lo insignificante y lo relevante jurídicamente, ya que esto sólo se puede conseguir en el ordenamiento jurídico alemán —según DINGELDEY— desde una perspectiva procesal. Conforme a esta perspectiva, es preciso distinguir entre la inadmisión de acciones procesales por improcedentes y la inadmisión por falta de fundamento; las acciones procesales que traten de litigios que surgen de un ámbito ajeno

³⁸⁸ Sobre la capacidad de acción cfr. por la doctrina alemana, JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, pp. 178 s. y 500 s. (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 297 s., y t. 2, 1981, p. 849 ss.); y por la doctrina española, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión de socorro*, 1966, p. 207 s., y QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, 1981, p. 146.

³⁸⁹ Cfr. DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 484, quien sigue a CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie Über Voraussetzung dar richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, 1964, p. 40 ss.

al Derecho, tendrán que ser rechazadas como improcedentes, pues tales casos, que son jurídicamente irrelevantes, no deben ser decididos por los Tribunales ³⁹⁰.

Aparte de que es discutible —incluso desde un punto de vista profano— que se pueda equiparar la denegación de un saludo (caso de improcedencia obvia) con la salvación de unos hombres y la muerte de otros producidas en los casos de «eutanasia», la posición de DINGELDEY incurre en el desconocimiento de la función de los requisitos de perseguibilidad. Estos se encuentran previstos para los casos en que se da la existencia de un delito, pero su enjuiciamiento en un proceso se hace depender de denuncia, querrela, licencia judicial, excitación del Gobierno o acto de conciliación ³⁹¹; no se trata, pues, de requisitos materiales, sino de presupuestos formales que condicionan la apertura o la continuación del proceso. En definitiva: que no pertenecen al Derecho penal sustantivo, sino al Derecho procesal ³⁹².

Y es precisamente *lo sustantivo* de la colisión de deberes lo que se está discutiendo. Desde un punto de vista lógico, lo primero que hay que ana-

³⁹⁰ Cfr. DINGELDEY, *Jura*, 1979, p. 484.

³⁹¹ Estos son los requisitos de perseguibilidad que prevé el Derecho español; cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal* PG, 8.ª ed., 1981, p. 402.

³⁹² Doctrina dominante en la República Federal Alemana; cfr. por todos JESCHECK, *Lehrbuch* AT, 3.ª ed., 1978, pp. 267 y 445 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 452, y t. 2, 1981, p. 756). Entre los penalistas españoles se vacila entre incluir los requisitos de perseguibilidad entre las condiciones objetivas de punibilidad (así QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, t. 1, 1963, p. 400), tratarlas dentro de la punibilidad en general (así: CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. 1, vol. 2, 18.ª ed., 1981, pp. 637-638; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal* PG, 8.ª ed., 1981, pp. 645-646 y 652-653) o considerarlas al margen del Derecho penal sustantivo (así MIR PUIG, *Adiciones*, t. 2, 1981, p. 770).

lizar es si nos encontramos ante un delito con todos sus elementos; el aspecto procesal de la cuestión aparece en un segundo momento, no menos importante que el anterior, pero sí diferenciado en cuanto a su naturaleza. Está claro que la colisión de deberes equivalentes no puede constituir delito en el Derecho penal sustantivo español (artículo 8, número 7 del Código penal) y esto lo admite también la teoría del ámbito fuera del Derecho al considerarla como una conducta «no prohibida». El momento en que se verifique esa inexistencia de delito desde una perspectiva procesal, dependerá de la teoría que se adopte sobre la naturaleza juridicopenal de la colisión de deberes equivalentes. La cuestión se reduce a determinar si la naturaleza atribuida por DINGELDEY a esta figura es o no correcta.

En otro epígrafe anterior llegué a la conclusión de que la teoría del ámbito ajeno al Derecho, que le atribuye la condición de conducta «neutral» o «no prohibida», debe ser descartada³⁹³, por lo que su configuración como presupuesto negativo de procedibilidad pierde también su fundamento.

3.2.7. *Otra vez la causa de justificación*

En 1972 aparece una valiosa contribución al tema de la colisión de deberes, debida al profesor griego Georgios MANGAKIS³⁹⁴ y que se publica justo cuando éste acaba de salir en libertad de la cárcel, después de cumplir dos de los dieciocho años de prisión que le impuso un Tribunal militar especial de Atenas en 1970.

³⁹³ V. *supra*, p. 175.

³⁹⁴ MANGAKIS, ZStW, t. 84, 1972, pp. 447-479.

El punto de partida del que arranca la construcción de MANGAKIS es la unidad del sistema de normas jurídicas: la esencia racional del ordenamiento jurídico implica que esté libre de contradicciones internas. Todo conflicto de deberes presupone la imposibilidad de su cumplimiento simultáneo; esta imposibilidad afecta directamente al propio ordenamiento jurídico, pues los deberes jurídicos están constituidos o reconocidos por normas jurídicas, de manera que tras todo conflicto de deberes se esconde en realidad una colisión de normas³⁹⁵. Esta colisión normativa es insostenible para un Derecho que se configura como una ordenación racional de la vida³⁹⁶.

En una situación de colisión de deberes es el propio Derecho el que está obligado por su esencia racional a intervenir, indicando como vinculante sólo un deber, para recuperar así su falta de contradicciones internas³⁹⁷.

«En una colisión de deberes, por tanto, no sólo el titular de los mismos, sino también el Derecho se encuentra en una situación de necesidad [...]»³⁹⁸.

En estas «situaciones límites del Derecho penal»³⁹⁹ no puede renunciar el ordenamiento jurídico a ser racional. Por el contrario: el Derecho está obligado a ofrecer una solución en el ámbito del injusto, de forma que en toda colisión de deberes haya una conducta conforme a Derecho; si se niega la obligación del Derecho a encontrar una solución, se producirían dos consecuencias: la de que el Derecho no cumpliría ya su función

³⁹⁵ V. sobre esto *supra* pp. 77 ss.

³⁹⁶ Cfr. MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 460.

³⁹⁷ Cfr. *ibidem*, p. 460.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 461.

³⁹⁹ El artículo de MANGAKIS lleva como título "La colisión de deberes como situación límite de Derecho penal".

de ordenar la vida y la de que el obligado se vería abandonado por el resto de los miembros de la comunidad en una de las situaciones más difíciles de la vida ⁴⁰⁰.

La conclusión a la que llega MANGAKIS es que no cabe otra vía

«para respetar el ámbito de la libre decisión de la conciencia personal, que es la de aceptar la decisión personal del titular de los deberes, efectuada bajo la responsabilidad de su conciencia, como una de las soluciones correctas del problema» ⁴⁰¹.

En definitiva, esta vía significa que la solución se encuentra en la esfera del injusto y no en la de la culpabilidad, como afirmaban los partidarios de la antigua teoría de la exculpación supralegal. A diferencia de la más moderna concepción de Armin KAUFMANN, MANGAKIS no distingue entre conflictos de deberes de acción y conflictos de deberes de acción y omisión: lo conforme a Derecho es siempre lo que decida el sujeto de forma responsable en su conciencia, presupuesta siempre—claro está— la equivalencia de los deberes contrapuestos ⁴⁰².

Para la determinación de la equivalencia de los deberes, MANGAKIS rechaza una ponderación cuantitativa o cualitativa en lo que a vidas humanas se refiere ⁴⁰³, con lo que se aparta de la postura de KLEFISCH, que abogaba por la justificación de

⁴⁰⁰ Cfr. MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 464.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 465. El criterio de la libertad de elección en caso de equivalencia de los deberes proviene de BINDING, *Handbuch*, t. 1, 1885, p. 765 s.; siguiendo a BINDING, entre otros: KRONER, *Die Verletzung von Rechtsgütern des Dritten bei der Notwehr*, tesis doctoral, Göttingen, 1897, p. 54 (citado por JANSEN, *Pflichtenkollision*, 1930, p. 40 n. 56); JANSEN, *Pflichtenkollision*, 1930, p. 37.

⁴⁰² Cfr. MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, pp. 467-468.

⁴⁰³ Cfr. *ibidem*, pp. 465 y 471.

la conducta de los médicos en los casos de «eutanasia», en base al razonamiento de que la conducta de estos representó un «mal menor». En la opinión de MANGAKIS la justificación resulta también en los casos de equivalencia de deberes, sin necesidad de recurrir al subterfugio de atender al número de vidas salvadas en relación al número de las sacrificadas.

Una vez fundamentada su posición, el autor griego pone a prueba su propia conclusión, confrontándola con diversos grupos de casos⁴⁰⁴; para su análisis, desarrolla y aplica dos principios que constituyen criterios rectores: el principio de respeto a la persona y el principio —derivado del anterior— de la prohibición de asumir el papel del destino fatal.

El primero de ellos lo conceptúa MANGAKIS como perteneciente a las ideas fundamentales de nuestra cultura y está destinado a reconocer el valor supremo incorporado a cada ser humano; de aquí se deriva la inadmisibilidad de tratar al ser humano como un *quantum* a tener en consideración en una ponderación de pérdidas y ganancias; pero este principio tampoco se puede llevar a su extremo, pues en los casos de colisión de deberes relativos al auxilio de vidas humanas conduciría paradójicamente al efecto contrario, es decir, a abandonar las vidas humanas a su suerte; en efecto: se corre el peligro de dejar a una persona concreta sin auxilio cuando está a punto de perecer y en este sentido —aunque pueda parecer singular— utilizarlo como medio para el fin de garantizar la inviolabilidad del principio de respeto a la persona⁴⁰⁵.

El segundo principio significa que a nosotros,

⁴⁰⁴ Cfr. *ibidem*, p. 468 ss.

⁴⁰⁵ Cfr. *ibidem*, p. 471 s.

seres humanos, no nos corresponde arrogarnos el papel de un destino destructor de vidas humanas⁴⁰⁶. Salta a la vista que este principio no es sino una versión renovada del criterio que ya rechacé de «no jugar al destino», elaborado por Eberhard SCHMIDT⁴⁰⁷.

Como decía antes, MANGAKIS resuelve varios grupos de casos de la mano de estos principios. En todos, excepto en un grupo, llega a la conclusión de que la solución de la colisión de deberes responde al enunciado genérico ya efectuado: que el Derecho tiene que aceptar la decisión tomada por el obligado en la responsabilidad de su conciencia⁴⁰⁸. Sólo en una constelación de casos exceptúa su propia tesis: se trata de los supuestos en que una o varias personas se encuentran en peligro de muerte, peligro que únicamente se puede evitar mediante la lesión de otras vidas humanas, que hasta entonces se encontraban fuera de peligro. Entre estos incluye el ejemplo ideado por WELZEL del guardagujas que tiene que optar por una de estas dos posibilidades: no intervenir en el curso natural de los hechos y dejar que el vagón de mercancías se estrelle contra el tren de pasajeros, o intervenir de manera positiva, accionando las agujas y desviando el vagón hacia un andén en el que varios trabajadores descargan otro vagón, con lo cual se tiene que producir forzosamente su muerte.

Este y otros supuestos similares están caracterizados, según MANGAKIS, por varias circunstancias: en primer lugar, se presenta aquí una comunidad de peligro⁴⁰⁹ de tipo especial, porque el

⁴⁰⁶ Cfr. *ibidem*, p. 472.

⁴⁰⁷ V. *supra*, p. 125 ss. y especialmente n. 118.

⁴⁰⁸ Cfr. MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 473 ss.

⁴⁰⁹ LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.^a ed., 1980, § 34 n.º marg. 24, define la comunidad de peligro como aquella

peligro de muerte amenaza a los dos grupos de personas —el de los pasajeros del tren y el de los trabajadores del andén—, no de forma cumulativa, sino de forma alternativa: o mueren unos o mueren otros; en segundo lugar, el conflicto se produce entre un deber de auxilio y el deber derivado de la prohibición de matar; por último, parece que el destino ha efectuado ya su elección en cuanto al grupo de personas que está destinado a morir y si el guardagujas se inmiscuye en el curso de los acontecimientos, sustituye esta decisión del destino por otra que afecta a la destrucción de otras personas⁴¹⁰. Caso de que esto último ocurra, se conculcará en opinión de MANGAKIS el segundo de los principios rectores que antes vimos. Tampoco el principio del respeto a la persona modifica esa valoración, ya que no es admisible efectuar en estos casos valuaciones de tipo cualitativo o cuantitativo⁴¹¹.

En consecuencia, no le está permitido al sujeto en este grupo de casos entrometerse en el destino

situación en la cual “se encuentran varias personas en un peligro común para la vida, estando el autor ante la alternativa de o bien dejar morir a todos mediante su inactividad, o bien, mediante la muerte de algunos, salvar a los restantes”.

En sentido similar: von WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 248; WELZEL, *MDR*, 1949, p. 374; SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, col. 565; KLEFISCH, *MDR*, 1950, pp. 260 y 262; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 17, 27 ss., 36, 101, 112 n. 101, 116 y 261; SPENDEL, en *Festschrift für Engisch*, 1969, p. 516; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 468 ss.; SAMSON, en *SK*, t. 1, 2.^a ed., 1977, § 34 n.º marg. 20; PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 165 ss.; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 49 y 121; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 106; WESSELS, *Strafrecht AT*, 10.^a ed., 1980, p. 70; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 1981, p. 182.

⁴¹⁰ Cfr. MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 470.

⁴¹¹ Cfr. *ibidem*, p. 471.

fatal y desviarlo mediante una decisión propia, con lo que ya no le queda libertad de elección de la alternativa a seguir; de ahí deduce MANGAKIS que le corresponde la preferencia a la prohibición de matar sobre el deber de prestación de socorro: el desvío del vagón hacia el andén ocupado por los trabajadores no es una conducta conforme a Derecho, sino antijurídica ⁴¹².

¿Está justificada esta excepción a la regla general de otorgar al sujeto agente libertad de elección del deber que desea cumplir? Creo que no. El principio que prohíbe «arrogarse el papel del destino fatal», el criterio de «no jugar al destino», o comoquiera que se formule esta idea, conduce a declarar antijurídicas todas las conductas efectuadas en una situación de colisión de deberes. La decisión del sujeto agente a favor del cumplimiento de un deber conlleva siempre y en todos los casos el empeoramiento de las perspectivas de cumplimiento del otro deber. Si no, no nos hallamos realmente ante un caso de colisión de deberes. Esta figura jurídicopenal presupone que los deberes sean antagónicos, excluyentes, de forma que resulta imposible la realización simultánea de las dos prestaciones, lo que como ya se ha visto resalta el propio MANGAKIS. Ante esta estructura, es evidente que en todo supuesto de estas características se produce una «arrogación del papel del destino fatal» o un «jugar al destino», pues todo deber cumplido es *causal* respecto al resultado del otro deber incumplido ⁴¹³.

Las precauciones que MANGAKIS observa con el caso elaborado por WELZEL y que le hacen excluir la justificación del modo de proceder del

⁴¹² Cfr. *ibidem*, p. 476.

⁴¹³ V. nuevamente *supra* pp. 127 s.

guardagujas, pierden su razón de ser si se estudia este supuesto desde una *perspectiva de deber*. Es cierto que el peligro de perder la vida amenaza sólo a un grupo de personas: a los pasajeros del tren detenido en la estación. Pero esto es así única y exclusivamente desde un punto de vista meramente fáctico; desde una perspectiva de deber, sin embargo, el empleado de los ferrocarriles está obligado a preservar la vida tanto de los pasajeros como de los trabajadores. Por consiguiente, *para el guardagujas* la muerte de unos o la muerte de otros son las dos únicas posibilidades que se le presentan. Al vincularle las normas jurídicas a la evitación de *los dos* resultados, es cuando surge la colisión de deberes. El obligado —en este caso el guardagujas— no es que devíe el peligro de un grupo de personas a otro, sino que, desde una perspectiva de deber, el peligro amenaza conjuntamente a ambos grupos.

Si nos atenemos a este modo jurídico de ver las cosas, no resultan justificadas las reservas que impiden a MANGAKIS reconocer aquí una conducta conforme a Derecho. El empleado de ferrocarriles ha obrado como todo obligado en una colisión de deberes: eligiendo, ante la alternativa, una de las posibilidades impuestas por el ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, hay que reconocer que la aportación de MANGAKIS, valorada en su conjunto, es importante: el criterio de la libertad de elección, que Armin KAUFMANN y sus seguidores limitan a los conflictos de deberes de acción, es extendido por el profesor griego también a las colisiones de deberes de acción y omisión. MANGAKIS supera asimismo la crítica dirigida contra la originaria teoría de la justificación que operaba con criterios cuantitativos. El aspecto criticable de las opiniones de este autor se reduce a

la exclusión, en un pequeño número de casos, de la libertad de elección por parte del obligado respecto al deber que quiera satisfacer. Tampoco resulta aceptable el ya antiguo criterio de la prohibición de asumir el papel del destino fatal.

A mi juicio, el desarrollo que MANGAKIS ha imprimido al tema de la colisión de deberes es fundamental, por lo que constituye un paso más en la búsqueda de una necesaria solución.

En el presente trabajo se ha intentado exponer de una manera clara y sencilla los fundamentos de la teoría de la colisión de deberes, así como los criterios que deben aplicarse para resolver los casos de conflicto de deberes. Se ha tratado de mostrar que la solución de estos casos no puede ser arbitraria, sino que debe basarse en principios de justicia y equidad. Se ha intentado demostrar que la solución de estos casos debe ser flexible y adaptable a las circunstancias de cada caso. Se ha tratado de mostrar que la solución de estos casos debe ser justa y equitativa. Se ha tratado de mostrar que la solución de estos casos debe ser flexible y adaptable a las circunstancias de cada caso.

4. Toma de posición

Es hora ya de hacer una recapitulación; de la exposición de teorías que se han producido durante los últimos cuarenta años cabe extraer varias conclusiones. De entrada son descartables las opiniones que admiten de forma general la responsabilidad juridicopenal —aunque sea atenuada— del sujeto agente en una colisión de deberes, pues ésta se configura en nuestro Derecho penal como una eximente; es posible que la eximente no se presente de forma completa, pero tampoco cabe excluir de antemano la posibilidad de una colisión de deberes como eximente completa.

En segundo lugar, la discusión se debe centrar en la cuestión de si la conducta efectuada en situación de colisión de deberes manifiesta los caracteres materiales del delito, es decir, si es anti-jurídica, pero exculpada, o si es simplemente conforme a Derecho. Los elementos de la punibilidad o de la procedibilidad dan por supuesto ese hipotético carácter delictivo, pero sin fundamentarlo; las soluciones consistentes en excluir estos elementos del delito a través de una causa personal u objetiva de exclusión de la pena o a través de un presupuesto negativo de procedibilidad no hacen sino omitir o posponer una solución que se ha de hallar en el ámbito del injusto o de la culpabilidad. Se trata, pues, de si el contenido del injusto o el contenido de la culpabilidad se encuentran en estos casos inalterados, atenuados o excluidos.

De esta manera el marco de la discusión nos queda reducido prácticamente a dos teorías: la que se manifiesta a favor de una causa de justificación y la que aboga por una causa de exculpación. La aceptación de un ámbito fuera del Derecho o de un ámbito excluido al juicio de culpabilidad son en realidad no-soluciones, constituyendo una huída ante un compromiso ineludible; lo más fácil siempre es decir que no hay problema allí donde lo hay, o simplemente crear una zona de no-problema.

En cuanto a la exculpación, no se puede mantener esta solución si es sobre la base de un doble juicio de antijuridicidad. El cumplimiento de un deber a costa del incumplimiento de otro no puede ser antijurídico *en cualquier caso*. El ordenamiento jurídico tiene que ser capaz de indicar una conducta conforme a Derecho, si no quiere renunciar a la función motivadora o de llamada del tipo; en otro caso, el Derecho penal no cumpliría su función —generalmente aceptada— de protección de bienes jurídicos.

La teoría del estado de necesidad supralegal exculpante escapa a esta objeción, porque considera que en estos casos sí hay una respuesta inequívoca del Derecho en el ámbito del injusto, consistente en otorgar primacía de forma general al deber de omitir. Pero precisamente es esto lo objetable: un deber de evitar el resultado (es decir, un deber cuyo incumplimiento fundamenta la responsabilidad por omisión impropia) *no siempre* representa un injusto menor que el deber de acción contrapuesto.

En mi opinión, la solución respecto a la colisión de deberes equivalentes se encuentra en el ámbito del injusto, y se encuentra de tal manera, que este tipo de conflicto constituye una causa de justificación.

Sin embargo, aún sería posible imaginar una solución distinta para las colisiones de deberes de acción, una solución que se hallaría en un momento anterior al injusto: en la tipicidad o —para los partidarios del tipo global de injusto— en los elementos positivos de los tipos de omisión. En efecto, cabría imaginar que en estos casos no existe la capacidad individual de acción, como presupone la situación típica de los delitos omisivos¹. Esta hipotética solución no se ha planteado en la doctrina alemana, y cuando se ha hecho referencia a la capacidad de acción en relación a la colisión de deberes ha sido para afirmar que el conflicto no excluye tal capacidad de acción²; por mi parte, creo que en este aspecto no se puede ser apriorístico y que no cabe negar en general la capacidad individual de acción en los casos de colisión de deberes de acción: el que está obligado a salvar simultáneamente a dos personas, tiene en realidad la aptitud física necesaria para realizar —alternativamente— las acciones prescritas; *puede* salvar tanto a una como a otra. Por otro lado, la posibilidad de resolver los conflictos de deberes impuestos por normas preceptivas en el campo de

¹ Sobre la capacidad de acción v. *supra* p. 226 n. 388.

² Cfr. en este sentido: KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 136; distinguiendo según el caso concreto, ULSENHEIMER, *JuS*, 1972, pp. 252-253. La cuestión se ha planteado con mayor intensidad a partir de 1970, con el caso (que en realidad es un conflicto de deberes de acción y amisión) de un padre que se ve ante la alternativa de salvar a sus hijos de un incendio lanzándoles desde una ventana —con la posibilidad de que mueran en la caída— o dejarles envueltos en el incendio —con lo que la muerte será segura— (S. de 28-7-1970, BGH 1 StR, t. 175, p. 70 ss., con comentarios de DALLINGER, *MDR*, 1971, pp. 361-362, y ULSENHEIMER, *JuS*, 1972, pp. 252-256; cfr. además sobre este caso STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.ª ed., 1981, p. 142; v. un caso similar en QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, t. 1, vol. 1, 2.ª ed., 1972, p. 769).

la situación típica nos dejaría sin responder la pregunta de qué deber tiene preferencia: si se considera que el obligado por dos deberes de desigual valor no tiene capacidad de acción, cualquiera que sea el deber incumplido, entonces se dejaría una puerta abierta a la posibilidad de elegir el deber de menor relevancia, lo que supondría un quebranto para el principio del interés preponderante. Una cuestión valorativa como ésta ha de ser resuelta en la antijuridicidad y no en un momento anterior. En definitiva, no se puede negar que es posible que en un caso concreto desaparezca la capacidad individual de acción, pero no siempre tendrá por qué ser así; la solución se ha de hallar en el injusto.

Evidentemente, esta solución no podrá ser aceptada por los que consideren que la antijuridicidad es exclusivamente valorativa; en efecto: si la función del injusto es tan sólo desvalorar objetivamente una conducta, no puede tener cabida en ese injusto la perspectiva de deber; el deber derivado de la norma aparecerá entonces en la culpabilidad, que es precisamente donde la norma ejerce su tarea de determinación concretada en un sujeto. La colisión de deberes, conforme a esto, aparecería y debería resolverse en el marco de la culpabilidad. Sin embargo, si se concibe la antijuridicidad como comprensiva de la función de determinación de la norma —bien con exclusividad, bien acompañada de la función de valoración— entonces no hay obstáculo para resolver como aquí se hace, la colisión de deberes en la esfera de la antijuridicidad³.

³ Para una visión sobre la polémica entre teoría valorativa y teoría imperativa de la norma y su relación con la antijuridicidad y la culpabilidad cfr.: MIR PUIG, *Introducción*, 1976, p. 53 ss.; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 187 ss. (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 318 ss.); RODRÍ-

Ya dije anteriormente que toda colisión de deberes representa una antinomia jurídica⁴. La unidad del ordenamiento jurídico, más que como un principio absoluto, se nos manifiesta como una pretensión, que en lo referente a la tarea interpretativa actúa como una guía rectora, como una directriz hacia la que hay que tender. La actividad legislativa es una actividad humana y, por lo tanto, inmersa en las contradicciones sociales. Tampoco puede ser de otra manera, desde el momento en que los Parlamentos se componen de distintos partidos políticos, que expresan los antagonismos entre los estamentos sociales a los que representan; no debe extrañar, pues, que las leyes que surgen de ellos estén teñidas de contradicciones. Negar esto sería como taparse los ojos ante una realidad incuestionable.

Ahora bien, toda antinomia jurídica, sea entre diversos cuerpos legales, sea en el mismo texto legal, tiene que ser resoluble. Desde una perspectiva judicial, la necesidad de una solución es una auténtica imposición legal⁵. La solución podría estar, en principio, tanto en el seno de la anti-juridicidad como en el de culpabilidad. ¿Por qué entonces me he decidido por la conformidad a

GUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, PG, 1.ª reimpresión, 1978, p. 76 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal* PG, 8.ª ed., 1981, p. 175 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, 1981, p. 93 ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, tt. 1 y 2, 2.ª ed., 1981, p. 42 ss.; CARBONELL MATEU, *La justificación*, 1982, p. 15 y *passim*.

⁴ V. *supra* p. 80 ss.

⁵ A. 1, 7 del Código civil: "Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecida". A. 357 pfo. 1.º CP: "El Juez que se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, será castigado con la pena de suspensión".

Derecho y qué criterios hay que emplear para arbitrar esta solución?

Respecto al porqué de la conformidad a Derecho contesto lo siguiente: es el propio ordenamiento jurídico quien simultáneamente impone una conducta y la prohíbe a un mismo sujeto, quien ordena salvar vidas humanas u otros bienes jurídicos y al mismo tiempo impide esa salvación con sus imperativos jurídicos⁶ En consecuencia, al no poder determinar el Derecho qué es lo prohibido y qué es lo permitido, al tener tanto interés en la salvación de un bien jurídico como en la omisión de hechos delictivos, tiene que dejarse al criterio del obligado qué deber quiere cumplir y qué deber tiene que infringir. No es que el juicio de antijuridicidad se subjetivice, sino que de forma general y de antemano hay que llegar a la conclusión de que en caso de colisión de deberes equivalentes como quiera que sea la decisión del sujeto agente, será conforme a Derecho. Sólo así se logra un acercamiento a esa pretensión de coherencia interna ya mencionada, y no se abandona la función motivadora o de llamada del tipo. El Derecho se contenta en tales casos con el cumplimiento de un deber y deja que sea el propio obligado quien adopte esa decisión: otorga pues libertad de elección.

Sólo así se reconoce además que los deberes de acción no representan *siempre* un injusto menor. No obstante, cuando uno de los dos deberes contenga, en caso de incumplimiento, un injusto

⁶ En este sentido: SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, col. 569, quien reconoce que la situación de colisión de deberes ha sido creada por el propio Estado; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 449: "En tales casos [sc. en que coliden vida contra vida] no sólo el particular, sino también el Derecho se encuentran en una situación crítica" (cfr. también última op. cit., pp. 460-461).

menor —sea de acción o de omisión— habrá que recurrir a la regla general del estado de necesidad: lo justificado será el incumplimiento del deber cuya infracción constituya el mal menor. Pero lo que me interesa dejar bien claro es que siendo equivalentes los deberes (sean de acción, sean de acción y omisión), estará justificado tanto el cumplimiento de uno a costa del otro, como el cumplimiento de éste en perjuicio de aquél. Al particular se remite la decisión, siempre con efectos justificantes, de este conflicto.

Sólo así se evita una ponderación numérica entre vidas humanas o una consideración de las cualidades de trabajo, inteligencia o grado de salud del hombre, que atentarían contra el principio de igualdad reconocido por la Constitución. El obligado no se tiene que detener en efectuar valuaciones materiales o de «rendimiento» para llegar a una solución que sea conforme a Derecho.

Trasladado esto a nuestro ejemplo de partida, significa que los médicos actuaron de forma justificada al elegir el deber de salvar a la mayoría de los pacientes, pero también hubieran estado justificados de omitir cualquier tipo de participación en la acción genocida nazi.

Y significa también que el guardagujas se comporta de conformidad a Derecho tanto si cambia las agujas como si no las cambia, tanto si opta por la salvación de los trabajadores como si opta por salvaguardar la vida de los pasajeros.

La mismo ocurre con el padre que se encuentra ante la situación de que sus hijos se están ahogando y sólo tiene fuerzas y tiempo para poner a salvo a uno de ellos: la salvación de un solo hijo excluye la antijuridicidad del abandono del otro.

Desde un punto de vista político-criminal, esta postura resulta también satisfactoria. La función motivadora o de llamada del tipo se concreta en

el cumplimiento de un único deber; una pena en estos casos carecería de sentido, tanto desde una perspectiva preventivo-general⁷, como preventivo-especial⁸.

De esta manera se puede configurar la eximente de estado de necesidad del artículo 8, número 7, del Código penal de forma unitaria, es decir, como causa de justificación en todos los casos que caen en su órbita de eficacia⁹. Lo mismo la colisión

⁷ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.ª ed., 1981, pp. 164 y 167.

⁸ Así se deduce de las siguientes palabras de SCHMIDT, Eberhard, *SJZ*, 1949, col. 569: "¿Podría motivar la pena al autor a que realizara una conducta de otro tipo para el caso de que se volviera a repetir la misma situación? La negativa a esta pregunta es obvia. La pena carecería de sentido [...]".

⁹ En España la doctrina se estructura de la siguiente manera:

A favor de la teoría unitaria (el estado de necesidad es, siempre que se cumplan los requisitos del a. 8, 7 CP, causa de justificación): GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 1.ª ed., 1976, pp. 107-122; el mismo, *Introducción*, 1979, pp. 62-63; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 74 nn. 274 y 278 y p. 243 s.; ROLDÁN BARBERO, *Naturaleza del estado de necesidad*, 1980, p. 36 ss. y en especial p. 46. Dudandō: QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio*, t. 1, 1958, p. 268; el mismo, *Curso*, t. 1, 1963, p. 382; DEL ROSAL, *Tratado PG*, t. 1, 2.ª ed., 1976, p. 879, quien, aunque es partidario doctrinalmente de la teoría de la diferenciación, piensa que ésta "es discutible a la vista de la regulación legal" de la responsabilidad civil (*ibidem*); sistemáticamente, DEL ROSAL incluye el estado de necesidad dentro de la ausencia de antijuridicidad. Cfr. una reciente crítica a la teoría unitaria de GIMBERNAT efectuada por KÜPER, *JZ*, 1983, pp. 88-95.

A favor de la teoría ortodoxa de la diferenciación (el estado de necesidad es causa de justificación si los bienes en conflicto son desiguales y causa de exculpación si son iguales): DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., p. 31 ss.; FERRER SAMA, *Comentarios*, t. 1, 1946, p. 200 s.; AUTÓN ONECA, *Derecho penal*, t. 1, 1949, pp. 265 ss. y 271 s.; ROGRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas*, t. 1, 3.ª ed., 1955, p. 450 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, 4.ª ed., 1963, p. 306 s.; SÁINZ CANTERO, *RGLJ*, t. 46, N. S., 1963, p. 60; CÓRDOBA

de bienes que la colisión de deberes, el estado de necesidad propio que el auxilio de terceros, los conflictos equivalentes que los de distinto valor, constituyen una causa de justificación. Se consigue así que un mismo precepto produzca un mismo efecto para todos los casos que abarca, mientras que la teoría de la diferenciación se ve obligada a romper la unidad del precepto, lo que desde el punto de vista de la técnica legislativa sería más bien discutible. Las siguientes palabras de MIR PUIG son muy claras al respecto:

«La única manera de evitar tan graves inconvenientes es desistir del empeño de cobijar en el art. 8, 7.º

RODA, *Una nueva concepción del delito*, 1963, pp. 92 y 94; MARCH DELGADO, *RFDUM*, vol. 8, n.º 19, 1964, pp. 99 ss. y 102 ss.; LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del TS*, t. 1, 1964, pp. 162 ss. y 204 ss.; SÁINZ CANTERO, *La exigibilidad*, 1965, p. 123 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión de socorro*, 1966, pp. 230, 239 y 271; MUÑOZ CONDE, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974, p. 326; DEL ROSAL-RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio*, 1974, pp. 179-180; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, p. 366 ss., y t. 6, 2.ª ed., 1975, p. 986; RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes PG*, t. 2, 1978-1979, p. 337; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal PG*, 8.ª ed., 1981, p. 559 (con matizaciones); COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, t. 3, 1982, p. 75; SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, t. 2, 1982, p. 377.

A favor de la teoría heterodoxa de la diferenciación (si los bienes son desiguales, causa de justificación; si son iguales el conflicto se encuentra fuera del Derecho): JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Trabajos*, 1922, p. 277 s.; JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código*, vol. 1, libro 1, 1928, p. 127.

A favor de la teoría de la superdiferenciación (si los bienes son desiguales, causa de justificación; si son iguales, causa de inimputabilidad o excusa absolutoria): SÁNCHEZ TEJERINA, *Estado de necesidad*, 1922, p. 29 ss.; el mismo, *RFDUM*, n.ºs. 8-11, 1942, p. 236; PUIG PEÑA, *Derecho penal PG*, t. 1, 6.ª ed., 1969, p. 400.

Sobre la reciente teoría de MIR PUIG y SILVA SÁNCHEZ, v. *infra* pp. 250-254, n. 11.

Sin tomar postura, QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, 1981, pp. 196-197.

En cuanto a la situación alemana v. *infra* p. 304, n. 96.

tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante. A tal empeño se opone ya el hecho de que el art. 8, 7.º, prevé *un solo tratamiento* de todos los supuestos a que alcanza, en abierta contradicción con el planteamiento diferenciador que requería si diese cabida a instituciones tan diversas como el estado de necesidad justificante y el exculpante. [...] Esta dificultad ha de resolverse viendo en el artículo 8, 7.º, la sola regulación del estado de necesidad justificante»¹⁰.

¹⁰ MIR PUIG, *Adiciones*, t. 1, 1981, pp. 505-506; los subrayados en el texto corresponden a letra redonda en el original y el resto a letra cursiva. MIR no puede ser incluido, sin embargo, entre los partidarios de la teoría de la unidad porque, según él, el a. 8, 10 CP abarca los supuestos de estado de necesidad exculpante; sobre la posición en este autor v. *infra* pp. 250-254 n. 11.

Resalta también la idea de la uniformidad del tratamiento legal ROLDÁN BARBERO, *Naturaleza del estado de necesidad*, 1980, p. 28.

5. Sobre la dogmática de la colisión de deberes

5.1. LA COLISION DE DEBERES COMO SUBCASO DE ESTADO DE NECESIDAD

La famosa Sentencia del Tribunal del Reich, de 11 de marzo de 1927, agrupó la colisión de bienes y la colisión de deberes en el mismo concepto de estado de necesidad (estado de necesidad supra-legal justificante)¹. Esta tendencia de considerar la colisión de deberes como un subcaso del estado de necesidad perdura hasta Armin KAUFMANN. A partir de la teoría elaborada por este autor en 1959², se ha mantenido que la colisión de deberes equivalentes de acción constituye una causa de justificación autónoma, que se regula por principios distintos de los que rigen en el estado de necesidad justificante: en éste se exige un interés preponderante del bien salvado, mientras que en aquélla basta con un interés equivalente³.

¹ RG, t. 61, pp. 242-258 (p. 254); cfr. además BGH St., t. 2, p. 242. En el mismo sentido: BINDING, *Handbuch*, t. 1, 1885, p. 762; FINGER, *Lehrbuch*, t. 1, 1904, p. 418; MERKEL, Paul, *Grundriss*, t. 1, 1927, pp. 82, 133 y 136; von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, 1930, pp. 236-237; el mismo, *Lehrbuch*, 1932, p. 120; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1955, p. 129.

² V. *supra* pp. 175 ss.

³ En este sentido: KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 137; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*,

La consideración de la colisión de deberes como causa de justificación autónoma venía determinada por el tratamiento que la ciencia penal alemana le dispensó al estado de necesidad antes de la reforma. El estado de necesidad supralegal acogía los supuestos de desigualdad de bienes, mientras que el antiguo § 54 del Código penal alemán⁴ estaba reservado —según la doctrina mayoritaria— para los casos de igualdad de bienes. Al considerarse por KAUFMANN y sus seguidores que la colisión de deberes *equivalentes* de acción también producen efectos justificantes, se imponía desgajar esta figura del estado de necesidad supralegal, que había sido prevista para los casos de *preponderancia* del bien salvaguardado.

Después de la reforma, la doctrina sigue considerando que el nuevo § 34 del Código alemán, referido al estado de necesidad justificante⁵, tampoco recoge la contraposición de deberes de acción del mismo valor, a pesar de que, a mi juicio,

1965, p. 5 n. 15; WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 91 y 184 s.; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 87 previo al § 51; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1975, p. 335; SAMSON, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, § 35 n.º marg. 28, quien parece mantener la autonomía de la colisión de deberes, aunque no tan radicalmente; WESSELS, *Strafrecht AT*, 10.ª ed., 1980, p. 163; LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.ª ed., 1980, n.º marg. 74 previo al § 32.

También MEZGER-BLEI, *Strafrecht AT*, 15.ª ed., 1973, p. 150, y BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.ª ed., 1977, p. 299, consideran que la colisión de deberes justificante no es un subcaso del estado de necesidad de bienes, aunque, por otro lado, mantengan la teoría del ámbito fuera del Derecho.

De forma contradictoria, GEILEN, *Strafrecht AT*, 5.ª ed., 1980, p. 108, pues incluye la colisión de deberes en el estado de necesidad, a pesar de limitar aquella a los conflictos de deberes de acción.

⁴ V. *infra* Apéndice 2.1.1, § 54.

⁵ V. *infra* Apéndice 2.1.3, § 34.

el tenor legal de dicho precepto no excluye expresamente estos tipos de conflicto ⁶.

De conformidad con la sistematización de KAUFMANN, algunos autores alemanes tratan la colisión de deberes entre las causas de justificación de los delitos de omisión, pues al constituir únicamente la figura de la colisión de deberes los conflictos de dos o más deberes de acción, la conducta a justificar tiene que consistir necesariamente en una omisión ⁷.

A pesar de esto, no faltan los partidarios de incluir la colisión de deberes en el supraconcepto del estado de necesidad ⁸, siguiendo la tendencia originaria de encuadramiento de esta figura.

En España, la mayoría de la doctrina trata la colisión de deberes dentro del estado de necesidad («infracción de un deber», dice el artículo 8, número 7, del Código penal), sin indicar expresamente, por lo general, qué naturaleza muestra esta colisión cuando los deberes son del mismo ran-

⁶ V. *supra* p. 42.

⁷ Así: KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 136; BLEY, *Strafrecht I AT*, 17.ª ed., 1977, p. 296 ss.; RUDOLPHI, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, n.º marg. 29 previo al § 13; KIENAPFEL, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1979, p. 511; WESSELS, *Strafrecht AT*, 10.ª ed., 1980, p. 163 ss.; SCHIMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, p. 404 ss.

⁸ De esta manera: KLEFISCH, *MDR*, 1950, p. 262; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1967, p. 91, quien trata la colisión de deberes como un caso especial de la colisión de bienes; MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1971, p. 335; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 456; BAUMANN, *Strafrecht AT*, 8.ª ed., 1977, p. 363; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, pp. 293 y 406 ss. (= *Tratado*, t. 1, 1981, pp. 497 y 684 ss.); BOCKELMANN, *Strafrecht AT*, 3.ª ed., 1979, p. 89; HAFT, *Strafrecht AT*, 1980, pp. 68 y 152 s.; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.ª ed., 1981, p. 145.

Contradictorio GEILEN, *Strafrecht AT*, 5.ª ed., 1980, p. 108, puesto que incluye la colisión de deberes en el estado de necesidad, a pesar de admitir aquélla exclusivamente en los casos de conflictos de deberes de acción.

go⁹. Sin embargo, parece lógico deducir que la inclusión del conflicto de deberes equivalentes en el estado de necesidad justificante o exculpante, dependerá de que se opte por la naturaleza unitaria o diferenciadora de esta eximente. Para la primera opción, debería incluirse en el estado de necesidad como causa de justificación, mientras que los partidarios de la segunda postura deberán considerarla un supuesto específico del estado de necesidad exculpante.

Otros autores han aplicado explícitamente la teoría de la diferenciación a la colisión de deberes, distinguiendo la causa de justificación cuando se cumple el deber de mayor rango, y la causa de exclusión de la culpabilidad cuando se cumple uno de los dos o más deberes equivalentes¹⁰. Recientemente, un partidario de la teoría de la diferenciación, como lo es MIR PUIG, ha sostenido, sin embargo, que la colisión de deberes constituye siempre una causa de justificación, que debe ser tratada en el marco de la circunstancia 7.ª del artículo 8 del Código penal¹¹.

⁹ V. *supra* p. 55, n. 30.

¹⁰ En este sentido: LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del TS*, 1964, p. 206; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión de socorro*, 1966, p. 230 ss., especialmente p. 232, si bien propone incluir en el n.º 7 del a. 8 CP la colisión de deberes que excluye la culpabilidad y en el n.º 11 del a. 8 CP, la colisión de deberes como causa de justificación; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, quien emplaza la colisión de deberes en el estado de necesidad, pero reputa los casos de "eutanasia" como un supuesto de inexigibilidad que fundamenta una causa supralegal de inculpabilidad (pp. 428 ss. y 384, respectivamente); DEL ROSAL, *Tratado PG*, t. 1, 2.ª ed., 1976, p. 876: la "infracción" del deber de menor valor está justificada.

¹¹ Cfr. MIR PUIG, *Adiciones*, t. 1, 1981, pp. 504-509 y 689 s.; el mismo, en *Estudios jurídicos*, 1983, p. 517 (con matizaciones en n. 31); siguiéndole SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, t. 35, 1982, p. 664. MIR PUIG desarrolla una particular teoría de la diferenciación, según la cual el n.º 7 del a. 8 CP acoge

Sin embargo, otro sector de la doctrina prescinde completamente del estado de necesidad en

todos los supuestos de estado de necesidad justificante (colisión de bienes de considerable desigual valor y colisión de deberes de igual o desigual valor), mientras que, en su opinión, el n.º 10 del mismo a. (miedo insuperable) está previsto para el estado de necesidad exculpante (colisión de bienes de igual valor). MIR considera que así se salva la objeción que se podría hacer a la actual y dominante teoría de la diferenciación, que otorga efectos muy diferentes a los dos supuestos —igualdad o desigualdad de bienes—, aun cuando ambos se encuentran regulados en el mismo precepto: es decir, en el a. 8, 7. Recientemente, MIR PUIG, en *Estudios jurídicos*, 1983, p. 505 ss., ha reiterado esta concepción con muy ligeras variaciones.

Esta opinión, sin embargo, no puede ser aceptada por varias razones que expongo sucintamente a continuación: 1.º) MIR no explica por qué en un caso (colisión de bienes) la diferencia de valor entre los términos en conflicto justifica un tratamiento diferenciador y por qué en otro caso (colisión de deberes) determina un tratamiento unitario; 2.º) no tiene en cuenta este autor que al trasladar los conflictos de bienes equivalentes a la eximente del a. 8, 10 se exige un elemento subjetivo suplementario, como es el "miedo", que no figura en el n.º 7 del mismo a. De esta manera se limita todavía más el campo de aplicación de la exclusión de la responsabilidad para estos casos, pues no todos los que salvan un bien jurídico a costa de otro de igual valor o de escasa diferencia de valor, obran impulsados por el miedo (sobre esto, v. *supra* p. 135, n. 146). Cabría preguntarse hasta qué punto es inoperante el principio de legalidad en el ámbito de las causas de justificación y hasta qué punto es lícito restringir los límites de estas eximentes sin atender a la ley; 3.º) la idea de inexigibilidad es la que fundamenta, según MIR, el estado de necesidad exculpante que estaría previsto en el n.º 10 del a. 8. Pero la idea de la inexigibilidad, como ya expliqué *supra* p. 132, tiene su sustento último en el reconocimiento de libre albedrío humano, reconocimiento que este autor —como partidario que es de la teoría de la motivación— ha rechazado en reiteradas ocasiones. Resulta bastante contradictorio descartar por un lado la libertad humana para fundamentar un reproche de culpabilidad y aceptar por otro lado el principio de inexigibilidad, que no es sino un corolario en la culpabilidad del punto de partida del libre albedrío; 4.º) para MIR todo aquél que lesiona un bien jurídico en estado de necesidad, provoca simultá-

el momento de buscar acogida a la colisión de deberes y se decide por incluirla en el primer

neamente una "perturbación del ordenamiento jurídico", de modo que el bien salvado ha de ser de un considerable superior valor para alcanzar la proporcionalidad que exige el estado de necesidad como causa de justificación. Ahora bien, la idea de perturbación del ordenamiento jurídico es incompatible con la consideración —que este autor comparte— de las causas de justificación como elementos negativos del tipo, cuya función es limitar la materia de prohibición: no puede perturbar el orden jurídico lo que limita la materia de prohibición, es decir, lo que en definitiva ya no está prohibido; 5.º) por otra parte, MIR no termina por aclarar la diferencia entre el estado de necesidad justificante, que para él estaría acogido en el n.º 7 del a. 8, y el estado de necesidad exculpante, que debería subsumirse en su opinión en el n.º 10 del a. 8. Dado que en ambos preceptos el requisito de la proporcionalidad está redactado de una forma prácticamente idéntica —"que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar", dice el 8, 7, y "de un mal igual o mayor" se expresa en el 8, 10, quedaría siempre un interrogante abierto a la hora de responder a la pregunta de qué naturaleza tiene el estado de necesidad, por ejemplo, cuando se causa un mal considerablemente inferior al mal que amenaza; en efecto, este supuesto está contemplado tanto en el 8, 7 como en el 8, 10; ¿qué efectos produce, por tanto, este caso de estado de necesidad: justificantes o exculpantes? La respuesta no puede ser que la ponderación de los males en el estado de necesidad justificante se ha de efectuar desde la perspectiva del hombre medio, mientras que la perspectiva a tener en cuenta en el estado de necesidad exculpante es la del hombre medio colocado en la situación del autor (cfr. *Adiciones*, t. 1, 1981, p. 507). Y ésta no puede ser la respuesta porque ésta es una cuestión del baremo de ponderación de males, pero no un criterio que distribuya los posibles supuestos entre dos preceptos con tan diferentes consecuencias jurídicas: justificación o exculpación. Previo a la cuestión del baremo es el tema de si el conflicto se debe subsumir en el 8, 7 o en el 8, 10; y la concepción de MIR PUIG no lo resuelve.

Creo que el defecto de esta concepción reside en restringir el tenor literal de ambas eximentes: tanto el estado de necesidad del a. 8, 7 como el miedo insuperable del a. 8, 10 acogen por un lado, los conflictos equivalentes y por otro, los conflictos de desigual valor con preferencia del bien (o deber en su caso) de mayor valor. No puede ser conforme a la letra de la ley olvidar que el a. 8, 7

inciso de la eximente del número 11 del artículo 8: el cumplimiento de un deber^{11 a}. Por mi

trata los conflictos en que el mal causado es igual (que no sea *mayor* dice este precepto) que el evitado u olvidado que el n.º 10 del a. 8 abarca los conflictos en que el mal causado por miedo es menor que el mal que amenaza.

En mi opinión, el miedo insuperable constituye también una causa de justificación y voy a explicar por qué: las reglas del concurso de leyes no son exclusivamente aplicables a los preceptos prohibitivos o preceptivos, sino también a los permisivos; con otras palabras: no sólo tienen vigencia en relación a los tipos de la PE del CP, sino también en relación a las causas de justificación. Si se pone en relación el n.º 10 con el n.º 7, ambos del a. 8, se ve que coinciden en la existencia de un mal que amenaza como situación de necesidad previa, y en la exigencia de la proporcionalidad ("mal igual o mayor" dice el n.º 10); y se diferencian en que el estado de necesidad del n.º 7 no incluye el elemento del "miedo". Ambos preceptos están pues en relación de especialidad, siendo ley general el n.º 7 y ley especial el n.º 10 del a. 8. La situación de necesidad y la proporcionalidad son, por expresarlo gráficamente, el tronco común de ambas causas de justificación, mientras que "miedo", como elemento subjetivo, especifica a la eximente del n.º 10 del a. 8.

Esta concepción no debe extrañar, pues la doctrina ya ha resaltado el parentesco existente entre las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable: cfr., por ejemplo, DE CÓRDOVA, *RGLJ*, t. 160, 1932, pp. 304 y 308; MARTÍNEZ VAL, *RGLJ*, t. 47, N. S., 1963, p. 102 s.; ONECHA SANTAMARÍA, *RGLJ*, septiembre 1981, n.º 3, pp. 287-288. Fundamentales en este sentido: FERRER SAMA, *Comentarios*, t. 1, 1949, p. 228 s., quien llega a plantear la pregunta (p. 229) siguiente: "¿qué caso de miedo insuperable podría citarse en el que no fuese aplicable también la eximente de estado de necesidad?", y ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, t. 1, 1949, p. 280: "También se ha interpretado el miedo insuperable como un estado de necesidad, en vista de la comparación objetiva que de los males que amenazan se hace en el número 10, de modo análogo al requisito primero del número 7. Aquél habría tenido entonces una función bajo el Código de 1932—que en la fórmula del estado de necesidad comprendía únicamente el conflicto de intereses desiguales— debiendo entenderse recogido el de intereses iguales en el número 10; pero esta misión supletoria cae completamente en el Código de 1944, que abarca en el concepto de estado necesario tanto uno como otro supuesto, y entonces la eximente que estudiamos ahora [sc. el miedo

parte, creo que lo correcto es que gran parte de los casos de cumplimiento de un deber vayan a engrosar la colisión de deberes. Es evidente que entre ambas eximentes existe un íntimo parentesco¹²: las dos hacen referencia a deberes. Sin embargo, la colisión de deberes del artículo 8, 7 está provista de unos límites o requisitos de los que carece la eximente 11 del artículo 8. Entre estos límites se encuentra el de la proporcionalidad; pues bien, si el 8, 7 justifica el incumplimiento de un deber penal —pues en caso contrario no entraría en juego la causa de justificación—, el deber cumplido ha de ser penal, en virtud del requisito de la proporcionalidad¹³; no se puede salvaguardar un interés mayor si el deber cumplido es de naturaleza no penal, pues el Derecho penal está previsto para la tutela de los bienes jurídicos de mayor importancia. Por lo tanto, hay que entender que la colisión de deberes del artículo 8, 7 acoge los conflictos entre deberes penales, mientras que el primer inciso del número 11 del artículo 8 justifica el incumplimiento de un deber penal por el cumplimiento de otro deber contrapuesto no penal. De otra manera habría que llegar a la conclusión de que la eximente del cumplimiento de un deber resulta superflua, pues todo su ámbito de eficacia estaría absorbido por el

insuperable] sería también completamente ociosa”; ANTÓN ONECA, no obstante, señala *ibidem* algunas diferencias. Dentro de esta argumentación resulta muy interesante cotejar la redacción legal de ambas eximentes a lo largo de la evolución histórica de los CP españoles, de donde resulta que la equivalencia de males aparece antes en el miedo insuperable que en el estado de necesidad: v. *infra* Apéndice 1.

¹¹ a V. *supra* p. 55 n. 31.

¹² Cfr. DE CÓRDOVA, *RGLJ*, t. 160, 1932, p. 308; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión de socorro*, 1966, p. 238 ss.; sobre la postura de este último autor v. *supra* p. 250, n. 10.

¹³ V. *infra* p. 298.

estado de necesidad en su figura de colisión de deberes. Parece que desde un punto de vista lógico lo más coherente es, ya que hay dos preceptos semejantes¹⁴, atribuirles cometidos distintos en uno, conflictos de deberes penales, y en el otro, deberes penales enfrentados a deberes de distinta naturaleza.

Por otro lado, la tendencia actual de la doctrina sobre la eximente del cumplimiento de un deber está dirigida a enmarcarla dentro de ciertos límites; así, se habla de la *necesidad* de la ejecución de un acto lesivo para la satisfacción del deber¹⁵, en el sentido de que no quede otra vía, y de la *proporcionalidad* o *adecuación* de dicho acto lesivo¹⁶. Es obvio que estos requisitos nos

¹⁴ Hay que tener en cuenta que es muy probable que el legislador de un futuro CP mantenga autónomamente la eximente del cumplimiento de un deber; v. *infra* Apéndice 1.7, a. 26, 9. Efectúa una distinción entre colisión de deberes y cumplimiento de un deber diferente de la que he desarrollado, MIR PUIG, en *Estudios jurídicos*, 1983, p. 513.

¹⁵ De esta manera: FERRER SAMA, *Comentarios*, t. 1, 1946, p. 238, que exige en el cumplimiento del deber "una situación análoga a la del estado de necesidad"; LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del TS*, t. 1, 1964, p. 222 s. con Jurisprudencia; CÓRDOBA RODA, en *Comentarios*, t. 1, 1972, p. 361 s.; DEL ROSAL - RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio*, 1974, p. 172; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, p. 538; DEL ROSAL, *Tratado PG*, t. 1, 2.ª ed., 1976, p. 845 s.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes PG*, t. 2, 1978-79, p. 343; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. 1, vol. 1, 18.ª ed., 1980, p. 394; GÓMEZ BENÍTEZ, *Ejercicio del cargo*, 1980, p. 286 ss., en general respecto a todas las causas de justificación, pero entendiendo la necesidad al margen de la ponderación de valores (op. cit., p. 190); SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, t. 2, 1982, p. 349 s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *RFDUC*, t. 64, 1982, pp. 65-66.

¹⁶ En este sentido: LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del TS*, t. 1, 1964, p. 222 s. con Jurisprudencia; DEL ROSAL-RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio*, 1974, p. 172; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, p. 358; DEL ROSAL, *Tratado PG*, t. 1, 2.ª ed., 1976, p. 845 s.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes PG*, t. 2, 1978-79, p. 343; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal PG*, 8.ª ed., 1981, p. 491; SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, t. 2, 1982, pp. 338 y 347: el

«suenan» ya a estado de necesidad, puesto que su origen se encuentra precisamente en esta eximente. De este modo, el desarrollo doctrinal mayoritario de la circunstancia 11, primer inciso, del artículo 8 se acerca a la opinión que mantengo: que la colisión de deberes absorbe gran parte de los casos del cumplimiento de un deber.

En definitiva, creo que el encuadramiento sistemático de la colisión de deberes penales, sean equivalentes o no, sean de acción o de omisión, se encuentra en el estado de necesidad regulado en el artículo 8, número 7; de forma que junto a la colisión de bienes aparece la colisión de deberes (penales), agrupadas ambas bajo el supraconcepto del estado de necesidad. Esto no es sólo lo que más se adecua a la letra de la ley, que hace referencia al supuesto de la «infracción de un deber» en el estado de necesidad, sino que además parece conveniente desde una perspectiva lógico-jurídica.

5.2. LAS RELACIONES ENTRE LA COLISION DE DEBERES Y OTRAS FIGURAS

5.2.1. *Colisión de bienes y colisión de deberes. Fundamento del estado de necesidad y de la colisión de deberes*

En el epígrafe anterior he llegado a la conclusión de que la colisión de bienes y la colisión de deberes se agrupan bajo el supraconcepto de estado de necesidad. Ello es debido a que en ambos

fundamento del cumplimiento del deber es el principio del interés preponderante.

supuestos se produce una situación de necesidad, una situación de conflicto.

No es extraño, pues, que las dos figuras presenten una serie de similitudes: tanto los bienes jurídicos como los deberes son la tipificación de los intereses sociales que afectan al mantenimiento de determinados valores vitales¹⁷. En este sentido se ha llegado a decir que toda colisión de deberes constituye una colisión de bienes, pues los deberes se imponen en favor de intereses jurídicos, que bajo el punto de vista juridicopenal pueden ser configurados como bienes jurídicos¹⁸.

Pero hablar de colisión de bienes y de colisión de deberes supone utilizar expresiones heterogéneas que no son susceptibles de comparación; «bien» y «deber» son términos que no pertenecen al mismo nivel valorativo; tal vez fuera más correcto hacer referencia a la «colisión de derechos»

¹⁷ La frase es de MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, p. 456.

¹⁸ En este sentido: JANSEN, *Pflichtenkollision*, 1930, pp. 4 y 12; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1953, p. 180: la colisión de deberes es un subcaso especial de la colisión de bienes; el mismo, *Strafrecht AT*, 1967, p. 91; MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1971, p. 335; MAURACH - ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1. 5.ª ed., 1977, p. 408; OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, p. 114, y *Grundkurs*, 1976, p. 118, estima que la ponderación de intereses es un supraconcepto que engloba tanto la ponderación de bienes como la ponderación de deberes; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, p. 139: "Ponderación de los bienes jurídicos afectados" puede ser equiparada a la ponderación de deberes, en cuanto que aquellas pretensiones de respeto (invocación de valor) parten de los bienes, que significan simultáneamente deberes de acción o bien deberes de omisión" (subrayado en el original); COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, t. 3, 1982, p. 72: "en toda colisión de deberes subyace una correlativa colisión de bienes"; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, t. 35, 1982, p. 676: "Es, consiguientemente, impensable la imposición de un deber que no tenga por objeto la protección de un bien jurídico, y la infracción de un deber que no se produzca a través de la lesión de un bien jurídico".

como sustitutivo de los términos «colisión de bienes». En efecto, el bien jurídico constituye el objeto del derecho, pero lo que se contraponen realmente son los derechos sobre esos bienes jurídicos: no es que colidan vida y propiedad, sino que lo que está contrapuesto desde una perspectiva jurídica es el derecho a la vida frente al derecho a la propiedad. No obstante y dada la frecuencia con que se utiliza la expresión «colisión de bienes», pueden quedar así las cosas, manteniéndose la terminología tradicional, aunque con la salvedad ya efectuada.

Antes se ha dicho que todo deber se impone en interés de un bien jurídico, con lo que parece que las diferencias entre colisión de bienes y colisión de deberes quedan bastante minimizadas. Por otro lado, en toda colisión de bienes se incumple al menos un deber: el deber impuesto por la norma penal de no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, que ha sido denominado por JANSEN «deber general»¹⁹.

En consecuencia, la colisión de un derecho con un deber tiene que ser tratada en el seno de la colisión de bienes, porque no presenta ninguna particularidad que la diferencie de esta figura²⁰.

¹⁹ JANSEN, *Pflichtenkollision*, 1930, p. 10 ss.; v. además *supra* pp. 247 ss.

²⁰ Así también: HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 88 previo al § 51; KÜPER, *Grund— und Grenzfragen*, 1979, p. 16.

En contra, sin embargo, la mayoría de la doctrina, que incluye la colisión derecho-deber en los conflictos de deberes; cfr.: von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, 1930, p. 237; el mismo, *Lehrbuch*, 1932, p. 120; MAURACH, *Grundriss AT*, 1948, p. 83; MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, pp. 457-458; MEZGER-BLEI, *Strafrecht AT*, 15.ª ed., 1973, p. 151 s.; BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.ª ed., 1977, p. 300. En cuanto a la doctrina española, también emplazan la colisión derecho-deber en los conflictos de deberes: DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., p. 44; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4,

De lo anterior cabe llegar a la conclusión de que colisión de bienes y colisión de deberes presentan en común su concreción en un bien jurídico y la existencia de un deber general incumplido también en la colisión de bienes. A la vista de estas semejanzas, ¿merece todavía la pena mantener la distinción entre la colisión de bienes y la colisión de deberes?

Parece que sí, puesto que la doctrina, por lo general, se ha preocupado por buscar criterios diferenciadores²¹. Von WEBER sostuvo que en la colisión de bienes se enfrentan el interés individual y egoísta contra los intereses públicos, mientras que el conflicto de deberes se caracteriza por la contraposición de intereses de carácter público²². Pero el «egoísmo» o el «altruismo» de una y otro figura no resulta un criterio decisivo, si se tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico considera provechosa la salvación de un bien jurídico en la colisión de bienes, aunque sea a costa de la lesión de otro bien. Por otro lado, no se da

3.^a ed., 1976, p. 429. V. además *supra* pp. 68 ss. y especialmente nn. 42 a 44.

SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, p. 408 ss., asigna a la colisión de un deber de acción con intereses propios un puesto en la causa de justificación específica de la inexigibilidad en los delitos de omisión. En relación a la "cláusula del riesgo" en los delitos de omisión propia v. *infra* pp. 278 ss.

CARBONELL MATÉU, *Justificación*, 1982, p. 182, conclusión 31, considera que si se contraponen un precepto penal que prohíbe una conducta y un precepto no penal que reconoce el derecho o interés a verificarla, no surge un conflicto normativo, sino que el precepto no penal limita al precepto penal prohibitivo; la solución —según él— debe hallarse en la normativa penal; v. además *supra* pp. 55-56 n. 31.

²¹ ULSENHEIMER, *JuS*, 1972, p. 255, considera la distinción como absolutamente necesaria.

²² Cfr. von WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 241.

ese matiz de egoísmo en el denominado auxilio necesario, es decir en el socorro de terceros, que puede configurarse en ocasiones como una colisión de bienes.

Otros autores han aludido al hecho de que en la colisión de bienes el mal causado afecta a un bien jurídico no participante en el peligro, mientras que en el conflicto de deberes el bien jurídico lesionado se encontraba ya en el círculo de peligro²³. Ahora bien, en mi opinión no es cierto ni lo uno ni lo otro; piénsese en un caso de colisión de bienes como lo es el conocido de la tabla de Carneades:

Tras un naufragio, uno de los supervivientes ha conseguido asirse a una tabla que sólo es capaz de sostener a una persona; otro náufrago, sin embargo, pretende agarrarse a la misma tabla²⁴.

²³ Esta distinción aparece en MEZGER - BLEI, *Strafrecht* AT, 15.ª ed., 1973, pp. 150-151; y en BLEI, *Strafrecht I* AT, 17.ª ed., 1977, pp. 299-300.

²⁴ Se denomina a este caso "Tabla de Carneades" (o *tabula unius capax*) porque se supone que procede del sofista griego Carneades. También se sirvió de él otro sofista, Hecatón, y en Roma, Cicerón lo fijó por escrito en *De Republica*, libro III, cap. XV y, en *De Officiis*, III, 23, 6. Cfr. además: JANSEN, *Pflichtenkollision*, 1930, p. 6; PETERS, JR, 1949, p. 500; el mismo, JR, 1950, p. 746; WEGNER, *Strafrecht* AT, 1951, pp. 129 s. y 199; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht* AT, 1953, p. 177; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1955, p. 123; KOHLRAUSCH - LANGE, 43.ª ed., 1961, § 54 n. I 4; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 7 y 17 n. 45; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht* AT, 1967, p. 93; WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 179; KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 327 y 338; BAUMANN, *Grundbegriffe*, 4.ª ed., 1972, p. 92; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 2.ª ed., 1975, p. 459, y con modificaciones p. 329; también con modificaciones PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch*, 30.ª ed., 1978, n. III 2 previa al § 32; OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, p. 3 y *passim* (con variaciones en p. 83 s.); KÜPER, *Gund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 40 y 64 ss.; BOCKELMANN, *Strafrecht* AT, 3.ª ed., 1979, p. 131; KIENAPFEL, *Strafrecht* AT, 2.ª ed., 1979, p. 309;

Aquí ambos naufragos se encuentra fácticamente inmersos en el peligro, por lo que el mal causado —la muerte de uno de ellos— afectará forzosamente a un bien jurídico puesto en peligro inicialmente.

Y si se tiene en cuenta un caso de colisión de deberes como el del guardagujas ideado por WELZEL, es evidente que desde un punto de vista fáctico —aunque no desde una perspectiva de deber— los únicos que corren peligro son los pasajeros que se encuentran en el tren detenido en la estación, pero no los trabajadores que descargan las mercancías en otro andén fuera de servicio y que mueren a efectos del choque. Es decir, que el bien jurídicamente lesionado no estaba inmerso inicialmente en la órbita de peligro, contra lo que afirma este sector doctrinal.

Otro grupo más numerosos de penalistas ale-

HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 91, 103 y 106; PEÑA - WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 163 (con modificaciones); ESER, *Strafrecht I*, 3.ª ed., 1980, p. 125; GEILEN, *Strafrecht AT*, 5.ª ed., 1980, p. 100; HAFT, *Strafrecht AT*, 1980, p. 107; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.ª ed., 1981, p. 178; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, p. 235. Cfr. además: BAUMANN, *Strafrecht AT*, 8.ª ed., 1977, p. 468; MAURACH - ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.ª ed., 1977, p. 393.

Por lo que respecta a España, téngase en cuenta, entre otros, a los siguientes autores: GARCÍA GOYENA, t. 2, 1843, p. 42 (n.º 1129); SÁNCHEZ TEJERINA, *Estado de necesidad*, 1922, pp. 11 y 32 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Trabajos*, 1922, pp. 271-272 y 281; JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código*, vol. 1, libro 1, 1928, p. 127; SÁNCHEZ TEJERINA, *RFDM*, n.ºs 8-11, 1942, p. 245; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, t. 1, 1949, p. 265; QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio*, t. 1, 1958, p. 264; MARTÍNEZ VAL, *RGLJ*, t. 47, N. S., 1963, p. 102 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, 4.ª ed., 1963, p. 307; PUIG PEÑA, *Derecho penal PG*, t. 1, 6.ª ed., 1969, p. 400; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, p. 380; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.ª ed., 1981, p. 160; QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, 1981, p. 194; CARBONELL MATÉU, *Justificación*, 1982, p. 59 s.

manes aducen el elemento de la coacción de actuar: en la colisión de deberes el sujeto agente se encuentra obligado en cualquier caso a actuar²⁵, lo cual no es completamente cierto, pues en la colisión de deberes de acción y omisión el obligado puede optar por el de omisión.

En cuanto a la doctrina española, SILVA SÁNCHEZ ha señalado recientemente²⁶ que los conflictos de bienes afectan a bienes de titularidad personal, ya que el Código penal habla al respecto de lesión de un bien jurídico *de otra persona*; sin embargo, en los conflictos de deberes no hay problema para incluir las lesiones de bienes jurídicos de titularidad pública o suprapersonal. Hay que advertir que SILVA no parece pretender, con esta interpretación, el establecimiento de un criterio diferenciador entre colisión de bienes y colisión de deberes; más bien se trata de que tiene a la vista la cuestión de si es posible lesionar en estado de necesidad bienes jurídicos suprapersonales²⁷; de todas maneras, la titularidad del bien jurídico afectado no es apta para distinguir unos conflictos de otros: el deber de no lesionar la vida de otro está impuesto en favor de una persona concreta, y este deber puede ser incumplido si entra en conflicto con otro de igual rango.

¿Quiere decir esto que no hay ningún criterio válido para distinguir las dos instituciones?

En primer lugar, creo que hay que corregir el punto de vista de la «coacción de actuar» en el

²⁵ Así: MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1953, p. 180; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 27 n. 81 respecto a la colisión de deberes de acción; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1967, p. 91; MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1971, p. 335; MEZGER - BLEI, *Strafrecht AT*, 15.ª ed., 1973, p. 151; BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.ª ed., 1977, p. 300.

²⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, t. 35, 1982, p. 678.

²⁷ Cfr. *ibidem*, p. 675 ss.

sentido de que en los conflictos de deberes *resulta forzoso optar* por una de las posibilidades que ofrece la alternativa, cosa que no ocurre en la colisión de bienes²⁸. Así modificado, el criterio de la necesidad de optar puede ser un instrumento valioso para distinguir unos conflictos de otros.

En mi opinión, además, colisión de bienes y colisión de deberes tienen que ser distinguidas porque estas dos figuras presentan una *estructura* diferente²⁹. El sujeto agente de la primera de ellas puede decidirse a arrostrar el mal³⁰ y no desviar el peligro hacia otro bien jurídico; por ejemplo, optando por no hurtar ante una situación de indigencia extrema o no ocupar una casa vacía a pesar de encontrarse sin vivienda. Sin embargo, el obligado por dos deberes simultáneos y contrapuestos sólo puede salir del atolladero incumpliendo uno de ellos; por ejemplo, y por continuar con el caso del guardagujas, cambiando de rail el vagón que baja velozmente de la montaña y provocando así la muerte de los trabajadores. En definitiva: en la colisión de bienes, la eximente opera por lo general de forma facultativa, mientras que en la colisión de deberes, el obligado

²⁸ Así, correctamente: MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, pp. 456-457; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 87 previo al § 51; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 293 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 497).

²⁹ V. *supra* pp. 189 ss.

³⁰ Esto sólo en el caso de la colisión de bienes que constituya al mismo tiempo un estado de necesidad propio. Muy claramente, al respecto, JANSEN, *Pflichtenollision*, 1930, p. 18: "Una profunda diferencia entre colisión de bienes jurídicos y colisión de deberes salta en seguida a la vista: en el primer caso, el necesitado tiene la posibilidad de abstenerse de la irrupción en la esfera jurídica ajena y de solventar el conflicto mediante el sacrificio del bien jurídico propio. Tal posibilidad, por el contrario, nunca se puede dar en la colisión de deberes."

tiene que echar mano forzosamente de dicha exigencia para resolver el conflicto.

Además, en la situación de conflicto de bienes, el sujeto agente debe acudir sólo en último extremo a la desviación del peligro hacia otro bien jurídico; el estado de necesidad se presenta en este caso como *ultima ratio*, como última posibilidad para evitar un peligro que amenaza a un bien jurídico. En caso de que quepa otra alternativa menos lesiva o no lesiva en absoluto para bienes jurídicos, debe ser escogida³¹. Esta característica no es en absoluto nueva; los Códigos españoles de 1848, 1870 y 1928 establecieron como requisito del estado de necesidad el de «que no haya otro medio practicable ni menos perjudicial» para impedir el mal que se trata de evitar³², requisito que, aunque no haya sido expresado en los Códigos posteriores, resulta consustancial³³ a la propia situación de necesidad en la colisión de bienes. Sin embargo, esta circunstancia de *ultima ratio* no es una característica de la colisión de deberes. Casi se podría decir que el cumplimiento de un deber en una situación de conflicto es «*prima ratio*» del obligado. Si cabe otra posibilidad, no nos encontramos en realidad ante una colisión de deberes, pues ésta presupone que los deberes exijan un simultáneo cumplimiento, que vinculen a

³¹ V. *supra* pp. 190 y 191 nn. 286 y 287.

³² V. *infra* Apéndice 1.2, a. 8, 7 circunstancia tercera; 1.3, a. 8, 7, circunstancia tercera; 1.4, a. 60, 2, circunstancia tercera.

³³ Esto, a pesar de las críticas que se dirigieron contra él por varios comentaristas; cfr.: CASTRO Y OROZCO - ORTIZ DE ZUÑIGA, t. 1, 1848, p. 59; VIADA, t. 1, 4.ª ed., 1890, p. 166; RUEDA, *Elementos*, t. 1, 4.ª ed. 1898, p. 131 s.; GROIZARD, t. 1, 2.ª ed., 1902, p. 281 ss., quien llega a exigir su supresión; JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código*, vol. 1, libro 1, 1928, p. 128. Sin embargo, se muestra favorable a que no quede otro medio practicable ni menos perjudicial para evitar un mal PACHECO, *Código penal*, t. 1, 2.ª ed., 1856, p. 163.

un mismo sujeto y que las prestaciones sean contrapuestas en unas coordenadas de tiempo y lugar³⁴. Desde este punto de vista cabe decir que la colisión de bienes es residual, porque excluye otras posibilidades, en tanto que la colisión de deberes es absorbente, ya que atrae al abligado hacia sí.

Estas diferencias estructurales son simplemente consecuencia de los distintos conceptos jurídicos empleados: los bienes, o mejor: los derechos sobre esos bienes, en un caso y los deberes en otro. El deber muestra una esencia imperativa, lo que no es el caso del derecho³⁵. Las dos diferencias estructurales a las que he aludido, pueden resumirse diciendo que en la colisión de bienes rige la *subsidiariedad* y en la colisión de deberes la *no subsidiariedad*. Este término de subsidiaridad hay que interpretarlo desde el punto de vista del ejercicio de la eximente: el sujeto agente de una co-

³⁴ Resulta, por tanto, una redundancia exigir como hace von WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 242, el requisito de la "inevitabilidad de otra manera" en la colisión de deberes, además de que con ello se desconoce la específica estructura de esta figura de estado de necesidad; recordemos también que WELZEL, *MDR*, 1949, p. 375, y *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 185, exige como requisito de la exculpación en los casos de "eutanasia" que la elección del mal menor sea el *único medio* en la situación concreta para evitar un mal mayor (v. *supra* p. 109 s. y n. 69), lo que equivale al —aquí— superfluo elemento de la "inevitabilidad de otra manera". Según BAUMANN, *Strafrecht AT*, 8.ª ed., 1977, p. 363, "si hay un tercer camino para el que actúa, no se da la causa de justificación de la colisión de deberes", con lo que no queda claro si la "inevitabilidad de otra manera" es en la concepción de BAUMANN un requisito suplementario —y por tanto, en mi opinión, superfluo— o un elemento consustancial a la situación de colisión de deberes.

³⁵ Cfr. CASTÁN TOBERAS, *Derecho civil*, t. 1, vol. 2, 12.ª ed., 1978, p. 21: "[...] mientras los derechos son, por lo común, renunciables [...], nadie puede renunciar al cumplimiento de un deber".

lisión de bienes en estado de necesidad propio debe recurrir a esta figura sólo en último caso. Pero no debe confundirse la subsidiariedad en este sentido (subsidiariedad del ejercicio) con la subsidiariedad como una de las reglas del concurso de leyes; el precepto permisivo que instaura el estado de necesidad del artículo 8, 7.º puede concurrir con otros preceptos permisivos y no tiene necesariamente que ser aquél subsidiario respecto a estos ³⁶.

Cabe ahora preguntarse cómo pueden compaginarse colisión de bienes y colisión de deberes en el supraconcepto del estado de necesidad si presentan tal disparidad de caracteres. Podría ocurrir que el fundamento del estado de necesidad resultara afectado por la inclusión de estas dos figuras. Pues si el conflicto de deberes se rige por unos principios que no cuadran con la teoría tradicional del estado de necesidad y aquél está incluido en éste, lo lógico es modificar dichos principios para fundamentar coherentemente toda la eximente séptima del artículo 8.

La dominante teoría de la diferenciación se vio obligada a hacer hincapié en el fundamento de la ponderación de bienes o intereses, para resaltar así que en caso de equivalencia se producirían efectos exculpantes y en caso de diferencia de valor (y salvación del bien de mayor valor), efectos justificantes. En cambio, si se considera que todas las figuras que abarca el estado de necesidad tienen la eficacia de una causa de justificación, el papel de la ponderación de bienes o intereses debe rebajarse de su posición fundamental a la más

³⁶ Tal vez la negativa de MAURACH - ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.ª ed., 1977, p. 395, a considerar el estado de necesidad del § 34 como subsidiario, se deba a la confusión de estos dos conceptos de subsidiariedad. Sobre este tema v. además *supra* p. 77, n. 64.

modesta de un principio rector. A mi entender, el estado de necesidad tiene un doble fundamento, según se tome en cuenta la perspectiva del sujeto agente o la perspectiva del afectado, es decir, del que actúa en estado de necesidad o del titular de los bienes jurídicos sobre los que recae el mal causado, respectivamente.

Desde el punto de vista del sujeto agente, el estado de necesidad se basa en la *salv guarda de bienes jurídicos*, pues toda conducta efectuada bajo los presupuestos de esta eximente persigue apartar el peligro que amenaza a un bien; asimismo el ordenamiento jurídico tiene interés en que se verifique esta conducta de salvación, pero el grado de interés por la salvación de un bien en concreto —o por el cumplimiento de un deber determinado— puede variar de acuerdo al nivel de diferencia de valor entre los bienes —o deberes— en conflicto. Desde el punto de vista del afectado, el estado de necesidad se apoya en la idea de *solidaridad*: en una situación de peligro la comunidad debe reaccionar, permitiendo que un bien jurídico sea liberado del peligro que le acecha. Esta idea de solidaridad no es nueva para el Derecho penal; en otro contexto el legislador la ha tenido en cuenta para fundamentar nuevos deberes simples de acción, como ocurre, por ejemplo, en el delito de omisión del deber de socorro. Pues bien, en el estado de necesidad esta idea fundamenta que se le imponga al afectado el deber de soportar el mal desviado hacia sus bienes jurídicos (deber de tolerancia)³⁷, consiguiéndose

³⁷ Resaltando la idea de solidaridad en este aspecto: STRATENWERTH, *ZStW*, t. 68, 1956, p. 50 ss., que en relación al § 904 BGB (estado de necesidad agresivo) hace referencia a la "vida en común"; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, quien alude a la solidaridad humana que una comunidad tiene que exigir a causa de la depen-

así un cierto equilibrio jurídico entre el sujeto agente y el afectado. Sin embargo, cuando los bienes o deberes en conflicto son equivalentes, el espíritu de solidaridad desaparece, de manera que el afectado se ve desligado de su deber de tolerancia³⁸.

Esta doble fundamentación del estado de necesidad resulta forzosa porque en él se enfrentan, como se suele decir, «derecho frente a derecho». Pero, junto a estas dos ideas fundamentales, intervienen en la eximente dos correctivos: la *subsidiariedad* (en el ejercicio) y el papel que juega el estado de necesidad similar al de una *norma de colisión*³⁹. La función del estado de necesidad

dencia recíproca de sus miembros (op. cit., p. 113); SAMSON, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, § 34 n.º marg. 2, fundamentando el deber de tolerancia en la solidaridad recíproca entre los miembros de la comunidad jurídica; KÜPER, *Grund— und Grenzfragen*, 1979, p. 93, quien reconoce que la solidaridad está limitada cuando existe equivalencia de bienes; WESSELS, *Strafrecht AT*, 10.ª ed., 1980, p. 67, admitiendo la solidaridad respecto al § 904 BGB y p. 71 respecto al estado de necesidad justificante; TRIFFTERER, *Optisches Strafrecht AT*, t. 1, 1981, pp. 77 y 123, donde atribuye a la idea de solidaridad una doble función: la de fundamentar el deber de tolerancia y la de fundamentar el carácter de *ultima ratio* del estado de necesidad.

En España, LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del TS*, t. 1, 1964, p. 205, ha considerado que los postulados de solidaridad y fraternidad humana determinan que la conducta del que obra en colisión de bienes desiguales no sea anti-jurídica; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, 2.ª ed., 1966, pp. 116 y 122 resalta, por un lado, que la solidaridad social está reforzada en el estado de necesidad y por otro, que cumple el cometido de fundamentar el requisito de la obligación de sacrificarse.

³⁸ Así, respecto a este último punto: KÜPER, *Grund— und Grenzfragen*, 1979, p. 93; TRIFFTERER, *Optisches Strafrecht*, 1981, p. 123.

³⁹ El estado de necesidad no constituye una auténtica norma de colisión —en el sentido del Derecho Internacional Privado, que es el sector del ordenamiento jurídico que más se ha ocupado de esta clase de normas—, porque

semejante a las normas de colisión es consecuencia de la pretensión de coherencia del ordenamiento jurídico. Dicha pretensión de congruencia exige que se pueda resolver toda antinomia que se produzca en el seno del Derecho. El artículo 8, número 7, contiene una «norma de colisión» que soluciona los conflictos de bienes o de deberes que se producen en el sector juridicopenal, indicando qué bien o qué deber tiene que ser elegido para alcanzar la justificación. El criterio de solución es evidente cuando la antinomia surge de un conflicto de deberes de distinto valor: aquí el deber de valor superior tiene preferencia sobre el deber de menor rango, como ha reconocido unánimemente la doctrina^{39 a}; es decir, que la norma de colisión del estado de necesidad se concreta materialmente en el principio del interés preponderante: lo justificado es cumplir el deber de superior valor a costa del de menor valía. Sin embargo, cuando la antinomia surge por una contraposición de deberes equivalentes, la solución debe dejarse al arbitrio del sujeto agente; en este caso, por tanto, el estado de necesidad cumple su función de norma de colisión de forma más atenuada: no indica qué deber tiene que cumplirse, sino que la opción se relega al obligado mediante el criterio de la libertad de elección. En el marco de los con-

no toda situación de necesidad representa un conflicto de leyes. Pero ambas instituciones presentan notas estructurales comunes: el supuesto de hecho del n.º 7 del a. 8 CP es una situación conflictiva, y su consecuencia jurídica consiste en encauzar la eficacia justificante hacia uno de los términos del conflicto. De manera similar, las normas de colisión del Derecho Internacional Privado se caracterizan por un supuesto de hecho de conflicto entre ordenamientos de diferentes Estados, y una consecuencia jurídica consistente en la remisión a uno de dichos ordenamientos; cfr. AGUILAR NAVARRO, *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, t. 2, parte 1.ª, 3.ª ed., 2.ª reimpresión, 1979, p. 107 ss.

^{39 a} V. *supra*, pp. 38-39 n. 11.

flictos de bienes, el artículo 8, número 7 no se comporta realmente como una norma de colisión, pues en estos supuestos no se produce una antinomia jurídica, pero sí indica el bien que ha de ser salvaguardado para que la conducta sea considerada justificada; de esta manera, la función de este precepto resulta pareja a la de una norma de colisión también en estos supuestos: encauza una situación fáctica conflictiva para alcanzar unos efectos jurídicos determinados; la «norma de colisión» en estos casos es la del interés preponderante si los bienes son de desigual valor, quedando reducida la importancia de este criterio cuando los bienes son equivalentes ^{39 b}.

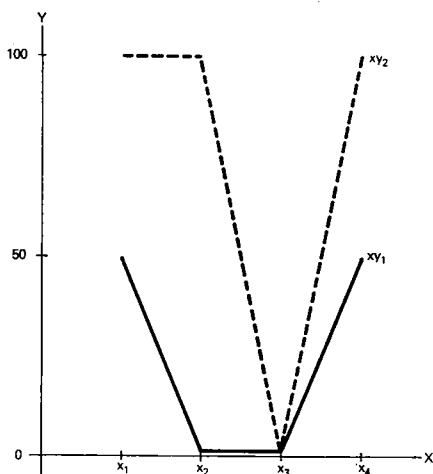
En cuanto a la subsidiariedad del ejercicio del estado de necesidad, ya se ha visto que si el conflicto se plantea entre deberes, el estado de necesidad no es *ultima ratio*, sino «*prima ratio*» del sujeto agente. Sin embargo, la subsidiariedad es, por regla general, una característica esencial de la colisión de bienes, de manera que el sujeto agente sólo puede estar amparado por la eximente cuando no le queda otro recurso para salvaguardar un bien jurídico que lesionar o poner en peligro otro bien jurídico.

Como se ve, las ideas fundamentadoras y los criterios rectores toman parte en el estado de necesidad no rígidamente, sino de forma flexible, fluctuando según las diversas figuras que se acogen en el estado de necesidad. Gráficamente se podría situar el fundamento particular y específico de cada figura de estado de necesidad en un eje de coordenadas, en el que el eje de abscisas (x) representaría el grado de cumplimiento efectivo del

^{39 b} Negando también que la colisión de bienes constituya una colisión de normas, JANSEN, *Plichtenkollision*, 1930, p. 18.

fundamento o principio rector, mientras que en el eje de las ordenadas (y) se encontraría reflejado cada uno de tales fundamentos y principios rectores. La unión de los puntos resultantes nos daría idea de lo que representa la colisión de bienes, el conflicto de deberes, el estado de necesidad propio, el auxilio necesario, etc.

Veamos, pues, a continuación la representación gráfica de la colisión de deberes equivalentes y de la colisión de deberes de muy desigual valor:



Y = grado de cumplimiento

x_1 = salvaguarda de un bien jurídico e interés del ordenamiento jurídico (salvaguarda e interés = 100; salvaguarda sólo = 50)

x_2 = solidaridad (deber de tolerancia)

x_3 = subsidiariedad

x_4 = estado de necesidad como norma de colisión (interés preponderante = 100; libertad de elección = 50)

xy_1 = curva de la colisión de deberes equivalentes

xy_2 = curva de la colisión de deberes de muy desigual valor

La curva de la colisión de deberes equivalentes (xy_1) se caracteriza por lo siguiente: la salvaguarda de bienes jurídicos se produce en cualquier caso, porque el obligado tiene que cumplir al menos un deber⁴⁰, pero el interés del ordenamiento jurídico resulta afectado por la equivalencia de los deberes: al ser de igual rango, el interés del Derecho por el cumplimiento de *un* deber en *especial* es nulo. Simultáneamente, el principio del interés preponderante en cuanto criterio del estado de necesidad como «norma de colisión» deja de tener relevancia por la misma equivalencia de los deberes, quedando desplazado por el principio de la libertad de elección. De todas maneras, por tanto, la colisión de deberes como figura del estado de necesidad ejerce la función similar a la de una norma de colisión, indicando qué deber tiene preferencia, incluso cuando los deberes son equivalentes; sólo que si se presenta la equivalencia, opera un criterio distinto: el de la libertad de

⁴⁰ La puesta a salvo de bienes jurídicos es, por tanto, algo que la colisión de deberes, como todas las demás figuras del estado de necesidad, comparte con la legítima defensa: cfr. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 72. Asimismo legítima defensa y conflictos de deberes se asemejan en que ambos manifiestan una defensa o confirmación del ordenamiento jurídico: en la legítima defensa, porque se repele un injusto (cfr. LUZÓN PEÑA, *op. cit.*, p. 79 ss.); en la colisión de deberes, porque se cumple un deber impuesto por el ordenamiento jurídico, si bien la afirmación es menor en este caso en cuanto que el cumplimiento se lleva a cabo precisamente a costa del incumplimiento del otro deber. Pienso que habría que matizar en este sentido la diferencia entre estado de necesidad en general y legítima defensa, en referencia a la cuestión de hacer prevalecer el ordenamiento jurídico (cfr. LUZÓN PEÑA, *op. cit.*, p. 71); en los restantes criterios de distinción entre ambas eximentes coincido plenamente con LUZÓN (*op. cit.*, pp. 69-70).

Extendiendo la afirmación del Derecho a todas las figuras de estado de necesidad, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, t. 35, 1982, p. 665 y n. 4.

elección del obligado. Tampoco rige en tal caso la solidaridad, por lo que el afectado no tiene un deber de tolerancia. Por último, no hace falta siquiera repetir que la subsidiaridad está totalmente excluida del ámbito de la colisión de deberes equivalentes.

Por lo que respecta a la curva de la colisión de deberes de muy desigual valor (xy_2), hay que destacar que la salvaguarda de bienes jurídicos también se presenta aquí, como en toda figura de estado de necesidad; el interés del ordenamiento para que se cumpla un determinado deber es más elevado que cuando tiene lugar la equivalencia de deberes: el ordenamiento opta por el deber de rango superior. En consecuencia, sí juega un papel el principio del interés preponderante dentro del marco del estado de necesidad como «norma de colisión»: el sujeto no tiene libertad de elegir el deber jurídico que desea cumplir, sino que ha de satisfacer el deber de mayor valor. La solidaridad está también aquí acentuada: el titular del bien jurídico afectado tiene un completo deber de tolerancia, dada la desproporción de los deberes. La curva llega al nivel cero cuando se trata de la subsidiaridad, porque precisamente lo que caracteriza a toda colisión de deberes es la no subsidiaridad.

De esta manera se puede fundamentar *materialmente* todo el estado de necesidad, con inclusión de las figuras que éste comprende. Si la fundamentación político-criminal no es suficiente ^{40 a} —pero sí necesaria— para cimentar esta causa de justificación, habrá que tener en cuenta otros criterios materiales. La exposición que se acaba de efectuar puede servir, creo, para este fin.

^{40 a} V. *supra* pp. 214-215, n. 351 *in fine*.

5.2.2. Colisión de deberes, auxilio necesario y estado de necesidad propio

Una vez que se ha llegado a la conclusión de que la colisión de deberes se integra en el estado de necesidad, y que éste se puede fundamentar de forma coherente para todas las figuras que abarca, se impone —en un tercer paso— el análisis de las relaciones que se establecen entre la colisión de deberes y las demás instituciones que se agrupan en la eximente.

Ahora bien, para profundizar en las relaciones existentes entre dichas figuras es preciso partir de los sujetos intervinientes en el estado de necesidad. En una situación de necesidad pueden distinguirse, al menos conceptualmente, tres⁴¹ tipos de sujetos: el que actúa en estado de necesidad, que se podría denominar *sujeto agente*, aunque sin otorgar al calificativo de «agente» un sentido exclusivamente activo, sino el sentido lato del que está cubierto por la eximente⁴². El *necesi-*

⁴¹ En virtud del a. 20 regla 2.ª, CP, se podría pensar que existe una cuarta categoría: la del “beneficiado”. Pero en realidad, es ésta una denominación válida únicamente a efectos de responsabilidad civil y que coincide forzosamente con la del “necesitado”; el beneficiado, según esto, no es sino el necesitado, pero contemplado en el momento de distribuir la responsabilidad civil.

⁴² La doctrina alemana llama a este sujeto “autor”, pero he desechado este término por considerar que puede conducir a equívocos: también un partícipe puede actuar en estado de necesidad; piénsese en el caso de un cómplice de hurto que colabora al hecho delictivo para paliar su extrema indigencia. Tampoco he tomado en consideración la expresión “sujeto activo” que emplean JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, pp. 399-400 n. 150, y SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, t. 35, 1982, pp. 663-691 *passim*, porque parece más propia de la descripción típica que de las causas de justificación. FERRER SAMA, *Comentarios*, t. 1, 1946, p. 206, y ROLDÁN BARBERO, *Naturaleza del estado de necesidad*, 1980, *passim*, hablan, respecto a este sujeto,

tado es aquél al que amenaza el mal, o sea el titular del bien jurídico que corre peligro⁴³. Por último, el *afectado* por el estado de necesidad es el titular del bien jurídico sobre el que recae el mal efectivamente causado. Sólo diferenciando estas categorías de individuos es posible abordar la cuestión de las divergencias y similitudes entre estado de necesidad propio, auxilio necesario y colisión de deberes.

Por estado de necesidad propio hay que entender la situación en que el sujeto agente y el necesitado coinciden en una misma persona; las categorías conceptuales del titular del bien jurídico amenazado y del que reacciona contra esa amenaza —aunque diferenciadas conceptualmente— se superponen en un mismo sujeto. En el auxilio necesario, por el contrario, sujeto agente y necesitado hacen referencia a personas distintas: el primero desvía el peligro que se cierne sobre el segundo y que va a recaer en la esfera de derechos del afectado^{43 a}.

de "actuante". ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, t. 1, 1949, p. 268, utiliza la expresión "el que obra". Por último, emplea el término "agente" SÁNCHEZ TEJERINA, *Estado de necesidad*, 1922, *passim*.

⁴³ BAJO FERNÁNDEZ, *ADPCP*, t. 32, 1979, p. 494, emplea el término "necesitado" en el sentido de sujeto agente, lo que provoca considerables confusiones.

^{43 a} Otro grupo de casos, que no puede ser estudiado aquí, se presenta cuando necesitado y afectado coinciden en una misma persona; por ejemplo: un anciano cruza una calle; cuando está a punto de que le atropelle un coche, con riesgo de que pierda la vida, un peatón le aparta violentamente, produciéndole lesiones considerables por efecto de la caída. V. otro supuesto *supra* p. 239, n. 2. Todavía no está claro si estos casos se deben resolver con arreglo al estado de necesidad (así: WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 91-92; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.ª ed., 1981, p. 142), al consentimiento presunto (así: SAMSON, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, § 34 n.º marg. 6; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 310 [= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 525]), o mediante la negación

Sin embargo, en relación al deber hay que distinguir el titular del deber —el obligado— del titular del interés protegido por la imposición de un deber⁴⁴. Estas dos categorías no pueden coincidir en un mismo sujeto, «ya que nadie puede contraer una obligación para consigo mismo»⁴⁵. Si trasladamos esto —que es evidente y que por tanto no requiere ser fundamentado— a la colisión de deberes, significa que el sujeto agente —el obligado— y el necesitado no pueden coincidir. En consecuencia queda descartado un estado de necesidad propio *en* la colisión de deberes, pues, como ya se ha dicho, es consustancial al primero la superposición en un mismo sujeto de las categorías de agente y necesitado. De esta manera resulta que colisión de deberes y estado de necesidad propio son términos contrapuestos, en tanto que colisión de deberes y auxilio necesario coinciden en gran parte⁴⁶; explicaré esto con la ayuda de un ejemplo de GROIZARD:

Un juez deja de asistir a la práctica de ciertas diligencias criminales por estar ocupado en otras de igual o mayor importancia⁴⁷.

de la imputación objetiva por la disminución del riesgo efectuada (así: ROXIN, *Problemas básicos*, 1976, p. 131).

⁴⁴ El titular del interés protegido por la imposición de un deber puede ser el titular del derecho correspondiente, un tercero, o el Estado.

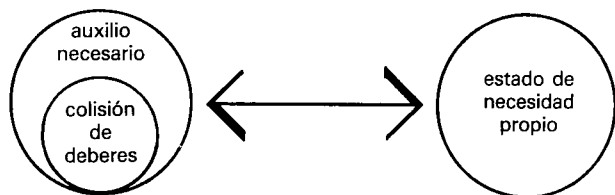
⁴⁵ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, t. 1, vol. 2, 12.ª ed., 1978, p. 21. Cfr. también MIR PNIG, en *Estudios jurídicos*, 1983, p. 513.

⁴⁶ En contra, sin embargo, MANGAKIS, *ZStW*, t. 84, 1972, pp. 458-459, para quien, como regla, el auxilio necesario constituye una colisión de bienes. SCHMIDHÄUSER, *Straf-recht AT*, 2.ª ed., 1975, p. 477, y *Studienbuch*, 1982, p. 248, desconoce también que la colisión de deberes ha de ordenarse dentro del auxilio necesario, al admitir este penalista la posibilidad de una colisión de deberes en beneficio del autor, o sea, del sujeto agente si se emplea mi terminología.

⁴⁷ GROIZARD, t. 1, 2.ª ed., 1908, pp. 335-336; el caso es

A primera vista parece que el Juez es el «necesitado», pues él es el que «sufre» el conflicto de deberes, pero en realidad no lo es; el necesitado es aquí el titular del interés propio, es decir, el Estado como titular de la función pública, mientras que el Juez se encuentra simplemente en la situación de sujeto agente. De igual forma, en los casos de «eutanasia» los necesitados no son los médicos, que tienen que optar entre su deber de salvar a los pacientes y su deber de omitir la participación en el exterminio, sino los propios pacientes como titulares del derecho a la vida.

Gráficamente, las relaciones entre estado de necesidad propio, auxilio necesario y colisión de deberes pueden ser expresadas así:



quedando reflejado que el estado de necesidad propio y la colisión de deberes son figuras contrapuestas. ¿Por qué, sin embargo, no son idénticos colisión de deberes y auxilio necesario? ¿Por qué no coinciden los círculos que los representan? Sencillamente, por la razón de que también cabe reaccionar en estado de necesidad para el auxilio

recogido por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. 4, 3.ª ed., 1976, p. 434, y por DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, s. a., p. 45.

de terceros sin que ello venga impuesto por ningún deber, por ejemplo, cuando a pesar de existir riesgo propio conforme al artículo 489 bis del Código penal, se persiste en la intención de socorrer a una persona desamparada, lesionándose bienes jurídicos de terceros ⁴⁸.

En definitiva, la colisión de deberes constituye siempre un auxilio necesario, pero el auxilio necesario no siempre representa una colisión de deberes.

Cuestión distinta de ésta es si el auxilio necesario, es decir: el estado de necesidad en beneficio de terceros, se impone como un deber. ¿Está cualquiera obligado a salvar un bien jurídico aunque sea a costa de otro bien jurídico? ⁴⁹.

En el Código penal se ha previsto este problema en relación a los deberes simples de acción. En algunos supuestos la Ley excusa del deber de auxilio cuando existe un riesgo propio o ajeno, como ocurre en los artículos 338 bis párrafo 1.º y 489 bis párrafo 1.º, o solamente riesgo propio, como en el artículo 586 número 2.º, según se deduce de la expresión «siempre que no hubiere de resultarles [sc. a los que dejaren de prestar auxilio] perjuicio alguno», y en el artículo 570 número 7: «sin perjuicio ni riesgo personal». En el caso del funcionario que no auxilia para evitar otro mal, supuesto recogido en el artículo 371 párrafo 3.º, se excluye el deber si hubo una «causa justificada». Por último, ni en el artículo 584 número 14 ni en el el 481 bis párrafo 3.º se hace mención del riesgo o perjuicio propio ni ajeno ⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. SÁINZ CANTERO, *RGLJ*, t. 41, N. S., 1960, p. 447: "Cuando este riesgo existe, dar el socorro es una acción noble, pero cuya omisión no puede castigarse [...]".

⁴⁹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, 1981, p. 198, que se aproxima al planteamiento de este problema.

⁵⁰ Se prevé también la cláusula del riesgo en algunos preceptos de Leyes penales especiales; así, en los aa. 13

Es evidente que toda conducta efectuada en estado de necesidad conlleva un riesgo o perjuicio, a saber, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico afectado. Por consiguiente, cuando se configura un deber de auxilio con el límite de lo que se podría denominar *cláusula del riesgo o perjuicio*⁵¹, no existe un auxilio necesario impuesto como deber.

Sin embargo, en los deberes de evitar el resultado, cuyo incumplimiento fundamenta los delitos de omisión impropia, no se formula la cláusula del riesgo o perjuicio, de manera que cabría pensar que en estos casos el auxilio por parte del garante sí constituye un deber, aunque ello implique la lesión de bienes jurídicos de terceras personas.

Queda, pues, claro que el auxilio a un bien jurídico a costa de la lesión o puesta en peligro de otro bien no siempre constituye un deber, especialmente cuando el delito de omisión está con-

y 100 e) de la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante y en el a. 42 de la Ley penal y procesal de la Navegación aérea.

En otros preceptos se alude a la causa o motivo legítimo; así, en el a. 384 del Código de Justicia Militar y en el a. 14 de la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante.

⁵¹ La naturaleza de tal cláusula es discutida por la doctrina española; a favor de considerarla como un supuesto de inexigibilidad: NAVARRETE URIETA, *RFDM*, t. 3, n.º 6, 1959, p. 428 n. 28; SÁINZ CANTERO, *RGLJ*, t. 46, N. S., 1963, p. 73; el mismo, *La exigibilidad*, 1965, p. 145 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal PE*, 4.º ed., 1982, p. 160. A favor de su tratamiento como un supuesto de estado de necesidad (justificante): RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión de socorro*, 1966, p. 213 ss.; MIR PUIG, *Adiciones*, t. 2, 1981, p. 876; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Homenaje a Antón Oneca*, 1982, p. 511. En opinión de RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal PG*, 8.º ed., 1981, p. 616, la inexigibilidad opera aquí para circunscribir, como elemento negativo, el tipo del injusto, con lo que no queda claro si la cláusula pertenece al tipo (positivo) o a las causas de justificación (elementos negativos) .

sólo en determinar la conducta conforme a Derecho, sino también la conducta conforme a deber. Para ello interviene de manera decisiva el estado de necesidad en su función de «norma de colisión» —en cuanto perspectiva formal—, que se concreta en la elección de uno de los términos de una situación conflictiva, sea de deberes o de derechos. La ponderación de bienes, o mejor: el interés preponderante, nos muestra qué deber retrocede y qué deber ostenta la primacía. Esto tiene lugar en el grupo de casos que forman los deberes de desigual valor, mientras que el grupo de los deberes equivalentes se caracteriza porque el estado de necesidad como «norma de colisión» realiza su función de forma atenuada: el obligado tiene libertad de elegir el deber que quiere cumplir.

Pero junto al aspecto formal, hay que resaltar el cometido material que realiza el artículo 8, número 7, al otorgar el carácter de justificada a la conducta lesiva para el otro deber.

Atendiendo a este sentido material, MIR PUIG⁵⁴ y SILVA SÁNCHEZ⁵⁵ han llamado la atención sobre el hecho de que en la colisión de deberes justificantes se hable en el Código penal de la *infrac-*

lo que sucede cuando la causa de justificación no sólo permite realizar el tipo (positivo), sino que expresa el deber de hacerlo (p. ej.: cumplimiento de un deber). *En este caso*, la función complementaria de limitar el imperativo de la prohibición penal tiene lugar mediante el establecimiento de otro imperativo. Pero ello no es necesario (piénsese en la legítima defensa o en el estado de necesidad, que se limitan a crear facultades, no deberes), lo que prueba que lo *específico* de la función de permisión es sólo limitar el imperativo penal" (los subrayados en letra redonda en el original; el resto, en letra cursiva).

⁵⁴ Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 2.ª ed., 1982, p. 83.

⁵⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, t. 35, 1982, p. 677.

ción de un deber y del cumplimiento de otro. Los reparos de MIR y SILVA a considerar que una conducta justificada infrinja un deber no carecen de fundamento: ¿cómo es posible que si concurre una causa de justificación se infrinja un deber, es decir, se frustre la expectativa del Derecho a la realización de una determinada conducta? Si el estado de necesidad justificara realmente, no se podría hablar de un deber infringido; si alguien actúa justificadamente no puede realizar al mismo tiempo el supuesto de hecho de una norma preceptiva o prohibitiva⁵⁶.

Para evitar la utilización simultánea de los términos infracción y justificación, que en sí son antitéticos, estos autores proponen distinguir entre antijuridicidad en general y antijuridicidad en concreto⁵⁷; conforme a esto, ha de entenderse que el hecho efectuado en colisión de deberes, en general, en abstracto, infringiría otro deber si no fuera por la concreta concurrencia del deber justificante⁵⁸

⁵⁶ Cfr. *ibidem*, p. 677.

⁵⁷ La distinción proviene de WELZEL, *Nuevo sistema*, 1964; este autor distingue entre tipicidad y contradicción con la norma, por un lado, y antijuridicidad, por otro; las dos primeras son un indicio de la segunda (op. cit., pp. 56 y 59). "La infracción de la norma es la contradicción de la realización del tipo con una norma prohibitiva (abstracta)" (op. cit., p. 56), lo que es distinto de la antijuridicidad, ya que ésta "es, en cambio, la contradicción de la realización del tipo con el ordenamiento jurídico en su conjunto" (op. cit., p. 56). La relación existente entre tipicidad (e infracción de la norma prohibitiva abstracta) y la antijuridicidad es, según WELZEL, la siguiente: "Las normas prohibitivas se ven interferidas, en ciertos casos, por preceptos permisivos, que impiden que la norma jurídica abstracta (general) se convierta en deber jurídico concreto y justifican, por ello, la realización del tipo" (op. cit., pp. 56-57).

⁵⁸ Así, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 2.ª ed., 1982, p. 83.

figurado con el límite del riesgo o perjuicio propio o ajeno. Ello no obsta a que el auxilio necesario produzca efectos justificantes si el sujeto agente, a pesar de existir un riesgo propio o ajeno, decide salvar el bien jurídico en peligro. Claro que si el riesgo es ajeno, el sujeto agente tiene que contar con el límite que supone el criterio rector de la ponderación de bienes; es decir: que no se pueda salvaguardar, por ejemplo, el bien de la integridad física si el perjuicio que ello conlleva supone un peligro para la vida de un tercer sujeto.

5.3. EL EFECTO JUSTIFICANTE EN LA COLISION DE DEBERES

El conflicto de deberes hace desaparecer el injusto de la conducta, siendo irrelevante que los deberes sean equivalentes o de desigual valor, de naturaleza activa u omisiva⁵². Si el sujeto agente escoge el deber de mayor rango cuando existen diferencias valorativas y si cumple cualquiera de los dos deberes equivalentes, su conducta se ve justificada por la colisión de deberes.

Interesa ahora analizar las particularidades que esta figura de estado de necesidad presenta en cuanto a la eficacia:

Normalmente el efecto justificante de una causa de exclusión del injusto consiste en que el ordenamiento jurídico *permite* que se cometan conductas que, por sí solas, están amenazadas con una pena. Sin embargo, hay ocasiones en que el efecto justificante se concreta no sólo en un permitir, sino además en un *deber* de realizar la conducta justificada. En este caso, dicha conducta es

⁵² V. *supra* pp. 238 ss.

conforme al ordenamiento en general y conforme al deber que en concreto se ha cumplido⁵³.

Pues bien, en la colisión de deberes ocurre precisamente esto último. Puesto que en ella están contrapuestos deber frente a deber, la eficacia justificante del permiso normativo consiste no

⁵³ Téngase en cuenta la opinión de los siguientes autores: MAURACH, *Strafrecht* AT, 4.ª ed., 1971, p. 301: "Para la fundamentación de la justificación de un hecho es indiferente si le asiste al autor sólo una *facultad* de actuar [...] o si estaba obligado a ello" (subrayado en el original); MAURACH-ZIPF, *Strafrecht* AT, t. 1, 5.ª ed., 1977, p. 367; JESCHECK, *Lehrbuch* AT, 3.ª ed., 1978, p. 259 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 441); TRIFFTERER, *Optisches Strafrecht* AT, t. 1, 1981, p. 93: "Pero el que está *especialmente* obligado *por el Derecho* a actuar, tiene que hacer lo *licito* jurídicamente y por eso tiene que agotar también las posibilidades que ofrecen las causas de justificación" (subrayados en el original); RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Homenaje a Antón Oneca*, 1982, p. 510: "[...] las causas de justificación revisten, a veces, la forma de mandatos imperativos, que no sólo autorizan, sino *imponen* la realización del tipo" (subrayados en el original), y *passim* (pp. 509-522); CARBONELL MATEU, *Justificación*, 1982, p. 77 y sobre todo p. 82 s.: "no cabe hablar siempre y en todo caso de disposición permisiva, porque en ocasiones la justificación proviene de una obligatoriedad [...]".

OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, 1981, pp. 165-166, distingue en base a esto —y siguiendo a LUMIA— entre "permisos *positivos* (cuando la norma indica que se puede realizar una acción generalmente prohibida: por ejemplo, entrar en morada ajena 'para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero' o 'para prestar algún servicio humanitario a la justicia', artículo 491 C. p.) y *negativos* (cuando la norma señala que se puede dejar de hacer algo generalmente ordenado: por ejemplo, no socorrer a quien se encuentra desamparado y en peligro manifiesto y grave, cuando existe riesgo propio o de tercero, artículo 489 bis C. p.)" (subrayados en el original).

Esta constatación es compatible con la teoría de los elementos negativos del tipo: cfr. MIR PUIG, *Introducción*, 1976, p. 55; el mismo, *Adiciones*, t. 1, 1981, p. 454: existe la posibilidad de que "las proposiciones permisivas encierren en sí mismas *otras* normas imperativas,

Esta observación respecto al término infracción no es superflua, sobre todo si se tiene en cuenta que el párrafo inicial del artículo 8, 7, del Código penal hace referencia expresa al que «infringe un deber», lo cual podría constituir un obstáculo a la tesis aquí mantenida de que la colisión de deberes tiene eficacia justificante. Pues si infracción y justificación son términos antitéticos cabría pensar efectivamente que la exención de la responsabilidad que provoca la colisión no operaría en el marco de la exclusión de la antijuridicidad —ya que si constituyera causa de justificación el Código no hablaría de «infracción»—, sino en el marco de la exclusión de la culpabilidad.

A mi entender, sin embargo, no es preciso ni distinguir —al menos en este contexto— entre antijuridicidad en general y en concreto, ni poner en duda la eficacia justificante de la colisión de deberes. Los reparos que manifiestan MIR y SILVA a la palabra «infracción» pueden disiparse si se interpreta tal término en el sentido de la *no realización de la prestación impuesta por un deber*: el que actúa en colisión de deberes realiza la prestación impuesta por un deber, pero no lleva a cabo la prestación exigida por el otro u otros deberes. Creo que esta es la interpretación más acorde con la redacción positiva del estado de necesidad en el Código; así entendido, no resulta tan descabellado decir que en un conflicto de dos deberes se infringe un deber (no se realiza la prestación impuesta por él), pero se cumple otro (se efectúa la prestación impuesta por éste).

En consecuencia, y recapitulando lo anterior, nada impide entender que la eficacia de la colisión de deberes es doble: de un lado, el artículo 8, número 7, permite la realización de una conducta que, si no, estaría sancionada con una pena (de

concurrir los restantes requisitos del delito), y de otro, concreta qué deber mantiene su carácter vinculante. De manera que si, por lo general, toda causa de justificación presupone un precepto permisivo, en la colisión de deberes, no obstante, al precepto permisivo se une el precepto prohibitivo o el precepto de mandato. El permiso hace referencia a la licitud del incumplimiento de un deber, mientras que la prohibición o el mandato implican la obligatoriedad, que persiste, de cumplir el otro deber (de omitir o de actuar).

De aquí se deriva que el aforismo *impossibilium nulla obligatio*⁵⁹ no puede ser entendido con el significado de que los deberes contrapuestos pierdan su carácter vinculante: uno de ellos, al menos, tiene que obligar todavía a su titular⁶⁰. En la colisión de deberes, estos no se limitan recíprocamente⁶¹ ni se disuelven en un nada jurídico por

⁵⁹ Sobre este principio, v. *supra* pp. 156 s.

⁶⁰ Así también: KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 137; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.ºs marg. 89 y 90 previos al § 51.

Sin embargo, para von WEBER, en *Festschrift für Kiesselbach*, 1947, p. 245, el *impossibilium* determina la nulidad del deber que no resulta preferente dentro de lo que él llama colisión de deberes lógica; por el contrario, en la colisión de deberes material, no resulta la nulidad del otro deber. Puesto que, en mi opinión, la colisión de deberes lógica no constituye realmente colisión de deberes, hay que considerar que von WEBER está de acuerdo con lo expuesto en el texto.

⁶¹ V. *supra* p. 44. Muy expresivo en este sentido, SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, pp. 406-407, por lo que, a pesar de lo largo de la cita, no me resisto a transcribirla: "¿Puede hablarse realmente de lesión de deberes o de bienes jurídicos cuando consta que el autor no podía de ninguna manera efectuar la acción omitida junto a otra? Aquí —mostrándolo con el ejemplo de partida del padre y de los dos hijos que se encuentran en peligro de muerte— hay que analizar como sigue: la pretensión de salvación por la vida de cualquiera de ambos niños

el hecho de encontrarse en conflicto. En caso de que el titular de los deberes los incumpla todos (cosa que, por definición, sólo puede ocurrir en la colisión de dos o más deberes de acción), permanece inalterada la antijuridicidad de la conducta y por lo tanto será posible que se cumpla la amenaza penal, si se constatan las restantes categorías de la teoría del delito.

Ahora bien, si el sujeto agente incumple todos los deberes (de acción) que le vinculan, su responsabilidad penal se limita a la inobservancia de un solo deber, que en caso de diferencia de valor entre los deberes contrapuestos, se concretará en el de mayor valor, en tanto que la sanción se fundamentará en cualquiera de los dos deberes, pero sólo en uno de ellos, si concurre equivalencia de deberes⁶².

que peligran se dirige al padre, que tiene capacidad de acción; éste puede satisfacer —visto aisladamente— cualquiera de las dos pretensiones; pero tiene que lesionar una pretensión, puesto que ambas coinciden simultáneamente, para al menos poder satisfacer la otra. Por ello, esta lesión es conforme a Derecho. Presupuesto de este análisis es que la pretensión del bien jurídico de la vida humana se vea no en la generalidad abstracta, sino en la concreta referencia a cada persona en particular; una concretización de este tipo viene exigida claramente desde el punto de vista del tipo de injusto y en referencia a la relación de culpabilidad. Todo lo demás es una pura cuestión terminológica: si se refiere el concepto de deber al saldo de las pretensiones hacia bienes jurídicos, entonces el padre que no salvó al hijo Y porque salvó al hijo X y porque sólo podía salvar a uno de ellos, dicho padre, no lesiona ningún deber. Si, por el contrario, se equipara el concepto de deber con la particular pretensión hacia bienes jurídicos, el padre lesiona el deber de salvar al hijo Y, pero lo lesiona de forma permitida porque cumplió un deber de igual rango. Por tanto, queda claro que se trata de un caso de colisión de deberes, en el que no todos los deberes pueden ser cumplidos”.

⁶² En este sentido, también: OETKER, en *Festgabe für Frank*, t. 1, 1930, p. 364; NAGLER-JAGUSCH, en *LK*, t. 1. 7.ª ed.,

Esta individualización de la responsabilidad penal obedece a razones puramente lógicas, pues las exigencias normativas dirigidas al obligado por una colisión de deberes están, por así decirlo, sobrecargadas. Además, la punición por todos los deberes incumplidos no motivaría al cumplimiento si el destinatario de la norma se volviera a encontrar, en el futuro, en una situación de características similares.

5.3.1. *Las relaciones entre sujeto agente y afectado*

La solución que se adopte respecto a la eficacia de la colisión de deberes tiene inmediatas repercusiones en la cuestión de las relaciones jurídicas que surgen entre los particulares involucrados en un estado de necesidad, especialmente entre el sujeto agente y el afectado, es decir, entre el que actúa en estado de necesidad y el titular del bien hacia el que se desvía el peligro.

La doctrina alemana, desde la perspectiva de la teoría de la diferenciación, configura el estado de necesidad entre bienes desiguales como un derecho subjetivo, frente al que se opone un deber de tolerancia: al que pone a salvo el bien de mayor valor se le otorga un derecho subjetivo, mientras que al afectado titular del bien jurídico de menor rango, le corresponde un deber de tolerar la desviación del peligro hacia su bien jurídico⁶³. La

1954, § 54 n. V b; HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 90 previo al § 51.

⁶³ Así: HIRSCH, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 45 previo al § 51: "Los derechos de intervención fundamentan, por tanto, un deber de tolerancia del afectado"; BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.ª ed., 1977, p. 139: "A estos derechos de necesidad [sc. los de los §§ 228 y 904 BGB] les corresponde un deber de tolerancia del titular de la

ciencia penal alemana extiende este tipo de relación jurídica a los llamados derechos de necesidad (*Notrechte*), que engloban la legítima defensa, el estado de necesidad justificante y figuras afines a éste.

Lo anterior resulta evidente para los casos de conflicto entre términos de desigual valor: no hay duda de que la propiedad debe ceder ante la vida, por lo que el titular de la barca que es utilizada para salvar al que se está ahogando, no tiene más remedio que soportar esa intervención en su esfera de derechos. Pero el problema resulta más peliagudo cuando de la ponderación resulta que los bienes o deberes son equivalentes. ¿Qué puede hacer en este caso el afectado que ve que sus bienes van a ser lesionados para salvaguardar otros de igual valía?

Desde el punto de vista de la teoría de la unidad, que yo comparto, el afectado no podrá actuar en legítima defensa, puesto que la conducta del sujeto agente no representa una agresión ilegítima⁶⁴. (Sin embargo, para los partidarios de la teoría de la diferenciación el estado de necesidad entre bienes iguales constituye una causa de exculpación, susceptible por tanto de ser considerada agresión ilegítima. Desde esta concepción es admisible repeler en legítima defensa una conduc-

cosa"; SAMSON, en *SK*, t. 1, 2.ª ed., 1977, § 34 n.º marg. 2: "El precepto [sc. el § 34, que regula el estado de necesidad justificante] fundamenta, por tanto, un *deber de solidaridad recíproca* para los miembros de la comunidad jurídica"; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.ª ed., 1981, p. 131: "El deber de tolerancia del afectado es un distintivo infalible de la conformidad a Derecho de la intervención".

⁶⁴ Admitir lo contrario en el Derecho penal alemán significaría atribuir dos contenidos distintos al mismo término —antijuridicidad—, utilizado tanto en la legítima defensa del § 32, como en el estado de necesidad exculpante del § 35, ambos del StGB.

ta realizada en conflicto de bienes iguales.) ¿Sería posible que el afectado repeliera a su vez el estado de necesidad con otro estado de necesidad? Si se admite que el estado de necesidad justificante representa un derecho subjetivo, no parece muy coherente reconocer otro derecho subjetivo enfrentado al anterior: lo normal en las relaciones jurídicas privadas es que a un derecho subjetivo se le contraponga un deber. Si se aceptara un estado de necesidad frente a otro estado de necesidad, se produciría una «aporía»⁶⁵, pues habría que considerar las conductas de ambos participantes como conformes a Derecho; resultaría chocante que el ordenamiento jurídico no tomara partido ni por el sujeto agente ni por el afectado, relegando la solución —como se acostumbra decir— «a los puños del más fuerte»⁶⁶. Conforme a esto, la teoría de la unidad no llegaría a una solución aceptable en este punto, por lo que tal vez lo más razonable fuera descartarla definitivamente y apuntarse a la teoría de la diferenciación.

La solución de esta aporía por la teoría de la unidad tiene que pasar por un segundo escollo, éste ya de Derecho positivo, y que consiste en demostrar que el primer estado de necesidad, el del sujeto agente, representa un «mal» para el afectado, que puede dar lugar a que el afectado

⁶⁵ Tomo la expresión de STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, 3.ª ed., 1981, p. 144, quien la utiliza respecto al problema de la legítima defensa frente a un estado de necesidad justificante. Como esta posibilidad debe resolverse negativamente a la luz del Derecho positivo, me parece más adecuado hablar en todo caso de aporía respecto a la cuestión de dos estados de necesidad enfrentados.

⁶⁶ Utilizan la expresión: MAURACH, *Kritik der Notstandslehre*, 1935, p. 100; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 25; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 103 y 107; KÜPER, *JZ*, 1983, p. 95. MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1971, p. 396, habla en estos casos de una "reacción en cadena" que hay que evitar.

reaccione a su vez en estado de necesidad. ¿Cómo es posible que un estado de necesidad considerado justificante, o sea, no contrario al ordenamiento jurídico, constituya un «mal»? Si no es así, si el sujeto agente con su conducta efectuada en estado de necesidad justificante no realiza un «mal», entonces el afectado no podrá actuar cubierto por otro estado de necesidad, pues la situación de necesidad configurada en el artículo 8, número 7, exige que se actúe para evitar un mal.

Para solventar la cuestión de las relaciones que surgen entre sujeto agente y afectado ante un conflicto de términos equivalentes es preciso previamente determinar, siquiera sea de pasada, el concepto de mal empleado por el Código penal.

Excursus: El problema del concepto de mal

A todos los que en España admiten estado de necesidad frente a estado de necesidad en caso de colisión de bienes o deberes equivalentes, sobre todo desde el prisma de la teoría de la unidad, se les plantea un problema adicional: además de que las relaciones jurídicas respecto a los particulares que surgen de tal contraposición entre eximentes son un tanto heterodoxas, surge la particularidad de que el Código penal emplea el término «mal» en el artículo 8, 7; pues bien, si se admiten dos estados de necesidad enfrentados, ello conlleva demostrar que el primer estado de necesidad, el del sujeto agente, representa un «mal» que puede dar lugar a otro estado de necesidad por parte del afectado.

La cuestión es mucho más simple de resolver si se parte de los planteamientos de la teoría de la

diferenciación; en efecto: si se trata de un conflicto de bienes iguales o escasamente diferentes, cada contendiente estaría cubierto por un estado de necesidad exculpante, es decir que su conducta estaría desvalorada jurídicamente, por lo que se podría configurar sin dificultades como un «mal» en cada caso. Parece, por tanto, que el texto legal representa una traba para la teoría de la unidad. Pero no hay que adelantar conclusiones; el problema se desplaza a la interpretación del término mal: ¿cómo hay que entender esta expresión para que sea viable una contraposición de estados de necesidad? En la doctrina se han manifestado varias opiniones al respecto ⁶⁷:

La interpretación *social* del concepto de mal ha sido defendida por CÓRDOBA RODA. Para CÓRDOBA el mal es «el perjuicio para un bien jurídico, merecedor de un juicio desvalorativo por la Sociedad» ⁶⁸; según esta concepción, no merece ser considerado como mal aquel hecho que sólo desde el punto de vista individual puede ser visto como un mal; según CÓRDOBA resulta acertado desestimar el estado de necesidad, cuando el acontecimiento cuya realización resulta probable es apreciado únicamente por el sujeto y no, sin embargo, por la colectividad estatal ^{68 a}. En opinión de este autor tal perjuicio que amenaza a un bien jurídico no precisa, sin embargo, constituir un resultado penalmente típico ⁶⁹.

GIMBERNAT ORDEIG se ha manifestado partida-

⁶⁷ Cfr. para lo que sigue la exposición de SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, t. 35, 1982, p. 668 s.

⁶⁸ CÓRDOBA RODA, *Eximentes incompletas*, 1966, pp. 185-186.

^{68 a} Cfr. CÓRDOBA RODA, *Eximentes incompletas*, 1966, pp. 165 y 185-186; el mismo, en *Comentarios*, t. 1, 1976, p. 277.

⁶⁹ Cfr. CÓRDOBA RODA, *Eximentes incompletas*, 1966, pp. 165-166; el mismo, en *Comentarios*, t. 1, 1976, p. 276.

rio de una interpretación *juridicopenal* del concepto de mal, discrepando del parecer de CORDOBA y entendiendo que el mal —que se trata de evitar— hay que interpretarlo en el sentido de lesión de un bien *juridicopenalmente* protegido:

«para que entre en juego la exención de pena por la conducta típica ejecutada no basta que se actúe con el fin de evitar un mal cualquiera (por ejemplo: una sanción de vergüenza o un incumplimiento contractual meramente civil), sino precisamente un mal de tal entidad que constituya uno de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal (por ejemplo: la vida, la integridad corporal)»⁷⁰.

GIMBERNAT apoya su opinión en dos argumentos, uno gramatical y otro de justicia material. El primero hace referencia a que en el artículo 8, 7, primer requisito, el Código penal menciona por dos veces la palabra mal: mal causado y mal que se trate de evitar. Pues bien, el mal causado tiene que significar la lesión de un bien jurídico penalmente protegido o comisión de una conducta típica que queda exenta de pena por concurrir la eximente de estado de necesidad; al repetir el precepto el mismo término «mal», aunque con distinto calificativo —«que se trate de evitar»—, hay que concluir que es necesaria una interpretación unívoca para los dos términos, por lo que «mal que se trate de evitar» ha de hacer referencia al peligro que amenaza a un bien con protección *juridicopenal*⁷¹.

Desde un punto de vista de justicia material, considera GIMBERNAT que hay que llegar a idéntico resultado,

⁷⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *Notas*, t. 1, vol. 2, 2.ª ed., 1972, p. 964.

⁷¹ Cfr. *ibidem*, p. 964.

«pues no parece admisible que se autorice a delinquir, esto es: a lesionar un bien importante en cuanto que el legislador lo ha protegido con la sanción más severa del orden jurídico (con la sanción penal), para salvar un bien de escasa trascendencia, un bien para cuya protección no se ha estimado necesario acudir a la ley punitiva»⁷².

Adhiriéndose a esta misma línea de pensamiento, ha añadido LUZÓN PEÑA que la exigencia de un mal en sentido jurídicopenal viene corroborada por la exigencia de proporcionalidad: el mal causado ha de ser penalmente típico, ya que la exigente de estado de necesidad opera precisamente para eximir de responsabilidad *penal*; por consiguiente, el mal que se trata de evitar ha de amenazar a un bien protegido jurídicopenalmente, porque en caso contrario el mal causado sería *mayor* que el que se trata de evitar⁷³.

SILVA SÁNCHEZ mantiene una postura conciliadora entre las dos tesis, la social y la jurídicopenal; en su opinión, aquí hay que emplear «una valoración jurídica atenta al real significado (jurídico-social) de las acciones y fenómenos en las relaciones humanas»⁷⁴; se trata de una valoración que parte del Derecho, pero que contempla al mismo tiempo las repercusiones de hechos y actos sobre los individuos y la sociedad en general; de esta interpretación se deriva que también causan males el ejercicio de la legítima defensa o la ejecución de una pena privativa de libertad; sin embargo, no es posible actuar en estado de necesidad frente a estos males «reales» (y, por tanto, males para el Derecho), porque el ordenamiento jurídico, atendiendo a la realidad social, estima consecuentemente que en tales situaciones el mal

⁷² *Ibidem*, p. 964.

⁷³ Cfr. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 529 s.

⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, t. 35, 1982, p. 669.

causado evitando una legítima defensa o la ejecución de una pena, es mayor que el que se trata de impedir, con otras palabras: que falta el requisito de la proporcionalidad⁷⁵. La crítica que SILVA SÁNCHEZ dirige a la interpretación meramente jurídica consiste en que ésta

«obligaría a concluir que, en los casos en que amenaza un fenómeno natural, una cosa o un animal, un obrar en ausencia de acción, o atípico, el mal causado sería necesariamente mayor que el que se trataría de evitar: porque el 'causado' lo ha de ser a través de una acción típica que, para el Derecho, reúne unos caracteres de gravedad de los que carecen las acciones atípicas»⁷⁶.

A mi juicio esta objeción confunde los planteamientos de la interpretación jurídicopenal: los autores que han desarrollado esta forma de entender los términos «mal que se trata de evitar» no exigen una *acción* típica, sino una *lesión* de un bien jurídicopenalmente protegido, lo que es bien distinto⁷⁷. Es evidente que los males que provienen de cosas, animales o fenómenos naturales no pueden ser típicos, puesto que los tipos del Derecho penal son descripciones de conductas humanas y un perro, por ejemplo, no puede realizar una conducta típica. Pero es que la interpretación jurídicopenal no requiere una amenaza que, de acaecer efectivamente, constituyera una conducta

⁷⁵ Cfr. *ibidem*, p. 669.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 668.

⁷⁷ LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 529 s., considera que frente a las agresiones antijurídicas atípicas no cabe estado de necesidad, o no al menos la eximente completa, pero de ahí no se puede deducir que las amenazas de un peligro que provenga de cosas, animales o fenómenos naturales no den lugar a un estado de necesidad. Esto viene corroborado porque LUZÓN PEÑA propone para estos casos de *lege ferenda* precisamente un estado de necesidad defensivo similar al del § 228 BGB.

típica, sino que únicamente vaya dirigida —provenga de quien provenga— contra un bien jurídico tutelado por el Derecho penal. Nadie ha exigido que el origen del peligro sea exclusivamente humano, pues lo contrario obligaría a desgajar de la órbita del estado de necesidad un cúmulo de casos considerados clásicos de esta eximente.

La interpretación jurídicopenal me parece la más convincente, pues la valoración social o la valoración mixta provocarían una cierta dosis de inseguridad jurídica: el juicio sobre el concepto de mal sería tan cambiante como lo puede ser la sociedad, además de que en una sociedad plural y no uniforme, en la que los valores pueden ser diferentes, según los sectores sociales, ello implicaría dar preferencia a unos baremos de «mal» sobre otros igualmente legítimos. Por otro lado, y abundando en el argumento de justicia material con que GIMBERNAT fundamenta la necesidad de que el mal amenazante afecte a un bien que goce de tutela penal, es posible invocar aquí el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal⁷⁸: si el Derecho penal tiene naturaleza subsidiaria como reacción estatal —la más grave— contra un injusto, los preceptos de Derecho penal que reconocen causas de justificación también deben constituir una *ultima ratio*, en el sentido de que están previstos para justificar conductas penalmente típicas. Llevado esto al terreno del estado de necesidad, significa que, en virtud del requisito de la proporcionalidad, el mal que amenaza ha de consistir en la puesta en peligro de un bien jurídico con protección penal, pues si no, si el mal amenazante no afecta a un bien tutelado por el sector

⁷⁸ Cfr. el carácter de *última ratio* en referencia a la legítima defensa en LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 527, y en referencia al estado de necesidad *supra* p. 166 y n. 236.

penal del ordenamiento jurídico, no se entiende que quepa una respuesta consistente en una conducta penalmente típica, aunque justificada.

Además, esta interpretación viene avalada por el propio Derecho positivo. Cuando el Código penal emplea en otros lugares la palabra «mal»⁷⁹ la equipara a infracción penal; así el artículo 371, párrafo tercero, habla de «evitar un delito u otro mal», y en los artículos 493 y 494 se reconoce que hay males que no constituyen delito y males que sí suponen delito, de lo que hay que deducir que «mal» equivale en el contexto de estos artículos a infracción penal como comprensiva de delito y falta. Esto no puede ser entendido interpretando que el mal haya de ser típico, pues, como ya se ha visto, las raíces históricas del estado de necesidad exigen que éste también sea estimable en peligros originados por seres o fuerzas naturales distintos de las personas. Pero estos otros preceptos sí pueden coadyuvar a la aceptación de que los males que no afectan a un bien jurídico protegido en los tipos penales, constitutivos de delitos o faltas, no pueden dar lugar a un estado de necesidad o, por lo menos, no a un estado de necesidad como exigente completa.

Se ha visto que la interpretación jurídicopenal es la que ofrece mayores garantías de seguridad jurídica y la que mejor se adapta a los postulados del Derecho penal y a la regulación del Derecho positivo.

Ahora bien, ¿es aplicable también a la colisión de deberes? Antes de nada es preciso determinar cuál es el mal que amenaza en esta figura de estado de necesidad. Aquí ha de entrar en juego

⁷⁹ Aparte del a. 8, 7, este término aparece asimismo en los siguientes aa.: 8, 10; 20, 2.º; 44; 61, 7.º; 247; 371 pfo. tercero; 491; 493; 494; 580, 2.º; y 586, 2.º, todos ellos del CP.

la función del estado de necesidad similar a la de una norma de colisión: en el caso de equivalencia de deberes, el mal que amenaza es el incumplimiento de cualquiera de los dos o más deberes en conflicto. Al existir libertad de elección por parte del obligado, su decisión a favor del cumplimiento de un deber concreta el mal que amenaza: la infracción del deber efectivamente cumplido (mientras que el mal que se causa es el incumplimiento del otro u otros deberes). Si los deberes son, por el contrario, de desigual valor, el criterio rector que entrará en juego será la ponderación de intereses; por tanto, el mal que amenaza es el incumplimiento del deber de mayor valor.

La cuestión que se plantea es la de si el mal que amenaza, la infracción del deber elegido en caso de equivalencia y la del deber de mayor rango cuando los deberes son de desigual valor, ha de ser de naturaleza penal, además de gozar de naturaleza jurídica⁸⁰. La doctrina de lengua alemana no se ha ocupado de este aspecto y únicamente ha exigido que el deber incumplido constituya una acción u omisión amenazada con una pena⁸¹,

⁸⁰ Sobre la exigencia del carácter jurídico de los deberes, v. *supra* p. 68 ss.

⁸¹ En este sentido: JANSEN, *Pflichtenkollision*, 1930, p. 10 s.; MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1977, p. 334: "Existe colisión de deberes cuando el titular de dos deberes se encuentra en una situación en la que mediante el cumplimiento de un deber tiene que lesionar forzosa-mente el otro, y por tanto cometer una acción amenazada con una pena"; de forma idéntica, MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.ª ed., 1977, p. 407; JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 3.ª ed., 1978, p. 293 (= *Tratado*, t. 1, 1981, p. 497): existe colisión de deberes "cuando alguien puede cumplir un deber jurídico que le vincula sólo a costa del incumplimiento de otro deber que también le vincula, representando la infracción del deber incumplido una acción u omisión amenazada con una pena".

lo que resulta obvio, pues en caso contrario, no entraría en juego la posibilidad de una exención de responsabilidad penal.

Mi opinión es que el deber elegido o el deber de mayor valor como males que amenazan han de ser también penales, es decir, que su infracción esté conminada con una pena. Si se eligiera la interpretación social que propugna CÓRDOBA o la valoración mixta que defiende SILVA SÁNCHEZ siempre existiría la posibilidad de dar entrada en el estado de necesidad a otros deberes sociales o éticos no reconocidos por el Derecho penal. En consecuencia, la interpretación jurídicopenal es la única compatible con la colisión de deberes. A diferencia de la colisión de bienes, en los conflictos de deberes el mal que amenaza sí ha de ser típico, esto es, el incumplimiento del deber ha de estar sancionado con una pena como delito o falta. La razón de esta divergencia hay que verla en el origen —o por lo menos el origen mediato— del peligro, que en los conflictos de deberes es el propio ordenamiento jurídico, y no un ser humano, un animal, una cosa o un acontecimiento de la naturaleza, como es el caso de los conflictos de bienes. La consideración de la colisión de deberes como una antinomia jurídica creada por el propio ordenamiento jurídico implica que el deber que amenaza ser incumplido haya de ser penalmente típico.

Una vez elegida la interpretación a seguir respecto al peligro que origina la situación de necesidad, sigue pendiente la pregunta inicial de este excurso: ¿es posible admitir dos estados de necesidad enfrentados considerando el mal desde una perspectiva jurídicopenal? La respuesta debe ser afirmativa, pues el Código penal también considera como mal al que se causa, que puede

consistir tanto en la lesión de un bien jurídico como en la infracción de un deber⁸². En consecuencia, la colisión de bienes o deberes equivalentes resuelta por el sujeto agente con la comisión de una conducta típica (o con la realización de los elementos positivos del tipo) constituye a su vez un mal que puede ser rechazado por el afectado por dicho mal con otro estado de necesidad. La existencia en el número 7 del artículo 8 del Código penal de la expresión «mal que se trata de evitar» no constituye ningún óbice a la admisión de dos estados de necesidad entre bienes o deberes equivalentes desde la perspectiva de la teoría unitaria.

5.3.2. *La distinción entre causas de justificación*

Hemos visto que por parte del Código penal no hay problemas a la hora de admitir dos estados de necesidad enfrentados en casos de conflictos de bienes o deberes equivalentes. Pero todavía queda por contestar la pregunta de si es posible admitir dos conductas justificadas enfrentadas, de si es lógico considerar que el ordenamiento jurídico no toma partido ni por el sujeto agente ni por el afectado.

La solución podría venir —y así lo ha entendido la doctrina— de la distinción entre las causas de justificación: si no todas producen los mismos efectos, no resultaría tan raro que se puedan cubrir por el estado de necesidad tanto el sujeto agente como el afectado; si hay causas de justi-

⁸² Cfr. MIR PUJG, *Adiciones*, t. 1, 1981, p. 507 n. 7, y en *Estudios jurídicos*, 1983, p. 511, que ha destacado que la ley sigue llamando “mal” a la lesión de un bien jurídico o la infracción de un deber causadas en estado de necesidad.

ficación que no otorgan un derecho subjetivo —y en éstas entraría el estado de necesidad— no resultaría tan heterodoxo para la teoría general del Derecho la aceptación de dos estados de necesidad enfrentados.

La propia teoría del ámbito fuera del Derecho surge con la —secreta— intención de resolver este problema ⁸³, distinguiendo entre acciones prohibidas, acciones permitidas y acciones indiferentes para el Derecho. Por otro lado, la configuración de dos grupos de causas de justificación: las causas de exclusión de la antijuridicidad y las causas de justificación propiamente dichas ⁸⁴, obedece a que las primeras conceden un derecho subjetivo, en tanto que las segundas no otorgan derecho subjetivo alguno. Si se desarrolla esta idea en el tema que ahora nos ocupa, la colisión de intereses equivalentes se integraría en las causas que meramente excluyen el injusto y la colisión de intereses de diferente valor pasaría a formar parte de las auténticas causas de justificación que confieren un derecho subjetivo ⁸⁵. Pues bien, al no cons-

⁸³ V. *supra* pp. 158 ss.

⁸⁴ Sobre esta distinción, ampliamente, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, pp. 111-116. En España ha efectuado esta distinción LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del TS*, t. 1, 1964, p. 181 y p. 204 s., donde configura el estado de necesidad en caso de colisión de bienes de desigual valor como causa de exclusión de la antijuridicidad. También LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, pp. 115-116, participa de esta bipartición de las causas que excluyen el injusto, pero atribuyéndole un sentido diferente: las causas de justificación están valoradas positivamente por el Derecho, en tanto que las de exclusión de la antijuridicidad no son consideradas como jurídicamente valiosas; no obstante, LUZÓN PEÑA desiste de la distinción terminológica —no de la conceptual— por considerarla perturbadora. Cfr. además lo que sigue en el texto.

⁸⁵ Así, MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1953, p. 189, quien además fue partidario acérrimo de la teoría de la unidad (el estado de necesidad siempre como causa de

tituir la colisión de bienes o deberes equivalentes un derecho subjetivo, sería más lógico en tal caso la admisión de dos estados de necesidad enfrentados.

GIMBERNAT, que se ha ocupado especialmente de esta cuestión, se ha manifestado a favor de una clasificación de las causas de justificación, según que estén valoradas positivamente por el ordenamiento jurídico o no merezcan esa valoración positiva⁸⁶. La legítima defensa o la ejecución de una pena privativa de libertad pertenecen al grupo de las causas de justificación que se han determinado como tales por el legislador debido a su valoración positiva; sin embargo, quien en una situación de necesidad entre bienes de igual valor pone a salvo uno de ellos, está cubierto por una causa de justificación que no ha sido considerada valiosa por el legislador; en consecuencia, cabe reaccionar en estado de necesidad frente a esa puesta a salvo de un bien jurídico a costa de otro, puesto que tal conducta no es positiva, aunque sea conforme a Derecho⁸⁷, sino, a lo sumo, indiferente⁸⁸. Pero esta indiferencia no hay que entenderla en el sentido de la teoría del ámbito ajeno al Derecho, pues el ordenamiento adopta una clara postura mediante la renuncia a amenazar con una pena estas conductas; indiferencia jurídica quiere decir para GIMBERNAT abstención de un juicio de valor *positivo* sobre una causa de

justificación, de cumplirse todos sus requisitos); cfr. otra opinión en LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del TS*, t. 1, 1964, p. 181 y p. 204 s.

⁸⁶ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.º ed., 1981, pp. 166-169.

⁸⁷ Hay que advertir que GIMBERNAT ORDEIG es partidario de la teoría de la unidad (el estado de necesidad siempre como causa de justificación, en cuanto se cumplan sus requisitos); v. *supra* pp. 244-245, n. 9.

⁸⁸ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.º ed., 1981, p. 169.

justificación; es esta indiferencia la que fundamenta la posibilidad de dos estados de necesidad enfrentados^{88 a}. La distinción de GIMBERNAT ha encontrado un eco favorable tanto en España⁸⁹ como en Alemania⁹⁰.

Cabe citar aquí una postura que no ha sido desarrollada en este contexto, pero que, de serlo, tendría consecuencias prácticas inmediatas. Según LUZÓN PEÑA existen causas de justificación que excluyen el desvalor de la acción y causas de justificación que excluyen el desvalor del resultado; entre las primeras se cuenta el cumplimiento de un deber, mientras que la legítima defensa está incluida entre las mencionadas en segundo lugar⁹¹. BOCKELMANN se expresa en términos parecidos, acercándose aún más a la cuestión de las relaciones que surgen de una causa de justificación: a juicio de BOCKELMANN el desvalor del resultado desaparece cuando el afectado está obligado a soportar ese resultado, es decir: cuando se le impone un deber de tolerancia; éste sería el caso del preso que tiene que permitir que se le prive de libertad; sin embargo, desaparece sólo el desvalor de la acción cuando el afectado tiene el derecho de defenderse, como por ejemplo, el soldado ante la agresión del enemigo⁹². Si se

^{88 a} Cfr. *ibidem*, p. 167.

⁸⁹ Así: LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, pp. 115-116, 243, 246 y 250-251; MIR PUIG, *Adiciones*, t. 1, 1981, p. 507, n. 7; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, t. 35, 1982, p. 674 s.

⁹⁰ Así expresamente, HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 100 y n. 38; el mismo, en *LK*, t. 1, 9.ª ed., 1974, n.º marg. 44 previo al § 51.

⁹¹ Cfr. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 90, n. 326, pp. 91-92, n. 335 y pp. 121-126, quien subraya que esta distinción no coincide con la de causas de justificación valoradas positivamente y causas de justificación que no merecen tal valoración (op. cit., p. 126).

⁹² Cfr. BOCKELMANN, *Strafrecht AT*, 3.ª ed., 1979, p. 55.

aplican estas consideraciones al estado de necesidad en el caso de conflicto entre términos equivalentes, ello implica que en tal supuesto nos encontramos ante una causa de justificación —siempre, claro está, desde el punto de vista de la teoría de la unidad— que justifica la acción, pero no el resultado, puesto que el afectado no tiene el deber de tolerancia.

De la posición de BOCKELMANN, pero no de la de LUZÓN PEÑA, que no llega tan lejos⁹³, se podría deducir que el afectado podría reaccionar en legítima defensa contra la conducta que desvía el peligro de un bien hacia otro equivalente. De manera que este sujeto no quedaría desprovisto de recursos jurídicos ni se vería completamente desamparado por el ordenamiento jurídico.

Pero el que con mayor intensidad ha tratado este tema ha sido LENCKNER; según este autor hay que distinguir dos cosas: por un lado, que todas las causas de justificación conducen a la misma valoración jurídica del hecho; por otro lado, y distinto de lo anterior, que los efectos de la justificación para el afectado son diversos⁹⁴. Aunque la valoración del hecho sea unitaria, ello no obsta para que los efectos en el sujeto afectado se produzcan de manera diferenciada: es evidente —pa-

⁹³ LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 244, niega que contra el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales el afectado pueda reaccionar en legítima defensa, pero sí en estado de necesidad, si bien bajo la argumentación de que la conducta del sujeto agente no es considerada positiva por el ordenamiento jurídico.

⁹⁴ Cfr. LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.ª ed., 1980, n.º marg. 9 previo al § 32. He de resaltar que LENCKNER, en su obra *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 25, había dejado en el aire esta cuestión; simplemente reconoce en este último lugar que contra un estado de necesidad "no prohibido" no cabe un estado de necesidad justificante, porque ello supondría una capitulación del ordenamiento jurídico ante los puños del más fuerte.

ra LENCKNER— que a ningún afectado le corresponde legítima defensa; el problema, pues, consiste en saber si éste puede apoyarse en el estado de necesidad justificante para defenderse contra el hecho que no es conforme a Derecho⁹⁵. (Tengo que interrumpir aquí la exposición de las ideas de LENCKNER para aclarar que éstas se enmarcan en la teoría de la diferenciación que hoy es dominante en la República Federal Alemana, porque su propio Derecho positivo se ha decantado expresamente por ella⁹⁶. No obstante, la opinión de

⁹⁵ LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.ª ed., 1980, n.º marg. 9 previo al § 32.

⁹⁶ V. *infra* Apéndice 2.1.3, §§ 34 y 35. KÜPER, *JZ*, 1983, p. 91, pone de manifiesto que hipotéticamente es sostenible todavía la teoría unitaria en el Derecho penal alemán, aunque los §§ 34 y 35 regulen, respectivamente, el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante de forma diferente. La razón de la viabilidad de la teoría unitaria estriba —según este autor— en que el estado de necesidad exculpante del § 35 sólo entra en juego cuando se ha constatado que la conducta necesaria no es justificable conforme al § 34; el estado de necesidad exculpante sería, pues, secundario o subsidiario del justificante; éste actuaría como un cedazo: todo lo que dejara pasar, no constituiría aún delito, sino que sería posible que estuviera exculpado en virtud del § 35. La teoría de la unidad, de ser sostenida en la doctrina penal alemana, tendría que llegar a la conclusión de que el "cedazo" del § 34 no deja pasar nada, de manera que la salvaguarda de un interés superior o equivalente quedaría justificada en su seno si cumple los requisitos del precepto; del mismo modo, el § 35 quedaría sin ámbito de aplicación.

Sin embargo, esta argumentación me parece excesivamente artificiosa, porque desconoce toda la evolución histórica en torno al estado de necesidad de la ciencia penal alemana, favorable a la teoría de la diferenciación, y que se ha decantado en los propios §§ 34 y 35 StGB. Por otro lado, de admitirse la argumentación de KÜPER sobre la posibilidad de una tal teoría unitaria con el nuevo StGB, ello conllevaría reconocer que un precepto penal no juega ningún papel, lo que desde el punto de vista de la técnica legislativa y de la práctica jurisprudencial sería sorprendente.

este penalista puede ser aplicada desde el punto de vista de la teoría de la unidad con las correcciones necesarias. Sigo nuevamente con la interrumpida exposición.) Respecto al problema del estado de necesidad justificante frente a otra causa de justificación, caben dos posibilidades: la primera en que exista un *derecho de intervención* fundado en la norma permisiva, lo que ocurre en todas aquellas causas de justificación en que el bien jurídico afectado no es ya digno de protección en la situación concreta de que se trate; esto puede ocurrir ya porque realmente no se quiera proteger ese bien jurídico, ya porque ese bien tenga que ser sacrificado en beneficio de otro interés efectivamente amenazado y más digno de protección; el consentimiento, la legítima defensa, el estado de necesidad (justificante), la auto-defensa o la detención *in fraganti* constituyen derechos de intervención de este tipo⁹⁷. Por el lado del afectado, tal derecho de intervención tiene como correlativo un deber de tolerancia, con lo que queda excluida la invocación del § 34, que regula el estado de necesidad justificante⁹⁸.

La segunda posibilidad es que exista una simple *autorización de acción*. En estos casos no se produce ni una renuncia a la protección de bienes jurídicos, ni una colisión con un interés de mayor rango, sino que el bien jurídico permanece digno de protección, pero bajo determinados presupuestos se puede actuar frente a un peligro lesionando bienes jurídicos ajenos; aquí —según LENCKNER— encuentra reconocimiento el principio del riesgo permitido, de modo que el Derecho acepta un desvalor del resultado, sólo para posibilitar

⁹⁷ Cfr. LENCKNER, en "*Schönke-Schröder*", 20.^a ed., 1980, n.º marg. 10 previo al § 32.

⁹⁸ Cfr. *ibidem*, n.º marg. 10 previo al § 32.

determinadas acciones; en tales casos en que concurre una autorización de acción, el bien afectado puede ser protegido según las reglas del estado de necesidad justificante, aunque en un ámbito limitado, porque los presupuestos de éste son más estrechos que los de la legítima defensa⁹⁹. Supuestos de autorización son: la salvaguarda de intereses justificados del § 193 del Código penal alemán, la actuación de los órganos del Estado y el consentimiento presunto¹⁰⁰.

Desde la teoría de la unidad, que es sólo practicable en España, pero no en Alemania¹⁰¹, cabría utilizar las consideraciones de LENCKNER respecto al tema que nos ocupa y configurar el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales como una simple autorización de acción; contra la actuación del sujeto agente, el afectado podría reaccionar estando cubierto por un estado de necesidad justificante.

En mi opinión, estos puntos de vista pueden ser sometidos a algunas objeciones. La teoría del ámbito fuera del Derecho no fue capaz de resolver el problema de las relaciones que surgen entre los participantes de una colisión de deberes equivalentes; ya se ha visto la argumentación que empleé para demostrar que el problema no era resoluble con la categoría de lo «no prohibido», por lo que no es preciso volver a centrarse en ella¹⁰².

Por otra parte, la admisión de una valoración positiva de algunas causas de justificación se acerca peligrosamente a la introducción en el Derecho de puntos de vista *morales* sobre las conductas

⁹⁹ Cfr. *ibidem*, n.º marg. 11 previo al § 32.

¹⁰⁰ Cfr. *ibidem*, n.º marg. 11 previo al § 32.

¹⁰¹ V. *supra* p. 304, n. 96.

¹⁰² V. *supra* pp. 158 ss. y 223 ss.

justificadas¹⁰³. Es cierto que se trata de un enjuiciamiento *jurídico* sobre el carácter positivo de una circunstancia que excluye el injusto, pero el peligro subsiste en cuanto no se indiquen los criterios por los que se ha de regir este juicio de valor; el ámbito de las causas de justificación se caracteriza simplemente por excepcionar o limitar la materia de prohibición¹⁰⁴.

En cuanto a las distinciones entre causas de justificación y causas de exclusión de la antijuridicidad por un lado, y derechos de intervención y

¹⁰³ Cfr.: MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1953, p. 156: "El Derecho penal no puede expresarse en general sobre la cuestión de si una acción es digna de aprobación o no. El Derecho penal emite únicamente juicios de desvalor mediante sus prohibiciones. Si retira una prohibición en determinados casos excepcionales, ello no quiere decir más que la acción en cuestión no es digna de pena"; líneas más abajo afirma este autor: "Hay acciones realizadas en legítima defensa, jurídicamente no prohibidas, pero que atentan contra la moral". En su *Strafrecht AT*, 1967, p. 83, subraya MAYER aún más esta idea: "Es evidente que una acción no prohibida puede ser contraria a la moral [...]". Téngase en cuenta además la opinión de OTTO, *Pflichtenkollision*, 3.ª ed., 1978, p. 112: "Bajo el ángulo de vista del enjuiciamiento criminal, la negación de la antijuridicidad sólo puede significar que la comunidad jurídica no cubre la acción con un juicio de desvalor criminal. Más allá de esto, el ordenamiento jurídico ni quiere ni puede tomar postura. Sólo le interesa la censura de los desvalores criminales. Pero además, no tendría sentido ver una toma de postura positiva en la negación de un desvalor criminal". (No se olvide que OTTO es partidario de la teoría del ámbito fuera del Derecho: v. *supra* pp. 223 ss.

¹⁰⁴ Según la teoría tradicional sobre las relaciones entre tipicidad e injusto, las causas de justificación *excepcionan* los mandatos o prohibiciones penales; según la teoría de los elementos negativos del tipo, las causas de justificación *limitan* la materia de prohibición; esta es, a grandes rasgos, la diferencia en este campo entre una y otra concepción. Sobre los partidarios españoles de la teoría de los elementos negativos del tipo v. *supra* pp. 167-168 n. 239.

autorizaciones de actuar, de otro, incurren en el olvido de la colisión de deberes, que obviamente no puede ser caracterizada ni como «derecho subjetivo», ni como «derecho de intervención», ni como «autorización de actuar»; el carácter imperativo del deber no se amolda a estas denominaciones. Por lo que respecta a las causas de justificación de la acción y causas de justificación del resultado, y en particular respecto a las conclusiones que se derivarían de la concepción de BOCKELMANN, pienso que éstas contrarían abiertamente el Derecho positivo; no es posible reaccionar en legítima defensa frente a un estado de necesidad justificante, porque esta última eximente no puede constituir, por definición, una agresión ilegítima, es decir, antijurídica.

A mi juicio, toda la discusión sobre la posibilidad de un estado de necesidad del afectado contra un estado de necesidad del sujeto agente en caso de equivalencia de los bienes en conflicto, parte de un planteamiento falso: que las causas de justificación, o algunas de ellas al menos, se erigen en derechos subjetivos¹⁰⁵ y que las relacio-

¹⁰⁵ Muy claramente se manifiesta así MAURACH, *Strafrecht* AT, 4.ª ed., 1971, p. 292: "Por parte del Derecho el hecho es o bien aprobado (justificado) o bien reprobado, declarado como contrario a Derecho. Con ello se expresa al mismo tiempo como principio, que toda causa de justificación otorga al autor un *derecho* a su actuación típica" (subrayado en el original). Más adelante reitera esta idea: "Hay que reconocer sólo causas de justificación que concedan un auténtico derecho de necesidad [*Notrecht*] a consecuencia de la expresa aprobación por el ordenamiento jurídico de su acción, de suyo típica". En otro lugar, al desarrollar los elementos y consecuencias comunes de todas las circunstancias que excluyen el injusto, MAURACH afirma: "En primer lugar, toda causa de justificación otorga al que actúa un *auténtico derecho de necesidad*, que puede ejercitar, en caso de necesidad, incluso contra una resistencia, con medios de fuerza adecuados" (op. cit., p. 300) (subrayado en el original). Con

nes que surgen entre los particulares se han de adecuar a las pautas jurídico-privadas.

El estado de necesidad no constituye un derecho subjetivo, porque la función de las causas de justificación apoyadas en preceptos permisivos es la de limitar o excepcionar la materia de prohibición, no la de crear derechos subjetivos. No parece demasiado coherente que el Derecho penal como *ultima ratio* de la reacción estatal contra un injusto¹⁰⁶, se dedique a crear derechos subjetivos, cuando se dan los presupuestos que impiden que esa última reacción estatal tenga eficacia mediante la imposición de una pena. Pero es que, además, el estado de necesidad como derecho subjetivo no es compatible ni con la estructura de

idénticas palabras MAURACH-ZIPF, *Strafrecht* AT, t. 1, 5.ª ed., 1977, pp. 358 s. y 407.

En la doctrina española, también de forma muy expresa (incluso con notas de autores civilistas), COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal* PG, t. 3, 1982, p. 24: "Cuando alguien ejercita un derecho, o actúa conforme a Derecho, surge para los demás miembros de la comunidad una obligación de respeto. Lo que es conforme a Derecho debe ser reconocido por todos como tal y por todos soportado. El que actúa amparado por el Derecho puede —jurídicamente hablando— esperar que los demás sufran las consecuencias de su actuación, porque 'tiene derecho' a actuar así y, en consecuencia, *puede exigir* que su derecho sea respetado. Así, pues, quien actúa conforme a Derecho se halla en una situación preeminente, en una situación de *prerrogativa*. Si así no fuera, si no existiese la obligación general de respeto hacia los actos y situaciones conformes a Derecho, el ordenamiento jurídico no sería un ordenamiento, esto es, un orden, sino más bien un caos. Si ello es así, que una determinada conducta —un hecho típico— se halle justificada desde el momento en que implica que se *tiene derecho*, a llevarla a cabo, ha de comportar a su vez la obligación de soportarla" (subrayados en el original); de los mismos autores cfr. además op. cit., p. 24 s. En sentido similar también RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Homenaje a Antón Oneca*, 1982, p. 521.

¹⁰⁶ V. *supra* p. 165 y nn. 235 y 236.

la colisión de bienes ni con la estructura de la colisión de deberes: en el conflicto de bienes, porque sería extraño hablar de un derecho subjetivo cuando la conducta efectuada en estado de necesidad tiene que representar el último recurso disponible para la salvación de un bien jurídico; en la colisión de bienes lo más que se podría admitir, por tanto, es una «facultad», de la misma manera que la legítima defensa, como sostiene LUZÓN PEÑA¹⁰⁷, constituye una facultad. Tampoco es compatible con la colisión de deberes considerar el estado de necesidad como derecho subjetivo, porque es contrario a todas las reglas de la lógica admitir un «derecho subjetivo al cumplimiento de un deber»¹⁰⁸. El aspecto permisivo de la colisión de deberes se centra en la admisión por parte del ordenamiento jurídico del incumplimiento de un deber como conforme a Derecho, pero pervive el aspecto imperativo al quedar vinculado el sujeto agente a la observancia del otro deber.

La privatización de las relaciones jurídicas que surgen entre sujeto agente y afectado no se adecua a la naturaleza pública del Derecho penal. Éste no regula directamente las relaciones jurídicas entre particulares ni resuelve todos sus conflictos sociales¹⁰⁹, sino que amenaza con sanciones la realización de determinadas conductas.

¹⁰⁷ Cfr. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 102.

¹⁰⁸ Admitiendo no obstante la figura del "derecho al cumplimiento de un deber", aunque no como derecho subjetivo, COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, t. 3, 1982, p. 33 s. En mi opinión, una cosa es que derecho y deber confluyan sobre un mismo objeto (figura del derecho-deber), lo cual es posible, y otra que pueda existir un derecho *al* cumplimiento de un deber; esta última figura sólo sería posible respecto al que tiene derecho a la prestación, o sea, a la otra parte de la relación jurídica, pero no respecto al titular del deber.

¹⁰⁹ V. *supra* p. 166 y n. 236.

El Derecho penal como Derecho público no está forzosamente obligado a establecer relaciones jurídicas del tipo derecho subjetivo-deber, cuando considera que una conducta es conforme a Derecho. El Estado, a través de sus leyes penales, está capacitado para imponer deberes sin correlativos derechos, o para reconocer derechos —o mejor: facultades— enfrentadas, puesto que la ley penal no atiende de modo inmediato a regular la convivencia y a estructurar jurídicamente las posturas encontradas de los particulares. En consecuencia, es posible que las normas penales reconozcan que una conducta es conforme a Derecho, sin imponer al mismo tiempo el correlativo deber de tolerancia al afectado, y sin que la conformidad a Derecho implique un derecho subjetivo del sujeto agente. Esto es lo que ocurre en el estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes o deberes iguales: se reconoce aquí la facultad o el deber de lesionar un bien jurídico ajeno, pero sin que el titular de ese bien jurídico afectado se vea en la obligación de soportar impasiblemente cómo se menoscaba un interés propio.

El afectado puede reaccionar, pues, contra el sujeto agente *también* en estado de necesidad, sin que ninguna de las dos conductas sea considerada por el ordenamiento jurídico como contraria a sus prohibiciones o mandatos. Se reconoce así la posibilidad de un estado de necesidad frente a otro estado de necesidad¹¹⁰, siendo ambos de

¹¹⁰ Así también, aunque con diferentes fundamentaciones de las aquí expuestas: OETKER, en *Festgabe für Frank*, t. 1, 1930, p. 373; von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, 1930, p. 119 y n. 2 y p. 235; HAFTER, *Lehrbuch AT*, 2.ª ed., 1946, p. 158; OEHLER, *JR*, 1951, p. 494: el afectado por estado de necesidad tiene también un derecho de necesidad; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht AT*, 1967, p. 90, admitiendo únicamente estado de necesidad de los §§ 52 y 54 (antigua redacción) contra auxilio necesario, denominación

naturaleza justificante conforme a la teoría de la unidad, y sin que ello suponga caer en la heterodoxia de reconocer una relación jurídica anómala desde el punto de vista del Derecho privado. El

esta última que corresponde al estado de necesidad supralegal justificante; BLEI, *Strafrecht I AT*, 17.ª ed., 1977, p. 139, quien admite la reacción en estado de necesidad frente al estado de necesidad defensivo y agresivo de los §§ 228 y 904 BGB, respectivamente; HIRSCH, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 106-107: "La sociedad no le puede privar al que es afectado por la acción de estado de necesidad de otro, del derecho de defenderse contra la circunstancia de que el agresor intente desviar unilateralmente la situación, que es igual para ambos, en su propio beneficio" (subrayado en el original); KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 68 ss., quien admite estado de necesidad defensivo frente a estado de necesidad exculpante en el caso de la tabla de Carneades (v. sobre esto *infra*, pp. 315-316, n. 115); DREHER-TRÖNDLE, 40.ª ed., 1981, § 34 n.º marg. 19, reconociendo que el afectado por un estado de necesidad justificante puede reaccionar en estado de necesidad exculpante.

Por lo que se refiere a la doctrina española, cfr.: GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, 1979, p. 63; el mismo *Estudios*, 2.ª ed., 1981, pp. 168-169; y siguiéndole (respecto a la 1.ª ed. de *Estudios*, 1976, pp. 120-121), LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 75 n. 283, pp. 246-251, si bien de *lege ferenda* propone este último autor la admisión de un estado de necesidad defensivo al estilo del § 228 BGB, con lo que no regiría una estricta proporcionalidad, sino que se permitiría así causar un mal algo mayor que el que se trata de evitar (LUZÓN PEÑA, *op. cit.*, pp. 249-250, n. 438). También a favor de que el afectado pueda reaccionar en estado de necesidad, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal PG*, 8.ª ed., 1981, p. 559, y MIR PUIG, en *Estudios jurídicos*, 1983, p. 511. Parecen admitir esta posibilidad: ROLDÁN BARBERO, *Naturaleza del estado de necesidad*, 1980, p. 39, y SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, t. 35, 1982, p. 674.

Para MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 1971, p. 333, y MAURACH - ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.ª ed., 1977, p. 406, no cabe legítima defensa frente a estado de necesidad justificante ni frente a otros derechos de necesidad, pero la intervención justificante puede colocar al afectado, por su parte, en estado de necesidad y permitirle la lesión de otros bienes no participantes; obsérvese que para estos autores lo único que le está permitido al afectado es la intervención en estado de necesidad contra otros bienes

deber de tolerancia por parte del afectado desaparece cuando los bienes o deberes en conflicto son equivalentes ¹¹¹.

Tampoco se admite con esto un ámbito fuera del Derecho, pues creo que ha quedado bien claro que las dos conductas, la del que desvía el peligro hacia otro bien jurídico equivalente y la del titular de este bien que reacciona para salvaguardarlo, son conformes a Derecho.

Con la fundamentación de un estado de necesidad aquí mantenida, no se incurre en el peligro de admitir la posibilidad de actuar justificadamente frente a otras causas de justificación ¹¹². Así, no cabe actuar en estado de necesidad frente a legítima defensa, pues ésta no constituye un «mal» como presupone toda situación de necesidad ¹¹³, porque el bien que se lesiona en legítima

“no participantes”, es decir: no contra los bienes del sujeto agente, sino contra los de terceros; en consecuencia estos autores no pueden ser incluidos entre los que admiten estado de necesidad frente a estado de necesidad. Su opinión está originada por el hecho de que configuran el estado de necesidad como un auténtico derecho frente al que se opone un deber (v. *supra*, pp. 308-309, n. 105), por lo que, coherentemente, no pueden otorgar al afectado otro derecho enfrentado al inicial derecho del sujeto agente.

Cfr. además en la doctrina española: SÁNCHEZ TEJERINA, *Estado de necesidad*, 1922, p. 38 s.; quien admite dos estados de necesidad enfrentados como causas de inimpugnabilidad o excusas absolutorias, pero no reconoce la posibilidad de estados de necesidad justificantes contrapuestos; JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Trabajos*, 1922, p. 281 (cuando los bienes son de igual valor); CARBONELL MATÉU, *Justificación*, 1982, p. 60: los dos contendientes de la tabla de Carneades estarían justificados.

¹¹¹ V. *supra* p. 268.

¹¹² Resalta este problema GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.^a ed., 1981, pp. 168-169.

¹¹³ Este argumento procede de LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 112, n. 438, y p. 115, n. 459, y es seguido por MIR PUIG, *Adiciones*, t. 1, 1981, p. 507, n. 7. En contra

defensa no está jurídicamente protegido en el caso concreto y porque la acción de defensa representa una afirmación o confirmación del Derecho.

La aporía de la que hablaba más arriba puede perdurar si se sigue partiendo de las relaciones iusprivatistas respecto a los efectos que surgen de una colisión de bienes o deberes entre sujeto agente y afectado, pero puede desvanecerse si se admite la naturaleza iuspublicista de tales relaciones. La teoría de la unidad no sólo no debe descartarse, sino que es la que mejor se adecua a la realidad de las cosas. Me explicaré con un ejemplo límite como lo es el de la tabla de Carneadas, en que dos náufragos luchan desesperadamente por asirse a la única tabla de salvación, que sólo es capaz de mantener a flote a uno de ellos. La teoría de la diferenciación tiene que aplicar las reglas del estado de necesidad exculpante al primer náufrago que desate la contienda, puesto que los dos bienes en conflicto —las vidas respectivas— son equivalentes. Su conducta es antijurídica, si bien está exculpada. La reacción del segundo náufrago contra el primero, estará cubierta, sin embargo, por legítima defensa, ya que se defiende de un conducta antijurídica —pero exculpada—, es decir: de una agresión ilegítima.

El tratamiento tan diverso que la teoría de la diferenciación otorga a los dos sujetos obedece a un criterio estrictamente temporal¹¹⁴: al pri-

de él, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, t. 35, 1982, pp. 669 y 674 s. (v. sobre esto *supra* pp. 293 ss.).

¹¹⁴ Así lo reconoce abiertamente MERKEL, Paul, *Grundriss*, t. 1, 1927, p. 80: "Si el estado de necesidad conduce a una lucha a vida o muerte, el que ha iniciado la lucha tiene que consentir que el otro se defienda, estando su defensa jurídicamente permitida." También acude al argumento esgrimido en el texto contra la teoría de la diferenciación ROLDÁN BARBERO, *Naturaleza del estado de necesidad*, 1980, p. 38.

mero en actuar, estado de necesidad exculpante; al segundo, legítima defensa. Este queda exento de responsabilidad en una etapa adelantada de la teoría del delito; aquél, en una etapa posterior. Esto no es atenerse a la realidad de las cosas, a las circunstancias fácticas, donde ambos sujetos se encuentran al mismo nivel de posibilidades de sobrevivir; la teoría de la diferenciación trata de forma más beneficiosa al que actúa en segundo lugar, lo que, además de ser aleatorio, va en contra de los postulados de la justicia material¹¹⁵.

¹¹⁵ Para obviar estas objeciones, KÜPER, *Grund— und Grenzfragen*, 1979, aplica una solución distinta para la siguiente variante del caso ideado por Carneades: tras un naufragio uno de los supervivientes, A, ha conseguido salvarse en una tabla que es capaz de flotar bajo el peso de un solo hombre; B, otro superviviente, quiere alcanzar también la tabla, por lo que nada hacia ella, pero A le rechaza, por lo que B muere ahogado. Para KÜPER la acción de B es antijurídica, en cuanto que amenaza con expulsar de la tabla a A, pero puede ser exculpada según el § 35 pfo. 1, StGB, porque su hecho no salvaguarda intereses "esencialmente preponderantes", sino simplemente intereses "equivalentes" (op. cit., p. 68). Del lado de A, poseedor de la tabla, no existe la posibilidad de ejercitar legítima defensa, porque la amenaza que parte del que actúa sin culpabilidad carece de la específica cualidad de una agresión antijurídica, como se prevé en el § 32 StGB (op. cit., p. 69). El poseedor de la tabla se encuentra en una situación "similar a la legítima defensa", es decir, en un "estado de necesidad defensivo análogo" (op. cit., p. 71). En una acción efectuada en estado de necesidad defensivo del § 228 BGB rigen otros baremos para la ponderación de intereses distintos de los del típico caso del estado de necesidad "agresivo", con otras palabras: en el § 228 BGB no rige una estricta proporcionalidad, sino que el daño causado no debe ser desproporcionado ("*ausser Verhältniss*", v. *infra* Apéndice 2.1.2, § 228) al peligro existente. Dentro de este marco están permitidas intervenciones contra bienes personales del máximo rango, en opinión de KÜPER (op. cit., pp. 71 ss. y 112). KÜPER mantiene esta misma solución en *JZ*, 1983, p. 95.

La opinión de KÜPER respecto a este caso es absolutamente rechazable: en primer lugar, porque introduce dos

Podría decirse también que los dos naufragos actúan cada uno por su lado en estado de necesidad exculpante, pero esto supondría una exasperación aún mayor de las contradicciones: al ser los dos estados de necesidad de naturaleza exculpante, ello significaría que las dos conductas son antijurídicas, con otras palabras: contrarias a los mandatos y prohibiciones del Derecho. Por tan-

conceptos de antijuridicidad: la antijuridicidad general y la antijuridicidad que reside en la acción de un inculpable que carece de la específica cualidad de una agresión antijurídica, como exige el § 32. Este doble concepto de antijuridicidad no es sostenible ni sistemáticamente ni conforme al Derecho positivo alemán: en los §§ 32 y 35 pfo. 1, se emplea el mismo término, "antijurídico", por lo que lógicamente habrá que interpretarlo con el mismo significado (v. *supra* p. 288, n. 64). En segundo lugar, KÜPER modifica el resultado de la ponderación al estimar que el mero hecho de poseer la tabla otorga ya un interés preponderante al poseedor; esto no es más que un recurso para desviar la atención de la colisión de vidas, y centrarla en la posesión de la tabla. Pero, lo que se contraponen realmente aquí son dos vidas, no dos vidas *más* la posesión de la tabla; el hecho de que un naufrago ya se encuentre encima de ella no modifica para nada la ponderación; la posesión del madero es una cuestión completamente irrelevante. En otro caso, el valor de la vida humana se haría depender de un dato material, de una circunstancia externa, como es el haber alcanzado ya el madero y encontrarse asido a él. El principio de igualdad de la persona humana (v. *supra* pp. 154 s.) hace inaceptable esta desviación del valor de la vida.

Por similares razones hay que rechazar la opinión de CARBONELL MATÉU, *Justificación*, 1982, p. 60, según la cual la justificación en el caso de la tabla de Carneades depende de que los dos naufragos alcancen simultáneamente o no la tabla de salvación: si la alcanzan al mismo tiempo —y aunque se trate de un conflicto de intereses equivalentes— está justificado el homicidio de cualquiera de ellos. Pero en mi opinión, aunque uno de ellos llegue antes que el otro a la tabla, la posesión de la misma no le otorga ninguna prerrogativa sobre el otro. Repito nuevamente: hacer depender la justificación de la mera posesión del madero supone relativizar el valor de la vida humana.

to, ¡lo conformé a Derecho sería que los dos náufragos decidieran morir y no hicieran nada por salvarse! ¹¹⁶.

En conclusión, hay que admitir que la teoría de la unidad es la más apropiada desde un punto de vista de justicia material, al no hacer distinciones donde la Ley no distingue ¹¹⁷, al no hacer depender el tratamiento jurídico de un criterio tan casual como es el de la precedencia temporal y al no dirigir exigencias irracionales a los destinatarios del Derecho.

En cuanto a la objeción de que esta forma de pensar determina que el Derecho «capitula ante los puños del más fuerte», creo bastarán las siguientes palabras de LUZÓN PEÑA para convencernos de que es preferible que el ordenamiento jurídico no tome postura de carácter penal ¹¹⁸ a fa-

¹¹⁶ Cfr. BINDING, *Handbuch*, t. 1, 1885, p. 765: "Si coliden vida con vida, y a ambas les está prohibido salvarse a costa de la otra, ambas deberían perecer conforme a la voluntad de la ley. Pero esta voluntad sería la propia irracionalidad" (en sentido similar: KAUFMANN, Arthur, en *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 328. En contra, sin embargo, y sin razón en mi opinión, KÜPER, *JuS*, 1981, pp. 785-794.

¹¹⁷ En esta dirección apunta GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 2.ª ed., 1981, p. 169, que se expresa de la siguiente manera: "Si el Derecho penal acepta que el primer actuante en estado de necesidad (A, para evitar el menoscabo de su propia integridad física, va a lesionar a B) puede atacar, para salvarse, el bien jurídico de otro (de B) que no está actuando antijurídicamente, entonces sería completamente injusto aplicar a B otras reglas y prohibirle aquello —prohibirle lesionar, para salvar su integridad, a A, que ciertamente no actúa antijurídicamente, pero como tampoco actuaba B cuando fue atacado en un principio por A— que a A le está permitido."

¹¹⁸ Pues de carácter civil sí que las toma, al imponer el a. 20, regla 2.ª CP la responsabilidad civil al "beneficiario", esto es, al que consigue salvarse en el ejemplo de Carneades. Pese a lo que se ha dicho en la doctrina española, creo que la subsistencia de la responsabilidad civil

vor de uno u otro contendiente, porque lo contrario sería una toma de postura injusta:

«Pero [...] frente a la argumentación de *Lenckner* de que admitir igualmente estado de necesidad contra este tipo de estado de necesidad [sc. entre bienes equivalentes] significa proclamar la ley del más fuerte y el derecho de los puños, hay que responder que en estos casos de conflicto el Derecho estima preferible no tomar partido por ninguno de los sujetos y, dado que uno de los bienes se halla ante un peligro que ninguna de las partes ha provocado, permitir igualmente a las dos que traten de salvar el bien a costa del otro. Evidentemente el ideal sería que no se produjeran esas situaciones de conflicto que el Derecho no desea; como, sin embargo, se producen, el ideal sería que cualquier persona estuviera dispuesta a sacrificar su bien para salvar el bien en peligro de su prójimo o, al menos, que el titular de este bien en peligro no intentara desviar el riesgo. Pero una cosa es que esta situación de altruismo fuera la ideal, y otra muy distinta que la desviación de ese comportamiento generoso sea tan grave como para castigarla o que el medio más eficaz de evitar tales desviaciones sea prohibirlas bajo pena»¹¹⁹.

en cualquiera de las figuras del estado de necesidad, es completamente razonable: el sujeto agente ha salvaguardado un bien, y por ello queda exento de pena, pero ha lesionado otro, por lo que el resarcimiento civil debe subsistir en cualquier caso. Cfr. sobre esto, ROLDÁN BARBERO, *Naturaleza del estado de necesidad*, 1980, p. 43 ss. Es precisamente en estos casos, donde a mi juicio resulta palpable la naturaleza de *ultima ratio* del Derecho penal: el Estado no necesita imponer una pena al que actúa en estado de necesidad, sino que establece como única consecuencia jurídica la responsabilidad civil. En sentido similar consideró ya GROIZARD, t. 1, 2.ª ed., 1902, p. 279, que el equilibrio alterado por la conducta efectuada en estado de necesidad, se restablece mediante la indemnización a los perjudicados; y añade: "y no será peor la condición del que sufrió [sc. el mal en su propiedad], para librar a los demás, que la de los que, mediante aquel sacrificio, conservaron íntegra su hacienda" (*ibidem*).

¹¹⁹ LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 1978, p. 246; subrayado en el original.

Apéndice

1. LEGISLACION ESPAÑOLA

1.1. CODIGO PENAL DE 1822

Art. 21: «En ningún caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete la acción contra su voluntad, forzado en el acto por alguna violencia material á que no haya podido resistir o por alguna orden de las que legalmente esté obligado a obedecer y ejecutar. Compréndese en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar a un hombre prudente, y dejarle sin arbitrio para obrar.»

Art. 22: «Si las amenazas ó el temor no hubieren sido suficientes para causar estos efectos, ó si la violencia aunque efectiva fuere tal que se hubiere podido resistir a ella sin riesgo inminente y grave de la persona, se castigará al que cometa la acción por cualquiera de estas causas con la tercera á las dos terceras partes de la pena que la ley señale contra dicha acción.»

Art. 107: «Del mismo modo y para el propio fin [sc. de graduación de las penas] se tendrán por circunstancias que disminuyan el grado del delito, además de las que la ley declare en los casos respectivos, las siguientes: [...] Segunda: la indigencia, el amor, la amistad, la gratitud, la ligereza o el arrebato de una pasión que haya influido en el delito [...].»

Art. 426: «Los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadrones, matrones ó cualquiera otros que habiéndoseles confiado un secreto por razón de su estado, empleo o profesión, lo

revelen, fuera de los casos en que la ley lo prescriba, sufrirán un arresto de dos meses á un año, y pagarán una multa de treinta á cien duros. Si la revelación fuere de secreto que pueda causar á la persona que lo confió alguna responsabilidad criminal, alguna deshonra, odiosidad, mala nota ó desprecio en la opinión pública, sufrirá el reo, además de la multa espresada, una reclusión de uno á seis años. Si se probase soborno, se impondrá, además, la pena de infamia al sobornado, y no podrá volver á ejercer aquella profesión u oficio. El sobornador sufrirá un arresto de un mes á un año.»

Art. 429: «Cualquiera que en juicio acuse á otro de algún delito ó culpa, y no pruebe completamente su acusación, aunque no resulte en ella malicia, será condenado no solamente a las costas, daños y perjuicios, sino á tanto tiempo de prision como el que haya sufrido en ella el acusado. Pero si la acusacion no probada resultare falsa y calumniosa, el acusador será infame por el mismo hecho, sufrirá la propia pena que se impondria al acusado si fuese cierta la acusación y no podrá volver á ejercer el derecho de acusar sino en causa propia. Este artículo no comprende á los fiscales y demas que por razón de su empleo ejerzan el cargo de acusadores públicos, los cuales, por sus excesos y abusos, serán responsables con arreglo al título 6.º de esta primera parte.»

Art. 484: «Igual pena [sc. privación de empleo o cargo y resarcimiento de perjuicios] se impondrá al que dijera ejecutar ó hacer ejecutar la orden superior, aunque sea con pretexto de representar acerca de ella, excepto en los casos siguientes: [...] Cuarto: cuando de la ejecución de la orden resulten ó se tema probablemente graves males, que el superior no haya podido prever. Aunque en estos casos podrá el ejecutor de la orden suspender bajo su responsabilidad la ejecución para representar al que la haya dado, sufrirá las penas respectivas con arreglo a este capítulo [sc. capítulo I, título VI, Parte I], si no hiciere ver en la misma representación la certeza de los motivos que alegue. Si el superior repitiere la orden después de enterarse de la representación, deberá cumplirla y ejecutarla inmediatamente el inferior, escepto en el mismo caso de ser manifiestamente contraria a la Constitución; reservandosele el derecho de dar la queja á quien le corresponda.»

Art. 582: «El juez de hecho que se negare á admitir y desempeñar este encargo, ó dejare de asistir sin causa legitima a un juicio despues de llamado por segunda vez a él, será reprendido y pagará una multa de cinco a quince duros.» (*La misma mención de la «causa legitima» para la no asistencia o para el no desempeño de una función exigida por la ley aparece en los artículos 584 a 591 respecto de distintas profesiones o cargos públicos.*)

Art. 623: «El que mate al que le provoca por alguna otra ofensa, injuria o deshonra grave que fuera de las espresadas en los cuatro últimos artículos, haga en el acto mismo del homicidio, bien el propio homicida, bien á otro que le interese, sufrirá una reclusión de dos á diez años, y cuatro más de destierro en los términos espresados. Iguales penas sufrirá el que mate á otro con el fin de evitar algun peligro, ultraje, violencia ó deshonra grave, que fuera de los espresados en dichos cuatro artículos tema fundadamente en el acto mismo del homicidio sea contra sí propio o contra otra persona que le interese.»

Art. 624: «Los que cometan un homicidio por deseo de precaver ó impedir un delito grave que en el acto mismo del homicidio se esté cometiendo, ó se vaya á cometer contra la causa pública, ó por el de sujetar en el propio acto á un facineroso conocido, ó al que acabe de cometer un robo, un homicidio ó cualquiera otro delito grave, y vaya huyendo, y no quiera detenerse, no sufrirán pena alguna en el caso de que a juicio de los jueces de hecho resulte que no hubo mas que celo en la acción, que la requirió la gravedad y trascendencia del acto, y que no hubo otro medio para precaverlo ó impedir la fuga del delincuente. Pero si hubiere habido otro medio, ó el delito no fuere de tanta trascendencia y gravedad que baste á justificar el homicidio, ó resultare en el autor de este alguna ligereza, exceso u otra culpa, se le impondrá una reclusión de uno á ocho años, y un destierro de dos á cuatro del lugar del suceso y veinte leguas en contorno. Si resultare no haber sido mas que un pretesto el deseo de evitar el delito ó el de sujetar al delincuente, ó haber habido malicia de parte del homicida, será este castigado con arreglo á los artículos 605, 609 y 618, segun las circunstancias de la acción.»

Art. 659: «Los dueños ó encargados de perros u otros animales fieros ó peligrosos que hagan daño á alguna persona serán castigados como reos de heridas involuntarias cometidas por ligereza o descuido, con arreglo al artículo 657, si hubiere procedido el daño de estar suelto el animal, ó de no tenerlo con las precauciones debidas, ó de otra negligencia ó culpa del dueño. Si alguno de dichos animales fuere muerto en el acto de hacer daño ó embestir á una persona no tendrá el dueño acción alguna para quejarse.»

Art. 718: «Cualquiera que, además de los comprendidos en el artículo 424, descubra ó revele voluntariamente á una ó más personas algún secreto que se le haya confiado por otra, siempre que lo haga con perjuicio de esta en su persona, honor, fama y concepto público, fuera de los casos en que la ley le mande o permita hacerlo, será castigado como reo de injuria pública o privada, según sea privado o público el descubrimiento del secreto, y la trascendencia que la revelación pueda tener contra la persona que lo hubiere confiado. Del mismo modo será castigado el que habiendo abierto, extraído ó suprimido ilegalmente alguna carta cerrada dirigida a otra persona, en cualquiera de los casos de que tratan los artículos 425, 426, 427 y 428, haga uso del contenido de la carta con igual perjuicio de otro, según las circunstancias respectivas.»

Art. 755: «La necesidad justificada por el reo de alimentarse ó vestirse ó de alimentar ó vestir a su familia en circunstancias calamitosas, en que por medio de un trabajo honesto no hubiere podido adquirir lo necesario, será excepción bastante para que se disminuya de una tercera parte á la mitad de la pena respectiva al delito cometido por primera vez.»

Art. 801: «Cualquiera que hubiere muerto ó inutilizado maliciosamente alguna ave doméstica o domesticada, ú otro animal de la misma clase perteneciente á otra persona, pagará una multa de tres tantos de su valor. Si los hubiese muerto en el acto de hallarlos haciendo daño en su propiedad, ó de incomodarle en ella, la multa será de solo el valor equivalente al del animal. Escéntúanse los que matan ó inutilizan perro ú otro animal peligroso en el acto de hacer daño ó de embestir á una persona, los cuales no tendrán responsabilidad alguna.

1.2. CODIGO PENAL DE 1848
(Real Decreto de 19 de marzo de 1848)

Art. 8: «Estan exentos de responsabilidad criminal: [...]

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

Primera. Realidad del mal que se trate de evitar.

Segunda. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

Tercera. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. [...]

10.º El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal mayor.

11.º El que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio ó cargo. [...]

13.º El que incurre en alguna omision, hallándose impedido por causa legitima ó insuperable.»

Art. 405: «La disposición del artículo anterior [relativo al allanamiento de morada] no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave á sí mismo, á los moradores, ó á un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio á la humanidad ó á la justicia.»

Art. 473: «El que hallándose necesitado hurtare comestibles con que puedan él y su familia alimentarse dos días a lo mas, será castigado con el arresto de cinco á quince días.» [*Este precepto está situado en el Libro III, relativo a las faltas.*]

1.3. CODIGO PENAL REFORMADO POR LEY
DE 17 DE JUNIO DE 1870

Art. 8: «No delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal: [...]

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

Primera. Realidad del mal que se trate de evitar.
Segunda. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

Tercera. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. [...]

10.º El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual ó mayor.

11.º El que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo. [...]

13.º El que incurre en alguna omision, hallándose impedido por causa legítima ó insuperable.»

Art. 505: «La disposición del artículo anterior [relativa al allanamiento de morada] no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave á sí mismo, á los moradores ó á un tercero, ni al que lo hace para prestar un servicio a la humanidad ó á la justicia.»

1.4. CODIGO PENAL DE 1928, PUBLICADO POR REAL DECRETO-LEY DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 1928

Art. 57: «También es irresponsable el que obra e incurre en omisión hallándose: [...] 2.º Impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, para sí mismo o para su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.»

Art. 60: «Tampoco delinque el que para evitar un mal propio o ajeno en la salud, vida, honor, libertad o intereses, ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad o derechos ajenos, si concurren los requisitos siguientes: 1.º, realidad del mal que se trata de evitar; 2.º, que sea mayor que el causado para evitarlo, y 3.º, que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

El que hallándose en el caso del párrafo anterior, se hubiere excedido en los límites de la propia salvación o de la ayuda, sólo podrá justificar el exceso por hallarse bajo una excitación excusable, o en estado de terror y abatimiento.» (*Este precepto está incluido en la sección 2.º relativa a las causas de justificación del Capítulo II, Título II, Libro I.*)

Art. 61: «No delinquen:

1.º El que obra en cumplimiento de un precepto legal o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. [...]

3.º El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable.»

Art. 65: «Las condiciones personales del delincuente que atenúan la responsabilidad son: [...]

3.ª Obrar el agente impulsado por el hambre, la miseria o la dificultad notoria de ganarse el sustento necesario para él o para los suyos.»

Art. 668, pfo. 4.º: «Las disposiciones de este artículo [relativas al allanamiento de morada] no son aplicables al que entrare en morada ajena para evitar un mal grave, a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para prestar algún servicio a la humanidad o a la Justicia.»

1.5. CODIGO PENAL DE 27 DE OCTUBRE DE 1932

Art. 8: «Están exentos de responsabilidad criminal: [...]

7.º El que en estado de necesidad lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes:

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

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

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

10.º El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

11.º El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.»

Art. 483: «La disposición del artículo anterior [relativa al allanamiento de morada] no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a

sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio a la humanidad o a la justicia.»

1.6. CODIGO PENAL, TEXTO REFUNDIDO DE 23 DE DICIEMBRE DE 1944

Art. 8: «Están exentos de responsabilidad criminal: [...]

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

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

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

Tercero. Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse. [...]

10. El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor

11. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.»

Art. 491: «La disposición del artículo anterior [relativa al allanamiento de morada] no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio humanitario o a la justicia.»

(La redacción de estos preceptos no ha sufrido ninguna modificación en el Texto revisado de 28 de marzo de 1963 ni en el Texto refundido de 1973 conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.)

1.7. PROYECTO DE LEY ORGANICA
DE CODIGO PENAL
DE 17 DE ENERO DE 1980

*(Aparecido en el Boletín Oficial de las Cortes
Generales, Congreso de los Diputados, Primera
Legislatura, de 17 de enero de 1980,
número 108-I, serie A, Proyectos de Ley)*

Art. 26: «Están exentos de responsabilidad criminal: [...]

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

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

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

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

8.º El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

9.º El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. [...]

Art. 187: «La disposición del artículo anterior [relativa al allanamiento de morada] no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio humanitario o a la justicia.»

2. LEGISLACION Y PROYECTOS ALEMANES

2.1. LEGISLACION

2.1.1. *Strafgesetzbuch de 15 de mayo de 1871* (Código penal, antigua redacción)

§ 52 Estado de coacción: (1) «No existe una acción punible si el autor fue coaccionado a la acción por fuerza irresistible o por amenaza de un peligro actual e inevitable de otra manera, para la integridad física o para la vida de sí mismo o de un pariente

(2) A los efectos de este Código penal se reputan parientes los consanguíneos y los afines en línea ascendente y descendente, los padres adoptivos y tutelares, los hijos adoptivos, los cónyuges y los hermanos de estos, los hermanos y sus cónyuges y prometidos.»

§ 54 Estado de necesidad: «No existe una acción punible si la acción, aparte del caso de legítima defensa, fue cometida en un estado de necesidad no provocado e inevitable de otra manera, para la salvación del autor o de un pariente, por un peligro actual para la integridad física o la vida.»

2.1.2. *Bürgerliches Gesetzbuch de 18 de agosto de 1896* (Código civil)

§ 228 Estado de necesidad (defensivo): «El que daña o destruye una cosa para apartar un peligro de sí o de otro, que amenaza por razón de la cosa, no actúa antijurídicamente si el daño o la destrucción son necesarios para la evitación del peligro y el daño no es desproporcionado en relación al peligro. Si el que actúa hubiere provocado el peligro, estará obligado a indemnizar por daños y perjuicios.»

§ 904 Estado de necesidad (agresivo): «El propietario de una cosa no está autorizado a impedir la intervención de otro sobre la cosa si dicha intervención es necesaria para evitar un peligro actual y si el daño que amenaza es desproporcionadamente mayor que el

daño causado al propietario con la intervención. El propietario podrá exigir indemnización por el daño causado.»

2.1.3. *Código penal, redacción de 2 de enero de 1975*

§ 34 Estado de necesidad justificante: «No actúa antijurídicamente el que ante un peligro actual e inevitable de otra manera, para la vida, integridad física, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico, comete un hecho para apartar un peligro de sí o de otro, si al ponderar los intereses contrapuestos, y en particular los bienes jurídicos en cuestión y el grado del peligro que les amenaza, el interés salvaguardado sobrepasa esencialmente al menoscabado. Sin embargo, esto rige sólo en cuanto que el hecho sea adecuado para desviar el peligro.»

§ 35 Estado de necesidad exculpante: (1) «Actúa sin culpabilidad el que ante un peligro actual e inevitable de otra manera para la vida, integridad corporal o libertad, comete un hecho antijurídico para apartar un peligro de sí, de un pariente o de otra persona allegada a él. Esto no rige en cuanto que se le pueda exigir al autor que arrostre el peligro según las circunstancias, y en particular porque haya causado personalmente el peligro o porque se encuentre en una relación jurídica especial; sin embargo, la pena podrá ser atenuada según el § 49, párrafo 1, si el autor no había tenido que arrostrar el peligro en consideración a una relación jurídica especial.

(2) Si al cometer el hecho el autor se equivoca sobre las circunstancias que le exculparían según el párrafo 1, sólo será castigado si hubiera podido evitar el error. La pena resultará atenuada según el § 49 párrafo 1.»

2.1.4. *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, redacción de 2 de enero de 1975 (Ley sobre contravenciones)*

§ 16 Estado de necesidad justificante: «No actúa antijurídicamente el que ante un peligro actual e inevitable de otra manera para la vida, integridad física, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico co-

mete una acción para apartar el peligro de sí o de otro, si al ponderar los intereses contrapuestos, y en particular los bienes jurídicos en cuestión y el grado de peligro que les amenaza, el interés salvaguardado sobrepasa esencialmente al menoscabado. Sin embargo, esto rige sólo en cuanto que la acción sea un medio adecuado para desviar el peligro.»

2.2. PROYECTOS

2.2.1. *Vorentwurf zu einem Deutschen StGB 1909* (*Anteproyecto de Código penal alemán de 1909*)

§ 67: «No será punible quien lleve a cabo una acción para salvar la persona o propiedad de sí mismo o de otro ante un peligro actual, inevitable de otra manera y no provocado, a no ser que el peligro sólo sea insignificante o que, en cuanto que se trate de la salvación de la propiedad, el perjuicio que pueda provenir de la acción sea desproporcionadamente mayor que el peligro.»

2.2.2. *Gegenentwurf 1911 (Contraproyecto de 1911, elaborado por Wilhelm KAHL y otros)*

§ 26 Estado de necesidad: «También quedará impune la acción que el autor efectúe con la intención de apartar un peligro de sí o de otro, actual e inevitable de otra manera, a no ser que el peligro que amanece sólo sea insignificante y que, en cuanto que no se trate de un peligro para la persona, sea desproporcionadamente menor que el perjuicio que pueda provenir de la acción.»

2.2.3. *Entwurf 1919 (Proyecto de 1919)*

§ 22 Estado de necesidad. Auxilio necesario: «No es antijurídico el hecho que se comete en estado de necesidad o en auxilio necesario.

Actúa en estado de necesidad quien, habiendo considerado conforme a deber los intereses contrapuestos, comete una acción conminada con pena para desviar el peligro actual e inevitable de otra manera de un perjuicio considerable, que no esté jurídicamente obligado a soportar; el peligro no debe haber sido provocado por el autor.

Presta auxilio necesario quien, habiendo considerado conforme a deber los intereses contrapuestos, comete una acción conminada con una pena para desviar el peligro ajeno, actual e inevitable de otra manera, de un perjuicio considerable, que el otro no esté jurídicamente obligado a soportar; el hecho no puede ser cometido contra la voluntad del que se encuentra en peligro.

Si el autor sobrepasa los límites del estado de necesidad o del auxilio necesario, la pena podrá ser atenuada (§ 111); si actúa en excitación o perplejidad disculpable se podrá prescindir de la pena.

Cuando no se dé estado de necesidad o auxilio necesario sólo porque el autor ha provocado el peligro (párrafo 2) o porque ha actuado contra la voluntad del que se encontraba en peligro, se podrá atenuar la pena (§ 111).»

2.2.4. *Gustav Radbruchs Entwurf 1922* (*Proyecto de Gustav RADBRUCH de 1922*)

Estado de necesidad. Auxilio necesario: § 22. «El que cometa una acción conminada con pena para apartar de sí o de otro el peligro actual e inevitable de otra manera de un perjuicio considerable, quedará libre de pena prevista para la comisión dolosa del hecho, si no le era exigible, según las circunstancias, arrostrar el perjuicio que amenazaba.

Si el autor consideró erróneamente tal peligro y el error se basa en imprudencia, se aplicarán los preceptos relativos a las acciones imprudentes.»

2.2.5. *Amtliche Entwurf 1925* (*Proyecto oficial de 1925*)

§ 22: «El que cometa una acción conminada con pena para apartar el peligro de sí o de otro, actual e inevitable de otra manera, de un perjuicio considerable, quedará libre de la pena prevista para la comisión dolosa del hecho, si no le era exigible, según las circunstancias, arrostrar el perjuicio que amenazaba.

Si el autor consideró erróneamente tal peligro y el error se basa en imprudencia, se aplicarán los preceptos relativos a las acciones imprudentes.»

2.2.6. *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen StGB 1927*
(*Proyecto de un Código penal común alemán de 1927*)

§ 25 Estado de necesidad: «Actúa en estado de necesidad quien comete una acción conminada con pena para apartar de sí o de otro un peligro actual e inevitable de otra manera de un perjuicio considerable, si a él o al que se encuentra en peligro no les es exigible, considerando los intereses contrapuestos conforme a deber, arrostrar el perjuicio que amenaza.

Si el perjuicio que amenaza es desproporcionadamente mayor que el que pueda provenir de la acción, el autor no actúa antijurídicamente; de lo contrario, actúa antijurídicamente, pero quedará impune.

Sólo se permiten intervenciones en la integridad física o en la vida para la protección de la integridad física o la vida.

El § 24, párrafo 3, rige análogamente.»

2.2.7. *Entwurf KAHL 1930*
(*Proyecto de KAHL de 1930*)

§ 25 Estado de necesidad: «Actúa en estado de necesidad el que comete una acción conminada con pena para apartar de sí o de otro un peligro actual e inevitable de otra manera de un perjuicio considerable, si a él o al que se encuentra en peligro no les es exigible, según las circunstancias, arrostrar el perjuicio que amenaza.

Si el perjuicio que amenaza es desproporcionadamente mayor que el que pueda provenir de la acción, el autor no actúa antijurídicamente; de lo contrario, actúa antijurídicamente, pero quedará impune.

Sólo se permiten intervenciones en la integridad física o en la vida para la protección de la integridad física o la vida.

El § 24, párrafo 3, rige análogamente.»

2.2.8. *Entwurf eines StGB 1962*
(*Proyecto de Código penal de 1962*)

§ 39 Estado de necesidad justificante: «(1) No actúa antijurídicamente el que ante un peligro actual e inevitable de otra manera para la vida, integridad física, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico, come-

te un hecho para apartar el peligro de sí o de otro, si al ponderar los intereses contrapuestos, y en particular los bienes jurídicos en cuestión y el grado de peligro que les amenaza, el interés salvaguardado sobrepasa esencialmente al menoscabado. Sin embargo, esto rige sólo en cuanto que el hecho sea un medio adecuado para desviar el peligro.

(2) Si al cometer el hecho el autor se equivoca sobre las circunstancias que le justificarían según el párrafo 1, sólo será castigado si se le puede reprochar el error. La pena deberá ser atenuada conforme al § 64 párrafo 1 de la siguiente manera:

1. En lugar de reclusión se aplicará prisión de tres meses a cinco años.

2. En lugar del grado mínimo elevado de una pena de prisión se aplicará el grado mínimo legal.

3. El grado máximo de una pena de prisión no sobrepasará los cinco años.

No será de aplicación el § 20.»

§ 40 Estado de necesidad exculpante: «(1) Actúa sin culpabilidad el que ante un peligro actual e inevitable de otra manera para la vida, integridad física o libertad, comete un hecho antijurídico para apartar el peligro de sí, de un pariente o de una persona allegada a él, si no se le puede exigir que arrostre el peligro para el bien jurídico amenazado.

(2) Si al cometer el hecho el autor se equivoca sobre las circunstancias que le exculparían según el párrafo 1, sólo será castigado si se le puede reprochar el error. La pena deberá ser atenuada conforme al § 64 párrafo 1 de la siguiente manera:

1. En lugar de reclusión se aplicará en el marco del § 64 párrafo 1 n.º 4 prisión no inferior a seis meses.

2. En lugar del grado mínimo elevado de una pena de prisión se aplicará el grado mínimo legal.

No será de aplicación el § 20.»

2.2.9. *Alternativ Entwurf 1966*
(*Proyecto Alternativo de 1966 de BAUMANN y otros*)

§ 15 Estado de necesidad justificante: «(1) No actúa antijurídicamente el que comete un hecho que es necesario para desviar un peligro actual para la vida, integridad física, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico, si al ponderar todas las circunstancias, y en particular los bienes jurídicos contrapuestos, el interés salvaguardado por él prepondera de tal manera que la intervención en el bien jurídico afectado tiene que ser tolerada.

(2) No resultarán modificadas las demás disposiciones sobre acciones justificadas cometidas en estado de necesidad.»

§ 23 Estado de necesidad exculpante: «Actúa sin culpabilidad el que comete un hecho antijurídico para apartar de sí, de un pariente o de una persona allegada a él, un peligro actual para la vida, integridad física o libertad, si no le era exigible, según las circunstancias del hecho, otra conducta. Si se le podía haber exigido otra conducta, la pena podrá ser atenuada según el § 61 párrafo 1.»

Bibliografía

- AGUILAR NAVARRO, Mariano: *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, t. 2, parte 1.ª, 3.ª ed., 2.ª reimpresión, Madrid, 1979, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 210 pp.
- ALLFELD, Philipp: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 8.ª ed. (del Manual fundado por MEYER, Hugo), Leipzig y Erlangen, 1922, A. Deicherste Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, XIV + 633 pp.
- Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil* (de BAUMANN, Jürgen, y otros), Tübingen, 1966, J. C. B. Mohr. (Paul Siebeck), 184 pp.
- Amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. Erster Teil: Entwurf*, Berlin, 1925, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 40 pp.
- ANTÓN ONECA, José: *Derecho penal*, t. 1, Parte General, Madrid, 1949, Gráfica Administrativa, XII + 656 pp.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «La intervención médica contra la voluntad del paciente (A propósito del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979)», *ADPCP*, t. 32, fascículo II (mayo-agosto), 1979, pp. 491-500.
- BAR, Ludwig von: *Gesetz und Schuld im Strafrecht, Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, t. 3: Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz, Berlin, 1909, J. Gutentag, XVII + 610 pp.
- BAUMANN, Jürgen: *Grundbegriffe und System des Strafrechts. Eine Einführung in die Systematik an Hand von Fällen*, 4.ª ed., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1972, 125 pp.
- *Einführung in die Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*, 5.ª ed., München, 1977, C. H. Beck'sche, XXII + 531 pp.
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, 8.ª ed. (con la colaboración de WEBER, Ulrich), Bielefeld, 1977, Ernst und Werner Gieseking, XXIV + 800 pp.

- BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas* (1764), ed. de TOMÁS Y VALIENTE, 1.ª ed. 2.ª reimpresión, Madrid, 1976, Aguilar, 216 pp., Introducción, traducción y notas de TOMÁS Y VALIENTE, Francisco.
- BELING, Ernst: *Grundzüge des Strafrechts. Mit einer Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen*, 11.ª ed., Tübingen, 1930, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), VIII + 139 pp.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio: «Política criminal y Derecho penal en la guerra civil y en la posguerra (Violencia subversiva y represiva en España: 1936-1945)», *RIDP*, Actes du Premier Colloque Régional Espagnol sur Politique Criminelle et Droit Pénal, 1978, n.º 1, pp. 91-104.
- BINDING, Karl: *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, Leipzig, 1885.
- *Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., Leipzig, 1907, Wilhelm Engelmann, XXIV + 321 pp.
- BLEI, Hermann: *Strafrecht I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 17.ª ed. de la obra fundada por MEZGER, Edmund, München, 1977, C.H. Beck'sche, XVI + 418 pp.
- BOCKELMANN, Paul: «Zur Schuldlehre des Obersten Gerichtshofs», *ZStW*, t. 63, 1951, pp. 13-46.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., München, 1979, C. H. Beck'sche, XIII + 323 pp.
- BRAUNECK, Anne-Eva: «Der strafrechtliche Schuld-begriff», *GA*, 1959, pp. 261-272.
- BURI, Maximilian von: «Nothstand und Nothwehr», *GS*, t. 30, 1878, pp. 434-476.
- CARBONELL MATÉU, Juan Carlos: *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Madrid, 1982, Instituto de Criminología de Madrid-Edersa, 205 pp.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español común y foral*, t. 1: Introducción y Parte General, vol. 2: Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos, 12.ª ed. (con adiciones de DE LOS MOZOS, José Luis), Madrid, 1978, Reus.
- CASTEJÓN, Federico: *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870*, t. 2: Tratado de la responsabilidad (Artículo 8.º), Madrid, 1926, Reus, XVI + 646 pp.
- *Derecho penal*, t. 1: *Criminología general y especial*, Madrid, 1931, Reus, XXIV + 520 pp.
- CASTRO PÉREZ, Bernardo-Francisco: «La antijuridicidad penal. Notas para un estudio de su esencia y problemas», *RGLJ*, t. 22, N. S., 1951, pp. 527-555.

- CASTRO Y OROZCO, José y ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel: *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, t. 1, Granada, 1848, Imprenta y Librería de Manuel Sanz, XXXVI + 256 pp.
- CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español. Parte General I: Introducción. Teoría jurídica del delito / 1, 2.ª ed.*, Madrid, 1981, Tecnos, 450 pp.
- COBO DEL ROSAL, Manuel: «Nota sobre el derecho a la vida y su negación en Derecho penal», en BARBERO SANTOS, Marino, y otros *La pena de muerte: 6 respuestas*, Valladolid, 1975, Universidad de Valladolid. Departamento de Derecho penal, pp. 181-189.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte General*, tt. 1 y 2, 2.ª ed., Valencia, 1981, y t. 3, Valencia, 1982, Universidad de Valencia, 460 y 376 pp., respectivamente.
- CÓRDOBA RODA, Juan: *Notas al Tratado de Derecho penal* de MAURACH, t. 1, Barcelona, 1962, Ariel.
- CÓRDOBA RODA, Juan: *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, 1963, Ariel, 99 pp.
- CÓRDOBA RODA, Juan: *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Oviedo, 1966, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, 350 pp.
- CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Comentarios al Código penal*, t. 1 (Artículos 1-22), Barcelona, 1972, XVI + 994 pp.
- CORDOVA, Enrique de: «El estado de necesidad», *RGLJ*, t. 160, 1932, pp. 289-316.
- CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho penal*, t. 1 (Parte General), vol. 1, 18.ª ed. (revisada y puesta al día por CAMARGO HERNÁNDEZ, César), Barcelona, 1980, Bosch, 488 pp.
- CUERDA RIEZU, Antonio: «Comentario a la 'Sentencia de Bilbao' (Sobre el problema constitucional del aborto)», *CPC*, 1982, n.º 18, pp. 687-703.
- DALLINGER, Wilhelm: «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen», *MDR*, 1971, pp. 361-364.
- DÍAZ PALOS, Fernando: *Estado de necesidad* (separata de Nueva Enciclopedia Jurídica y adicionada con unas conclusiones), Barcelona, s. a., Bosch, 90 pp.
- DINGELDEY, Thomas: «Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum», *Jura*, 1979, pp. 478-485.
- DREHER, Eduard y TRÖNDLE, Herbert: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 40.ª ed. (de la obra fundada por

- SCHWARZ, Otto), München, 1981, C. H. Beck'sche, LVIII + 1715 pp.
- EHRHARDT, Helmut: «Euthanasie», en *Arzt und Recht. Medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit*, editado por GÖPPINGER, Hans, München, 1966, Beck'sche, pp. 96-124.
- END-PANZERA, Heinrich: *Existentielle Handlungen in strafrechtlicher Beleuchtung. Der menschliche Konflikt in der strafrechtlichen Pflichtenkollision und ihre juristische Bewertung im Lichte der Philosophie von Karl Jaspers*, tesis doctoral, München, 1958, 165 pp.
- ENGISCH, Karl: «Notstand und Putativnotstand», *MSchrKrim*, t. 23, 1932, p. 420 ss.
- Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung und zwei Anlagen*, Berlin, 1927, 212 + 134 + 46 pp.
- Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1930 (Entwurf Kahl)*, Berlin, 1930, 40 pp.
- Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB). E. 1962 mit Begründung*, Bonn, 1962, Drucksache des Bundestages IV / 650, 711 pp.
- ESER, Albin: *Strafrecht I. Schwerpunkt. Allgemeine Verbrechenselemente*, 3.^a ed., München, 1980, 216 pp.
- FERRER SAMA, Antonio: *Comentarios al Código penal*, t. 1, Murcia, 1946, Sucesores de Nogués, XVIII + 455 pp.
- FINGER, August: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, t. 1, Berlin, 1904, Carl Heymans, XIV + 616 pp.
- FRANK, Reinhard: «Über den Aufbau des Schuldbegriffs», en *Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum*, editado por FRANK, Reinhard, Giessen, 1907, Alfred Töpelmann, pp. 521-547.
- *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18.^a ed., Tübingen, 1931. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), XII + 891 pp.
- GALLAS, Wilhelm: «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», en su libro *Beiträge zur Verbrechenlehre*, Berlin, 1968, pp. 19-58.
- «Pflichtenkollision als Schuld ausschliessungsgrund», en su libro *Beiträge zur Verbrechenlehre*, Berlin, 1968, Walter de Gruyter, pp. 59-77. (Aparecido por primera vez en *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 15.10.1953*, editado por ENGISCH, Karl, y MAURACH, Reinhart, München-Berlin, 1954, C. H. Beck'sche, pp. 311-334.)

- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes comentado y comparado con el Penal de 1822, el francés y el inglés*, t. 2, Madrid, 1843, Imprenta de R. Calleja.
- GARCÍA VITORIA, Aurora: *El tipo básico de aborto*, Pamplona, 1981, Aranzadi, 258 pp.
- GARRIGUES Y DÍAZ CAÑABATE, Joaquín: *Ensayo de crítica práctica sobre algunos puntos del Código penal*, Madrid, 1920, Reus, 70 pp.
- Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs* (de KAHL, LILIENTHAL, von LISZT y GOLDSCHMIDT), Berlin, 1911, J. Guttentag, XII + 117 pp.
- GEILEN, Gerd: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Bochum, 1980, N. Brockmeyer, VII + 274 pp.
- GERLAND, Heinrich B.: *Deutsches Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2.ª ed., Berlin-Leipzig, 1932, Walter de Gruyter, XX + 732 pp.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enríque: «Recensión de WELZEL, Hans: El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, trad. al castellano y notas de José Cerezo Mir», *REPen*, año XXII, abril-junio 1966, n.º 173, pp. 473-480.
- *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, Reus, 235 pp.
- *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 349 pp.
- *Notas al Tratado de la Parte Especial de Derecho penal* de QUINTANO RIPOLLÉS, t. 1, vol 2, 2.ª ed., 1972.
- «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en su libro *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 1981, pp. 105-130.
- «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en su libro *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 1981, pp. 131-154.
- «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», en su libro *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 1981, pp. 155-170.
- *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Madrid, 1979, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 200 pp.
- GOLDSCHMIDT, Werner: «El estado de necesidad frente al Derecho natural», *REPol*, n.º 78, noviembre-diciembre 1954, pp. 57-84.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal)*, Madrid, 1980, Universidad Com-

- plutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 305 pp.
- «La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias», *RFDUC*, t. 64, 1982, pp. 25-75.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Emilio: *La antijuridicidad*, Madrid, 1929, Tipografía de Archivos, 90 pp.
- GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro: *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, t. 1, 2.ª ed., Madrid, 1902, XLVIII + 779 pp.
- Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922)*, Tübingen, 1952, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), XXIV + 67 pp.
- HAFT, Fritjof: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung für Anfangssemester*, München, 1980, XVIII + 252 pp.
- HAFTER, Ernst: *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Bern, 1946, von Stämpfli, XX + 515 pp.
- HANACK, Ernst Walter: *Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher*, Tübingen, 1967, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 61 pp.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft in Grundrisse*, ed. de LÖWITH, Karl, y RIEDEL, Manfred, *Hegel Studienausgabe*, t. 2, Frankfurt am Main-Hamburg, 1968, Fischer.
- HENKEL, Heinrich: *Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigem Recht*, München, 1932, Beck'sche.
- «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», en *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15.10.1953*, editado por ENGISCH, Karl y MAURACH, Reinhart, München-Berlin, 1954, C. H. Beck'sche, pp. 249-309.
- HIPPEL, Robert von: *Deutsches Strafrecht*, t. 2: Das Verbrechen. Allgemeine Lehren, Berlin, 1930, Julius Springer, XXXIV + 584 pp.
- *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1932, Julius Springer, XL + 440 pp.
- HIRSCH, Hans Joachim: en LK: v. *Leipziger Kommentar*, 9.ª ed.
- «Strafrecht und rechtsfreier Raum», en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, editado por KAUFMANN, Arthur; BEMMANN, Günter; KRAUSS, Detlef, y VOTK, Klaus, München, 1979, C. H. Beck'sche, pp. 89-115.
- HUERTA TOCILDO, Susana: «¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?», *CPC*, n.º 17, 1982, pp. 231-255.

- JAGUSCH, Heinrich: en LK: v. *Leipziger Kommentar*, 8.^a ed.
- JANSEN: *Pflichtenkollision im Strafrecht* (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft n.º 269), Breslau, 1930, Schletter'sche, XI + 124 pp.
- JARAMILLO GARCÍA, Antonio: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, vol. 1, libro 1: Artículos 1 al 214, Salamanca, 1928, Imprenta de Silvestre Ferreira, VII + 440 pp.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.^o ed., Berlin, 1978, Duncker und Humblot, XLIII + 838 pp. (Hay tr.: *Tratado de Derecho penal. Parte General*, tt. 1 y 2, Barcelona, 1981, Bosch, tr. y adiciones de MIR PUIG, Santiago, y MUÑOZ CONDE, Francisco.)
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: «El hambre como 'circunstancia atenuante' y el 'estado de necesidad'. Comentarios a una Sentencia», en *Trabajos del Seminario de Derecho penal*, t. 1: Curso 1916-1917, Madrid, 1922, Reus, pp. 263-341.
- *Defensas penales*, t. 2, Madrid, 1935 (sobre todo, pp. 115-131):
- «La 'no exigibilidad de otra conducta'», en su obra *El Criminalista*, t. 2 (primera serie), 2.^o ed., Buenos Aires, 1950, pp. 321-353
- *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Buenos Aires, 1958, Abeledo-Perrot, 101 pp.
- «El sujeto del Delito (El hombre imputable, culpable y peligroso) en la legislación de Bolivia», en su obra *El Criminalista*, t. 4 (segunda serie), Buenos Aires, 1960, pp. 53-145.
- *La Ley y el delito. Principios de Derecho penal*, 4.^a ed., México-Buenos Aires, 1963, Hermes.
- *Tratado de Derecho Penal*, t. 4: El Delito (Segunda parte: Las causas de justificación), 3.^o ed., Buenos Aires, Losada, 1976, 825 pp.; y t. 6: La culpabilidad y su exclusión, 2.^o ed., Buenos Aires, 1975, Losada, 1051 pp.
- KAUFMANN, Armin: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, Otto Schwartz, XIII + 338 pp.
- KAUFMANN, Arthur: «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung dargestellt am Problem des Schwangerschaftsunterbruchs», en *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, editado por SCHROEDER, Friedrich-Christian, y ZIPF. Heinz, Karlsruhe, 1972, C. F. Müller, pp. 327-345.

- KELSEN, Hans: *La teoría pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho*, 2.ª ed. (en castellano), México, 1979, Editora Nacional, 215 pp.
- KERN, Eduard: «Grade der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, t. 64, 1952, pp. 255-291.
- KIENAPFEL, Diethelm: «Der rechtfertigende Notstand», *ÖJZ*, 1975, pp. 421-431.
- *Osterreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Mit einer Einführung in programierter Form*, 2.ª ed., Wien, 1979, Manzsche, XVI + 560 pp.
- KLEFISCH, Th.: «Die nat.-soz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre», *MDR*, 1950, pp. 258-265.
- KOHLRAUSCH, Eduard y LANGE, Richard: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 43.ª ed. (adaptada por LANGE, Richard), Berlin, 1961, Walter de Gruyter, XII + 788 pp.
- KÜHN: *Die Pflichtenkollision im Strafrecht*, tesis doctoral, Leipzig, 1908.
- KUNST, Günther: «Recensión de *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil* de OTTO, Harro, 2.ª ed., 1974», *ÖJZ*, 1975, pp. 251-252.
- KÜPER, Wilfried: «Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung», *JuS*, 1971, pp. 474-477.
- «Recensión de *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil* de OTTO, Harro, 2.ª ed., 1974», *GA*, 1977, pp. 378-379.
- *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, Berlin, 1979, Dunc-ker und Humblot (Colección Schriften zum Strafrecht, n.º 30), 133 pp.
- «Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision 'Leben gegen Leben'», *JuS*, 1981, pp. 785-794.
- «Der entschuldigende Notstand - Ein Rechtfertigungsgrund? - Bemerkungen zur Kriminalpolitischen 'Einheitstheorie' Gimbernat Ordeigs-», *JZ*, 1983, pp. 88-95.
- LACKNER, Karl: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 14.ª ed., München, 1981, C. H. Beck'sche, LIII + 1258 pp.
- LANG-HINRICHSEN, Dietrich: «Epoché und Schuld. Über den von strafrechtlicher Schuldbeurteilung ausgeschlossenen Raum», en *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag*, editado por

- LUTTER, Marcus; KOLLHOSER, Helmut, y TRUSEN, Winfried, München, 1975, pp. 583-603.
- Leipziger Kommentar (Strafgesetzbuch nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung)*, t. 1: Einleitung und §§ 1 bis 152, editado por NAGLER, Johannes; JAGUSCH, Heinrich; MEZGER, Edmund; ROHDE, Hans; SCHAEFER, August; WERNER, Wolhart; y ZIEGLER, Erhard, 7.^a ed., Berlin, 1954, Walter de Gruyter, XIX + 733 pp.
- Leipziger Kommentar (Strafgesetzbuch)*, editado por JAGUSCH, Heinrich; MEZGER, Edmund; SCHAEFER, August; y WERNER, Wolhart, t. 1: Einleitung und §§ 1-152, 8.^a ed., Berlin, 1957, Walter de Gruyter, XIX + 796 pp.
- Leipziger Kommentar (Strafgesetzbuch)*, t. 1: Einleitung und §§ 1-79, 9.^a ed., editado por BALDUS, Paulheinz, y WILLMS, Günther, Berlin-New York, 1974, Walter de Gruyter.
- LENCKNER, Theodor: *Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E. 1962)*, Tübingen, 1965, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), XIV + 308 pp.
- «Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit», en *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, editado por GÖPPINGER y WITTER, t. 1, parte A, 1972, p. 68 ss.
- en «Schönke-Schröder»: v. «Schönke-Schröder» (*Strafgesetzbuch Kommentar*).
- LISZT, Franz von: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21-22.^a ed., Berlin-Leipzig, 1919, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, XXVI + 698 pp.
- LUZÓN DOMINGO, Manuel: *Derecho penal del Tribunal Supremo (Síntesis crítica de la moderna Jurisprudencia Criminal)*, Parte General, t. 1, Barcelona, 1964, Hispano Europea, 457 pp.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, Bosch, 576 pp.
- *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Univ. Complutense de Madrid, 119 pp.
- MANGAKIS, Georgios A.: «Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts», *ZStW*, t. 84, 1972, pp. 447-479.
- MARCH DELGADO, Carlos: «El estado de necesidad», *RFDUM*, vol. 8, n.º 19, 1964, pp. 95-109.
- MARTÍNEZ MORÁN, Narciso: «El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia», *RFDUC*, t. 2 monográfico, 1979, pp. 133-182.

- MARTÍNEZ VAL, José María: «El miedo insuperable», *RGLJ*, N. S., t. 47, 1963, pp. 55-105.
- MAURACH, Reinhart: *Kritik der Notstandslehre*, Berlin, 1935, Carl Heymanns, VIII + 154 pp.
- *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbüttel-Hannover, 1948, Wolfenbütteler Verlaganstalt KG, 141 pp.
- *Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Wolfenbüttel-Hannover, 1948, Wolfenbütteler Verlaganstalt G.m.b.H., 188 + VIII pp.
- *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, 4.^a ed., Karlsruhe, 1971, C. F. Müller, XIII + 1001 pp.
- MAURACH, Reinhart y ZIPE, Heinz: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau des Strafrechts, 5.^a ed., Heidelberg-Karlsruhe, 1977, C. F. Müller, XII + 610 pp.
- MAYER, Hellmuth: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Stuttgart-Köln, 1953, W. Kohlhammer, XII + 426 pp.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967, W. Kohlhammer, 196 pp.
- MAYER, Max Ernst: *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, 2.^o ed., 2.^a reimpression, Heidelberg, 1923, Carl Winters, XVI + 552 pp.
- MERKEL, Adolf y LIEPMANN, Moritz: *Die Lehre von Verbrechen und Strafe* (editado e introducido por LIEPMANN, Moritz), Stuttgart, 1912, Ferdinand Enke, XLIV + 371 pp.
- MERKEL, Paul: *Grundriss des Strafrechts*, t. 1: Allgemeiner Teil, Bonn, 1927, Ludwig Röhrscheid, VIII + 263 pp.
- MEYER, Hugo y ALLFELD, Philipp: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 7.^a ed., Leipzig, 1912, XII + 716 pp.
- MEZGER, Edmund: *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*, 2.^a ed., Berlin, 1941, Junker und Dünnhapt, 284 pp.
- *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3.^o ed., Berlin-München, 1949, Duncker und Humblot, XXVIII + 528 pp.
- en *LK: v. Leipziger Kommentar*, 7.^a y 8.^a ed.
- *Strafrecht. I Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 9.^o ed., München-Berlin, 1960, C. H. Beck'sche.
- MEZGER, Edmund y BLEI, Hermann: *Strafrecht I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 15.^o ed., München, 1973, C. H. Beck'sche, XVI + 436 pp.
- MIR PUIG, Santiago: «Los términos 'delito' y 'falta' en el Código penal», *ADCP*, t. 26, 1973, pp. 319-375.
- *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Barcelona, 1976, Bosch, 357 pp.

- *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1.ª ed., Barcelona, 1979, Bosch, 77 pp.; 2.ª ed., Barcelona, 1982, Bosch, 108 pp.
- «Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito», en *La reforma del Derecho penal* (ed. a cargo de MIR PUIG, Santiago), Bellaterra, 1980, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 107-150.
- *Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho penal. Parte General* de JESCHECK, tt. 1 y 2, Barcelona, 1981, Bosch.
- «Problemas del estado de necesidad en el art. 8, 7.º CP», en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, t. 1, Barcelona, 1983, Bosch, pp. 501-520.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Introducción a Política criminal y sistema de Derecho penal* de ROXIN, Barcelona, 1972, Bosch, pp. 5-14.
- «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform», en *Strafrecht und Strafrechtsreform. Referate und Diskussionen eines Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung, Bonn-Bad Godesberg, veranstaltet vom 7. bis 12. Oktober 1973 in Ludwigsburg*, editado por MADLENER, Kurt; PAPENFUSS, Dietrich; y SCHÖNE, Wolfgang, Köln - Berlin - Bonn - München, 1974, Carl Heymanns, pp. 309-330.
- *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, Bosch, 192 pp.
- «Über den materiellen Schuldbegriff», *GA*, 1978, p. 68 ss.
- *Introducción a Culpabilidad y prevención en Derecho penal* de ROXIN, Madrid, 1981, Reus, pp. 13-40.
- *Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho penal. Parte General* de JESCHECK, t. 1, Barcelona, 1981, Bosch.
- *Derecho penal. Parte Especial*, 4.ª ed., Sevilla, 1982, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, XX + 766 pp.
- «Sobre aplicación de la 'exceptio veritatis' al delito previsto en el artículo 161, 1.º, del vigente Código penal», *CPC*, n.º 17, 1982, pp. 257-262.
- NAGLER, Johannes: «Der Begriff der Rechtswidrigkeit», en *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, t. 1, Tübingen, 1930, pp. 339-358.
- NAGLER, Johannes y JAGUSCH, Heinrich: en *LK: v. Leipziger Kommentar*, 7.ª ed.

- NAVARRETE URIETA: «La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal», *RFDM*, vol. III, n.º 6, 1959, p. 419 ss.
- NEUBECKER: *Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung*, t. 1: Grundlagen: Der Zwang im öffentlichen Recht, Leipzig, 1910.
- Niederschriften über die Sitzung der Grossen Strafrechtskommission*, t. 2: Allgemeiner Teil, 14. bis 25. Sitzung, Bonn, 1958, Bundesministerium der Justiz.
- NOLL, Peter: «Übergesetzliche Milderungsgründe aus verminderten Unrecht», *ZStW*, t. 68, 1956, pp. 181-197.
- OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio: *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1981, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 368 pp.
- OEHLER, Dietrich: «Die Achtung vor dem Leben und die Notstandshandlung», *JR*, 1951, pp. 489-495.
- OETKER, Friedrich: «Notwehr und Notstand», en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts* (VDA), Allgemeiner Teil, t. 2, Berlin, 1908, pp. 255-395.
- ONECHA SANTAMARÍA, Carlos: «La eximente de miedo insuperable», *RGLJ*, septiembre 1981, n.º 3, pp. 277-289.
- ORTS BERENGUER, Enrique: «Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código penal de 1980», *CPC*, n.º 14, 1981, pp. 245-263.
- OTTO, Harro: *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre. Ein Lernbuch*, Berlin-New York, 1976, Walter de Gruyter, 288 pp.
- *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3.ª ed., Marburg, 1978, N. G. Elwert, 140 pp.
- PACHECO, Joaquín Francisco: *El Código penal concordado y comentado*, t. 1, 2.ª ed., Madrid, 1856, Imprenta de la viuda de Perinat y Cía., 534 pp.
- *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, 3.ª ed., Madrid, 1868, Imprenta de M. Tello.
- PEÑA-WASAFF, Silvia: *Der entschuldigende Notstand*, tesis doctoral, Tübingen, 1979, IX + 228 pp.
- PETERS, Karl: «Zur Lehre von den persönlichen Strafausschliessungsgründen», *JR*, 1949, pp. 496-500.
- «Die Tötung von Menschen in Notsituationen», *JR*, 1950, pp. 742-746.
- PETERS, Karl-Hugo: «'Wertungsrahmen' und 'Konflikttypen' bei der 'Konkurrenz' zwischen § 34 StGB und den besonderen Rechtfertigungsgründen?», *GA*, 1981, pp. 445-471.
- PREISENDANZ, Holger: *Strafgesetzbuch. Lehrkommen-*

- tar mit Erläuterungen und Beispielen, ausgewählten Nebengesetzen sowie einem Anhang über Jugendstrafrecht*, 30.ª ed., Berlin, 1978, J. Schweitzer, XVI + 1077 pp.
- PUIG PEÑA, Federico: *Derecho penal. Parte General*, t. 1, 6.ª ed., Madrid, 1969, Revista de Derecho privado, XXIV + 445 pp.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Compendio de Derecho penal*, t. 1, Madrid, 1958, Revista de Derecho privado, XV + 508 pp.
- *Curso de Derecho penal*, t. 1, Madrid, 1963, Revista de Derecho privado, XVIII + 597 pp.
- *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed. (puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique), Madrid, 1966, Revista de Derecho privado, XVI + 1117 pp.
- *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, t. 1, vol. 1: Infracciones contra las personas en su realidad física, 2.ª ed. (puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique), Madrid, 1972, Revista de Derecho privado; t. 1, vol. 2: Infracciones contra la personalidad, 2.ª ed. (puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique), Madrid, 1972, Revista de Derecho privado; t. 2: Infracciones patrimoniales de apoderamiento, 2.ª ed. (puesta al día por GARCÍA VALDÉS, Carlos), Madrid, 1977, Revista de Derecho privado.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1981, Barcanova, XX + 298 pp.
- RADBRUCH, Gustav: «Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las Leyes», en *Derecho injusto y Derecho nulo*, de RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; y WELZEL, Hans, Madrid, 1971, Aguilar, pp. 1-22, tr. de RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal español. Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, ed. por el autor, XXXII + 1021 pp.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966, Tecnos, XXIV + 445 pp.
- *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1976, Civitas, 99 pp.
- «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», en *Comentarios a la legislación penal*, de COBO DEL ROSAL y otros, t. 1: Derecho penal y Constitución, Madrid, 1982, Edersa, pp. 61-95.

- «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad», en *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, Universidad de Salamanca, pp. 509-522.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo: *Notas a la tr. española del Tratado de Derecho penal de MEZGER*, t. 1, 1.ª ed., Madrid, 1935, Revista de Derecho privado; t. 1, 3.ª ed., Madrid, 1955; t. 2, 1949.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Apuntes de Derecho penal (Parte General)*, t. 2, Madrid, 1978-1979, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, pp. 251 a 525.
- *Apuntes de Derecho penal (Parte Especial)*, t. 2, Madrid, 1979-1980, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 346 pp.
- «Eutanasia», en su libro *Temas de Derecho penal*, Madrid, 1977, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, p. 167.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio: *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código penal español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*, Madrid, 1980, Fundación Juan March (Serie Universitaria), 46 pp.
- ROSAL, Juan del: *Notas al Derecho penal (Parte General)*, de SAUER, Barcelona, 1956, XIV + 431 pp., tr. de ROSAL, Juan del, y CEREZO, José.
- «Sobre las antinomias penales», en *Homenaje a Pérez Serrano*, t. 2, 1959, pp. 482-492.
- *Tratado de Derecho penal español (Parte General)*, t. 1, 2.ª ed. (revisada y corregida por COBO DEL ROSAL, Manuel), Madrid, 1976, 904 pp.
- ROSAL, Juan del, y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Compendio de Derecho penal español (Parte General)*, Madrid, 1974, Darro, 411 pp.
- ROXIN, Claus: *Política criminal y sistemas de Derecho penal*, Barcelona, 1972, Bosch, 81 pp., tr. e introducción de MUÑOZ CONDE, Francisco.
- «Sentido y límites de la pena estatal», en su libro *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, Reus, pp. 11-36, tr. y notas de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel.
- «En el límite entre comisión y omisión», en su libro *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, Reus, pp. 226-247, tr. y notas de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel.
- *Iniciación al Derecho penal de hoy*, Sevilla, 1981, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de

- Sevilla, 170 pp., tr., introducción y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco.
- «Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad», en su libro *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, 1981, Reus, pp. 41-56, tr., introducción y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco.
 - «'Culpabilidad' y 'responsabilidad' como categorías sistemáticas jurídico-penales», en su libro *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, 1981, Reus, pp. 57-92, tr., introducción y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco.
 - «Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal», en su libro *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, 1981, Reus, pp. 147-186, tr., introducción y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco.
 - «Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad», en su libro *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, 1981, Reus, pp. 187-200, tr., introducción y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco.
- RUDOLPHI, Hans Joachim: «Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?», *ZStW*, t. 78, 1966, pp. 67-99.
- En *SK: v. Systematische Kommentar*.
- RUEDA, Ramiro: *Elementos de Derecho penal con arreglo al programa de esta asignatura en la Universidad de Santiago*, t. 1, 4.ª ed., Santiago, 1898, Imprenta de José M. de Paredes.
- SAINZ CANTERO, José Antonio: «El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de 'no exigibilidad'», *ADPCP*, t. 13, 1960, p. 419 ss.
- «El delito de omisión del deber de socorro», *RGLJ*, t. 41, N. S., 1960, pp. 422-454.
 - «Las causas de inculpabilidad en el Código penal español», *RGLJ*, t. 46, N. S., 1963, pp. 52-78.
 - *La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Granada, 1965, Universidad de Granada, 157 pp.
 - *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, t. 2: Ley penal. El delito (Acción, tipicidad, antijuridicidad), Barcelona, 1982, Bosch, 396 pp.
- SALDAÑA, Quintiliano: *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870*, t. 1: Infracción y responsabilidad (Artículos 1 a 7), Madrid, 1920, Reus, LII + 735 pp.
- SÁNCHEZ TEJERINA, Isaías: *El estado de necesidad en*

- el Derecho penal*, Madrid, 1922, Imprenta de la Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, 58 pp.
- «Nuevos casos de estado de necesidad», *RFDM*, n.ºs 8, 9, 10 y 11, 1942, pp. 235-246.
- *Derecho penal español*, t. 1: Introducción. Parte General: La Ley penal. El delito. La pena y otras medidas, 5.ª ed., Madrid, 1950.
- SAUER, Wilhelm: *Allgemeine Strafrechtslehre. Eine lehrbuchmässige Darstellung*, 3.ª ed. (de la obra *Grundlagen des Strafrechts*), Berlin, 1955, Walter de Gruyter (hay tr.: *Derecho penal (Parte General)*), Barcelona, 1956, Bosch, XIV + 431 pp., tr. de ROSAL, Juan del, y CEREZO, José).
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.ª ed., Tübingen, 1975, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), XXVII + 884 pp.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, Tübingen, 1982, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), XIV + 490 pp.
- SCHMIDT, Eberhard: «Zur Tötung von Geisteskranken auf Grund des Hitlererlasses v. 1939 und zur Frage des ärztlichen Widerstandes gegen ein solches Massenverbrechen (Anmerkung zu OGH für die Britische Zone— Urteil vom 5.3.49 - StS 19/49)», *SJZ*, 1949, cols. 559-570.
- «La Ley y los jueces», en *Derecho injusto y Derecho nulo*, de RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; y WELZEL, Hans, Madrid, 1971, Aguilar, pp. 23-69, tr. de RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María.
- SCHMIDT, Richard: *Grundriss des deutschen Strafrechts. Vergleichende Darstellung des geltenden Rechts sowie des geplanten neuen Strafrechts nach dem im Rechtsausschuss des Reichstags beratenen Entwurf von 1927*, 2.ª ed., Leipzig, 1931, C. L. Hirschfeld, XVI + 342 pp.
- «Schönke-Schröder» *Strafgesetzbuch. Kommentar*, editado por LENCKNER, Theodor; CRAMER, Peter; ESER, Albin; STREE, Walter, 20.ª ed., München, 1980, C. H. Beck'sche, XX + 2067 pp.
- SEELMANN, Kurt: *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtsfertigungsgründen*, Heidelberg-Hamburg, 1978, 80 pp.
- SELVA, Narciso Buenaventura: *Comentarios al Código penal reformado*, Madrid, 1870, Imprenta española, VI + 391 pp.
- SIEGERT, Karl: *Notstand und Putativnotstand*, Tübingen, 1931, J. C. B. Mohr, XII + 102 pp.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», *ADPCP*, t. 35

(fascículo III), 1982 (septiembre-diciembre), pp. 663-691.

- SILVELA, Luis: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, t. 1, 2.ª ed., Madrid, 1903, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, XVII + 428 pp.; t. 2, 2.ª ed., Madrid, 1903, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, 524 pp.
- SIMONSON: «Der Mignonette - Fall in England», *ZStW*, t. 5, 1885, pp. 367-388.
- SPENDEL, Günter: «Der conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund. Zugleich ein Beitrag zum Besonderen Teil der Strafzumessungslehre», en *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, editado por BOCKELMANN, Paul; KAUFMANN, Arthur; y KLUG, Ulrich, Frankfurt a. M., 1969, Vittorio Klostermann, pp. 509-527.
- STAMMLER, Rudolf: *Darstellung des strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes unter Berücksichtigung der Quellen des früheren gemeinen Rechts und der modernen Gesetzgebungen, namentlich des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich*, Erlangen, 1878, Andreas Deichert, VIII + 82 pp.
- STRATENWERTH, Günter: «Prinzipien der Rechtfertigung», *ZStW*, t. 68, 1956, pp. 41-70.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3.ª ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, Carl Heymanns, 340 pp.
- STREE, Walter: en *Einführung in das neue Strafrecht*, de ROXIN, Claus; STREE, Walter; ZIPF, Heinz; y JUNG, Heike, 2.ª ed., München, 1975, C. H. Beck'sche, pp. 34-61.
- SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio: *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Madrid, 1963, Rialp, 82 pp.
- Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch*, editado por RUDOLPHI, Hans-Joachim; HORN, Eckhard; SAMSON, Erich; SCHREIBER, Hans-Ludwig, t. 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-79 b), 2.ª ed., Frankfurt am Main, 1977, Alfred Metzner.
- TRIFFTERER, Otto: *Optisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein systematischer Grundriss mit Schaubildern*, t. 1: Allgemeine Grundlagen, System und Elemente des Verbrechenaufbaus, Herne-Berlin, 1981, Neue Wirtschats-Briefe, XIV + 132 pp.
- ULSENHEIMER, Klaus: «Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten, Rettungshandlung - BGH bei Dallinger, MDR 1971, 361», *JuS*, 1972, pp. 252-256.

- VALDÉS RUBIO, José María: *Programa razonado de un curso de Derecho penal según los principios y la legislación*, t. 1, 2.^a ed., Madrid, 1892, Imprenta de la viuda e hija de Gómez Fuentenebro, 575 pp.
- *Libro Primero del Código penal general vigente en España reformado con arreglo a las últimas Leyes y Ley 8-III-1908, instaurando en España la remisión condicional de las penas comentados y anotados*, Madrid, 1908, Imprenta del Asilo de Huérfanos del S. C. de J., pp. 171-529.
- *Derecho penal, su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, t. 1, 4.^o ed., Madrid, 1909, Imprenta del Asilo de Huérfanos del S. C. de J., 1932 pp.
- VIADA Y VILASECA, Salvador: *Código penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado*, t. 1, 4.^o ed., Madrid, 1890, 596 pp.
- Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigen-Kommission, Berlin, 1909, J. Guttentag, IV + 869 pp.
- WARDA, Günter: «Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen», en *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, editado por SCHROEDER, Friedrich-Christian, y ZIPF, Heinz, Karlsruhe, 1972, pp. 143-171.
- WEBER, Hellmuth von: *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Bonn, 1946, Ferd. Dümmlers, 160 pp.
- *Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*. Leipzig, 1925, Theodor Weicher, 140 pp.
- «Die Pflichtenkollision im Strafrecht», en *Festschrift für Wilhelm Kiesselbach zu seinem 80. Geburtstag*, Hamburg, 1947, Gesetz und Recht, pp. 233-250.
- WEGNER, Arthur: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Göttingen, 1951, Vandenhoeck und Ruprecht, VII + 274 pp.
- WELZEL, Hans: «Anmerkung zu OGH Strafsenat-Urteil vom 5. 3. 1949, StS 19/49», *MDR*, 1949, pp. 373-376.
- «Zum Notstandsproblem», *ZStW*, t. 63, 1951, pp. 47-56.
- *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, 1964, Ariel, 131 pp., tr. y notas de CEREZO MIR, José.
- *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11.^o ed., Berlin, 1969, Walter de Gruyter.
- WESSELS, Johannes: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 10.^o ed., Heidelberg Karlsruhe, 1980, C. F. Müller, XIX + 196 pp.

